

Феген М.Т.

Схолии к Шестикнижию в Codex Vetustissimus Vaticanus Ottobonianus Gr. 440 (Часть 2)

[Stable URL: <http://elar.uniylar.ac.ru/jspui/handle/123456789/3010>]

[Публикация работы:]

Феген М.Т. 2006: Схолии к Шестикнижию в Codex Vetustissimus Vaticanus Ottobonianus Gr. 440 (Часть 2) // IVS ANTIQVVM. Древнее право. 18, 121-156.



НАУЧНО-ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ
ЦЕНТР АНТИКОВЕДЕНИЯ
ЯРОСЛАВСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
ЯРОСЛАВЛЬ, РОССИЯ

THE SCIENTIFIC & EDUCATIONAL
CENTRE FOR CLASSICAL STUDIES
AT YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY
YAROSLAVL, RUSSIA

DAS WISSENSCHAFTLICHEN FORSCHUNGS- UND
STUDIENZENTRUM FÜR DIE GESCHICHTE,
KULTUR UND RECHT DER ANTIKE
DER STAATLICHEN DEMIDOW-UNIVERSITÄT JAROSLAWL
YAROSLAWL, RUSSLAND



РОССИЙСКАЯ АССОЦИАЦИЯ АНТИКОВЕДОВ
RUSSIAN SOCIETY OF CLASSICAL STUDIES



НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ И ОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЙ ФОНД
«ЦЕНТР ИЗУЧЕНИЯ РИМСКОГО ПРАВА»
ЯРОСЛАВСКИЙ ФИЛИАЛ
THE RESEARCH AND EDUCATIONAL FOUNDATION
“THE CENTRE FOR ROMAN LAW STUDIES”
YAROSLAVL BRANCH



ЯРОСЛАВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМ. П.Г. ДЕМИДОВА
YAROSLAVL DEMIDOV STATE UNIVERSITY

М. Т. ФЁГЕН*

СХОЛИИ К ШЕСТИКНИЖИЮ
IN CODEX VETUSTISSIMUS VATICANUS
OTTOBONIANUS GR. 440
(ЧАСТЬ II)

VI. Издание и комментарии

В дальнейшем приводятся и кратко обсуждаются тексты группы ζήτῃα-схолий («Д»).

Новое издание будет уместным не только потому, что в геймбаховском издании Шестикнижия эти схолии были изданы по единственному кодексу, в котором они к тому же были написаны вторым почерком¹, но и потому, что они там также местами утрачены², местами переданы искаженно (поскольку в том кодексе немного было читабельно)³, а местами давались фальшиво⁴. К этому присоединяется то обстоятельство, что ζήτῃα-схолии как тексты, не заимствованные из более ранних источников и не созданные Арменопуло, представляют собой специальную (не известную изданию Геймбаха) группу среди массы схолий к Шестикнижию, которая также и в содержательном отношении требует собственного обсуждения.

Тексты сохранены в семи рукописях:

1. Cod. Ottob. 440, 1345 г.

2. Cod. Barocc. 149, 1425 г.⁵ Рукопись состоит в подчиненном положении по отношению к Cod. Ottob.⁶ Поскольку она в следующих текстах очень редко отличается от прочтения Cod. Ottob., но в дальнейшем представляет собой более плохой вариант с пропусками⁷, то при подготовке издания мы можем не принимать ее во внимание.

* Мария Тереза Фёген – директор Макс-Планк института истории европейского права (Франкфурт-на-Майне, Германия), ординарный профессор римского права, частного права и сравнительного правоведения университета Цюриха (Швейцария). Перевод с немецкого выполнен сотрудником Санкт-Петербургского филиала Центра изучения римского права, аспирантом К. В. Гницевичем в рамках Программы фундаментальных исследований Президиума РАН «Власть и общество в истории». Перевод выполнен по изданию: *Fögen M. T. Die Scholien zur Hexabiblos im Codex vetustissimus Vaticanus Ottobonianus gr. 440 // Fontes minores IV. Bd. 7 / hrsg. von Dieter Simon. Frankfurt am Main, 1981. (Окончание, начало см. в № 17.)*

¹ Имеется в виду утерянный Cod. Constantinopolitanus / Berol. gr. 266.

² Ad H. 1. 3. 59, 3. 3. 95, 5. 8. 31, 5. 8. 37 и 6. 2. 15.

³ В особенности ad H. 5. 1. 27 (Hb. ad H. 5. 1. 29), ad H. 6. 2. 4, ad H. 6. 2. 9.

⁴ Ad H. 1. 4. 11 = Hb. ad H. 1. 4. 73; ad H. 1. 12. 32 = Hb. ad 1. 12. 66; ad H. 1. 13. 20 = Hb. partim ad H. 1. 13. 21, partim ad H. 1. 13. 20; ad H. 3. 3. 108 = Hb. H. 3. 3. 112; ad H. 3. 3. 110/111 = Hb. ad H. 3. 3. 103.

⁵ Ср.: *Coxe H. O. Catalogi codicum manuscriptorum Bibliothecae Bodleianae, pars prima. Oxford, 1853. Sp. 259–261.*

⁶ В кодексе перед началом Шестикнижия помещены некоторые короткие отрывки (Tomas Sisinnios, Grumel 804; Τόμος τῆς ἐνώσεως, Grumel 669 и Balsamon, *Diagnosis* об обстоятельствах, препятствующих вступлению в брак, Rh.-P. IV 556–564), но в дальнейшем он показывает такие же структуры текста и схолий, что и в Cod. Ottob.; App. septem schol. располагается перед началом Шестикнижия, но в общем построение текста идентично Cod. Ottob.; в частности, в Cod. Barocc. Nomoi Georgikoi расположены только после Epitome canonum, de fide orthodoxae, de haeresibus, officia palatii, ordo thronorum Leonis и officia ecclesiae.

⁷ Ср.: Schol. ad 1. 4. 11 Z. 22: τὸν δὲ ἀπαντήσαντα: τὸν δὲ ἀπαντήσαντων B; Z. 23: ἀποχωρήσαντα: ὑποχωρήσαντα B; Schol. ad 1. 13. 15 Z. 5: πληρῶσαι: ποιῆσαι B; Schol. ad 5. 8. 31 Z. 5: δοθείσας: δοθείας B. Пропуски: Schol. ad H. 1. 12. 32 Z. 2: τίτλω om. B; Schol. ad 1. 13. 20 Z. 12–24: καὶ ταῦτα –

3. Cod. Marc. gr. 183, 1359 г.⁸ Рукопись передает Шестикнижие в форме recensio vulgata. Одна из издаваемых в настоящей работе схолий была включена в текущий текст (ad 3. 3. 110/111). Отсутствуют Appendix septem scholiorum и один схолион на полях (ad 5. 9. 7). Четыре схолии (ad 1. 13. 15, 1. 13. 20, 4. 10. 15/16, 4. 10. 51) были значительно переделаны и, соответственно, сокращены.

4. Cod. Athos Panteleimonos 152, 1426 г.⁹ Рукопись содержит Шестикнижие (foll. 9r – 250r) в форме recensio vulgata. К ней приписаны многочисленные схолии (эксцерпты из PrA). Из числа издаваемых здесь схолий отсутствуют тексты ad H. 1. 3. 59, ad H. 1. 7. 18 и, как и в Cod. Marc. gr. 183, ad H. 5. 9. 7, а также Appendix septem scholiorum. Четыре текста (ad 1. 13. 15, 1. 13. 20, 4. 10. 15/16, 4. 10. 51) сохранены в том же сокращенном виде, что и в Cod. Marc. gr. 183. Все сокращения и разночтения одинаковы и в Cod. Marc. gr. 183, и в Pantel. 152; однако последняя рукопись демонстрирует – за исключением многочисленных йотаизмов и количественных подмен¹⁰ – некоторые дополнительные ошибки и пропуски¹¹. Поэтому Cod. Athos Pantel. не использовался при подготовке издания.

5. Cod. Vind. iur. gr. 6, XV в.¹², recensio vulgata Шестикнижия. Кроме названных применительно к Cod. Marc. gr. 183 схолий, в нем к тому же отсутствуют комментарии ad H. 1. 12. 11, 1. 13. 20, 3. 3. 108, 4. 10. 15/16, 4. 10. 51, 5. 1. 27, 5. 9. 6 и 6. 2. 4. Схолии ad H. 3. 3. 110/111, 5. 8. 31, 5. 11. 26 и 6. 2. 9 включены в текущий текст. Схолион ad H. 1. 13. 15 сокращен точно так же, как и в Cod. Marc. gr. 183; Cod. Vind. iur. gr. 6 демонстрирует также и все пропуски Cod. Marc. gr. 183. Переписанные из Cod. Marc. gr. 183 разночтения также без исключений встречаются в Cod. Vind. iur. gr. 6, переписчик которого делал дополнительные ошибки¹³, не идентичные с встречающимися в Cod. Athos Pantel. 152. Поэтому Cod. Vind. iur. gr. 6 также был Codex eliminandus.

6. Par. gr. 1362, XV век, recensio vulgata¹⁴ Издаваемые схолии (как и некоторые другие глоссы) были добавлены вторым почерком¹⁵. Кроме Appendix septem scholiorum, отсутствуют лишь схолии ad 1. 3. 59 и 1. 7. 18.

Patmos 376, XV в.¹⁶, оригиналом которого был Par. gr. 1362¹⁷. Кроме текста Appendix septem scholiorum, в нем также отсутствуют схолии ad 1. 3. 59, 1. 7. 18, 1. 12. 11, 1. 13. 15,

γυνή om. B; Schol. ad 3. 7. 11, Z. 38: τόκων om. B; Schol. ad 4. 10. 51 Z. 5: πλὴν om. B; Schol. ad 5. 8. 31 Z. 7: περὶ om. B; Schol. ad 1. 7. 18 отсутствует полностью.

⁸ Описание и обсуждение вопроса о родстве с Cod. Ottob. см. выше, п. 3 раздела III настоящей работы.

⁹ = Lambros Nr. 5658 (Catalogue of the Greek Manuscripts on Mount Athos, Bd. 2 (Каталог греческих рукописей на горе Афон, Т. 2), Нов. изд.: Амстердам, 1966, с. 303–306); см. также: D. SIMON, Sp. Troianos, Dreizehn Geschäftsformulare (Тринадцать деловых формуляров), FM II, с. 262 и след.

¹⁰ Ad H. 1. 12. 11 Z. 2 τῷ: τὸ Pant.; ad H. 3. 3. 95 Z. 5 συστάτης: συστάσεις Pant.; ad H. 3. 3. 108 Z. 5 κτησαμένων: κτισσάμενων Pant.; ad H. 3. 3. 110/111 Z. 2 φαίνεται: φένηται Pant.; ad H. 4. 10. 15/16 Z. 3 ἀπορος: ἀπαρος Pant. etc.

¹¹ Ad H. 1. 9. 7 Z. 2 γένοιτο Pant.; Z. 3 ἐπερωτήσει Pant.; Z. 8 ὀνομάτι Pant.; ad H. 1. 13. 20 Z. 1: συνίδον: συνάδειν Pant.; app. erit. ad lin. 3–24 νομικῶς M: νομικὴν Pant.; παραγραφὴν M: παραγραφεῖν Pant.; ad H. 3. 3. 108 Z. 6: εἰρήσθαι: εἰρηται Pant.; ad H. 3. 3. 110/111 Z. 7: μόνον om. Pant.; ad H. 5. 8. 31 Z. 9: φαλκιδίω Pant.; ad H. 5. 8. 37 Z. 2: ἐμβάλλεται Pant.; ad H. 5. 9. 6 Z. 7: αὐτῷ om. Pant.; ad H. 6. 2. 4 Z. 3: ἐκείνης: ἐκείνου Pant.

¹² Ср.: Hunger H., Kresten O. Op. cit. (сноска 42 в части первой статьи), с. 11–13.

¹³ Например: Schol. ad 1. 13. 15 Z. 3: ἐνοχοποιηθέν: ἀντιφωιηθέν V; Schol. ad 3. 6. 1 Z. 2: ὑποσχοιμένου: ὑποσχομένου V, Z. 6: παρὰ τινος om. V; Z. 7: μονομερῶς om. V; Schol. ad 5. 8. 31 Z. 6: ἐν τῷ: αὐτῷ V.

¹⁴ Которая здесь уже несколько расширена: в текст Шестикнижия, H. 4. 8, перенесены многие главы из Prochiron auctum (PrA 8. 32–92, 98–130), посвященные обстоятельствам, препятствующим вступлению в брак.

¹⁵ Первым почерком приписаны некоторые схолии, передаваемые изредка и еще не обработанные, которые находятся в опубликованном A. Tselikas'ом (указ. соч., см. сноску 2 в части первой статьи, № 79) сопоставлении Codex M. Omplou с изданием Геймбаха. Издание и обработка этих схолий будут осуществлены в FM V.

1. 13. 20, 3. 3. 108, 3. 3. 110/111, 4. 10. 15/16, 5. 1. 27 и 6. 2. 15. Остальные схолии (за исключением ad 3. 6. 1) включены в текущий текст. Все различающиеся варианты текста Par. gr. 1362 также передаются в Patmos 376, который обнаруживает и дальнейшие ошибки¹⁶ Поэтому Patmos 376 также представляет собой Codex eliminandus.

Изданные схолии были к тому же переданы вторым почерком в утраченном Codex C 1354 г. (Constantinopolitanus / Berol. gr. 266), прочитанном Геймбахом. Там, очевидно, отсутствовали тексты ad 1. 3. 59, 3. 3. 95, 5. 8. 31, 5. 8. 37 и 6. 2. 15, но содержался Appendix septem scholiorum¹⁹

Таким образом, основу издания составляют:

О Ottob. gr. 440

М Marc. gr. 183

Р Par. gr. 1362

Нб. Текст, изданный Геймбахом на основании Codex Constantinopol. Конъектуры Геймбаха на неразборчиво написанные в Codex Constantinopol. места принципиально не отмечаются; если он пометал вариант текста С при конъектурах, это было включено в аппарат с пометкой Нб. ^С.

ad Н. 1. 3. 59

Ζήτει ἔμπροσθεν ἐν τῷ περὶ μοιχείας τίτλῳ τοῦ 5' βιβλίου τὴν ἐξήγησιν τῶν καθεξῆς κειμένων δύο τούτων νομίμων κεφαλαίων περὶ μοιχείας ἀγωγῆς καὶ εὐρήσεις σαφέστατα περὶ τούτων διαγορεύουσιν.

ΟΜ

2 νομίμων τούτων Μ

Примечание ссылается на Н. 6. 2. 9 и приписанный там схолион (см. ниже) о сроке давности при нарушении супружеской верности.

¹⁶ Ср.: *Sakkellion I*. Πατριακή βιβλιοθήκη ἤτοι ἀναγραφὴ τῶν ἐν τῇ βιβλιοθήκῃ τῆς κατὰ τὴν νῆσον Πάτριον γεραρᾶς καὶ βασιλικῆς μονῆς τοῦ Ἀγίου Ἀποστόλου καὶ Εὐαγγελιστοῦ Ἰωάννου τοῦ Θεολόγου τεθησαυρισμένων χειρογράφων τευχῶν. Athen, 1890. Ρ. 171.

¹⁷ Он тоже передает Шестикнижие в форме recensio vulgata с названным в сноске 11 расширением Н. 4. 8 и некоторыми из обозначенных в сноске 12 схолиями.

¹⁸ За исключением многочисленных количественных перемен и йотацизмов, например, схолия ad 1. 9. 7 Z. 7: ταβελλιωικά: ταβουλλιωτικά Pat., схолия ad 4. 10. 51 Z. 28: δίκαιον: δάνειον Pat. – В Cod. Patmos в схолии ad 5. 9. 7 νομίματα везде заменено на ὑπέρτυρα.

¹⁹ К выходу в свет следующего издания мне стал доступным микрофильм Cod. Lesbos, Leimonos 218. Фрагменты Шестикнижия, которые были включены в компиляцию Cod. Leim. 218 (см. часть первую, сноску 2, № 75), произошли из оригинала, который демонстрирует Шестикнижие с ζήτημα-схолиями, включая и схолии Аппендикса. Следующие семь схолий вошли в компиляцию вместе с соответствующими фрагментами Шестикнижия: ad Н. 1. 9. 7, ad Н. 3. 3. 73, ad Н. 3. 3. 95, ad Н. 3. 3. 108, ad Н. 5. 8. 31, ad Н. 5. 8. 37 и ad Н. 5. 8. 74/75 (схолион Аппендикса IV ad Н. 3. 3. 73 сохранен в Cod. Leim. 218 как Н. 3. 3. 9). Из-за малого объема текста (к тому же вследствие повреждения полей кодекса многие строки схолий ad Н. 5. 8. 31, 37 и 74/75 нечитаемы) родственные связи Cod. Leim. 218 с отобранными для издания рукописями не могут быть надежно определены. Существование содержащихся лишь в О и С схолий Аппендикса IV, а также двух общих с О вариантов (ср. ad Н. 5. 8. 31 Z. 1, ad Н. 5. 8. 74/75 Z. 19) допускает лишь осторожное предположение, что оригинал, который использовался переписчиком Cod. Leim. 218, мог бы быть похож на Cod. O. – В Cod. Leim. 218 (в дальнейшем – L) текст ζήτημα-схолий демонстрирует ошибки и пропуски; в сравнении с текстом следующего издания, Cod. Leim. 218 нигде не является лучшим вариантом: ad Н. 1. 9. 7: Z. 6 εἰγε μόνον om. L, spatium rel.; Z. 7–8 ἀρχὴν – τοῦ² om. L, spatium rel.; ad Н. 3. 3. 73: Z. 1–3 Εἰς – ἐπιζητεῖς om. L; Z. 4 βίαν: βίαις L; Z. 6 δι' om. L; Z. 20 post αὐτῶν add. οὕτω L; ad Н. 3. 3. 95: Z. 2 μόνον: μόνα L; ad Н. 3. 3. 108: Z. 6 γὰρ om. L; ad Н. 3. 3. 110/111: Z. 2 τούτων om. L; Z. 10 Ἰστέον δέ, ὅτι om. L | οὐδέ: δέ L | προσφώνους L; Z. 11 ὅτε: ὅταν L; Z. 12 παραστῇ: περιστῇ L; ad Н. 5. 8. 31: Z. 1 ἡ om. L; Z. 7 μόνον: μόνου L; Z. 9 περὶ φαλκιδίου: φαλκιδίω L; ad Н. 5. 8. 74/75: Z. 16 τὸ: τὶ L; Z. 19 ante ἐπεὶ add. καὶ L.

ad H. 1. 4. 11 (= App. Schol. I)

- Εἰς τὸν περὶ δικαστικῆς ψήφου καὶ ἀποφάσεως τίτλον· Ἐκ τῶν νομίμων κεφαλαίων καὶ τῆς νεαρᾶς τοῦ βασιλέως κυροῦ Λέοντος τῶν κειμένων ἐν τῷ β' τίτλῳ τοῦ παρόντος βιβλίου καὶ τῶν ῥωμαϊκῶν κεφαλαίων τῶν κειμένων ἐν τῷ τρίτῳ καὶ τετάρτῳ τίτλῳ τοῦ αὐτοῦ βιβλίου τάδε συνάγεται περὶ τῶν καταμηνυμένων καὶ μὴ ἀπαντῶντων·
- 5 εἰς τὸ δικαστήριον καλεῖσθαι μὲν προσήκειν τὸν ἐναγόμενον παρὰ τοῦ δικαστοῦ καὶ δις καὶ τρίς ἐκάστης κλήσεως οὐκ ἔλαττον τριάκοντα ἡμερῶν διαστήματι περικλειομένης⁽¹⁾, ἥς ἐντός, εἰ μὴ ἀπαντήσῃ εἰς τὸ δικαστήριον, εἰθύνεσθαι μὲν αὐτὸν καὶ κατακρίνεσθαι, ὡς ἡ νεαρά κελεύει⁽²⁾, πλὴν οὐκ εἰς τὸ διαφέρειν, ἀλλ' εἰς τὸ ἀληθὲς ποσόν, ὡς ὁ νόμος πάλιν φησί.
- 10 τὴν δὲ ἀγωγὴν οὔτε μετ' ἐνιαυτὸν οὔτε κληρονόμοις δίδοσθαι. ταύτην δὲ τὴν ποινὴν ὑφίστασθαι τοῖς μὴ πειθαρχοῦντας, εἴτε ἐνάγοντές εἰσι, εἴτε ἐναγόμενοι⁽³⁾. καὶ ταῦτα μὲν ἐκ τῶν παλαιῶν περὶ τούτου συνάγεται νόμων καὶ τῆς νεαρᾶς. Ἐν δὲ τοῖς ῥωμαϊκοῖς καὶ τάδε προστέθεται, ὡς εἰ μὲν ἐντός ἐνιαυτοῦ κινήσῃ ἐκεῖνος,
- 15 ὅστις δι' ἀπειθείαν κληθεὶς εἰς δικὴν ἀφαίρεσιν τοῦ κτήματος ὑπέστη, ἵνα λαμβάνων τὸ οἰκεῖον ἐπαγωνίζηται, εἰ δὲ μετὰ τὸν ἐνιαυτὸν, ἵνα μενούσης τῆς ἐπὶ νομῇ παραδόσεως ἐπὶ τοῦ σχήματος δικάζηται⁽⁴⁾. μὴ ἄλλως δὲ τὴν ἐπὶ νομῇ παράδοσιν εἰς δεσποτείαν μεταβάλλεσθαι, φησὶν ὁ Πατρίκιος φιλαγάθως, εἰ μὴ τριακονταετία παρέλθοι. καὶ ταῦτα μὲν, ἐάν δι' ἀπειθείαν τοῦ ἀντιδίκου πεμφθῇ τις εἰς νομῇν.
- 20 ἐάν δὲ δι' ὑπέρθεσιν ἢ ἑτέραν τινὰ αἰτίαν, ἵνα καὶ τοὺς καρποὺς ἀντιστρέφῃ καὶ μὴδὲ τρέφῃται ἐξ αὐτῶν⁽⁵⁾. τὸν δὲ ἀπαντήσαντα μὲν εἰς τὸ δικαστήριον, ἐν δὲ τῷ καταδικάζεσθαι παρὰ τοῦ δικαστοῦ ἀσυντάκτως ἀποχωρήσαντα ὁ Μάγιστρος κατεδίκασε μὲν καὶ ἐπὶ νομῇ τοῦ κτήματος τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ πεποίηκεν.
- 25 ἐσημειώσατο δὲ, ὡς εἰ μὴ ἐντός τεσσάρων μηνῶν ἀπαντήσῃ πάλιν ἐκεῖνος εἰς τὸ δικαστήριον ὁ ἀσυντάκτως ἀποχωρήσας μετὰ τῶν δικαιωμάτων αὐτοῦ, ἵνα τελείαν τὴν καταδικὴν δέξηται⁽⁶⁾.

(1) cf. H. 1. 2. 3 e SBM Δ XXVI 7, 8

(2) cf. H. 1. 2. 4 / Ecl. Novv. Leonis 55

(3) cf. H. 1. 2. 52 e SBM Δ XXVI 20

(4) cf. H. 1. 3. 56 / Pira 39. 1

(5) cf. H. 1. 3. 58 / Pira 40. 1

(6) cf. H. 1. 4. 20 / Pira 33. 1

O Hb. (ad 1. 4. 73 (zz))

15 δι' ἀπειθείας Hb. 19 μὴ: μὲν Hb. 20 πεμφθῇ O | τις om. Hb.

23 ἀποχωρήσαντος Hb.

Первый схолион Аппендикса, обозначение которого х а' располагается в Cod. Ottob. на полях около H. 1. 4. 11, использует эту главу²⁰ как повод для сопоставления положений о заочном производстве. Схолиаст парафразирует соответствующую главу, прежде всего «старые законы» (H. 1. 2. 3, 1. 2. 52 из πλάτος τῶν νόμων = Synopsis Basilicorum maior) и новеллы (H. 1. 2. 4 = Ecl. Novv. Leonis 55), непосредственно после дополнительных рассуждений ῥωμαϊκά κεφάλαια о вводе истца во владение не явившейся стороны (H. 1. 3. 56, 58; 1. 4. 20 / Pira 39. 1; 40. 1; 33. 1). Парафразы тесным образом основываются на дословном тексте настоящей главы. Цель схолиона, несомненно, состояла в наглядном упорядочении

²⁰ Из Rhop. 8. 1: судья должен вызывать не являющуюся сторону трижды с промежутком по 10 дней (ср.: D. 5. 1. 68–70), а в соответствии с новеллой (ср. N. 112. 3) – с промежутком в 30 дней.

разбросанных по титулам Шестикнижия «Истец и ответчик» (1. 2), «Иски и сроки» (1. 3) и «Судебное решение и законная сила» (1. 4) глав с точки зрения «заочного производства».

ad H. 1. 7. 18

Τοῦτο τὸ κεφάλαιον ἐναντίον οὐκ ἔστι, εἰ καὶ δοκεῖ, τῷ πρὸ αὐτοῦ κεφαλαίῳ, οὐ ἡ ἀρχή· *Οὐδεὶς κατὰ τοῦ θεοῦ ὁμόσας*⁽¹⁾, διότι ἐκεῖνο μὲν ἀτιμώρητον ἔῃ τὸν ὁμνύοντα, τοῦτο δὲ τιμωρεῖ. ἐκεῖνο μὲν γὰρ περὶ τοῦ αὐθαιρέτως ἀπλῶς ὁμνύοντος φάσκει μηδενὸς ἐπιτρέποντος, τοῦτο δὲ περὶ

5 τοῦ ἐκ δικαστικῆς ψήφου ἢ ἐξ αἰτήσεως ἀντιδίκου ἐπ' ἐκκλησίας σωματικὸν ὄρκον ὁμνύοντος, εἴτα ἐπιорκεῖν ἐλεγχόμενον. ὅθεν ἐκεῖνος μὲν ἀτιμώρητος παρὰ ἀνθρώποις μένει, εἰ καὶ ἐπιорκεῖν φαίνεται, ἐπειδὴ γὰρ ὠφέλειαν αὐτῷ ὁ τοιοῦτος ὄρκος οὐ προξενεῖ. ὁ γὰρ μηδενὸς ἐνάγοντος ὁμνύς οὐδὲ ὠφελεῖται οὐδὲ βλάβην προξενῆσαι προσήκει. οὗτος δὲ ὡς φανερώς διὰ κέρδος ἐπιорκήσας εἰκότως παρὰ τοῦ δικαστοῦ τιμωρεῖται·

10 παρὰ γὰρ τοῦ ἀντιδίκου, εἰ ἐξ ἐπιφορᾶς ἐκείνου μόνον ὁ ὄρκος ἐγένετο – ἔξω τοῦ δικαστικοῦ –, οὐκ ἀναψηλαφᾶται, ὡς ἕτερον ὅπισθεν περὶ τοῦτου δηλοῖ κεφάλαιον, οὐ ἡ ἀρχή· *Ὁ ἐξ ἐπιφορᾶς ἐμῆς*⁽²⁾.

(1) H. 1. 7. 17

(2) H. 1. 7. 4

OM Hb.

2 κεφαλαίῳ om. M | διότι: ὅτι M 3 τὸν ὁμνύοντα O^{pc}M Hb., τὸν μὴ ὁμνύοντα O^{ac} Hb. c 4 ἀπλῶς om. M | μηδενὸς ἐπιτρέποντος om. M 7 εἰ – φαίνεται om. M 8 οὐδὲ: οὐδὲν M 10 παρὰ τοῦ δικαστοῦ om. M 10–13 παρὰ² – ἐμῆς om. M 12–13 ὡς – ἐμῆς om. Hb.

H. 1. 7. 18 / B. 22. 5. 13. 6 / SBM E XXXVI 2 (D. 12. 2. 13. 6): Кто в споре о денежной сумме ложно присягнет именем императора, тот подлежит наказанию путьями.

H. 1. 7. 17 / B. 22. 5. 44 / SBM E XXXVI 3 (C. 4. 1. 2): Клятвопреступление, совершенное перед Богом, находит мстителя в самом Боге. Если кто-либо ложно присягает именем императора из-за вспыльчивости, это вызывает снисхождение к нему.

Но если клятвопреступление наказуемо только в одном случае, тогда как в другом случае оно не наказывается, поясняет схолиаст, то не может быть противоречия, а противоположные правила можно объяснить следующим образом: в H. 1. 7. 18 имеется в виду присяга в процессе на основании судебного распоряжения (ἐκ δικαστικῆς ψήφου – *iusiurandum iudiciale*) или возложения (ἐξ αἰτήσεως ἀντιδίκου – *iusiurandum necessarium*). Совершенное перед судом клятвопреступление должно быть наказуемым, поскольку, во-первых, оно совершалось по корыстным мотивам (φανερώς διὰ κέρδος ἐπιорκήσας), а во-вторых, последствия были значительными для противной стороны, которая даже не может обжаловать решение, если ложная присяга давалась после судебного возложения²¹. Напротив, в H. 1. 7. 17 речь идет о присяге, совершенной по собственному побуждению, «просто так» (αὐθαιρέτως ἀπλῶς), без всякого возложения (μηδενὸς ἐπιτρέποντος). Схолиаст предполагает ежедневное клятвенное заверение²². Для подобной клятвы достаточно божественного наказания; люди не должны наказывать клятвопреступника, поскольку он и без того не имел никакой пользы от такой присяги.

²¹ Категорическое ограничение *retractatio* до объема *iusiurandum iudiciale* (ἔξω τοῦ δικαστικοῦ οὐκ ἀναψηλαφᾶται), которое было спорным еще для ранних византийских юристов (см.: Simon D. Untersuchungen zum iustinianischen Zivilprozess. München, 1969. S. 347/8), схолиаст мог заимствовать из H. 1. 7. 4 (= SMin. O Schol. a', β') и H. 1. 7. 2 (= SBM O II 11).

²² А не *iusiurandum voluntarium*, тем более что ὄρκος βουλευμπτάριος не назван в Шестикнижии.

Изобретательная интерпретация схолиаста направлена на снятие противоречия между главами Шестикнижия, но основывается на неприемлемой предпосылке: ничто не указывает на то, что названная в Н. 1. 7. 17 ненаказуемая ложная присяга не была совершена в процессе; конституция, вероятно, говорит о присяге вообще. Следующее обоснование схолиаста, которое ставило наказуемость в зависимость от корыстных мотивов и последствий, причиненных противной стороне клятвopеcтyплeниeм, и не уделяло ни слова вопросу оскорбления Величества, демонстрирует результативное прагматичное мышление, которое убедительно объясняет различающиеся предписания Н. 1. 7. 17 и 18. При этом в выводе схолиаста мимоходом называются и основания существовавшей уже в римском праве оценки наказуемости *periurium*: ненаказуемым оставалось легкомысленно совершенное клятвopеcтyплeниe²³, тогда как ложная присяга, совершенная «в дерзком злоупотреблении» и «подло» причинившая вред противной стороне (как *stellionatus*), рассматривалась как наказуемая²⁴. В пылу поисков недвусмысленных признаков нетождественности схолиасту, очевидно, не хотелось довольствоваться таким шатким, субъективным критерием, поэтому он выдумал объективно уловимое различие между закрепленными в Н. 1. 7. 17 и 18 случаями.

ad Н. 1. 9. 7

Ἡ νεαρά αὕτη οὐχὶ τὰ παράνομα κυροῖ σύμφωνα, εἴπερ ἐν ὀνόματι τοῦ θεοῦ γένοιτο (ἐκεῖνα γάρ καὶ οὕτως οὐκ ἔρρωται), ἀλλὰ τὰ ἔννομα μὲν, ψιλὰ δέ, ἅπερ εἰσὶ τὰ χωρὶς ἐπερωτήσεως καὶ προστίμου γενόμενα. διὸ καὶ φησι· *καὶ μὴδὲις λόγος προστιμήσεως χυνεγέγραπτο*.

- 5 τοῦ γὰρ νόμου τὰ ψιλὰ σύμφωνα μὴ στέργειν κελεύοντος ἡ νεαρά αὕτη καὶ ταῦτα στέργειν παρακελεύεται, εἶγε μόνον ἐπ' ὀνόματι τοῦ ζῶντος θεοῦ γένοιτο. τοιαῦτα δὲ εἰσὶν οἷα τὰ παρ' ἡμῖν ταβελλιωνικά, ἃ τὴν ἀρχὴν ἐκ τοῦ ὀνόματος τοῦ πατρὸς καὶ τοῦ ἁγίου πνεύματος ἔχουσιν.

OMP Hb.

1 σύμφωνα κυροῖ M 3 ἅπερ εἰσι: οἷα M | καὶ προστίμου om. M 5 ἡ νεαρά om. M 7 εἰσιν: ἔστιν Hb. | οἷα om. M 8 ἔχουσιν: ἔχει M

Схолиаст ясно показывает, что присоединение *invocatio* никоим образом не придает действия всем договорам, как это может предполагаться на основании дословного понимания Nov. Leonis 72²⁵: «ἐν παντὶ συμφώνῳ...» Нарушающие закон договоры вследствие обращения в суд становятся недействительными; новое регулирование Новеллы императора Льва состояло, вероятно, в том, что *nuda pacta*, которые схолиаст определяет как договоры без договорной санкции и стипуляционной клаузулы, создают право на иск, когда к ним присоединена *invocatio*. Такие *pacta*, добавляет схолиаст, «παρ' ἡμῖν» являются «ταβελλιωνικά».

ad Н. 1. 12. 11

Ἰστέον, ὅτι παρ' ἡμῖν οὕτω κατὰ τὸν νόμον πολιτεύεται· ἐὰν ἀφήλιξ βουλευθῇ εἴτε ἀνὴρ εἴτε γυνὴ πωλῆσαι κτῆμα αὐτοῦ, προσέρχεται τῷ τῆς πόλεως δικαστῇ, διηγείται τὴν αἰτίαν, δι' ἣν τὸ τοιοῦτον κτῆμα πωλῆσαι βούλεται. καὶ εἴπερ ἀναγκαῖα καὶ ἀπαραίτητος αὐτῷ ἡ αἰτία αὕτη καὶ νόμιμος λογισθῇ,

- 5 προβάλλεται τῷ ἀφῆλικι ἐγγράφως κουράτωρα ἐπὶ τούτῳ ἄνδρα καλῆς ὄντα συνειδήσεως καὶ ἱκανὸν τοιοῦτῳ καθυπουργῆσαι λειτουργήματι, ἵνα μὴ ἐν τῇ ἐκποιήσῃ τούτου περιγραφῇ. καὶ τούτου παρὰ τοῦ δικαστοῦ γενομένου πιπράσκειται

²³ Ср.: С. 4. 1. 2: «*quodam calore*» – соответствующая κατὰ τινα θερμότητα не была использована схолиастом в Н. 1. 7. 17.

²⁴ Ср.: D. 47. 20. 4; см.: Mommsen Th. Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899. S. 586.

²⁵ Из Ecl. Novv. Leonis 38 в Шестикнижии перенесена Н. 1. 9. 7 (Hb. 122/26 и след.).

τὸ κτῆμα τοῦ ἀφῆλικος παρ' αὐτοῦ τε καὶ τοῦ κουράτωρος, καὶ ἰσχύει ἡ πράσις καὶ οὐκ ἀνατρέπεται ποτε διὰ τὴν τοῦ πράτου ἀφελικότητα.

- 10 τὸ αὐτὸ γίνεται καὶ ὅταν δανείσασθαι βουλευθῶσι οἱ ἀφῆλικες, καὶ ἰσχύει τὸ χρέος αὐτῶν.

OMP Hb.

1 κατὰ νόμον Hb., κατὰ νόμους P, κατὰ τοὺς νόμους M 2 ἀνήρ: ἄρρην M 6 τοιοῦτω: τοιοῦτον P 7 μὴ ἐν: μὴπω Hb. 8 γινομένου MP Hb. 9 ante κουράτωρος add. προβληθέντος αὐτῷ M 9–11 καὶ οὐκ – αὐτῶν: τὸ αὐτὸ γίνεται, ὅταν δανεισθῆναι ἀφῆλιξ βούλεται καὶ ἰσχύει τὸ χρέος, κἂν εἴ τι συμβῇ τῷ δανεισθέντι ἀφῆλικι M.

Н. 1. 12. 11 (= Pira 17. 21): Если земельные участки несовершеннолетнего продаются без декрета, то (поскольку сделка недействительна) представленные продавцом поручители не обладают правом требования²⁶; несовершеннолетний сохраняет собственность на земельный участок, не нуждаясь для этого в *restitutio in integrum*²⁷.

Схолиаст описывает, как необходимо получать декрет, посредством которого становится возможной по общему правилу запрещенная²⁸ продажа земельного участка: несовершеннолетний должен объяснить δικαστῆς τῆς πόλεως, почему он хочет продать земельный участок. Тот проверяет, является ли продажа экономически неизбежной (ἀναγκαία καὶ ἀπαραίτητος) и юридически допустимой (νόμιμος). Если устанавливается и то, и другое, то δικαστῆς τῆς πόλεως письменно назначает умелого и достойного доверия куратора, при содействии которого несовершеннолетний впоследствии действительно продает земельный участок. Такой же процесс, добавляет схолиаст, следует применять при получении несовершеннолетним займа.

Описание во многом сходно с правилом *oratio Severi*, D. 27. 9. 1. 2: «*quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus adeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant*». Таким образом, *praetor urbanus* вменяется в обязанность перед выдачей декрета проверять по собственному усмотрению, необходима ли продажа земельного участка, как это закреплено в схолионе относительно δικαστῆς τῆς πόλεως, есть ли указанная причина ἀναγκαία καὶ ἀπαραίτητος для продажи. В D. 27. 9. 1 не упоминается назначение куратора после выдачи разрешения претором, но в схолионе ему все же придается второстепенное значение, поскольку действие договора зависит от выдачи декрета, который ограничивает функции куратора лишь выполнением задач практического воплощения и защиты несовершеннолетнего от обмана.

Невозможно однозначно ответить на вопрос о том, описывал ли схолиаст актуальный в его время процесс или историческое состояние – имея в виду, конечно, не зафиксированное в Шестикнижии правило *oratio Severi*. Название «δικαστῆς τῆς πόλεως» является по меньшей мере необычным для административного служащего, этот термин больше не появляется ни в Шестикнижии, ни в схолиях – из чего возникает подозрение, что схолиаст мог передать, как минимум, в этом месте не действительность, где, вероятно, эту деятельность мог осуществлять ἀρχων или низший административный служащий, а старое регулирование, используя δικαστῆς τῆς πόλεως как перевод *praetor urbanus* из D. 27. 9. 1²⁹. С другой стороны, детали его сообщения (например, письменное назначение куратора, критерии для проверки желания отчуждения и для выбора куратора) выглядят настолько квалифицированно и реально, что это скорее кажется хорошим знанием практики, чем исторических обстоятельств, абстрактно известных схолиасту. Наконец схолиаст, который больше не ждет, чтобы обозначить эти правила устаревшими³⁰, категориче-

²⁶ Вероятно, на случай эвекции.

²⁷ Ср. С. 5. 71. 2 и 11 pr.

²⁸ А именно, в соответствии с *oratio Severi*, ср. D. 27. 9. 1 / В. 38. 9. 1.

²⁹ Причем, конечно, остается неясным, откуда он берет этот перевод; В. 38. 9. 1 использует для обозначения *praetor urbanus* скромное πραιτωρ.

³⁰ Ср. схолии к Н. 1. 13. 20; 3. 3. 108; 4. 10. 37 + 38; 5. 1. 17; 6. 2. 15.

ски заявляют: «'Ιστέον, ὅτι παρ' ἡμῖν οὕτω κατὰ τὸν νόμον πολιτεύεται». Таким образом, можно предположить, что, несмотря на подозрительное название δικαστῆς τῆς πόλεως, предписанный в *oratio Severi* процесс все же не был в общих чертах забыт. Его практическое применение, однако, вызывает сомнения.

ad H. 1. 12. 32 (= App. Schol. II)

- Εἰς τὸν περὶ ἀνέθων καὶ ἀφελίκων τίτλον. Ἐκ τῶν νομίμων κεφαλαίων τῶν κειμένων ἐν τῷ περὶ ἀγωγῶν <καὶ> χρόνων τίτλῳ τοῦ παρόντος βιβλίου καὶ τῶν ἐνταῦθα κειμένων παλαιῶν τε καὶ νέων ταῦτα περὶ τῶν ἀνέθων καὶ τῶν ἀφελίκων συνάγεται· εἰ μὲν καλῇ πίστει πράγματα τούτων παρά τινος κατέχεται,
- 5 δίδονται αὐτοῖς δεκαετία μετὰ τὴν τελείαν ἡλικίαν, ἥτοι μετὰ τὸ γενέσθαι αὐτοὺς κε' χρόνων, εἰς τὸ ἀνακαλεῖσθαι ταῦτα⁽¹⁾. εἰ δὲ κακῇ πίστει πράγματα τούτων παρά τινος κατέχεται, δίδοται αὐτοῖς τριακονταετία μετὰ τὴν ἡβην, ἥτοι μετὰ τὸν ἰδ' χρόνον ἐπὶ ἀρρένων καὶ τὸν ἰβ' ἐπὶ θηλειῶν⁽²⁾. ὁμοίως καὶ ἂν τι πρᾶγμα διαφέρων αὐτοῖς πατρόθεν ἢ μητρόθεν πωλήσῃ αὐτὸ ὁ πατὴρ ἢ ἡ μήτηρ αὐτῶν,
- 10 ἡγουν ὁ μὲν πατὴρ τὸ μητρόθεν αὐτοῖς διαφέρων, ἢ δὲ μήτηρ τὸ πατρόθεν αὐτοῖς ἀνήκον, ἀνήθοις μὲν οὖσι δίδονται αὐτοῖς τριακονταετία μετὰ τὴν ἡβην εἰς τὸ ἀνακαλεῖσθαι αὐτό, ἀφῆλιξι δὲ δεκαετία μετὰ τὸν κε' χρόνον αὐτῶν⁽³⁾. εἰ δὲ τις κουρατωρευόμενος χωρὶς συναινέσεως τοῦ κουράτωρος αὐτοῦ ἐκποιήσεται τι τῶν αὐτῷ διαφερόντων,
- 15 οὐδὲν δοκεῖ ποιεῖν καὶ ἀποκαθίσταται εἰς αὐτὸ ἀνηβος μὲν ὢν ἐντὸς λ' ἐνιαυτῶν μετὰ τὴν ἡβην, ἀφῆλιξ δὲ ἐντὸς πάλιν τοσοῦτων ἐνιαυτῶν ψηφιζομένων ἀπὸ τοῦ καιροῦ τῆς ἐκποιήσεως καὶ οὐ μετὰ τὴν τελείαν ἡλικίαν αὐτοῦ⁽⁴⁾. ἂν δὲ περιγραφῇ ἐν ἐκποιήσει, εἴτε ἀνηβος εἴη εἴτε ἀφῆλιξ, εἴτε κουρατωρευόμενος εἴτε συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσας,
- 20 δίδονται αὐτῷ μετὰ τὸν κε' χρόνον ἕτεροι χρόνοι πέντε εἰς τὸ ἀνακαλεῖσθαι, εἴ τι περιεγράφῃ ἐν τῇ ἐκποιήσει, εἰ καὶ παρόντος τοῦ ἐπιτρόπου ἢ τοῦ κουράτωρος ἔπραξε καὶ μάλιστα εἰ καὶ δόλον οἱ κηδεμόνες αὐτῶν πεποιήκασιν ἐν τῇ ἐκποιήσει⁽⁵⁾, τοῦ δὲ δωρησαμένου ἀφῆλικος – ἀνευ μέντοι προγαμιαίας δωρεᾶς – καὶ συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσαντος καὶ μετὰ ἀποφάσεως κριτοῦ μὴ ἐρρῶσθαι τὴν δωρεάν,
- 25 εἰ μὴ μετὰ τοὺς κε' ἐνιαυτοὺς δέκα παρόντος αὐτοῦ διαδράμωσι καὶ εἴκοσι ἀπόντος ἐνιαυτοῖ⁽⁶⁾. καὶ ταῦτα μὲν ἐν τοῖς παλαιοῖς. Παρὰ δὲ τοῖς νεωτέροις τετραετία μὲν τῷ συγγνώμην ἡλικίας αἰτήσαντι δίδονται μετὰ τὸν κε' ἐνιαυτὸν ἐπὶ τῇ παρ' αὐτοῦ γενομένη δωρεᾷ εἰς τὸ ταύτην ἀνακαλεῖσθαι⁽⁷⁾,
- 30 ἐνιαυτὸς δὲ εἰς εἰς τὸ ἀνατρέψαι μετὰ τὴν τελειότητα, ὃ κακῶς ἡγόρασε ἢ ἐνήλλαξε. ταῦτα δὲ καὶ ἐπὶ κληρονόμους καὶ κατὰ κληρονόμων αὐτῶν διαβαίνει⁽⁸⁾.

(1) cf. H. 1. 3. 16 / SMin. A 43

(2) cf. H. 1. 3. 17 / SMin. A 44

(3) cf. H. 1. 12. 32 / Pira 8. 13

(4) cf. H. 1. 12. 31 / cf. Pira 17. 13

(5) cf. H. 1. 12. 28 (Hb. 146 / 12–18) / SBM A LXX 22 (+ H. 1. 3. 18 / SMin. A 45 + H. 1. 12. 13 / Pr. 31. 4)

(6) cf. H. 1. 12. 28 (Hb. 146 / 18–22) / SBM A LXX 22

(7) cf. H. 1. 12. 16 / Pr. 31. 8

(8) cf. H. 1. 12. 15 / Pr. 31. 7

O Hb. (ad 1. 12. 66 (s))

1 Εἰς – τίτλον om. Hb. ° 4 συνάγονται Hb. 5 κατέχεται Hb. 6 χρόνους Hb. 8 μετὰ²: τὸν μετὰ O, om. Hb. | ἐπὶ : παρὰ Hb. 13 ἀφῆλικι Hb. 18 ἐν τῇ Hb. 19 εἴτε⁴ : εἴτι Hb. 20 χρόνον om. Hb. 22 ἡ: ἡγουν Hb. 23 τοῦ: τ° Hb. °, ὅτι Hb. 24 καὶ: ἡ Hb. 25 καὶ om. Hb.

Схолион II Аппендикса, обозначение которого $\chi\beta'$ находится рядом с Н. 1. 12. 32, сопоставляет, подобно как схолион I Аппендикса по вопросам заочного производства, закреплённые в различных титулах сроки и процедуры реституции несовершеннолетнего применительно к собственности, отчужденной им самим или другими лицами. Здесь также, как правило, дословный текст параграфов соответствующих глав остается весьма сжатым. В промежутке от строки 18 до строки 23 схолиаст, правда, контаминировал три порядка. Н. 1. 12. 28 (Hb. 146/12–18): сделка отчуждения, совершенная несовершеннолетним, состоящим под опекой или объявленным совершеннолетним, будет действительна, если она не будет оспорена в течение пяти лет с момента наступления совершеннолетия. Не сразу различимым основанием изначальной недействительности сделки выступает отсутствие декрета³¹ Схолиаст все же связывает это правило с Н. 1. 3. 18 (в соответствии с которым несовершеннолетнему, обманутому при продаже, дается четыре года после наступления 25-летия на отмену продажи) таким образом, что обман кажется основанием недействительности, которая может быть устранена лишь истечением пятилетнего срока³² На основании Н. 1. 12. 13 схолиаст добавляет, что это должно иметь значение лишь в случае, если к обману был причастен куратор.

Среди глав, обозначенных схолиастом как «старые» (строка 27), находятся эксцерпты из *Synopsis minor*, *Synopsis Basilicorum maior* и *Pira*, а среди «новых» (строка 28) – два фрагмента Прохирона, легко узнаваемых в *Cod. Ottob.* по соответствующим им знакам Сатурна. То, что заимствованные из *SMin.* и *SBM* тексты причислены к *παλαιοί* (*vómoi*), неудивительно³³; присоединенные к ним инскрипции отсылают к Книге / Титулу / Закону как к извлечениям из *πλάτος τῶν νόμων*, которое с точки зрения возраста содержащихся в нем текстов (а не хронологии (греческой) компиляции) является *παλαιός* по отношению к «более новому» законодательству Македонянина. Но эксцерпты из *Pira* все же не относятся к числу *παλαιοί νόμοι*; в главе Н. 1. 12. 32 *Cod. Ottob.* отсутствует обычно употребляемое обозначение *ρωμαϊκόν*, так что его происхождение схолиаст не poznal³⁴

ad H. 1. 13. 15

- *Ἦγουν ἐνοχοποιούμενου τοῦ ἀνδρὸς ἐν ἀλλοτρίῳ συναλλάγματι, τοῦτέστιν ἐγγυητοῦ οὗτος ἢ ἀντιφωνητοῦ, καὶ ἀπαιτούμενου παρασχεῖν καὶ ἱκανῶσαι τὸ ἐνοχοποιηθῆν διὰ τὴν ἀπορίαν ἴσως ἢ τὸν θάνατον ἢ τὴν ἀποδημίαν τοῦ πρωτοτύπου ἐὰν ἢ γυνὴ αὐτοῦ παρεμβάληται αὐτήν,
- 5 ἢ γοῦν αὐτὴ οἰκοθεν ὑποσχεθῇ τοῦτο πληρῶσαι καὶ διὰ τῆς οἰκείας ὑποστάσεως ἀπαλλάξαι τὸν ἄνδρα τῆς ἐνοχῆς ταύτης μελετήσῃ. τὰ δὲ ἐξῆς δῆλα τοῦ κεφαλαίου καὶ μὴ δεόμενα ἐξηγήσεως.

OMP Hb.

1 τοῦ ἀνδρὸς: τινὸς Hb. 1–2 τοῦτέστιν om. M 2–3 καὶ ἱκανῶσαι om. M 3 ἴσως om. M 3–4 ἢ τὴν ἀποδημίαν ἢ τὸν θάνατον M 4 ἐὰν ante ἐνοχοποιούμενου (l. 1) transp. M 4–7 αὐτοῦ –

³¹ что лишь косвенно следует из части 2 главы Н. 1. 12. 28 (Hb. 146 / 18 и след.): «ἐπειδὴ δὲ δωρεῖσθαι οὐδὲ μετὰ ἀποφάσεως...»; однозначно нужно взять составляющий основу латинский текст С. 5. 74. 3, который равным образом изначалью называет это предположение: «*Si quando sine decreto...*»

³² Ср. Z. 18 и след. ἐὰν δὲ περιγραφῇ ἐν ἐκποιήσῃ, εἴτε ἀνθρώπος εἴη εἴτε ἀφῆλιξ, εἴτε κουρατωρευόμενος... с Н. 1. 3. 18: «Ὁ δὲ ἀφῆλιξ, ἐὰν εἰς πράγμα τι περιγραφῇ...» и Н. 1. 12. 18: «Εἴτε ἀνθρώπου εἴτε ἀφῆλικος ἢ κουρατωρευόμενου...»

³³ Ср. также схолион I Аппендикса к Н. 1. 4. 11 (Z. 13).

³⁴ Н. 1. 12. 32 = *Pira* 8. 13; оригинал Н. 1. 12. 31 не идентифицирован, в *Pira* (17. 13) имеется лишь (вместе с В. 2. 4. 10): «Οἱ ἀνθρώποι χωρὶς τῶν ἐπιτρόπων πράττοντες οὐδὲν δοκοῦσι δύνασθαι ἢ γινώσκειν».

ἐξηγήσεως: τὸν ἄνδρα ὑποσχεθῇ τῆς ἐνοχῆς ταύτης ἐλευθερῶσαι M 4 αὐτοῦ om. Hb. P | παραβάλλη P 6–7 τὰ δὲ – ἐξηγήσεως om. P

H. 1. 13. 15 (Pr. 9. 19): Вступление (παρεμβάλλειν – *intercedere*) жены в «чужой договор» в целях погашения обязательства мужа не создает для нее обязательства; тем не менее, исполненное на основании интерцессии не может быть истребовано назад (SC Velleianum, ср. C. 4. 29. 4).

Схолиаст относит «ἐν τῷ δεσμῷ τοῦ ἀλλοτρίου συναλλάγματος» не к *intercedere* жены (для нее) «чужой договор», а к обязательству мужа из чужого договора. Ἐνοχὴ мужа ἐν τῷ δεσμῷ τοῦ ἀλλοτρίου συναλλάγματος представляет собой обязательство из поручительства или *constitutum debiti*. Таким образом, недействительность интерцессии жены ограничивается принятием на себя субсидиарного обязательства мужа. Это, конечно, является недоразумением (в соответствии с SC Velleianum, всякая интерцессия недействительна), которое было продублировано вводящей в заблуждение относительно C. 4. 29. 4 языковой формулировкой H. 1. 13. 15 / Pr. 9. 19³⁵

ad H. 1. 13. 20

Τοῦτο τὸ κεφάλαιον πολλοῖς καὶ ἄλλοις νομίμοις κεφαλαίοις συνᾶδον παρ' ἡμῖν οὐ κρατεῖ, ἀλλ' οὕτως ἐξ ἔθους πολιτεύεται· τοῦ γάμου συνεστῶτος ἔαν γυνὴ πωλήσῃ προικιμαῖον αὐτῆς κτῆμα συναινοῦντος καὶ τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς καὶ μετ' αὐτὴν προτάσσοντος ἢ δι' ὑπογραφῆς ἢ διὰ σιγνογραφίας ἐν τῷ γενομένῳ ταβελλικῷ συμβολαίῳ,

- 5 καὶ προβῇ μὲν τὸ συμβόλαιον ἐκ προσώπου ταύτης – συναινοῦντος καὶ τοῦ ἀνδρὸς ὡς εἴρηται – τὴν αἰτίαν δηλοῦν, δι' ἣν παρὰ τῆς γυναικὸς τὸ προικιμαῖον κτῆμα πιπράσκειται ἀληθῇ τε οὖσαν καὶ ἀναγκαίαν, δοθῇ δὲ καὶ τὸ τίμημα τοῦ πραθέντος εἰς τὰς χεῖρας τῆς γυναικὸς διὰ τοῦ ταβελλικῶν τῶν ἐντελῶν οὐσῆς δηλονότι,
- 10 ἔρρωται ἢ πράσις καὶ διεκδικηθῆναι παρὰ τῆς γυναικὸς τὸ πραθὲν ὡς προικιμαῖον οὐ δύναται μετὰ ταῦτα, εἰ καὶ ὁ ἀνὴρ ὕστερον ἐν ἀπορίᾳ τελευτήσῃ. καὶ ταῦτα δὲ καὶ ἐπὶ τῶν δανείων γίνεται· καὶ συνεστῶτος γὰρ τοῦ γάμου ἔαν γυνὴ νομίματα παρὰ τίνος ἢ ἑτερόν τι πρωτοτύπως δανείσῃται καὶ προβῇ μὲν τὸ συμβόλαιον ἐκ προσώπου ταύτης συναινέσει καὶ τοῦ ἀνδρὸς,
- 15 ὡς ἀνωτέρω δεδήλωται, παραδοθῇ δὲ καὶ τὸ χρέος εἰς τὰς χεῖρας αὐτῆς, αὐτὴν γίνεται τούτου χρεώστης καὶ τοῦ ἀνδρὸς ἀπόρου γενομένου ζῶντος ἢ καὶ τελευτήσαντος αὐτῇ τοῦτο πρὸς τὸν δανειστὴν ἀποδίδωσιν ἐμπροθέσμως κατὰ τὴν συμφωνίαν αὐτῆς ἀπὸ τῆς οικείας προικός.
- 20 Τοῦτο οὐκ ἀλόγως παρ' ἡμῖν τὴν ἀρχὴν εἰσῆχθη τὸ ἔθος ἀλλ' ἐκ τινων νομίμων κεφαλαίων, ὡς τὸ μὲν ἐμπροσθεν κεῖται ἐν τῷ περὶ ἐκδικήσεως προικός τίτλῳ, οὗ ἡ ἀρχή· καὶ συνεστῶτος τοῦ γάμου τῇ μὴ ἀπολυούσῃ γυναικί, τὸ δὲ ὀπισθεν ἐν τῷ παρόντι τίτλῳ τὴν ἀρχὴν οὕτως ἔχον· ἢ πρωτοτύπως χρεωστοῦσα γυνή.

OMP Hb. (lin. 1–19 ad H. 1. 13. 21; lin. 20–24 ad H. 1. 13. 10)

I νομίμοις om. Hb. M 1–2 παρ' ἡμῖν τὴν σήμερον M 3–24 ἔαν – γυνή: ἔαν γυνὴ συναινοῦντος καὶ τοῦ ταύτης ἀνδρὸς καὶ συμπράττοντος αὐτῇ πωλήσῃ προικιμαῖον αὐτῆς κτῆμα ἐγγράφως ἢ καὶ νομίματα δανείσῃται πρωτοτύπως, καὶ ἢ πράσις οὐκ ἀνατρέπεται καὶ τὸ χρέος ἢ γυνὴ ἀπὸ τῆς προικὸς αὐτῆς ἀπαιτεῖται καὶ ζῶντος τοῦ ἀνδρὸς αὐτῆς καὶ ἀποθανόντος, καὶ νομικῶς οὐχ εὐρίσκει βοήθειαν διὰ τὸν νόμον τὸν λέγοντα· ἢ πρωτοτύπως χρεωστοῦσα γυνή καὶ μὴ ὑπὲρ ἄλλου ἐνοχος γενομένη οὐκ ἔχει τὴν τοῦ

³⁵ C. 4. 19. 4 pr.: «Senatus consultum locum habet, sive eam obligationem, quae in alterius persona constitit, mulier in se transtulerit...» H. 1. 13. 15 / Pr. 9. 19 создает для obligatio quae in alterius persona constitit: τοῦ ἀνδρὸς ἐνοχὴ ἐν τῷ δεσμῷ τοῦ ἀλλοτρίου συναλλάγματος – вероятно, на основании контаминации C. 4. 19. 4 pr. и § 1: «si... pro marito pecuntam solvistis...»

Βελλιανείου παραγραφὴν Μ 4 μετ' αὐτῆς Ρ | προστάσσοντος Ρ | συγγραφίας Нб. ^с, συγγραφίας Нб., συγνογραφίας Ρ 5 τῷ γενομένῳ: τῷ γε νομίμῳ Нб. | προβῆ: συμβῆ Ρ 8 δέ: τε Нб. 12 καὶ¹: κατὰ Ρ 14 συμβόλαιον: σύμβολον О 15 ἀνωτέρω δεδήλωται: δεδ. ἀνωτ. Ρ, εἴρηται Нб. | τὰς om. Нб. 16 τοῦτου: ταῦτα Нб. 16–17 γινομένου Нб. 17 καὶ om. Ρ 20 post Τοῦτο add. δὲ Ρ | παρ' ἡμῶν Нб. | τὴν ἀρχὴν om. Нб. 22 τίτλῳ προικὸς Ρ 24 πρωτοτύπως om. Нб.

Схолион к Н. 1. 13. 20 / Pira 24. 16 начинается с категорического заявления, что комментируемое положение «у нас не действует».

Согласно Н. 1. 13. 20 и многим другим согласующимся с ней главам (например, Н. 1. 13. 24, 4. 11. 9, 4. 11. 19, 4. 12. 3), как соглашается схолиаст, супруга не может ничего отчуждать (scil. из дotalьного имущества); произошедшая несмотря на это продажа подлежит отмене. От теоретически не преодоленного в византийском праве классического принципа, предполагающего, что во время существующего брака женщина не имеет никакого права распоряжения дotalьными предметами, не говоря уже о дotalьных земельных участках, давно отказались, как утверждает схолиаст: право женщины распоряжаться дotalьными вещами было «παρ' ἡμῖν» обычаем, который был введен уже «τὴν ἀρχὴν» (ср. строку 20).

Вызывают интерес обстоятельства, при которых женщина может произвести отчуждение дotalьного земельного участка:

1. Муж должен согласиться и подписать документ после нее – стороной договора выступает сама жена, сделка нуждается лишь в одобрении мужа.

2. Документ должен удостоверять основание продажи как принудительное и «правдивое»; правда, тот, кто контролирует и проверяет неотложность отчуждения на предмет наличности заявленного основания, не назван определенно. Пожалуй, в соображение можно принимать лишь *tabellio*.

3. Деньги за земельный участок должен вручить женщине *tabellio* – вероятно, профилактическое мероприятие, которое должно воспрепятствовать обогащению мужа за счет совершенного женой отчуждения.

4. Женщина – само собой разумеется – должна быть совершеннолетней.

Ввиду явного противоречия передаваемого в схолионе регулирования положениям закона³⁶ схолиаст чувствует необходимость легитимировать обычное право, по крайней мере в качестве «οἷκ ἀλόγως εἰσέχθη». При этом он ссылается на Н. 4. 11. 1 / Рг. 9. 1: в определенных крайних случаях (для кормления семьи и т. д.) приданое может быть выдано на руки женщине. Документ выбран превосходно, даже если его назначение³⁷ имеет исключительный характер передачи изображенного в схолионе процесса или скорее обычной практики. Второй документ, приведенный схолиастом для легитимации обычного права, несколько менее убедителен. Н. 1. 13. 11: SC Velleianum не распространяется на случай, когда женщина обязывает саму себя в своем интересе. Схолиаст, вероятно, цитирует эту главу, чтобы закрепить дееспособность жены. Правила SC Velleianum не должны, разумеется, применяться к правомочию распоряжения дotalьным имуществом.

ad H. 2. 2. 11 (= App. Schol. III)

Εἰς τὸν περὶ ἀναργυρίας τίτλον.

¹Ἐκ τῶν κεφαλαίων τοῦδε τοῦ τίτλου ταῦτα συνάγεται· ὅτι ἡ ἀναργυρία ἐπὶ μὲν

³⁶ Вместе с тем уже Цахариз заметил документ, имеющий большую практическую значимость для издания юстиниановского права: GRR, с. 100.

³⁷ Оно восходит к D. 23. 3. 73. 1; Павел в D. 24. 3. 20 опровергает мнение, что покупка поля является таким чрезвычайным и исключительным случаем. Юстиниан (Н. 22. 39) также допускает выдачу приданого жене на руки лишь в законодательно определенных случаях. Однако вручение выступает разновидностью дарения (именно потому, что у жены принципиально отсутствует правомочие распоряжения).

τῶν συναλλαγμάτων εἶσω δύο ἐνιαυτῶν κινεῖται⁽¹⁾, ἐπὶ δὲ ἀμεριμνῶν τῶν παρὰ δανειστῶν χρεώσταις γινομένων ἐντὸς ἁ ἡμερῶν⁽²⁾.

- 5 ἐπὶ δὲ ἀποδείξεως παρακαταθήκης ἢ δημοσίων ἀναργυρία οὐκ ἔστιν· ὡσαύτως οὐδὲ ἐπὶ ἀποδείξεως ἐπὶ προικὶ συντελεσθείσης ἀναργυρία κινεῖσθαι οὐ δύναται⁽³⁾, εἴγε μόνον κατ' εἶδος ταύτην τὴν προῖκα ἢ ἀπόδειξις διαλαμβάνει, εἰ δὲ καθ' ὁμάδα, τότε εἶσω δέκα ἐνιαυτῶν ἢ περὶ ταύτης ἀναργυρία κινεῖσθαι δύναται⁽⁴⁾.

(1) cf. H. 2. 2. 4 / SBM A XXXIX 6

(2) cf. H. 2. 2. 10 / Rhop. 11. 4

(3) cf. H. 2. 2. 8 / SBM A XXXIX 9

(4) cf. H. 2. 2. 7 / SBM A XXXIX 11 Schol. g

O Hb. (App. septem schol.) O₁ (in margine ad locum)

1 Εἰς – τίτλον deest in O₁ 2 Ἐκ – συνάγετα: σημ. ἐκ τούτων πάντων τῶν κεφαλαίων O₁ | post ταῦτα add. μὲν Hb. 3–4 ante ἀμεριμνῶν add. τῶν Hb. 7 μόνον: μὴ μόν Hb. ^c

Скромный схолион охватывает краткими, сосредоточенными прежде всего на сроках, парафразами положения H. 2. 2 об *exceptio non numeratae pecunie* («ἢ ἀναργυρία»).

ad H. 3. 3. 73 (= App. Schol. IV)

Εἰς τὸν περὶ πράσεως καὶ ἀγορᾶς τίτλον.

Ἐν κεφαλαίῳ οὐκ ἔστιν δεδοκιμασμένη ἡ αἰτία, δι' ἣν ἀνατραπῆναι τὴν κατὰ συναίνεσιν πρᾶσιν ἐπιζητεῖς ἢ κατὰ συναίνεσιν πρᾶσις ἐναντία ἐστὶ τῇ κατὰ βίαν γενομένη καὶ διὰ τοῦτο ἐκείνης ἀνατρεπομένης αὕτη οὐκ ἀνατρέπεται,

- 5 εἰ καὶ τὰ μάλιστα διπλάσιον τὸ ταύτης δίδεται τίμημα. οὐκ ἀνατρέπεται, εἰ καὶ τὰ μάλιστα διπλάσιον τὸ ταύτης δίδεται τίμημα. οὐκ ἀναιρεῖ δὲ τὰ λεγόμενα περὶ τῆς δι' ἐλαχίστου τιμήματος γενομένης πράσεως⁽¹⁾ εἰ καὶ οὕτω δοκεῖ, ὅτι εἰναι μὲν κατὰ περιγραφὴν ἦτοι ἀπάτην γίνεται. οἱ συναλλάσσοντες, γὰρ φησιν, ἔχουσιν ἄδειαν περιγράφειν ἀλλήλους ἕως καὶ τοῦ ἡμίσεως⁽²⁾. ἐν δὲ τῇ κατὰ συναίνεσιν περιγραφῇ καὶ ἀπάτη οὐ γίνεται,

- 10 ἢ πῶς ἂν κατὰ συναίνεσιν εἴη; ἢ γὰρ πρὸς ἀλλήλους περιγραφὴ τότε γίνεται, ὅτε τὸ οἰκεῖον δίκαιον ἢ ἀμφότεροι ἀγνοοῦσιν ἢ ὁ ἕτερος τῶν συναλλασσόντων. ὅτε δὲ οὐδέτερος αὐτῶν τὸ οἰκεῖον δίκαιον ἀγνοεῖ, ὅπερ ἐστὶν ἐπὶ τῆς κατὰ συναίνεσιν πράσεως, οὐ περιγραφὴ πάντως πρὸς ἀλλήλους αὐτοὺς γίνεται, κἂν ὁσοῦδήποτ' ἂν συναλλάξαιεν.

- 15 εἰ καὶ δι' ἐλαχίστου τιμήματος τὸ συνάλλαγμα τούτων γένοιτο, ἀλλὰ κατὰ συναίνεσιν οὕτω δόξαν αὐτοῖς συναλλάττουσιν εἴτε διὰ χάριν, εἴτε διὰ τὸν καιρὸν, εἴτε διὰ τὸ πρᾶγμα ἀπρόσοδον τυχὸν ὄν, εἰ καὶ πολλοῦ τιμήματος κατὰ τὴν ὕλην ἐστὶν ἄξιον, καὶ διὰ τοῦτο τὸ συνάλλαγμα τούτων ἀνατραπῆναι οὐ δύναται. οὐ γὰρ περιγραφῇ, ἀλλὰ συγκαταβάσει καὶ δωρεᾷ τὸ παρ' αὐτῶν γινόμενον ἔοικεν.

- 20 ὥστε οὖν ἄλλη ἐστὶν ἢ κατὰ συναίνεσιν πρᾶσις καὶ ἄλλη ἢ δι' ἐλαχίστου τιμήματος γινομένη, καὶ οὐκ ἀναιρεῖται ἢ ἑτέρα ὑπὸ τῆς ἑτέρας.

(1) cf. H. 3. 3. 69

(2) H. 3. 3. 7

O Hb.

3 συναίνεσιν²: συνέσιν Hb. ^c 4 κατὰ βίαν: καταρίαν Hb. ^c 9 καὶ ¹ om. Hb. 10 σύνεσιν Hb. ^c 12 ὁ om. Hb. | αὐτῶν om. Hb. 14 αὐτοῖς: αὐτῶν Hb. | ὅπουδῆποτε Hb. 15 τούτων: τοῦτο Hb. | κατὰ om. Hb. 16 αὐτοῖς: αὐτοὶ Hb. 20 παρ' αὐτῶν: παρὸν οὕτω Hb. 21 πρᾶσις καὶ om. Hb.

Н. 3. 3. 73 / В. 19. 10. 76 / SBM A XII 20 (С. 4. 44. 6): продавец не может понуждать покупателя к расторжению договора, даже если он за возврат вещи предоставит согласованную покупную цену в двойном размере.

Схолиаст поясняет, что этим не отменяется правило о *minus pretium* (ἐλάχιστον τίμημα), даже если это так выглядит. При этом он ссылается на Н. 3. 3. 69 / В. 19. 10. 72 / SBM A XII 19 (С. 4. 44. 2): если покупная цена является слишком низкой, то договор отменяется. Слишком низкой будет цена, которая не достигает даже половины стоимости вещи.

Схолиасту кажется необходимым рассматривать и случай продажи вещи Н. 3. 3. 73 *minus pretium* в смысле Н. 3. 3. 69, то есть меньше чем за половину ее стоимости: почему же иначе продавец – таково, вероятно, его предположение – был бы заинтересован отдать двойную покупную цену с целью возврата вещи? Но если это так, то договор купли-продажи должен быть отменен даже на основании Н. 3. 3. 69, но что, согласно Н. 3. 3. 73, категорически исключено. Решение этой проблемы схолиаст находит в следующем различии: договоры могут заключаться либо κατὰ βίαν (без или против воли стороны), а именно κατὰ περὶ γράφῃ ἤτοι ἀπάτην (посредством обмана или мошенничества), либо κατὰ συναίνεσιν (посредством консенсуса). Описанный в Н. 3. 3. 69 договор купли-продажи должен быть заключен κατὰ περὶ γράφῃ, потому что Н. 3. 3. 72³⁸ определяет, что при цене ниже половины стоимости может иметь место περὶ γράφῃ в недопустимом размере. Поэтому договор расторгается. Напротив, договор, описываемый в Н. 3. 3. 73, заключается, как это даже называется в тексте, κατὰ συναίνεσιν. Согласие имеется, если обе стороны точно знакомы с правами; поэтому здесь нет места для περὶ γράφῃ, а также для расторжения договора.

Интерпретация не лишена остроумия, но основывается, конечно, уже на ложных посылах. Противоречие, разрешению которого это служит, существует лишь в том случае, если подвергают контролю, что вообще лежало в основе ограничения *iustum pretium* половиной действительной стоимости в случае Н. 3. 3. 73. Все-таки конституция лишь объявляет, что продавец (который раскаивается в продаже вещи) не приобретает права требования на расторжение заключенного договора купли-продажи с целью обратного приобретения вещи лишь посредством высшей, даже вдвое большей цены по отношению к согласованной с покупателем.

При разрешении мнимого противоречия, созданного схолиастом с помощью ложных посылок, используется пара терминов κατὰ βίαν / κατὰ συναίνεσιν. Употребление этих терминов не соответствует их традиционному смыслу: *circumscriptio* определенно не исключает *consensus*. Однако они не годятся для убедительного обоснования, соответственно (по-новому) определенного схолиастом: покупная цена ниже половины стоимости вещи позволяет сделать вывод о περὶ γράφῃ и при этом о заключении договора против (действительной) воли стороны. Если же, как указывается в Н. 3. 3. 73, договор был заключен κατὰ συναίνεσιν, порок воли, который мог бы привести к расторжению договора, отсутствует.

Комментарий схолиаста убедителен, разумеется, при догматически правильно выбранных посылах. Сверх того, схолиаст, даже если его понимание проблемы и его самовольные дефиниции не соответствуют канонам римского права, создал в результате разумную интерпретацию. Поскольку в С. 4. 44. 2, несмотря на объективно сформулированное Юстинианом высказывание: *minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit*, указывается на манипулирование стороной договора, то есть, как минимум, на порицаемый обман (так же как и сформулированное Диоклетианом осно-

³⁸ = SMin. II 18; совершенное там (злополучное) соединение правовых норм: стороны могут взаимно обманывать друг друга (*in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*) – D. 4. 4. 16. 4) с использованием правила *iustum pretium* (С. 4. 44. 1): *circumscriptio* допускается только до половины стоимости, что восходит уже к Attaleiot. Att. II. 2: Δύνανται οἱ συναλλάττοντες μέχρι τοῦ ἡμίσεως τοῦ τιμήματος περιγράφειν ἀλλήλους καὶ περιγράφεσθαι. Εἰ δὲ καὶ ἐπέκεινα γένηται ἢ περιγραφῇ, ἢ τὸ πλεον ἀποδίδοται ἢ ἀναλύεται ἢ πρᾶσις.

вание расторжения договора звучит: «*bimantum est*»), как раз περιγραφή или ἀπάτη стоят на заднем плане; в С. 4. 44. 6, напротив, подчеркивается наличие обнаруживаемой воли сторон, συναίνεσις.

ad H. 3. 3. 95

- Τότε ὁ πρᾶτης τὸ πραθὲν ἐτέρῳ προσκυροῖ γενομένης τῆς αἰρέσεως αὐτοῦ κρείττονος, ὅτε ψιλὰ μόνον συστῇ σύμφωνα μέσον τοῦ πρᾶτου καὶ τοῦ ἀγοραστοῦ. ὅτε δὲ καὶ τὸ τίμημα δοθῇ καὶ τὸ πράγμα παραδοθῇ ἢ θάτερον τούτων γένηται, ὡς οἱ νόμοι περὶ τούτων διακελεύονται,
- 5 τότε ὡς ἤδη τῆς πράσεως καὶ τῆς ἀγορασίας νομίμως συστάσης προσκυροῦν ἐτέρῳ τὸ πραθὲν ὁ πρᾶτης οὐ δύναται γενομένης τῆς αἰρέσεως αὐτοῦ κρείττονος.

OMP

H. 3. 3. 95 / SBM Y VII 1: продавцу разрешено продать вещь покупателю, предложившему большую сумму, если первый покупатель не даст, со своей стороны, более высокой суммы.

Толкование, согласно которому продажа вещи предложившему большую сумму предполагает *nudum pactum*, а одно- или двустороннее исполнение договора исключает продажу предложившему большую сумму, производит впечатление, что схолиаст принимал каждый еще не исполненный договор за ψιλὸν σύμφωνα. Это означает: *in diem addictio*, до тех пор, пока договор еще «ψιλὸν» = лишь согласован, но не исполнен, допустимо, но исключено в обычном случае покупки за наличные. Сомнения, что схолиаста что-то побудило к такому упрощенному способу рассмотрения, основываются на его высказывании к H. 1. 9. 7, где он отнюдь не понимает ψιλὸν σύμφωνα как неисполненный договор, а определяет его в соответствии с «господствующим учением» как договор без договорной санкции и стипуляционной клаузулы. Следовательно, можно было бы оспорить ход мыслей схолиаста, если разделить схолион к 3. 3. 95 на два объяснения: (1) *in diem addictio* возможно только при *nuda pacta*³⁹, (2) но вплоть до исполнения одной из сторон может быть сделано действительным⁴⁰.

ad H. 3. 3. 108

- Ἡ νεαρά αὕτη ἀπαγορεύει καὶ τοὺς δυνατοὺς μήτε κατὰ πρᾶσιν, μήτε κατὰ δωρεάν, μήτε ἐκ διαθήκης λαμβάνειν τι παρὰ τῶν εὐτελεστέρων, εἰ μὴ ἄρα συγγενεῖς αὐτῶν εἶεν, ὅπερ ἡμῖν ὡς ἀργήσαν πάλαι παρεῖται. δι' ἐκείνους οὖν τοὺς δυνατοὺς καὶ οὐχὶ διὰ τοὺς ἄλλους ἐνταῦθα πρόσκειται τὸ ἢ δωρεὰς δεξαμένων ἢ ἐκ διαθήκης τι κτησαμένων.
- 5 τινὲς δὲ φασὶ καὶ ὅλον τὸ τῆς δεκαετίας διὰ τοὺς δυνατοὺς μόνον εἰρῆσθαι, τοῖς γὰρ ἄλλοις τὸ τετράμηνον καὶ μόνον εἰς διάσκεψιν δίδοσθαι. τοῦτο δὲ παρ' ἡμῖν οὐ κρατεῖ, ἀλλ' ἢ δεκαετία καὶ τοῖς ἄλλοις ἐπὶ τῇ προτίμῃσι τῆς πράσεως δίδοται. ἢ γὰρ τῆς ἐμφυτεύσεως καὶ τῆς μισθώσεως προτίμησις ἤρρησεν.

OMP Нб. (= H. 3. 3. 112)

³⁹ Что здесь, конечно, неверно, потому что *in diem addictio* можно добавить как дополнительное соглашение ко всякому договору. Сама она, поскольку *bona fide* обязательна для соглашения *ex continentia*, считалась ψιλὸν σύμφωνα (ср. de nudis pactis 5. 1: «Τῶν γὰρ νοῦδων πάκτων εἶσι καὶ τὰ ἐξ κοντίνεντι»).

⁴⁰ Такое объяснение было в этом отношении необходимым, в то время как в H. 3. 3. 95 не называются ни назначение предельного срока, ни *dies* для *addictio* предложившему большую сумму.

Схолион (в издании Геймбаха Н. 3. 3. 112) относится к словам «ἢ δωρεὰς δεξαμένῳ...» в Н. 3. 3. 108: по истечении десяти лет право преимущественной покупки может быть прекращено, как это имеет место всегда при приобретении земельного участка посредством дарения или на основании завещания.

Схолиаст с полным основанием поясняет, что осуществление права преимущественной покупки при приобретении земельного участка посредством дарения или на основании завещания относится лишь к такому приобретению посредством *δυνατοί* – объяснение, являющееся необходимым, поскольку даже Н. 3. 3. 108 равным образом поясняет, что отчуждению земельного участка в качестве *donatio propter nuptias* препятствует завещательное распоряжение и т. д., но не вообще право преимущественного приобретения; осуществление этого права преимущественно управомоченным исключается полностью, а не только на десятилетний срок. К тому же указание слов «ἢ δωρεὰς δεξαμένῳ...» исключительно на приобретение обладающим властью также объективно безупречно. Стоящий под вопросом отрывок Н. 3. 3. 108 (Нб. 376/27–378/3) заимствован из второй главы *Novelle Romanos'*, которая посвящена исключительно осуществлению права преимущественной покупки при приобретении земельного участка посредством *δυνατοί*, и соответственно смыслу помещен в текст о праве преимущественного приобретения⁴¹

Схолиаст, вероятно, не сам придумал и исправил интерпретацию в форме сравнения текста Шестикнижия с текстом *Novelle Romanos'*, а мог обладать знаниями о действительном соотношении этого фрагмента и *δυνατοί* от той «τις», мнение которой о сроке преимущественного приобретения он в дальнейшем излагал.

То, что он одновременно прокомментировал специальное положение об уполномоченных, согласно которому они не должны приобретать земельные участки посредством дарения, завещания и т. д. в обход права преимущественной покупки, как устаревшее, не удивляет, так как программа борьбы с крупным землевладением, образованная *δυνατοί*, к XIV в. потеряла свою актуальность.

То, что срок осуществления права преимущественной покупки растягивался на десять лет лишь при приобретении посредством *δυνατοί*, а в остальных случаях составлял 4 месяца (соответственно 30 дней), говорят «некоторые», следуя с полным основанием тексту *Novelle Romanos'* Схолиасту кажется, что этим ничто не могло начинаться. Его формулировка: «ἢ δεκαετία καὶ τοῖς ἄλλοις (а именно, не-*δυνατοί*) δίδονται» передает, что он думал, будто десятилетний срок формально дан уполномоченному (и только ему), то есть для осуществления (!) права преимущественной покупки (вместо – как в соответствии с Coll. III 2 – «прочим» для осуществления права преимущественной покупки против *δυνατοί*).

Не говоря о таком большом недоразумении, это обоснование, а также то, что «ἄλλοι» могли бы, как *δυνατοί* и без того, сделать нормой о праве преимущественной покупки в течение десяти лет, выглядит странным. Практике должно было соответствовать то обстоятельство, что в течение 10 лет вообще не было ни одной покупки земельного участка, что – уже поскольку подобное правило порождает подобное представление о необходимых правоотношениях по поводу земельных участков – кажется едва ли приемлемым. С другой стороны, полагают, что разница сроков при приобретении земельного участка уполномоченным или неуполномоченным была схолиасту не только незнакома, но и совершенно непонятна, что десятилетний срок принимается за правило не только в Н. 3. 3. 108 в результате интерполяции *Novelle Romanos'*, а уже в Pira (50. 1 = Н. 3. 3. 110), где он был сокращен лишь посредством *προφώνησις*. К этому добавляют, что подлежащая применению между равными крестьянами процедура продажи с уведомлением

⁴¹ А именно, в передаваемый в Н. 3. 3. 107/108 фрагмент новеллы Coll. III 2, с. 202/35–203/10, который прерывается вставкой из Coll. III 2, с. 204/1–4 (= Нб. 376/27–378/3) около с. 203/7 (= Нб. 376/27).

о продаже присутствующих и отсутствующих едва ли еще могла бы иметь место, что сделки по поводу земельных участков заключались, вероятно, скорее между *δυνατοί*, чем между *ἄλλοι*, за иррелевантность которых в земельном праве говорит также лаконичное положение, которое заканчивается правом преимущественной покупки при эμφитеυзисе и аренде, так что сохранение первоначального десятилетнего срока, мыслимого для соотношения *δυνατός* / *εὐτελής*, и отказ от короткого срока, действующего для (более не существующей) покупки земельного участка *ἄλλοι*, не кажется более невероятным. Этот срок свидетельствует лишь о том, что при несоблюдении права преимущественной покупки приобретенное владение также по истечении десяти лет всегда становится свободным от возражений и, соответственно, «право собственности возникает в силу приобретательной давности».

ad H. 3. 3. 110/111

- Δύο προφωνήσεις εἰσι γινόμεναι πρὸς τὸν προτιμώμενον εἰς τὸ ἀγοράσαι τι, ὡς ἐκ τῶν ρωμαϊκῶν τούτων φαίνεται κεφαλαίων· μία μὲν παρὰ τοῦ ἀγοραστοῦ πρὸς αὐτὸν γινόμενη τὸν προτιμώμενον παρουσίᾳ δηλονότι μαρτύρων, ἥτις καὶ τὸ τετράμηνον νομίμως εἰς διάσκεψιν ἔχει, καὶ μετὰ τὸ τετράμηνον ἀποκλείεται τῆς προτιμήσεως ὁ προτιμώμενος.
- 5 ἑτέρα δὲ παρὰ τοῦ δικαστοῦ πρὸς τὸν αὐτὸν δι' ἐγγράφου σημειώσεως γινομένη, ἥτις καὶ τὸ τριακονθήμερον μόνον τῆς νεαρᾶς εἰς διάσκεψιν ἔχει. δεῖ οὖν ἐκ τῶν δύο τούτων ἐπιφωνήσεων θατέραν γενέσθαι πρὸς τὸν ἔχοντα τὸ τῆς προτιμήσεως δίκαιον· εἰ δὲ μήγε, ἢ νόμιμος αὐτῷ δεκαετία περισώζεται.
- 10 Ἰστέον δὲ, ὅτι οὐχ ἀπλῶς οὐδὲ ὡς ἔτυχεν αὕτη ἢ ἐκείνη ἡ προφώνησις γενομένη ἰσχύει, ἀλλ' ὅτε ἀληθῶς καὶ ἀρραδιουργήτως τὸ τίμημα τοῦ πιπρασκομένου κτήματος παραστῇ καὶ ἡ πρᾶσις γένηται καὶ τὸ πρατήριον ἐμφανισθῇ, ἐπείτοιγε πρὸ τοῦ γενέσθαι ταῦτα οὐδέν ἐστιν ἡ προφώνησις. τὰ γὰρ προσποιητὰ καὶ τὰς εἰκονικὰς πράξεις ἀντ' οὐδενὸς οἱ νόμοι λογίζονται⁽¹⁾.
- 15

(1) cf. H. 3. 3. 35

OMP Hb. (ad 3. 3. 103)

1 προφωνήσεις: προτιμήσεις M 2 τούτων: τοῦτο Hb. 4 νομίμως om. M 6 τὸν om. M 7 καί: εἰς Hb. | εἰς: τὴν Hb. | οὖν: γοῦν M 9 μήγε: μὴ Hb. 10 Ἰστέον δὲ, ὅτι om. M | οὐδὲ: δὲ καὶ M | ἔτυχεν: ἔσχεν Hb. | προφώνησις: πρόφασις P 11 ἀλλ' ὅτε: ἀλλ' ὅταν M | post ἀρραδιουργήτως add. γένηται M | τὸ om. Hb. ° 11 – 13 τὸ τίμημα – ἡ προφώνησις om. M 12 περιστῇ P | γίνεται Hb. 13 γίνεσθαι Hb. | οὐδέν: οὐδὲ Hb. 14 ἀντ': κατ' Hb. | οἱ φιλευσεβεῖς νόμοι M

В схолионе содержится ссылка на H. 3. 3. 110 / Pira 50. 1 и H. 3. 3. 111 – σημείωμα, не дошедшее до нас в Pira. По словам схолиаста, из этих двух глав появляется два вида *προφώνησις* = извещения о продаже. Первое, совершаемое покупателем при свидетелях, вызывает четырехмесячный срок как время размышления для обладателя права преимущественной покупки; другое, происходящее посредством судебного декрета (*ἐγγράφον σημείωμα*), напротив, приводит в движение тридцатидневный срок.

Объяснение схолиаста непонятно. Оба фрагмента Pira устанавливают в случае *προφώνησις*, в соответствии с (не интерполированной, см. выше, схолион к H. 3. 3. 108) новеллой, тридцатидневный срок для присутствующих и четырехмесячный срок для отсутствующих лиц, обладающих правом преимущественной покупки. Речь вообще не идет о *προφώνησις* судей.

Заблуждение схолиаста могло возникнуть следующим образом: в первом фрагменте Pira H. 3. 3. 110 приводится ясный пример, что покупатель должен делать сообщение о

покупке обладателю права преимущественного приобретения, чтобы вызвать четырехмесячный срок, – это, по мнению схолиаста, первый вид профώνησις. Второй заимствованный фрагмент P16, в Н. 3. 3. 111 хотя и ничего не говорит о лице, которое по отношению к профώνησις обязано или управомочено, но прежде всего констатирует, что закон установил короткий тридцатидневный срок (а именно, для присутствующих). К идее, что они приводятся в движение посредством στήμειωμα судьи, схолиаст должен был прийти, вероятно, на основании вступительных слов фрагмента: «καὶ ὁ μάγιστρος ἐν στήμειωμα αὐτοῦ οὕτω φησὶν...», причем он принял μάγιστρος за какого-нибудь судью, а στήμειωμα – за судебное профώνησις-заявление.

Также такая труднодоступная и совершенно неудачная экзегеза, которая рождает новый вариант распространенной среди византийских юристов сумятицы относительно срока при реализации права преимущественной покупки⁴², показывает, что положения P16 были не очень привычными для схолиаста. Он уже не очень понимал простую дифференциацию между четырехмесячным и тридцатидневным сроками, поскольку – см. приведенный выше схолион к Н. 3. 3. 108 – παρ' ἡμῖν был известен лишь десятилетний срок.

Указание схолиаста, что профώνησις не может составлять основу мнимого договора с манипулируемой покупной ценой, скромно и правильно (ср. Nov. Romanos в Н. 3. 3. 105, Нб. 376/4).

ad Н. 3. 6. 1

Διαφέρει ἐγγυητής, ἀντιφωνητής καὶ μανδάτωρ οὕτως· ἐγγυητής μὲν ἐστίν, ὅστις ἑτέρου δανειζομένου καὶ ὑπισχνουμένου ἐγγράφως ἢ καὶ ἀγράφως ἐμπροθέσμως παρασχεῖν τὸ χρέος, ὑπισχνεῖται τὸν ὅμοιον τρόπον καὶ αὐτός, ὡς, εἰ μὴ ἐκεῖνος τοῦτο παράσχη, αὐτὸς ἵνα ἀποδώσῃ τοῦτο

5 πρὸς αὐτὸν οἰκοθεν.

Ἀντιφωνητής δὲ ἐστὶ, ὅστις ἑτέρου παρὰ τινος δανεισαμένου αὐτὸς εἰς ἑαυτὸν τὸ χρέος ἀναδέχεται καὶ γράμμα περὶ τοῦτου μονομερῶς πρὸς τὸν δανειστὴν ἐκτίθῃσιν οὕτω διαλαμβάνον· τὰ νομίσματα, ἅπερ ἀπὸ σοῦ ὁ δεῖνα ἐδανείσατο, ὑπισχνοῦμαι δώσειν ἐγώ.

10 Μανδάτωρ δὲ ἐστὶ ὁ κατὰ ἐντολὴν τινος ἀπελθὼν πρὸς τινα καὶ δανεισάμενος ἐξ ἐκείνου νομίσματα καὶ ὑποσχεθεὶς αὐτὸς δώσειν αὐτά.

OMP Нб.

1 ἐγγυητής καὶ μανδάτωρ καὶ ἀντιφωνητής Нб. 2 ὑποσχομένου Нб. 2 – 3 καὶ ἀγράφως: μὴ ἐγγράφως Нб. 4 παράσχη: παρασχῶ P | ἀποδώσει OM 5 οἰκοθεν πρὸς αὐτὸν M 6 δανειζομένου M 9 ἐδανείσατο: δανειακῶς ἔλαβε M | δώσειν ἐγώ: πρὸς σέ ἀποδώσειν M | ἐγώ: ἐμέ Нб. 11 αὐτὸς om. M

Несколько неуклюжее, ученическое объяснение разницы между использованными в Н. 3. 6. 1 / P16. 10 терминами ἐγγυητής, ἀντιφωνητής и μανδάτωρ является, насколько это касается первых двух понятий, удачным в содержательном плане: описание поручителя, который следует за основным должником и ὅμοιον τρόπον как основной должник на случай неплатежеспособности последнего, понятно развивается формой обеспечения кредита посредством ἀντιφωνητής, который отвечает на основании самостоятельного волеизъявления (*constitutum debiti alieni*) μονομερῶς за возврат суммы займа. При описании μανδάτωρ либо точность пала жертвой краткости⁴³, либо схолиаст спутал обозначение

⁴² Ср. Zachariae, GGRR. P. 247 и документы, отмеченные там в примеч. 807.

⁴³ Может быть, следовало бы исправить в: Μανδάτωρ δὲ ἐστὶ, ὅστις ἑτέρου κατὰ ἐντολὴν αὐτοῦ ἀπέλθοντος πρὸς τινα καὶ δανεισαμένου ἐξ ἐκείνου νομίσματα ὑπισχνεῖται αὐτὸς

ния сторон трехстороннего правоотношения: в соответствии с его текстом, мандάτωρ является не трассантом, а трассатом, получающим заем от займодавецца.

ad H. 3. 7. 11 (= App. Schol. V)

- Εἰς τὸν περὶ τόκου τίτλον, ἐν κεφαλαίῳ Ὁ μὴ κεχρεωστημένος τόκος. Τοῦτο τὸ κεφάλαιον ἐναντίον δοκεῖ τῷ πρὸ αὐτοῦ κειμένῳ νομίμῳ κεφαλαίῳ οὐ ἡ ἀρχή· ἐάν τις χρεωστῶν κεφάλαιον⁽¹⁾. ἐκείνου γὰρ τὸν μὴ κεχρεωστημένον τόκον καταβληθέντα μὴ ἀναλαμβάνεσθαι κελεύοντος, ἀλλὰ μόνον τὸ παράνομον ἀφαιρεῖσθαι,
- 5 τοῦτο διαγορεύει καὶ τὸν τοιοῦτον τόκον ἀναλαμβάνεσθαι καταβληθέντα. οὐκ ἔστιν δέ, ἀλλ' ἐκείνο μὲν περὶ γινώσκοντος μὴ χρεωστῆν τόκους εἶτα καταβαλόντος τούτους ἐκόντος φησὶν, ὅθεν καὶ οὕτως ἐπὶ λέξεων λέγει· ἐάν τις χρεωστῶν κεφάλαιον τόκους μὴ κεχρεωστημένους καταβάλλῃ. τοῦτο δὲ περὶ μὴ γινώσκοντος <μὴ> χρεωστῆν,
- 10 ἀλλὰ κατὰ συναρπαγὴν καὶ συμπαιγνίαν αὐτοῖς καταβαλόντος. διὸ καὶ οὕτω φησί· ὁ μὴ κεχρεωστημένος τόκος καταβληθείς⁽²⁾. εὐρήσεις δὲ ὀπισθεν τούτῳ συνᾶδον καὶ ἕτερον τῶν νόμων κεφάλαιον οὕτω φάσκον· Ὅταν τις μὴ χρεωστῶν τι καταβάλλῃ, εἰ μὲν ἀγνοεῖ, ὅτι <οὐ> χρεωστῆν, ἀναλαμβάνει, εἰ δὲ οὐκ ἀγνοεῖ, οὐκ ἀναλαμβάνει.
- 15 δοκεῖ γάρ, ὅτι οἰκιοθελῶς ἐδωρήσατο⁽³⁾. μὴ κεχρεωστημένος δὲ τόκος καὶ δοθείς ἐστι μὲν καὶ ὁ μὴδὲ τὴν ἀρχὴν ὑποσχεθείς, ἔστι δὲ καὶ ὁ πλέον τοῦ ὑπεσχημένου δοθείς. καὶ ταῦτα μὲν ἐν τούτῳ.
- Τὰ δὲ μετὰ ταῦτα κείμενα τῶν νόμων δύο κεφάλαια περὶ τόκων, ὧν τοῦ μὲν ἡ ἀρχή· Εἴτε τόκον τις ὑπὲρ μέτρον⁽⁴⁾, τοῦ δὲ. Οἱ ἀπὸ συμφώνων τόκοι⁽⁵⁾.
- 20 τὸ μὲν περὶ ἐπηρεωτημένων τόκων φησὶν καὶ δῆλα τὰ περὶ τούτων λεγόμενα, τὸ δὲ περὶ ἀνεπερωτήτων, περὶ ὧν καὶ φησί· ἵνα, εἰ δοθεῖεν, ὡς συνεφωνήθησαν, μόνον ἐννομοὶ δηλονότι ὄντες, μὴ ἀναλαμβάνωνται ὡς ἀπὸ συμφώνου δοθέντες. εἰ δὲ μὴ δοθεῖεν, μὴ ἀπαιτῶνται διὰ τὴν συμφωνίαν μόνην, ὅτι ἀνεπερώτητοί εἰσι καὶ ἀπὸ ψιλοῦ συμφώνου τὴν ἀρχὴν συνέστησαν.
- 25 φησὶ γὰρ καὶ ἀλλαχοῦ, ὅτι τὸ ψιλὸν σύμφωνον ἀγωγὴν οὐ τίκτει, ἀλλὰ παραγραφὴν⁽⁶⁾. καὶ δεῖ κάκεῖνα κρατεῖν τὰ κεφάλαια ἐννομα ὄντα καὶ καλοθελῇ καὶ τοῖς κεφαλαίοις τούτοις μὴ ἐναντιούμενα. ταῦτα μὲν γάρ, ὡς εἵπομεν, περὶ ἀχρεωστήτων τόκων φησί, ἐκεῖνα δὲ περὶ κεχρεωστημένων.
- 30 Ἐπὶ πᾶσι δὲ τούτοις κάκεῖνο δεῖ κρατεῖν τὸ τῶν νόμων ρητὸν τὸ φάσκον· Καὶ οἱ κατὰ μικρὸν καταβαλλόμενοι τόκοι τὸ διπλάσιον τοῦ χρέους οὐχ ὑπερβαίνουσιν⁽⁷⁾, ὅπερ μικρὸν ἔμπροσθεν κεῖται ἐν τῷ τέλει τοῦ περὶ τόκων διατάξεως κεφαλαίου, οὐ ἡ ἀρχή· Ἡ διάταξις ὀρίζει καὶ ποσότητα ρητὴν τοῖς τόκοις⁽⁸⁾. εἴτε γὰρ ἀχρεωστήτους τόκους τις δῶ ἢ ὡς γινώσκων ἢ ὡς ἀγνοῶν,
- 35 καθὼς εἴρηται, εἴτε κεχρεωστημένους ἀπὸ συμφώνου ἐννόμους ἢ καὶ παρανόμους τοῦ κεφαλαίου διπλασιασθέντος, ἐντεῦθεν πᾶσα λύεται ἡ τοῦ χρέους τούτου ἀγωγή, καὶ ζήτησις οὐκέτι περὶ αὐτοῦ γίνεται, ὡς ἡδὴ καὶ τοῦ κεφαλαίου καὶ τῶν ἐννόμων τόκων αὐτῷ δοθέντων. τυχὸν γὰρ τις ρ' νομίσματα ὁμοῦ τι ἐδάνεισεν, ἔλαβεν ἔξ
- 40 ἐκείνου μετὰ ταῦτα κατὰ μικρὸν ἐν προσχήματι τόκων νομίσματα σ', ἀρκεῖν αὐτῷ ταῦτα καὶ ἀντὶ κεφαλαίου καὶ ἀντὶ τῶν τόκων οἱ νόμοι παρακελεύονται.

(1) H. 3. 7. 9

(2) H. 3. 7. 11

(3) H. 3. 5. 28

δώσειν αὐτά. Необходимая коррекция текста, разумеется, столь обширна, что текст схолиаста не может спасти конъектура.

- (4) Н. 3. 7. 12
- (5) Н. 3. 7. 13
- (6) Н. 1. 9. 7 предл. 1
- (7) Н. 3. 7. 23 i. f.
- (8) Н. 3. 7. 23 inc.

О Нб.

2 – 3 κεφαλαίω νομίμῳ Нб. 7 καταβάλλοντος Нб. | τούτους: τούτου Нб. 8 ἐπὶ: περὶ Нб. 9 καταβάλλει Нб. 10 – 11 καταβάλλοντος Нб. 13 καταβάλλῃ Нб. 14 ἀναγνοεῖ О 15 οἰκοθελῶς Нб. | δὲ om. Нб. 20 – 26 τὸ – παραγραφὴν: περὶ κεχρεωστημένων ἀπὸ συμφώνου τόκων φασίν, ἵνα εἰ δοθεῖεν ὡς συνεφωνήθησαν καὶ παράνομοι δηλονότι ὄντες μὴ ἀναλαμβάνονται ὡς ἀπὸ συμφώνου δοθέντες. εἰ μὴ δοθεῖεν, μὴ ἀπαιτῶνται διὰ τὴν συμφωνίαν, ἀλλὰ τὸ παράνομον αὐτῶν ἀφαιρῆται, ἐπεὶ τὰ παράνομα σύμφωνα, ὡς ἀλλαχῇ φησιν, οὐκ ἔρρωται, καὶ τὸ λοιπὸν ἀπαιτεῖται, ὅπερ ἐστὶν ὁ ἔννομος τόκος Нб. 20 – 21 καὶ δῆλα – καὶ φησι: О in marg. 27 ταῦτα: τοῦτο Нб. 28 τόκων om. Нб. | ἐκεῖνα: ἐκεῖνο Нб. 32 τοῦ: τῆς Нб. 36 ἢ om. Нб. 41 τῶν om. Нб. | οἱ θεοὶ νόμοι Нб.

Схолион V Аппендикса, размещение которого обозначено в Cod. Ottob. знаком χ ε' на полях около Н. 3. 7. 11, содержит объемный комментарий о процентах⁴⁴

Схолиаст сначала занимается противоречивыми положениями первого предложения Н. 3. 7. 9, в соответствии с которым выплаченные, но недолжные проценты не подлежат истребованию в качестве неосновательного обогащения, и Н. 3. 7. 11, в соответствии с которым выплаченные, но недолжные проценты либо засчитываются в сумму основного долга, либо – если долг уже погашен – истребуются кондикционным иском. Он разрешает противоречие, утверждая, будто в Н. 3. 7. 9 предполагалось, что должник знает, что он не должен проценты; в Н. 3. 7. 11 он, напротив, не сознает отсутствия долга, а платит вследствие обмана или введения в заблуждение. Следовательно, случаи должны трактоваться исходя из общего правила (Н. 3. 5. 68): заблуждение при платеже ведет к кондикции, знание об отсутствии долга исключает кондикцию – противоречие между Н. 3. 7. 9 и 3. 7. 11 устранено.

Утверждение, что Н. 3. 7. 9 предполагает знание об отсутствии долга, а Н. 3. 7. 11 – заблуждение, является ложным приписыванием, которое не становится рассудительным и обоснованным из-за ссылки схолиаста на вступительные слова обоих текстов, поскольку оба они говорят совершенно без уловимой дифференциации μὴ κεχρεωστημένους τόκους καταβάλλειν...

Проблеме различных правил о возможности истребования недолжных процентов в качестве неосновательного обогащения уделялось внимание и в римском исследовании. «*Usurae indebitae*» рассматривались в D. 12. 6. 26 pr. (Н. 3. 7. 9) как нестипулированные и, с точки зрения *ius civile*, не обязательные натуральные обязательства⁴⁵ Напротив, в

⁴⁴ К текущему тексту около Н. 3. 7. 11 приписан схолион, который мог бы произойти и от нашего схолиаста. Это скромный комментарий о процентах, который благодаря пространному и сложному комментарию, размещенному в Аппендиксе, выглядит излишним. Поэтому в Cod. Ottob. ему не соответствует обозначение ζήτημα-схолий. Переписчик Cod. Barocc. 149 прибавил ему это обозначение, вероятно, исходя из предположения, что стоящий в Cod. Ottob. рядом с этим схолионом знак χ ε' (который относится к V схолиону Аппендикса) указывает на маленький схолион на полях. Последний гласит: 'Εκ τῶν κεφαλαίων τούτων συνάγεται, ὅτι ὁ μὲν τόκους μὴ κεχρεωστούμενους ἐκουσίως καταβάλων εἴγε μόνον ἔννομοι εἶεν οὐκ ἀναλαμβάνει, εἴγε παράνομοι τὸ ὑπὲρ τὸ νόμιμον εἰς τὸ κεφάλαιον καταλογίζεται. ὁ δὲ τόκους μὴ κεχρεωστημένους ἄκων ἢ ἀγνοῶν καταβάλων εἰς τὸ κεφάλαιον τούτους λογίζεται. εἰ δὲ καὶ τὸ κεφάλαιον κατέβαλεν, ἀναλαμβάνει. ὁ δὲ τόκους ὑπὲρ τὸ μέτρον ἢ τόκους τόκων ἐπερωτήσας τὸ ἔννομον δίδωσιν μόνον. οἱ δὲ ἀπὸ συμφώνου ψιλοῦ τόκοι ἔννομοι ὄντες δηλαδὴ καταβληθέντες οὐκ ἀναλαμβάνονται, μὴ καταβληθέντες δὲ οὐκ ἀπαιτοῦνται, ὅτι τὸ ψιλὸν σύμφωνον ἀγωγὴν οὐ τίκτει ἀλλὰ παραγραφὴν.

⁴⁵ Ср. убедительные аргументы *Siber H. Naturalis obligatio*. Leipzig, 1925. S. 62, а также *Schwarz F. Die Grundlagen der condictio im klassischen römischen Recht*. München; Köln, 1952. S. 93 со сноской 101.

С. 4. 32. 18 (Н. 3. 7. 11) «*usurae indebitae*» объяснялись как «компиляционная работа», «неудачное сокращение», которое, в отличие от D. 12. 6. 26 пр., было не только нестипулированным, но и вообще «даже незаключенным или недозволительно несогласованным»⁴⁶ Разрешение противоречия получается здесь тоже на основании правил о кондикции. Дистинкция, подставленная схолиастом для применения положений о кондикции: «знание об отсутствии долга» / «ошибочное допущение долга» – некоторым образом может совпадать с дословным смыслом текста как пара терминов «натуральное обязательство» / «отсутствие долга»; дистинкция схолиаста равным образом, с догматической точки зрения, подходит для гармонизации обоих правил.

Две следующие главы, Н. 3. 7. 12 и 13, посвященные стипулированным, но завышенным процентам и процентам, согласованным без стипуляции, схолиаст излагает соответствующим образом и кратко.

Подводя итог, он занимается применяемым для каждого вида уплаты процентов правилом: «Καὶ οἱ κατὰ μικρὸν καταβαλλόμενοι τὸ διπλοῦν τοῦ χρέους οὐχ ὑπερβαίνουνσιν» (Н. 3. 7. 23 i. f. / SBM T XI 20), то есть обязанность уплаты процентов прекращается с достижением основной суммы долга и равным ей размером процентов. То, что это правило не только ограничивало требование процентов, но и допускало погашение права на иск о возвращении займа, если он достигнет двойной суммы долга (не путем капитализации, а) лишь посредством выплаты процентов – не само собой разумеющееся, но рассудительное следствие⁴⁷ – добавляет схолиаст и поясняет на примере.

ad Н. 4. 10. 15/16

Τὰ δύο ταῦτα τῶν νόμων κεφάλαια οὐκ ἐναντιοῦται ἀλλήλοις, ἀλλ' ἐν ἐκ τούτων συνάγεται. ἔστι δὲ τοῦτο· ὅταν ἐξωτικὸς ἐπαγγείληται προῖκα καὶ ἡ ἀπορος ὦν, ὅτε δώσειν αὐτὴν ἐπηγγέλατο, ὕστερον οἷκ ἡπόρησεν δοῦναι ἢ εὐπορος μὲν ἦν, δοῦναι δὲ οἷκ ἠθέλησε, τοῦ ἀνδρὸς αὐτὴν ἀπαιτοῦντος ἡ προῖξ αὐτῇ τῇ γυναικὶ ἐγκινδυνεύεται.

- 5 εἰ δὲ τῆς προικὸς ταύτης ἔνεκεν τόκον ὁ ἀνὴρ ἀπὸ τοῦ ἐξωτικοῦ λάβοι, αὐτῷ λοιπὸν ἡ προῖξ κινδυνεύει τῷ ἀνδρὶ· ἔοικεν γὰρ δανειστῇ. ὅταν δὲ ἐξωτικὸς ἐπαγγειλάμενος προῖκα εὐπορος ὦν ὕστερον ἀπορήσῃ καὶ μὴ δῶ ταύτην, ὁ ἀνὴρ ὡς ἀμελήσας καὶ μὴ ἀπαιτήσας αὐτὴν, ὅτε ὁ ἐπαγγειλάμενος ἐξωτικὸς ἡπόρει,
- 10 ἐγκινδυνεύει, ἡγουν εἰς αὐτὸν ἡ ζημία ταύτης ὀρᾷ καὶ αὐτὸς χρεωστὴ ταύτην πρὸς τὴν γυναῖκα καὶ τὸ μέρος αὐτῆς ἀπὸ τῆς περιουσίας αὐτοῦ δοῦναι. εἰ μὲντοι μὴ ὡς προῖκα, ἀλλὰ κατὰ δωρεὰν ἀπλῶς ὁ ἐξωτικὸς ἐπηγγέλατο δώσειν πρὸς τὴν γυναῖκα, τότε, εἰ καὶ εὐπορος ὦν ὁ ἐπαγγειλάμενος ὕστερον ἡπόρησε καὶ οἷκ ἔδωκε, ὅπερ ἐπηγγέλατο, ὁ ἀνὴρ οἷκ ἐγκινδυνεύει.
- 15 φειδόμεθα, γὰρ φησιν, αὐτοῦ μὴ κατακρημνίσαντος πρὸς καταβολὴν τὸν δωρησάμενον καὶ τὰ ἐξῆς.

OMP Нб.

⁴⁶ *Siber H.* Op. cit. P. 67. Такое отличающееся от обычного словоупотребления, а потому трудно принимаемое толкование *usurae indebitae* как (даже) не согласованных в форме *nudum pactum* процентов, подтверждается схолионом ad B. 23. 3. 66 (С. 4. 32. 18), где оно, в соответствии с парафразами текстов Базилик, называется (BS 1968/29–30): «Καὶ μὴ ἐναντιωθῇ σοι ἡ γ' διατ. τοῦ παρόντος т.т. [= С. 4. 32. 35, где указывается согласующаяся с D. 12. 6. 26 пр. невозможность кондикционных притязаний *indebitae usurae*], ἐκεῖ γὰρ λέγει συμφωνεῖσθαι τὸν τόκον, ἐνταῦθα δὲ μνήμη συμφώνου οὐ πρόκειται».

⁴⁷ Которое уже схолиаст Базилик считал достойным упоминания и приводил для объяснения случай, похожий на пример нашего схолиаста, BS 1708/1–2, 10–12: «Οἷον ἐδάνεισέ τις πραγματευτῇ ρ' νομίσματα ἐπερωτῶν τόκον ἢ νομισμάτων... "Ὡστε οὖν εἰ ἐπὶ κς' ἐνιαυτοῖς ἔχων τὸ κεφάλαιον δώσει τόκους ὁ χρεώστης, ἐλευθεροῦνται καὶ τῆς τῶν τόκων ἀπαιτήσεως καὶ τῆς τοῦ κεφαλαίου· δέδωκε γὰρ ἤδη τὸ χρέος διπλάσιον».

1 κεφάλαια τῶν νόμων Hb., τῶν νόμων om. M 2 τοῦτο om. M | δταν: ἐάν Hb. | ὁ ἐξωτ. Hb. | ἐπαγγέλλται Hb. ° 3 καὶ ἡ: ἡγουν Hb. 5 – 7 εἰ δὲ – δανειστῇ: εἰ μήπου τόκον ὑπὲρ τῆς προικὸς ταύτης ἀπαίτησεν ὁ ἀνὴρ ἀπὸ τοῦ ἐξωτικοῦ M 8 ταύτην: αὐτήν Hb. 9 ὅτε – ἡπόρει: ὅτε ἡπόρει ὁ ἐξωτικός. (?) M 10 – 16 καὶ – ἐξῆς om. M 16 τοῦ δωρησαμένου Hb. | καὶ τὰ ἐξῆς om. P

Н. 4. 10. 15: Риск за *dos*, обещанную *extraneus*, несет жена; если муж получает проценты за невыплаченную *dos*, то риск переходит на него.

Н. 4. 10. 16: Муж несет риск, если он не истребовал *dos*, а *extraneus* позже становится неплатежеспособным. Это правило не действует, если *extraneus* пообещал *dos* в качестве подарка.

Схолиаст констатирует, что оба правила не противоречат друг другу; в соответствии с первым предложением Н. 4. 10. 15, жена принципиально несет риск, она получает ущерб (в виде потери *actio rei uxoriae*), если обещанная *dos* не будет выплачена. Но риск переходит на мужа (то есть в случае невыплаты *dos* он должен сам исполнить обязательство из своего собственного имущества), лишь только он взимает проценты с *extraneus*, потому что тогда он выступает в качестве займодавца (*ἔοικεν γὰρ δανειστῇ*), – или если он его не требует вовремя, а именно пока *extraneus* платежеспособен, – потому что тогда он действует неосторожно (*ὡς ἀμελήσας*). Схолиасту был известен, хотя бы он и не привел к абстрактному общему знаменателю оба основания, лежащий в основе этих двух глав принцип (*ἐν ἐκ τούτων συνάγεται*)⁴⁸: риск переходит на мужа, если он увеличивает риск невыплаты *dos* – в случае взимания процентов при отсрочке платежа, в случае несвоевременного истребования вследствие небрежного упущения.

Об освобождении мужа от несения риска в случае, если *extraneus* пообещал *dos* в качестве подарка, схолиаст сообщает без дальнейшего объяснения⁴⁹

ad H. 4. 10. 37/38 (= App. Schol. VI)

Εἰς τὸν περὶ δικαίου προικὸς τίτλον.

Τὰ δύο ταῦτα τῶν νόμων κεφάλαια, τὸ οὐκ ὀφείλει προσκυροῦσθαι ἢ τοῦ ἀνδρὸς οὐσία καὶ τὸ καὶ ἐν ταῖς ὑποθήκαις προτιμᾶται ἢ προϊξ, παλαιᾶς ἔχονται συνηθείας, ἥτις παρ' ἡμῖν οὐ πολιτεύεται. νῦν καὶ δεῖ ταύτην εἰπεῖν,

5 ἵνα μὴ πλάνην ἡμῖν ἐμποιῶσι τὰ κεφάλαια ταῦτα φαινόμενα τῆς παλαιᾶς περὶ τούτων συνηθείας ἀγνοουμένης.

Ὁ ἀνὴρ ἐπὶ τῶν προτέρων χρόνων προῖκα παραλαμβάνων πρῶτον μὲν ὑπέβαλε τῇ προικὶ ἀπὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ, ὅσον ἤβούλετο, καὶ ὠνομάζετο τοῦτο ὑπόβολου, ὡς ἂν, εἴπερ ἀναλωθῇ τι τῆς προικὸς, ἐντεῦθεν ἀναπληρωθῇ.

10 ἔπειτα δὲ πρὸ τοῦ γάμου ἐδωρεῖτο καὶ ἕτερον πρὸς αὐτήν ἀπὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ, ὅσον προηρεῖτο, ὅπερ προγαμιαία δωρεά ὠνομάζετο. μετὰ ταῦτα ἐδίδου καὶ ἕτερον πρὸς αὐτήν, ὅπερ θεώρητρον ὠνομάζετο. ἦν δὲ τοῦτο τετυπωμένον ἐφ' ἐκάστης λίτρας τῆς προικὸς νομίσματα σ'.

15 Τοῦ γάμου τοίνυν ἐπὶ τούτοις τελεσθέντος εἰ συνέβη μετὰ ταῦτα τὸν ἄνδρα ἀποθανεῖν ἄπαιδα, εἶχε μὲν ἡ γυνὴ τὸ θεώρητρον καὶ τὴν προγαμιαίαν δωρεάν κατὰ τελείαν δεσποτείαν, ἱκανοῦτο δὲ καὶ εἰς τὴν προῖκα αὐτῆς, καθόσον ἀναλωθῇ, ἀπὸ τοῦ ὑποβόλου καὶ εἶχε καὶ τὸ ἐντεῦθεν αὐτῇ δοθὲν εἰς ἱκάνωσιν τῆς προικὸς κατὰ τελείαν δεσποτείαν.

⁴⁸ Ср. сопоставление основания перехода риска на мужа: *Streicher K. L. Periculum Dotis*. Berlin, 1973. S. 50.

⁴⁹ Так что здесь не становится более ясным тяжело понимаемое основание для этого освобождения от ответственности: дарение полезно для *beneficium competentiae*, поэтому упущение во взыскании долга мужем будет заслуживать снисхождения; ср. *Streicher*. Op. cit. P. 44 ff.; а также *Honsel H. Das periculum nominis // SZ. rom. Abt. 83 (1966), S. 365 ff. (372).*

- 20 εἰ δὲ ὁ ἀνὴρ παῖδας ἢ παῖδα τῷ βίῳ καταλιπὼν ἀπὸ τοῦ αὐτοῦ γάμου ἐτελεύτησε, τὸ μὲν θεώρητρον καὶ οὕτω κατὰ τελείαν δεσποτείαν εἶχεν ἢ γυνή, τὴν δὲ προγαμιαίαν δωρεάν καὶ τὸ ἀπὸ τοῦ ὑποβόλου εἰς ἱκάνωσιν τῆς προικὸς ἀναλωθείσης δοθὲν αὐτῇ οὐκ εἶχεν κατὰ δεσποτείαν, ἀλλὰ κατὰ χρῆσιν μόνον τῆς δεσποτείας τούτων τῷ παιδί ἢ τοῖς παισὶ φυλαττομένης.
- 25 Περὶ τούτου οὖν τὰ δύο ταῦτα τῶν νόμων φασὶν κεφάλαια, τὸ μὲν πρῶτον, ὅτι οὐκ ὀφείλει προσκυροῦσθαι καὶ κατὰ δεσποτείαν δίδοσθαι τῇ γυναικὶ ἢ οὐσία τοῦ ἀνδρὸς ἡγουν ἢ προγαμιαία δωρεά καὶ τὸ ἀντὶ τῆς προικὸς ἀναλωθείσης ἀπὸ τοῦ ὑποβόλου δοθὲν αὐτῇ – οὐσία γάρ ταῦτα τοῦ ἀνδρὸς -, ἐὰν ἐπὶ κληρονόμοις ἡγουν ἐπὶ παισὶν ἢ παιδί ὁ ἀνὴρ ἐτελεύτησε.
- 30 κληρονόμοι γάρ κυρίως οἱ παῖδες λέγονται, καταχρηστικῶς δὲ καὶ οἱ ἕτεροι οἱ ἐξ ἀδιαθέτου εἰς κληρονομίαν τινὸς καλούμενοι. εἰ δὲ ἀκληρονόμητος ἡγουν ἄπαις ὁ πατὴρ ἐτελεύτησε, τότε ἵνα ἀπὸ τοῦ ὑποβόλου ἱκανῶται εἰς τὴν προῖκα κατὰ τὸ ἐγγχωρῶν, ἡγουν καθόσον ἢ προῖξ ἐμειώθη, καὶ ἔχη καὶ τοῦτο κατὰ δεσποτείαν, καθὼς δηλονότι καὶ
- 35 τὴν προγαμιαίαν δωρεάν.
- Τὸ δὲ δεύτερον, ὅτι ἐὰν ἔφθασεν ὁ ἀνὴρ ὑποθεὶς πρότερον δανειστῇ, ὅπερ ὑπέβαλε ὕστερον κτῆμα τῇ προικὶ ἀπὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ, συμβῇ δὲ τὸν ἀνδρα ἀποθανεῖν παῖδας ἢ παῖδα τῷ βίῳ καταλιπόντα, ἐπειδὴ ἢ τοῦ ὑποβόλου παντὸς δεσποτεία τοῖς παισὶν ἀνήκει ἢ τῷ παιδί, ὥς τὸ πρῶτον φάσκει κεφάλαιον,
- 40 οὐ προτιμᾶται ἐνταῦθα ἢ προῖξ, ἐὰν ἀναλωθῇ, εἰς τὸ τοιοῦτον κτῆμα τοῦ προτέρου δανειστοῦ τοῦ προέχοντος εἰς ὑποθήκην αὐτό, ἀλλὰ ἡττάται. ἐὰν δὲ παῖδες ἢ παῖς οὐκ ὦσι, προτιμᾶται εἰς τοῦτο ἢ προῖξ ἀναλωθεῖσα καὶ τοῦ προτέρου δανειστοῦ τοῦ εἰς ὑποθήκην πρότερον ἔχοντος αὐτό. καὶ ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν προτέρων χρόνων.
- 45 Νῦν δὲ ἐφ' ἡμῶν οὔτε κρατεῖ ταῦτα οὔτε οὕτω πολιτεύεται, ἀλλὰ ἀπὸ πάντων τοῦ ἀνδρὸς τῶν πραγμάτων, ὧν τε κατέγραψεν ἐν τῷ συμφώνῳ αὐτοῦ καὶ ὧν ὕστερον ἐπεκτήσατο ἐννόμου γενομένης ἀπογραφῆς, ἱκανοῦται ἢ γυνὴ εἰς τὴν προῖκα καὶ τὸ τρίτον αὐτῆς. καὶ εἴ τι μὲν ἀπὸ τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρὸς λάβοι εἰς ἱκάνωσιν τῆς προικὸς αὐτῆς ἀναλωθείσης,
- 50 καὶ ὄντων παίδων καὶ μὴ ὄντων ἔχει τοῦτο καὶ κατὰ δεσποτείαν, εἴ τι δὲ εἰς τὸ τρίτον, παίδων μὲν μὴ ὄντων ἔχει καὶ τοῦτο κατὰ δεσποτείαν, παίδων δὲ ὄντων τὴν χρῆσιν ἔχει μόνον τῆς δεσποτείας τούτοις τοῖς παισὶ φυλαττομένης. καὶ εἰς μὲν τὴν προῖκα προτιμᾶται καὶ τῶν προτέρων δανειστῶν, εἰ καὶ εἰς ῥητὴν ὑποθήκην ἐκείνοι ἀνδρῶν τι κτῆμα κατέχουσιν ἐγγράφως.
- 55 εἰς δὲ τὸ τρίτον ἡττάται τούτων, ὥς οἱ νόμοι περὶ τούτου καὶ αἱ νεαραὶ διαγορεύουσιν. ἃ γὰρ οὗτοι περὶ προγαμιαίας δωρεᾶς φασιν, ταῦθ' ἡμεῖς περὶ τούτου λέγεσθαι ἐκλαμβάνομεν, ἐπειδὴ καὶ αὐτ' ἐκείνης νῦν παρ' ἡμῶν τὸ τρίτον δίδεται.

Ο Ηβ.

5 – 6 τοῖς παλαιοῖς Ηβ. ^ο 8 ὑπέβαλλε Ηβ. 10 – 12 πρὸς – ἐδίδου om. Ηβ. 15 ἐπὶ τούτοις om. Ηβ. | μετὰ ταῦτα om. Ηβ. 20 αὐτοῦ: ἰδίου Ηβ. 24 τῆς: τῆς δὲ Ηβ. 25 τούτου: τούτων Ηβ. 27 ἡγουν: ἢ Ο, α. α Ηβ. ^ο, ἀλλὰ Ηβ. 28 ἀπὸ τοῦ: ἀπόντος Ηβ. ^ο 32 τότε om. Ηβ. 34 ἔχη: ἔξιν Ηβ. ^ο 37 ὑπέβαλλεν Ηβ. 40 ἐὰν: κἂν Ηβ. 42 – 43 ἢ προῖξ εἰς τοῦτο Ηβ. 43 καὶ om. Ηβ. | τοῦ² om. Ηβ. 45 ἡμῶν: ἡμῖν Ηβ. 46 τῶν om. Ηβ. 50 ἔχει – δεσποτείαν: ἔχει καὶ τοῦτο δεσποτείαν Ηβ. 51 παίδων: τῶν παίδων Ηβ. 56 περὶ: καὶ περὶ Ηβ. 58 παρ' ἡμῖν Ηβ.

VI схолион Аппендикса⁵⁰ интерпретирует главы Шестикнижия Н. 4. 10. 37 и 38. Н. 4. 10. 37 (В. 28. 11. 34 / SBM П XIX 52) говорит, что супруга ранее умершего мужа ничего

⁵⁰ Он располагается в Cod. Barocc. и Ottob. после VII схолиона аппендикса; в Cod. Barocc. он отмечен в Аппендиксе знаком χ σ'. Счет в Cod. Ottob. не очень хорошо различим из-за повреждения краев Шестикнижия; но переписчик, предположительно, пронумеровал его тоже

не получает из его имущества вместо израсходованной *dos*, если у него есть наследники. Если же он умер, не оставив наследников, жена может без ущерба рассчитывать на имущество мужа. В соответствии с Н. 4. 10. 38 (В. 25. 5. 40 / SBM X III 17), относительно своей *dos* женщина имеет преимущественное право по отношению к ранним ипотечодержателям в случае, если дотальное имущество расходовалось, а также в случае, если у нее нет детей (κἀν ἀναλωθῶσι τὰ πράγματα τῆς γυναῖκος, καὶ [κἀν В. / SBM] παῖδας μὴ ποιῆσθι). Это правило, продолжает Н. 4. 10. 38, не распространяется на случаи *donatio propter nuptias*.

Сперва схолиаст утверждает, что обе нормы «у нас» не применяются: «παρ' ἡμῖν οὐ πολιτεύεται», что все же не освобождает от необходимости знать старое право, которое в противном случае творит путаницу. Поэтому он в дальнейшем кратко излагает установление и функции ὑπόβολου, προγαμίαα δωρεά и θεωρήτρον. Сначала муж «подчинял» = «ὑποβάλλειν» жене часть своего имущества в обеспечение *dos*, что соответственно и называлось ὑπόβολον. Позднее присоединилась προγαμίαα δωρεά⁵¹, и наконец – θεωρήτρον⁵², которое в противоположность ранее названному исполнению обязательств мужем – было установлено на определенную сумму, а именно равную шести номизмам на каждый фунт *dos*. Эти три имущественные массы, ὑπόβολον, προγαμίαα δωρεά и θεωρήτρον, образовывали объединенное встречное предоставление мужа для *dos*. При описании положений старого права в случае более ранней смерти мужа схолиаст также констатирует: если нет детей, то жена получает θεωρήτρον и προγαμίαα δωρεά в полную собственность. Из ὑπόβολον ей полагается столько, сколько было израсходовано из *dos* за период брака. Если есть дети, то она получает в собственность только Theoretroton, в то время как на *donatio propter nuptias* и на следующую ей для компенсации *dos* долю Hupobolon она получает вещное право пользования, но право собственности на них возникает у детей.

Известно, что схолиаст описывает состояние права (в действительности фиктивное, но, как ему кажется, историческое), в котором ὑπόβολον не заменило προγαμίαα δωρεά (как в Новелле Льва, Coll. II 20, 22), а существует наравне с последней, правда, исключительно как обеспечение для *dos*. Идея, что Hupobolon выступал предоставлением обеспечения для *dos* и давался лишь для случая, когда *dos* была полностью или частично израсходована, находит себе место (с подобными этимологическими корнями) также и в SMin. Y 4 = Н. 4. 13. 1: «Ἐπὶ ὑπόβολου καλοῦσι τὸ ἐπὶ τῇ ποσότητι τῆς προικὸς. παρὰ τοῦ ἀνδρὸς ταυτῇ ὑποτιθέμενον. . Τὸ γὰρ ὑποβάλλειν μετὰ τῶν ἄλλων δηλοῖ καὶ τὸ τιθέναι ὑπὸ τινι ἰσχυροτέρῳ καὶ πλείονι ἄλλο τι καὶ ἀσθενέστερον καὶ βραχύτερον· ἐκ τούτου γοῦν καὶ τὸ τῆς προικὸς ὑπόβολον ὀνομάζεται». Это излишне, поскольку замененный термин ὑπόβολον снова определен в Базиликах как προγαμίαα δωρεά; он наделен не конкурирующей с προγαμίαα δωρεά функцией предоставления обеспечения. Это по-новому определенное Hupobolon схолиаст потому, предположительно, поставил в начале излагаемой им хронологии обеспечений из имущества мужа, что оно, во-первых, больше не употреблялось, а поэтому уже было «старым», а во-вторых, представляло собой наименее содержательный вид обеспечения женщины после смерти мужа.

На этом историческом фоне, продолжает схолиаст, следует рассмотреть положения Н. 4. 10. 37 и 38. В этом отношении Н. 4. 10. 37 содержит фактически, а именно в сравнении с правом Юстиниана, «более старое» право, чем восходящее к С. 5. 22. 1 (Диоклетиан / Максимиан, 293 г.) положение, позволяющее пользоваться притязанием женщины только для компенсации израсходованной *dos* из имущества мужа, если муж не оставил наследников. В своем парафразе схолиаст разграничивает οὐσία τοῦ ἀνδρὸς на

правильно, поскольку он исправил на ζ' поставленный сначала около предшествующего VII схолиона Аппендикса знак σ'.

⁵¹ Тогда как понятие Hupobolon заменяет *donatio propter nuptias*, ср. Phobenos Georglos, περὶ ὑπόβολου, (изд. Zachariae, GGRR, S. 97. Fn. 254): «τὸ ὑπόβολον, ὃ καὶ προγαμίαα δωρεά καλεῖται...»; Pira 25. 47: «καὶ προγαμίααν δωρεάν ἔλεγε μόνον τὸ ὑπόβολον...»

⁵² Ср. Pira 15. 47: «...ἡ εὐρεσις τοῦτου (scil. θεωρήτρον) νεώτερα ἐστὶ τοῦ νόμου...»; вдобавок ср. Pira 25. 18 и 62; Phobenos. Op. cit. i. f.; Н. 4. 13. 4; SMin. Θ 3.

προγαμίαα δωρεά и ὑπόβολον, две имущественные массы, которые, по его собственному высказыванию, являются исключительно эквивалентом *dos*. Κληρονόμοι тоже последовательно ограничивается «детьми» (и близкими наследниками), поскольку даже οὐσία мужа (προγαμίαα δωρεά и ὑπόβολον) не следует женщине лишь в том случае, если есть дети. Принципиально выражаемая в Н. 4. 10. 37 подчиненность требования жены о компенсации израсходованной *dos* из (всего) имущества мужа по отношению к притязаниям (всех) наследников интегрируется и модифицируется в смысле описанной до этого системы с помощью разграничения понятий «имущество мужа» и «наследство».

Парафраз Н. 4. 10. 38 является ложным. Схолиаст понял текст следующим образом: женщина обладает преимущественным правом в отношении более ранних ипотекодержателей, «в случае, если дотальное имущество израсходовано и если у нее нет детей». На то, чтобы принять отсутствие детей за условие преимущественного права, схолиаст был все же управомочен дословным смыслом текста Шестикнижия, поскольку «κἄν ἀναλωθῶσι τὰ πράγματα τῆς γυναίκος, καὶ παῖδας μὴ ποιήσῃ», что хотя и не должно, но может пониматься в трактовке схолиаста в противоположность с недвусмысленной сменой «κἄν... κἄν» в В. / SBM, которая не допускает иного толкования, кроме как соответствующего лежащему в основании тексту С. 8. 17. 12. 6: «*sive liberos habet mulier sive ab initio non habuit sive progenitos amisit*». Вследствие замены «κἄν... κἄν» на «κἄν... καὶ» грамматически допустимое толкование схолиаста, предполагающее, что дети исключают преимущественное право женщины по отношению к более ранним ипотекодержателям, вписывается и в изложенную им систему старого права, и даже имманентно является единственно возможным толкованием, потому что в соответствии с ним исключается право требования женщины на пополнение израсходованной *dos* лишь из состава *Нυρόβολον*; но это право, в соответствии с Н. 4. 10. 37, переходит, поясняет схолиаст, на детей как οὐσία τοῦ ἀνδρός – женщина, если есть дети, и без того не имеет права на изъятие имущества мужа, так что в этом отношении она и не может иметь преимущественного права против ранних кредиторов – καὶ ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν προτέρων χρόνῳ.

В заключение ἡν δὲ ἐφ' ἡμῖν схолиаст изображает привычную систему. После смерти мужа составляется инвентарная опись названного уже в брачном договоре и впоследствии приобретенного имущества мужа. Из этого имущества женщина во всяком случае получает в собственность всю *dos*, даже если есть дети и ранние ипотекодержатели. Вместо служившего раньше, в соответствии с изложением схолиаста, обеспечением единственно для *dos* *Нυρόβολον*, которое может быть истребовано лишь в случае, если нет детей, все инвентаризованное имущество мужа служит обеспечением. Вместо *donatio propter nuptias*, продолжает схолиаст, выступало τρίτον, приписанное в следующем схолионе к Н. 4. 10. 51 ближе, чем γαμικὸν κέρδος = одна треть *dos*, без которой, в соответствии со старыми правилами о *donatio propter nuptias*, следовало обходиться: женщина получает ее в собственность, если нет детей, а в противном случае – лишь в пользование; применительно к τρίτον исключается преимущественное право против ранних ипотекодержателей – как это определено в Н. 4. 10. 38 для *donatio propter nuptias*.

Все изложение схолиаста о старых и ныне применяющихся нормах права, регулирующего имущественные отношения между супругами, убедительно само по себе. Число выстроены друг за другом введение в проблему, описание старой системы, интерпретация стоящей в центре главы Шестикнижия и представление существующих обычаев. Сопоставление Н. 4. 10. 37/38 и «старого права» произведено с помощью искусной интерпретации, свидетельствующей о схолиасте как о грамотном, с догматической точки зрения, работающем юристе. Были выдвинуты три отличающихся от «старого права», а вернее – неизвестных ему правила: после смерти мужа составляется инвентарная опись всего его имущества; все имущество всегда служит обеспечением для *dos*; в случае смерти место *donatio propter nuptias* занимает τρίτον. Если же, на основании возникшего, вероятно, из Новеллы Льва Coll. II 110 (epit. in Н. 1. 13. 34) фрагмента усматривают обязанность составления инвентарной описи, то отмечают молчаливое исчезновение *Theoretρον* и, в соответствии со следующим схолионом к Н. 4. 10. 51, заменяют τρίτον на γαμικὸν κέρδος, и быстро узнают, что ἡν δὲ ἐφ' ἡμῖν обычное право полностью согласуется

с юстиниановскими принципами: обширное обеспечение *dos*, сохранение *lucra* в пользу детей⁵³. Известное схолиасту право не является, таким образом, ничем другим, кроме как «старым» правом, которое, будучи обозначенным им как «старое» право, вероятно, из-за устаревших понятий вещно-семейного права и повторяемых в Н. 4. 10. 37 правил юстиниановского права, побудило к псевдоисторической реконструкции.

ad H. 4. 10. 51

- “Ο λέγει τοιοῦτόν ἐστιν· τὸ ἀπαιτεῖν τὴν γυναῖκα τὸ τρίτον τῆς οἰκείας προικὸς ἀπὸ τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρός, τὸ προτιμᾶσθαι περὶ τὴν προῖκα τῶν προτέρων δανειστῶν καὶ τὸ διεκδικεῖν τὸ πραθὲν παρὰ τοῦ ἀνδρός προικιμαῖον αὐτῆς συναινούσης εἰς κληρονόμους αὐτῆς ἄλλους οὐ διαβαίνει πλην παίδων μετὰ τὸν τοῦ ἀνδρός θάνατον καὶ αὐτῆς ἀποθανούσης.
- 5 καὶ εἰκότως εἰς ἄλλους τοῦτο κληρονόμους τῆς γυναικὸς ἢ ἀνιόντας ἢ ἐκ πλαγίου πλην παίδων οὐ διαβαίνει.
- Τὸ μὲν γὰρ τρίτον τῆς προικὸς γαμικὸν κέρδος ὃν ἀτοπον, εἰ καὶ παρ’ ἐτέρων, ἀλλ’ οὐχὶ παρὰ τῶν ἐκ τοῦ αὐτοῦ γάμου φύντων μόνον παίδων
- 10 ἀπαιτοῖτο τῆς γυναικὸς μετὰ τὸν τοῦ ἀνδρός θάνατον ἀπαιδὸς ἀποθανούσης καὶ μὴ ἀπαιτησάσης αὐτό.
- Τὸ δὲ προτιμᾶσθαι τὴν προῖκα τῶν προτέρων δανειστῶν τοῦ ἀνδρός ἀπὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ ζώσης μὲν τῆς γυναικὸς ἢ παίδων ὄντων αὐτῇ ἀποθανούσῃ εὐλογον, ἵνα μὴ περὶ τὸ κεφάλαιον ζημιωθῶσιν, ἔνθα μὴδὲν αὐτοὶ ἐπλημμέλησαν ἢ ἡμέλησαν.
- 15 εἰς δὲ τοὺς γονεῖς τῆς γυναικὸς τοῦτο διαβαίνειν οὐκ εὐλογον. εἰκόασιν γὰρ οἱ γονεῖς δανεισταῖς ἐν τῇ ἀπαιτήσει τῆς προικὸς καὶ εἴπερ αὐτῶν εὐρεθῶσιν ἕτεροι προγενέστεροι δανεισταί, ἡττῶνται ἐξηρημένων τῶν γνωρίμων τῆς προικὸς καὶ ὡς ἀμελήσαντες δὲ κατακρίνονται. ἔδει γὰρ πάντως γονεῖς ὄντας καὶ προῖκα διδόντας ἐξετάσαι καὶ εὐρεῖν,
- 20 εἰ μὴ ἡ περιουσία τοῦ κηδεστοῦ δανεισταῖς προτέροις ὑπόκειται.
- Πῶς δὲ καὶ διεκδικήσουσιν οἱ γονεῖς προικιμαῖον πραθὲν παρὰ τοῦ ἀνδρός συναινούσης τῆς γυναικὸς, ὁπότε πιπρασκόμενον ἔβλεπον αὐτὸ παρὰ τοῦ ἀνδρός καὶ οὐκ ἀντέλεγον; ταῦτα δὲ τὴν γυναῖκα καὶ τοὺς
- 25 παῖδας οὐ προκριματίζει διὰ τὴν ὑπεξουσιότητα ἢ καὶ τὴν ἀφηλικιότητα. τοῖς μέντοι λοιποῖς ἐκ πλαγίου κληρονόμοις ἐξ ἀδιαθέτου καλουμένοις εἰς τὴν ἀπαίτησιν ταύτης τῆς προικὸς τίς ὅλως χρεῖα πολυπραγμονεῖν τὰ τοιαῦτα παρ’ ἐλπίδα κερδαίνουσιν, ἄλλως θ’ ὅτι καὶ, ὅπερ δίκαιον τοῖς ἐγγύς οὔσι γονεῦσι οὐ δίδεται, πῶς τοῖς πόρρῳ δοθήσεται συγγενέσι;

OP Hb.

1 – 29 “Ο λέγει – συγγενέσι: ἤγουν τὸ ἀπαιτεῖν τὴν γυναῖκα τὸ τρίτον τῆς οἰκείας προικὸς μετὰ τὴν τοῦ γάμου λύσιν, τὸ προτιμᾶσθαι περὶ τὴν προῖκα τῶν προτέρων δανειστῶν καὶ τὸ διεκδικεῖν τὸ πραθὲν παρὰ τοῦ ἀνδρός προικιμαῖον συναινούσης αὐτῆς. M 2 τῆς om. P 3 post δανειστῶν: εἰ καὶ συναινεί τῷ ἀνδρὶ add. et expunxit O | διεκδικεῖν: ἐκδικεῖν P 4 συναινούσης O^{sl} 5 ἀνδρός: ἀνδρὸς αὐτῆς P 6 ἢ¹: καὶ Hb. 8 ἀτοπον, εἰ καὶ: ἀτοπόν ἐστιν Hb. 9 φύντων μόνον: φυτευομένων Hb. 10 ἀπαιτεῖτω P 11 καὶ – αὐτὸ O^{sl} | μὴ: μὴδὲν Hb. 13 αὐτῇ: αὐτῆς Hb. 13 – 14 ἀποθανούσης conl. Hb. 16 οἱ γονεῖς: ἄλλοις Hb. 17 ἕτεροι: ἄλλοι Hb. 18 καὶ om. Hb. 20 περιουσία: οὐσία Hb. 22 πραθὲν: τὸ πραθὲν Hb. 22 – 23 παρὰ τοῦ ἀνδρός om. Hb. 25 καὶ om. Hb. 28 θ’ ὅτι: τε καὶ ὅτι Hb.

⁵³ Здесь подтверждается предположение Цахариз (см.: GGRR. P. 100), что «юстиниановские принципы» (scil. относящиеся к праву, регулирующему имущественные отношения между супругами) были также впоследствии «практически применимыми, а лишь детали были изменены частью новыми законами, частью обычным правом».

Схолион к Н. 4. 10. 51 / SBM П XXIX 54, который не переносит подобающие женщинам старые привилегии при возвращении *dos* на их наследников, за исключением детей, перечисляет сперва три различные привилегии, ограниченная способность которых к передаче по наследству впоследствии обосновывается применительно к каждому в отдельности.

1. Известное уже по схолионам к 4. 10. 37 и 38 τρίτον обозначается здесь как γαμικὸν κέρδος в размере одной трети *dos*. То, что именно третья часть *dos* установлена как γαμικὸν κέρδος, конечно, не случайно, поскольку, как пояснял уже сам схолиаст, τρίτον выступает в роли заменителя для προγαμία δωρεά, которая также называлась византийскими юристами ὑπόβολον и равнялась именно одной трети *dos*, если иное не было предусмотрено соглашением⁵⁴

Схолиаст скромно отмечает как ἄτοπον то, что если женщина отказалась от истребования τρίτον из имущества умершего мужа, то всем наследникам, кроме детей, должно принадлежать право истребования γαμικὸν κέρδος (произошедшего из имущества мужа).

2. Вторая привилегия, преимущественное право женщины при возвращении *dos* по отношению к ранним ипотекодержателям, дается ей и ее детям, так как им не следует предоставлять доступ к дotalьному имуществу, чтобы удовлетворять их требования без обязанности по залого имуществу мужа. Родителям как возможным последующим наследникам женщины не предоставляется такое преимущественное право (хотя здесь – в отличие от τρίτον – *dos* в случае сомнения происходит от них). Обоснование просто и жизненно: родителям, раз уж они предоставили *dos*, можно и нужно проводить расследование, не обременено ли долгами имущество мужа, из которого истребуется *dos* в случае прекращения брака. Если они не осуществляют это ὡς ἀμελήσαντες, то в случае, если имущество обременено, они сами должны приписать себе потерю *dos* как родителей женщины, то есть не могут требовать лучшего положения, чем у всякого другого (неосмотрительного) кредитора.

3. Третья привилегия женщины, виндикация отчужденных мужем (самим с согласия жены) дotalьных вещей, не предоставляется родителям из сходных соображений: в то время как женщину сдерживает ее подчиненность власти⁵⁵, детей – несовершеннолетие, родители могут и должны своевременно возражать против отчуждения. Им, таким образом, вменяется в обязанность критически наблюдать за судьбой предоставленных ими дotalьных предметов.

Если же эти привилегии женщины не переходят на родителей, заключает схолиаст, то тем более они не переходят на остальных наследников женщины, которые ничего не должны были делать с *dos* и теперь получили неожиданный выигрыш.

ad Н. 5. 1. 27

Ἰστέον, ὅτι παρ' ἡμῖν οὕτω περὶ τούτου πολιτεύεται· εἴ τις διαθήκην ποιήσας οὐ τὸν ἐξ ἀδιαθέτου καλούμενον, ἀλλ' ἕτερον ἐνστήσεται κληρονόμον, συμβῇ δὲ ἐκείνον οὐσίαν ἀξιόλογον ἀμνημόνευτον ἔασαι, οἷαν οὐκ εἰκὸς λαθεῖν τοῦτον ὡς εὐτελεῖ, οὐχ ὁ ἐκ διαθήκης ἑαθεὶς παρὰ τοῦ διαθεμένου κληρονόμος,

- 5 ἀλλ' ὡς ἀδιάθετον ὁ ἐξ ἀδιαθέτου καλούμενος ταύτην λαμβάνει, εἰ καὶ ἐλεγατεύθη. δοκεῖ γάρ ἢ αὐτὸς ὁ διαθεμένος ἐκὼν αὐτὴν καταλείπει διὰ τὸν ἐξ ἀδιαθέτου ἢ ὑπὸ τῆς προνοίας οὕτω κινηθῆναι διὰ τὴν εἰς τὸν γνήσιον δυσκληρίαν αὐτοῦ καὶ ὡμότητα.

⁵⁴ Cp. SMin. T 4; Phobenos, περὶ κάσσου (ed. Zachariae, GGR. P. 97, n. 154).

⁵⁵ Согласие женщины не превращает сделку в действительную, ср., например, Н. 3. 3. 55. Обоснование не противоречит выводам схолиаста в схолионе ad Н. 1. 13. 20, поскольку там женщина сама выступает как сторона договора и охраняется публичным засвидетельствованием и другими профилактическими мероприятиями, чтобы муж не обогатился за счет продажи дotalьных вещей.

1 περὶ τούτου om. M 2 – 3 καλούμενον – κληρονόμον: κληρονόμον αὐτοῦ, ἀλλ' ἕτερον ἐν διαθήκῃ αὐτὸς ἐνστήσεται κληρονόμον M 2 στήσεται P 3 ἐκείνον: αὐτον M 4 τοῦτον λαθεῖν M 5 καλούμενος om. M

Глава Н. 5. 1. 27, которая заимствована из P¹ 14. 1 с незначительными сокращениями, рассматривает вопрос, кто становится наследником составных частей имущества, не названных в завещании, которое предоставляет отдельные имущественные объекты единственно назначенному наследнику. Наследник по завещанию, как указывается, сразу же становится наследником неназванных предметов. Назначенный исполнитель завещания (ἐπίτροπος), напротив, может иметь в своем распоряжении лишь определенно названные предметы, в то время как неупомянутые остаются на долю наследников по закону.

Схолиаст добавляет, что παρ' ἡμῖν совершается следующим образом: неназванные предметы, если они не относятся к незначительному имуществу, будут наследовать не наследник по завещанию, а наследник по закону. Принцип генеральной сукцессии названного наследника, таким образом, нарушается; подобным образом легитимируется смелая атака: или, говорит схолиаст, наследодатель нарочно оставил неупомянутым значительное имущество, чтобы оно могло перейти (не назначенному *ex re certa*) наследнику по закону; или необходимым было исправление завещания, потому что предоставление неупомянутого имущества назначенному наследнику представляет слишком большую жестокость для легитимного наследника по закону.

Нарушающий суровое правило о генеральной сукцессии, содержащееся в Н. 5. 1. 27, но желательный результат влекут за собой два испытанных аргумента: (ис-)толкование воли завещателя или мудрая корректура на началах справедливости и компенсации жестокости.

ad H. 5. 8. 31

- Ἰστέον, ὅτι, εἰ μελὴν ἀδιάθετος ὁ πατήρ ἢ ἡ μήτηρ ἀποθάνῃ ἢ διαθήκην ποιήσῃ καὶ οὐ μνημονεύσῃ τῶν προπροικισθέντων παίδων, γίνεται οὕτως, ὥς ἐνταῦθά φησι. εἰ δὲ ποιήσῃ διαθήκην καὶ μνημονεύσῃ τούτων, τότε, εἰ οὐκ ἀρκεῖ αὐτοῖς τὸ προικοδοτηθὲν ὁμοῦ καὶ τὸ ἐαθὲν πρὸς τὸν
- 5 ἀνήκοντα τούτοις φαλκίδιον ἀπὸ τῆς ὅλης περιουσίας τῆς τε δοθείσης πρὸς αὐτοὺς καὶ τῆς εὑρεθείσης ἐν τῷ θανάτῳ, κινουσι κατὰ τῆς διαθήκης περὶ μόνον τοῦ φαλκιδίου αὐτῶν καὶ ἀνασώζεται τοῦτο πρὸς αὐτοὺς ἀπὸ τῶν ἐνδιαθήκως ἐαθόντων κληρονόμων παρὰ τοῦ πατρὸς ἢ τῆς μητρὸς αὐτῶν. τούτῳ συνάδει καὶ τὸ ἐν τῷ περὶ φαλκιδίου τίτλῳ ῥωμαϊκὸν κείμενον κεφάλαιον,
- 10 οὐ ἡ ἀρχή· Οὐ δύναται δίδοσθαι φαλκίδιος ἐν τῇ ζωῇ τῶν γονέων καὶ τὸ ἐμπροσθεν τούτου κείμενον ἕτερον τῶν νόμων κεφάλαιον, οὐ ἡ ἀρχή· Δύνασθαι τὸν παῖδα τὴν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς.

В Н. 5. 8. 31 SMin. Σ 17 описываются условия и обстоятельства *collatio* (συνεισφορά), а именно как для случая, когда наследодатель умер без завещания, так и для случая, когда есть завещание, в котором, однако, не упоминаются заранее известные дети.

18-я новелла Юстиниана в главе 6 определяет, что *collatio* должна иметь место также и при наследовании по завещанию, за исключением случая, если наследодатель ее одно-

значно исключил, тем что он предписал, что ребенок должен обладать правами из завещания и изначально данным.

Схолиаст считает совершившимся исключение *collatio* также и в том случае, если ребенок, который во время жизни наследодателя получил *dos*, хотя в завещании и назван, но *dos* вместе с предписанной в завещании долей в отцовском имуществе не достигает размера обязательной доли. В этом случае, как в заключение кажется схолиасту, тот факт, что заранее известный ребенок вообще упомянут, показывает, что он не «забыт», а сознательно поставлен в вопросах наследования в неравное положение со своими братьями и сестрами. Но тогда *collatio*, которая на самом деле служит соразмерному разделу имущества, не соответствовала бы воле завещателя. Схолиаст логично отсылает ребенка к возникающему против братьев и сестер требованию о дополнении обязательной доли. То, что она не может быть возмещена выданным ребенку при жизни родителей, закреплено положениями Н. 5. 9. 7 / Pira 41. 6 и Н. 5. 9. 20 / SBM Ф I 20, которые цитирует схолиаст.

Может остаться невыясненным, соответствует ли интенции 18-й новеллы исключение *collatio* в случае, когда завещатель хотя и упоминает ребенка, но – как это можно заключить из незначительного размера причитающейся ему доли – хотел этим сократить долю в наследстве до размера обязательной⁵⁶ Интерпретация схолиаста подкрепляется все же дословным смыслом комментируемого текста Н. 5. 8. 11, в соответствии с которым *συνεισφορά* присутствует, если отец «*ἢ μηδὲν διαθήκην ποιήσας ἢ ποιήσας μὲν διαθήκην αὐτῶν (scil. заранее известные дети) δὲ μὴ μνημονεύσας*». Заключение от противного, которое из этого делает схолиаст, является рассудительным не только с формальной, но и с содержательной точки зрения: если завещания вовсе нет, наступает наследование по закону – необходима *collatio*; если же есть хотя бы одно завещание, а ребенок все же обойден, равным образом действует порядок наследования по закону – *collatio*, таким образом, будет необходима и здесь. Если ребенку по завещанию причитается лишь незначительная часть имущества, завещание остается, но ребенок приобретает притязание на дополнение к обязательной доле наследства. Это естественным образом исключает *collatio*.

ad Н. 5. 8. 37

Τοῦτο τὸ κεφάλαιον διασαφητικόν ἐστι τοῦ πρὸ αὐτοῦ. ἐκείνου γὰρ εἰρηκότος ἀπλῶς· ἢ τῆς κληρονομίας ἀπαίτησις οὐκ ἐκβάλλεται τῇ τοῦ μακροῦ χρόνου παραγραφῇ, ἀλλὰ τῇ τριακονταετηρίδι ἀποκλείεται⁽¹⁾, τοῦτο διασαφηνίζον ἐκεῖνο εἰς δύο τὴν τῆς κληρονομίας ἀπαίτησιν διαιρεῖ. φησὶ γάρ·

- 5 εἰ μὲν τὰ κληρονομιαῖα τινὸς παρ' ἄλλου κατέχεται ἢ ὡς κληρονόμου καὶ αὐτοῦ εἶναι λογιζομένου ἢ ὡς οὐκ ἀγαθῇ διακατοχῇ, τούτέστιν ἀρπαγῇ καὶ δυναστείᾳ – τὴν γὰρ ἀρπαγὴν καὶ τὴν δυναστείαν οὐκ ἀγαθὴν φησὶν διακατοχήν – οὐκ ἀποκλείεται ἡ τούτων ἀπαίτησις παρὰ τοῦ ὄντως κληρονόμου τῇ τῶν ι' ἢ κ' ἐνιαυτῶν παραδρομῇ, ἀλλὰ τῇ τριακονταετίᾳ.
- 10 εἰ δὲ παρὰ τινος τὰ κληρονομιαῖα ταῦτα κατέχεται μῆτε ὡς ἀπὸ κληρονομίας αὐτῷ ταῦτα διαφέρειν λογιζομένου μῆτε κατὰ δυναστείαν καὶ ἀρπαγὴν, ἀλλὰ πίστει ἀγαθῇ, τούτέστιν κατὰ πῶσιν ἢ κατὰ δωρεάν ἢ ἀνταλλαγὴν, ἡ τούτων ἀπαίτησις ἀποκλείεται τῇ τριετίᾳ μὲν, εἰ κινητὰ εἰσι, τῇ δεκαετίᾳ δὲ, εἰ ἀκίνητα, ὡς ἐπὶ τῶν καθ' ἕκαστα καὶ οὐκ ἐπὶ τῶν κληρονομιαίων γίνεται,
- 15 τῶν ἐντελῶν ὄντων δηλονότι τῶν ἀπαιτούντων αὐτὰ κληρονόμων. τὸ γὰρ διὰ χρήσεως δεσπόσαι ἐπὶ κινητῶν λέγεται οἶον· καρπῶν, ζῶων καὶ ἐτέρων εἰδῶν, ὧν ἐστὶν ἡ τριετία, τὸ δὲ μακροῦ χρόνου παραγραφὴν κτήσασθαι ἐπὶ τῶν ἀκινήτων, ὧν ἐστὶν ἡ δεκαετία ἐπὶ παρόντων καὶ ἡ εἰκοσαετία ἐπὶ ἀπόντων, ὡς ἴσμεν.

⁵⁶ Случаем, урегулированным Юстинианом и предполагаемым в Н. 18. 6, является ситуация, при которой ребенок получает слишком много, а именно изначально предоставленное + равную долю по завещанию, в то время как здесь имеется в виду проблема слишком маленькой доли ребенка.

(1) Н. 5. 8. 35

OMP

1 τοῦ: τῶν P 3 ἀλλὰ – ἀποκλείεται om. M 3 – 4 διασαφίζον M 9 ὄντως: ὄντος P | τῇ τῶν: τῶν τῶν P 10 παρὰ om. M 17 μακροῦ: μακρὰν P 18 κτήσασθαι: χρήσασθαι P

Со ссылкой на Н. 5. 8. 35/36⁵⁷ и Н. 5. 8. 37 схолион занимается вопросом, можно ли и когда против *petitio hereditatis* держаться *praescriptio longi temporis* и соответственно тридцатилетней *praescriptio*.

Н. 5. 8. 35 (С. 7. 34. 4 = В. 50. 12. 4 / SBM Δ IV 56 / Rhop. 40 κεφ. α⁵⁸) говорит, что *petitio hereditatis* исключается не посредством *praescriptio longi temporis* (10 и соответственно 20 годами), а – и это заключительное положение является отсутствующей в В. / SBM глоссой – с помощью тридцатилетнего срока. В Н. 5. 8. 35 он относится в основном к требованию наследника о выдаче ему наследственного имущества, находящегося у третьего лица, а также к требованиям о выдаче легатов.

Н. 5. 8. 37 (С. 3. 31. 7 = В. 42. 1. 65 / SBM K XIV 76) объясняет, что против владельца *pro herede* или недобросовестно владеющего *pro possessore* подлежит применению судом *petitio hereditatis* для *actio mixta*, которая исключается не ввиду *praescriptio longi temporis*, а из-за тридцатилетнего срока. Владельцев предметов наследства, у которых нет ни вещей *pro herede*, ни недобросовестно приобретенных, следует привлекать к суду теперешней *actio specialis*, причем они могут заявлять возражение о приобретательной давности или *longi temporis praescriptio*.

Схолиаст считает это последнее определение более ясным, чем первое (Н. 5. 8. 35/36), поскольку оно может действовать для истребования наследства независимо от тридцатилетнего срока, который, однако, различается в зависимости от того, идет ли речь о случае владения *pro herede* и, соответственно, недобросовестного, а именно полученного насилием или грабежом (тогда действует тридцатилетняя давность), или о случае владения, добросовестно приобретенного на основании сделки (тогда действует срок приобретательной давности, равный трем годам для движимого и десяти или двадцати годам – для недвижимого имущества). Схолиасту кажется, что этого объяснения необходимо придерживаться потому, что он понимает ἀπαίτησις τῆς κληρονομίας не технически как *petitio hereditatis*, а вообще как «истребование наследства». Поскольку же в Н. 5. 8. 37 поясняется, что *petitio hereditatis* заявляется лишь против владеющего *pro herede* или против недобросовестного владельца наследства (в течение тридцати лет), однако против владельца, добросовестно владеющего наследственным имуществом на основании сделки, заявляется теперешняя *actio specialis*. Поскольку, разумеется, нет двух видов *petitio hereditatis*, а разве только два вида исков для получения наследственного имущества: либо посредством *petitio hereditatis*, для которой всегда – как это недвусмысленно сказано в Н. 5. 8. 35 – действует тридцатилетняя *praescriptio*, либо посредством иска, руководствующегося теперешним титулом владельца как приобретателя и подлежащего общему сроку давности.

Не говоря о том, что разделение ἀπαίτησις τῆς κληρονομίας на два вида избыточно и может происходить из нетехнического понимания выражения, все же ясный комментарий схолиаста полностью соответствует правовому содержанию комментируемой нормы.

ad Н. 5. 8. 74/75 (= App. Schol. VII)

Εἰς τὸν περὶ κληρονόμων τίτλον, ἐν κεφαλαίῳ 'Ο λαβὼν νέον εἰς θέσει.

"Ο φησι τὰ δύο ταῦτα καθεξῆς κείμενα τῶν νόμων κεφάλαια⁽¹⁾ περὶ τῶν θετῶν υἱῶν, τοῦτό ἐστιν· ὁ θετὸς πατὴρ ἀναγκάζεται μὲν διαθήκην ποιῶν καὶ βουλόμενος ἔᾶσαι μέρος τῷ θετῷ υἱῷ ἀπὸ τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ τέταρτον ἔᾶσαι πρὸς αὐτὸν τῆς οὐσίας αὐτοῦ.

⁵⁷ Обе главы, разделенные в издании, появляются в Cod. Ottob. как одна.

⁵⁸ В примеч. 10 к Rhop. cap. 40 лишь из Hs. C.

- 5 μὴ ἐάσαντος δὲ τι οὐ κινεῖ οὗτος ὁ θετὸς υἱὸς ἐναντίωσιν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ θετοῦ πατρὸς αὐτοῦ ὡς ἀμνημόνευτος ἑαθεῖς, ἐπεὶ οὐδὲ αὐτὸς ὁ θετὸς πατὴρ ἀνάγκην ἔχει διαθήκην ποιῶν κληρονόμον ἢ ἀπόκληρον ποιεῖν τὸν θετὸν υἱὸν εἰς τὸ ὀφειλόμενον αὐτῷ τέταρτον μέρος, ὥσπερ δηλονότι ἀνάγκην ἔχει ἐπὶ τοῦ γνησίου υἱοῦ εἰς τὸ ὀφειλόμενον αὐτῷ τρίτον.
- 10 καὶ εἰκότως ἐνταῦθα μὲν γὰρ ἐκ φύσεως, ἐκεῖ δὲ ἐκ προαιρέσεως ἐστὶν ὀφειλόμενον. καὶ διὰ τοῦτο ὁ μὲν γνήσιος ἐναντίωσιν ἔχει καὶ μέμψιν κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς, ὁ δὲ θετὸς οὐδαμῶς. ἀπορεῖν δὲ ἔπεισι, πῶς τὸ μὲν πρῶτον κεφάλαιον ἀναγκάζεται, φησὶν, ὁ θετὸς πατὴρ ἑᾶσαι τῷ θετῷ υἱῷ τὸ τέταρτον τῆς οὐσίας αὐτοῦ,
- 15 τὸ δὲ δεῦτερον οὐκ ἀνάγκην ἔχει, φησὶν, ἡ δηλονότι ἀναγκάζεται μὲν ὑπὸ τῶν νόμων προαιρούμενος ἑᾶσαι τὸ μέρος τῷ θετῷ υἱῷ μὴ ἔλαττον εἶναι τοῦτο τὸ μέρος τοῦ τετάρτου τῆς οὐσίας αὐτοῦ, μὴ προαιρούμενος δὲ οὐκ ἀναγκάζεται, ὥς μὴ ἀπὸ φύσεως ἀνάγκην ἔχων εἰς τοῦτο. ἐπεὶ καὶ, εἰ βουληθεῖ, χωρὶς εὐλόγου αἰτίας λῦσαι τοῦτον τῆς θέσεως ὁ θετὸς πατὴρ,
- 20 οὐδεὶς αὐτὸν ἀναγκάζει νόμος καὶ μὴ βουλόμενον εἰς θέσιν πάλιν λαβεῖν. διὰ τοῦτο καὶ μὴ βουλόμενον ἑᾶσαι τι οὐκ ἀναγκάζει. δοκεῖ γὰρ ὁ μὴ ἔων ἐν τῷ ἀποθνήσκειν τὸ ὀφειλόμενον τέταρτον ἀπολελυκέναι πάλαι τῆς θέσεως. ὁ δὲ τῆς θέσεως ἀπολυθεὶς καὶ αὐτεξούσιος ἤδη γενόμενος οὔτε ἐξ ἀδιαθέτου κληρονομεῖ τὸν θετὸν αὐτοῦ πατέρα,
- 25 οὔτε μέμψιν καὶ ἐναντίωσιν ἔχει κατὰ τῆς διαθήκης αὐτοῦ, ὥς τὸ μετὰ ταῦτα φάσκει κεφάλαιον ἕτερον⁽²⁾.

(1) H. 5. 8. 74 et 75

(2) H. 5. 8. 76

Ο Ηβ.

1 εἰς θέσιν om. Hb. 5 ἑᾶσαι τῆς οὐσίας αὐτοῦ πρὸς αὐτὸν Hb. 10 τὸ τρίτον τὸ ὀφειλόμενον αὐτῷ Hb. 11 ἐκ² om. Hb. ° 12 ἐναντίωσιν μὲν ἔχει ὁ γνήσιος Hb. 17 τοῦτο – αὐτοῦ: τὸ μέρος τούτου τῆς τετάρτης οὐσίας Hb. 19 ante ἐπεὶ add. καὶ O (a. c.?) 20 ante ὁ θετὸς add. ὅθεν Hb. | νόμος om. Hb. 23 πάλαι: πάλιν Hb. 26 κεφάλαιον om. Hb.

VII схолион Аппендикса по вопросам права усыновленного на наследование называет главы H. 5. 8. 74 и 75. H. 5. 8. 74: приемный отец должен позаботиться об усыновленном и оставить ему одну четвертую часть своего имущества. H. 5. 8. 75: усыновленный может стать наследником по закону. Против завещания, не принявшего его во внимание, ему все же не следуют *bonorum possessio contra tabulas* и *querela inofficiosi testamenti*, потому что приемный отец не должен назначать его наследником и не должен лишать его наследования четвертью.

Обе главы восходят к I. 1. 11. 3 и I. 3. 1. 14 и, как кажется, должны были быть заимствованы из неизвестного парафраза Институций, который, должно быть, походил на работу Теофила⁵⁹, ср. с H. 5. 8. 74 Theoph 1. 11. 3 (30/10 – 12):

«εἰ δὲ καὶ τελευτῶν ὁ θετὸς πατὴρ exheredateusen αὐτὸν ἢ καὶ περιὼν ἀλόγως ἐποίησεν emancipaton κελεῖται τὸ τέταρτον μέρος τῶν οἰκείων πραγμάτων αὐτῷ καταλείψαι,...»

И с H. 5. 8. 75 Theoph 3. 1. 14 (147/9 – 16):

«ἐν τούτῳ δὲ μόνῳ τῷ θέματι δοκεῖ τι ἔχειν ἢ θέσις, εἰς τὸ δύνασθαι τὸν παῖδα ἐξ ἀδιαθέτου παραγενέσθαι εἰς τὴν κληρονομίαν τοῦ καλουμένου θετοῦ πατρὸς· ἐπείτοιγε διαθήκης ὑπ’ αὐτοῦ γενομένης οὔτε κατὰ τὸ πολιτικὸν οὔτε κατὰ τὸν *praetora* δύναται τι

⁵⁹ Речь, очевидно, не идет о той самой редакции парафраза Институций, на основе которой были изданы тексты из Cod. Barocc. 173 под ред. Simon D. / Siphoniu-Karara A., in: FM III, S. 16 ff. Те тексты, в сравнении с парафразами Теофила, сильнее сокращены, а также более самостоятельны в плане языка и содержания в совокупности, чем заимствованные в Шестикнижие из неизвестного парафраза Институций. Ср., например: Theoph. 2. 1. 27 с эпитомированием в H. 2. 1. 24 с одной стороны и их же в Cod. Barocc. (№ 25 Simon / Karaka) – с другой, или: Theoph. 2. 1. 33 с H. 2. 1. 32 и № 28 Simon / Karaka.

ἐκ τῆς τούτου κληρονομίας ἀποσπᾶσαι, οὐδὲ contra tabulas αἰτῶν οὐδὲ «de in officioso» κινῶν διὰ τὸ μὴδὲ ἀνάγκη εἶναι τῷ θετῷ πατρὶ ἢ γράφειν αὐτὸν κληρονόμον ἢ exheredatōn ποιεῖν, οἷα μὴδὲν φυσικῶ δεσμῷ κρατούμενον αὐτὸν».

Оба высказывания, содержащиеся в Н. 5. 8. 74 и 75, а также, соответственно, Theoph 1. 11. 3 и 3. 1. 14, едва ли можно гармонизировать. Схолиаст пытается следующим образом разрешить противоречие, заключающееся в том, что приемный отец, с одной стороны, должен оставить после себя четверть (гл. 74), а с другой, может пропустить приемного сына, без того чтобы дать этим иск против завещания. Он предполагает, что в случае, описанном в Н. 5. 8. 74, приемный отец оставляет усыновленному после себя что-то, но не четверть, тогда как в регулируемой Н. 5. 8. 75 ситуации, напротив, не оставляет вовсе ничего. Это противопоставление, не соответствующее дословному смыслу глав, служит, тем не менее, схолиасту для убедительного обоснования различающихся правовых предписаний. Он объясняет: если приемный отец не оставил после себя вовсе ничего – и не должен был его, в отличие от родного сына, ἀπὸ φύσεως назначить наследником, это должно расцениваться как конклюдентная (и во всякое время возможная) отмена усыновления. Эмансипированный приемный сын (доказательство: Н. 5. 8. 76) теряет право наследования. Подобного рода отмена усыновления может, конечно, быть фингированной, так что тогда также необходимо использовать законные наследственные доли (Н. 5. 8. 74). Ход мыслей схолиаста не лишен остроумия, однако обе предпосылки («что-то отдано», «ничего не отдано») остаются необоснованными.

Положения, едва ли понятные сами из себя (и на основе обоих парафраз Теофила), следует, скорее всего, объяснять следующим образом: четверть в пользу приемного сына восходит к определению Антонина Пия. Эту так называемую *quarta divi Pii* получает, как следует из I. 1. 11. 3, приемный сын, лишенный наследства или эмансипированный без *iusta causa*. Об этом (сокращенно) говорит Н. 5. 8. 74. Далее, за приемным сыном не признавали права *possessio bonorum contra tabulas* и *querela inofficiosi testamenti* (= Н. 5. 8. 75; I. 3. 1. 14 и С. 8. 47. 10 в особенности § 1 d; а также уже Ульпиан в D. 5. 2. 8. 15), вероятно, потому, что в случае наследования по завещанию приемный сын, который хотя и был приравнен к *heres suus* при наследовании по закону, не признавался для наследодателя равным *filius* за недостатком «*naturale vinculum*». Противоречие, с которым борется схолиаст, было заложено уже в римском праве, и его можно кратко выразить следующим образом: право на четверть без соответствующего (наследственно-правового) права требования. Ульпиан выходит из положения, обозначая четверть приемного сына *aes alienum*, то есть как денежный долг, отягчающий наследство и вызванный усыновлением.

ad Н. 5. 9. 6

Τοῦτο τὸ κεφάλαιον ῥωμαϊκὸν ὃν οὐκ ἐναντιοῦται τῷ πρὸ αὐτοῦ κειμένῳ νομίμῳ κεφαλαίῳ διὰ τὸ φάσκειν, ὅτι πρὸ τῶν χρεῶν ὁ υἱὸς ἐξ ἀπάσης τῆς ὑποστάσεως λαμβάνει τὸν φαλκίδιον. οὐ γὰρ νομοθετεῖ, ἀλλὰ βούλησιν ἐξηγεῖται πατρὸς διαθεμένου καὶ πρὸς τὸ καλοθελές τὰ ῥητά τῆς

- 5 διαθήκης ἐκλαμβάνον οὕτω φησὶν προμηθείας ἔνεκεν τοῦ υἱοῦ, ἐπειδὴ αὐτὸς μὲν μόνον παρὰ τοῦ πατρὸς φαλκιδιοῦται, ἕτερος δὲ παρ' ἐκείνου τὴν ἀνήκουσαν αὐτῷ κληρονομίαν λαμβάνει.

OMP Нб.

2 κεφαλαίῳ от. Нб. 6 μόνον: μόνος Нб. | μόνον – πατρὸς: παρὰ τοῦ πατρὸς μόνον М

Н. 5. 9. 4 (Рг. 32. 3) содержит правило, в соответствии с которым обязательную долю – φαλκίδιος, τρίτον – следует рассчитывать как одну треть той доли подлежащего наследованию имущества, которая причиталась бы при наследовании по закону. Καθὰρ οὐσία

представляет собой имущество, оставшееся после удержания долгов наследодателя, расходов на погребение и заработной платы прислуги.

Н. 5. 9. 6 передает заимствование из Pira (54. 3), которое описывает следующий случай: наследодатель назначил одного наследника и определил, что тот должен продать его (наследодателя) дом и еще что-нибудь, удовлетворить из выручки кредиторов и выплатить сыну обязательную наследственную долю. В подобном случае, как сказано в Pira, сначала сын должен получить τρίτον, а затем требования кредиторов будут удовлетворены из оставшегося имущества.

Хотя в Н. 5. 9. 6, вопреки правилу Н. 5. 9. 4, определено, что сын получает обязательную долю в наследстве из имущества до удержания долгов, противоречия не существует, объясняет схолиаст, поскольку содержащееся во фрагменте Pira Н. 5. 9. 6 решение не создает законодательного определения (οὐ γὰρ νομοθετεῖ), а лишь исполняет волю завещателя. Благоклонное для сына толкование этой воли будет, однако, уместным, поскольку если уже собственно ему причитающееся наследство приходится кому-то другому, то он должен получить, как минимум, τρίτον перед удержанием долгов.

Интерпретацией, согласно которой приходящееся в порядке наследования по завещанию τρίτον следует, исходя из предполагаемой воли завещателя, понимать как треть имущества до удержания долгов, схолиаст явно признал, что мотивацию Magistros следует отличать от общего правила. Для случая τρίτον, установленного завещанием, Magistros, как показывает и определение случая (Pira 41. 9), похожим образом сохраненного в Н. 5. 9. 6 / Pira 54. 3, фактически представляет точку зрения, что наследодатель хотел, чтобы сыну достался τρίτον из всего имущества (а не из имущества, очищенного от долгов, как это причиталось бы и без завещательного распоряжения). В Pira 41. 9 он добавляет в обоснование: «τὴν τῶν ἀπελθόντων βούλησιν πανταχοῦ प्रतिμνητέον εἶναι...»

ad H. 5. 9. 7

- Οὐ λέγει, ἵνα, ὅσα ἐὰν λάβῃ ὁ υἱός, πάλιν μετὰ θάνατον τῶν γονέων λαμβάνῃ φαλκίδιον ἀπὸ τῆς εὐρεθείσης περιουσίας αὐτῶν, ἀλλ' ὅπερ πολλάκις εἴρηται, οὐκ ἀποκλείεται, ὅτι προέλαβεν ἐν τῇ ζωῇ τῶν γονέων, εἰς τὸ ἀνακαλεῖσθαι μετὰ θάνατον αὐτῶν τὸν φαλκίδιον αὐτοῦ. εἴπερ ἄρα οὐκ ἀρκεῖ αὐτῷ,
- 5 ὅπερ προέλαβεν, εἰς τὸν ὀφειλόμενον αὐτῷ φαλκίδιον πρὸς τὴν ἐξ ἀρχῆς τῶν γονέων περιουσίαν, ἀλλὰ ἀνακαλεῖται τοῦτον καὶ λαμβάνει τῶν κληρονόμων τῆς τοῦ πατρὸς οὐσίας ἀναπληρούντων εἰς αὐτὸν τὸ ἐλλείπον, οἷον ὡς ἐν παραδείγματι· εἶχε τις υἱὸν καὶ ἐτὶ ζῶν δέδωκεν πρὸς αὐτὸν νομίσματα ρ', ἀπονήσκων μετὰ ταῦτα περιουσίαν ἔχων νομίσματα φ',
- 10 ἐκτίθησι διαθήκην καὶ ποιεῖ κληρονόμον ἕτερον ἑάσας πρὸς τὸν υἱὸν ἕτερα μόνον νομίσματα ν'. ἐπεὶ γοῦν συναγομένων καὶ τῶν πρῶν δοθέντων πρὸς τὸν υἱὸν ρ' νομισμάτων εὑρίσκεται ἡ περιουσία τοῦ πατρὸς νομίσματα χ', ἐξ ὧν ὀφείλουσι τῷ υἱῷ χάριν φαλκιδίου τὰ σ', προέλαβε δὲ τὰ ρ', ὀφείλει κινήσαι ὁ υἱὸς κατὰ τῆς διαθήκης τοῦ πατρὸς καὶ
- 15 λαβεῖν ἀπὸ τῶν κληρονόμων αὐτοῦ οὐχὶ νομίσματα ν', ἅπερ εἰάθησαν ἐν διαθήκῃ αὐτῷ, ἀλλὰ νομίσματα ρ', ἅπερ ὁ νόμος πρὸς αὐτὸν δίδωσιν εἰς ἀναπλήρωσιν τοῦ φαλκιδίου αὐτοῦ.

OP Hb.

1 ὅσα ἐὰν λάβῃ: ὅτι ἐστὶ λαβὼν Hb. 3 ὅτι: ὅτε Hb. 4 αὐτοῦ: αὐτῶν Hb. 6 τοῦτον: τοῦτο Hb. 6 – 7 λαμβάνειν P 8 ἐπὶ παραδείγματος Hb. | ἔδωκε P 9 ἔχων om. Hb. 10 καὶ om. Hb. 11 μόνον: μόνον Hb. | γοῦν: οὖν Hb. 12 πρῶν δοθέντων: προικοδοτεθέντων Hb. ° | πρὸς τὸν υἱόν: αὐτῷ Hb. 14 δὲ om. Hb. | τῆς om. Hb. 15 – 16 ἐκ διαθήκης Hb. 17 αὐτοῦ om. Hb.

Н. 5. 9. 7 / Pira 41. 6 определяет, что φαλκίδιος не может быть возмещен в течение жизни родителей, даже если это было согласовано в договоре между родителями и сы-

ном. Соглашение между сыном и родителями о выплате части наследства не исключает для сына иск об обязательной доле в наследстве, разве только он в этом отношении категорически отказался от осуществления прав на притязание по поводу обязательной наследственной доли.

Схолиаст соответствующим образом объясняет, что хотя право требования на обязательную долю в наследстве не может прекратиться вследствие изначально данного, но такой выдел естественно меньше величины обязательной доли. Если то, что сын получает за время жизни родителей (или из наследства), не достигает размера обязательной доли, то ему дается иск о дополнении к обязательной доле наследства. Способ исчисления для дополнения обязательной доли схолиаст поясняет на примере: сын получил 100 номизмов в течение жизни отца, а еще 50 – по завещанию. Имущество наследодателя ко времени его смерти 500 номизмов. К этому необходимо причислить изначально выданные 100 номизмов, так что обязательная доля рассчитывается из совокупности 600 номизмов и потому составляет 200 номизмов. Поскольку 100 из них необходимо засчитать как выдел из этой обязательной доли, то сын может требовать от наследников еще другие 100 номизмов, а не только 50, оставленных ему по завещанию.

ad H. 5. 11. 26

- Τοιοῦτον καθ' ὑπόθεσιν τὸ λεγᾶτον τοῦτό ἐστιν· ἀφῆκε τις Δημήτριος πρὸς τινα Γεώργιον λεγᾶτον οἰκημα, οὐχ ἵνα τοῦτου τὴν δεσποτείαν αὐτὸς ἔχῃ, ἀλλ' ἵνα χρώμενος αὐτῷ τοῦ Νέστορος τυχὸν ἀνδρωθέντος ἢ τῆς ἀποδημίας ἐπανελθόντος ἢ ὑγιάναντος ἢ τι ποιήσαντος ἕτερον τοιοῦτον,
- 5 οἶον ὁ διαθέμενος ἡρέσθη, δώσει τοῦτο πρὸς αὐτὸν τὸν Νέστορα καὶ ἔχῃ κατὰ τελεῖαν τοῦτο δεσποτεῖαν ὁ Νέστωρ. συνέβη καὶ τέθνηκεν ὁ Νέστωρ πρὸ τοῦ τὴν αἵρεσιν πληρωθῆναι, ζῇ ὁ Γεώργιος ὁ μέλλων τοῦτο διακομίσειν καὶ δώσειν τῆς αἰρέσεως πληρωθείσης πρὸς τὸν Νέστορα. αὐτὸς τοῦτο κερδαίνει τὸ οἰκημα καὶ οὐκ ἀπαιτεῖται παρὰ τῶν κληρονόμων τοῦ Νέστορος,
- 10 δι· αἰρετικὸν λεγᾶτον ἦν τοῦτο καὶ πρὸ τοῦ τελεσθῆναι τὴν αἵρεσιν ὁ Νέστωρ ἀπέθανε καὶ τὸ λεγᾶτον ἡτόνησε, εἰ μὴ ῥητῶς ὁ διαθέμενος ἕτερόν τι διετάξατο περὶ τοῦτου.

OMP Hb.

1 τὸ λεγᾶτον: τοῦ ληγάτου Hb. 2. λεγᾶτον post οἰκημα transp. Hb., om. M 3 αὐτὸς: αὐτῆς Hb. ° | τυχὸν om. M 4 ὑγιαίνοντος Hb. 6 τοῦτο ante κατὰ transp. P, post δεσποτεῖαν transp. Hb., om. M | τέθνηκεν: τεθνᾶναι Hb. 8 τῆς om. Hb. 9 post ἀπαιτεῖται add. τοῦτο M 10 λεγᾶτον ἦν τοῦτο: ἦν τὸ λεγ. M | πρὸ: πρὸς P

В Н. 5. 11. 26 = SMin. Λ 10 описывается следующий случай: наследодатель отказывается кому-то вещь и определяет, что легатарий должен ее передать третьему лицу. Если этот третий умирает раньше отказополучателя, то тот может оставить вещь себе; семья последнего облагодетельствованного третьего лица не может ее истребовать от него, за исключением случая, если наследодатель это явным образом определил.

При этом схолиаст прежде всего изображает пример: Георгий оставляет после себя Димитрию в качестве легата дом, которым тот пользуется, но позднее должен передать Нестору, который не может тотчас принять легат вследствие отсутствия, несовершеннолетия и т. д. Если Нестор умрет раньше Димитрия, еще до того, как он станет совершеннолетним, возвратится и т. д., то дом останется за Димитрием, а наследники Нестора не будут иметь права требования.

Такое правовое последствие, определенное в Н. 5. 11. 26 без дальнейшего обоснования, становится убедительным благодаря этому примеру. Схолиасту известно, что легат, описываемый в Н. 5. 11. 26, отягощенный установлением легатария (Димитрия), то есть условный легат (или фидеикомисс), обусловлен в пользу третьего лица (Нестора). По-

сколько до наступления условия Нестор не приобрел ничего, в том числе и права требования выдачи отказанного предмета, его наследники также ничего не могут требовать от Дмитрия.

ad H. 6. 2. 4

Τότε τοῖς ἐγγύς οὖσι τῷ ἀνδρὶ καὶ οἰκειοτάτοις προσώποις τὸ περὶ μοιχείας ἔγκλημα κινεῖν κατὰ τῆς γυναικὸς παρακεχώρηται, ὅτε ὁ μὲν ἀνὴρ οὐ περὶ ἐστίν. ζήτησις δὲ τῶν ἐκείνης πραγμάτων ἐστὶ ἀπὸ τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρός, ἐπεὶ τοιγε τοῦ ἀνδρός ζῶντος οὐδεὶς ἄλλος παρὰ τοῦτον κατηγο-

5 ρεῖν τῆς γυναικὸς δύναται, ὡς τὸ ἐξῆς δηλοῖ περὶ τοῦτου κεφάλαιον.

OMP

5 περὶ τοῦτου om. M

В соответствии с Н. 6. 2. 4 (SMin. M 59), наряду с мужем лишь ближайшим родственникам позволено обвинять женщину в нарушении супружеской верности; в соответствии с Н. 6. 2. 5 (SMin. M 55), пока брак существует, против женщины может предъявить иск вообще лишь тот, кто до этого обвинял мужа в сводничестве.

По замыслу схолиаста, иск о прелюбодеянии может быть предъявлен родственниками лишь в том случае, если мужа больше нет в живых. Иск (частноправовой) об истребовании вещей жены возможен, напротив, лишь в течение жизни мужа (ἐστὶ ἀπὸ τῆς οὐσίας τοῦ ἀνδρός), «потому что, пока он жив, никто другой не может ведь предъявлять против нее иск».

К этому обоснованию, кажушемуся прежде всего странным, схолиаст мог подойти благодаря следующим соображениям: вещи женщины, а именно *dos* и в данном случае *donatio propter nuptias*, муж может требовать себе, если он обвиняет жену в прелюбодеянии и имеет место развод (ср. Ecl. Novv. Leonis 19 / Н. 6. 2. 14; N. 117. 8. 2 / Pr. 11. 7 / Н. 6. 1. 23). Поскольку как предъявление иска, обвиняющего жену в супружеской измене (Н. 6. 2. 5), так и осуществление развода (N. 134. 10. 1 / Н. 6. 2. 16) соответствуют усмотрению мужа, также лишь ему должно быть позволено вызывать к жизни имущественно-правовые последствия, зависящие от этих обстоятельств. Это значит, что если муж отказывается от иска, уличающего жену в прелюбодеянии, и от иска о разводе, то по его смерти женщина не может быть привлечена к суду родственниками мужа для истребования у нее *dos* и *donatio propter nuptias*. Скудное обоснование схолиаста, ἐπεὶ τοιγε τοῦ ἀνδρός ζῶντος οὐδεὶς ἄλλος παρὰ τοῦτον κατηγορεῖν τῆς γυναικὸς δύναται, становится, таким образом, убедительным, если мысленно добавляют: прелюбодеяние и развод предполагают имущественные последствия. Поскольку эта обусловленность, если муж сам не осуществляет свое право на иск, не может переходить к другим лицам после его смерти, то истребование вещей жены будет возможным исключительно в течение его жизни.

ad H. 6. 2. 9

Ὁ λέγει τοιοῦτον ἐστὶ μοιχείας ἀπαξ γενομένης καὶ παυσαμένης, εἰ πενταετία παραδράμοι, οὐκέτι δίκαιον ἔχει κινῆσαι περὶ ταύτης ὁ τὸ δίκαιον ἔχων κινεῖν. εἴτε γὰρ ἐγνώρισε καὶ ἐπὶ πενταετίαν ἐσιώπησε, εἴτε μὴ ἐγνώρισε ἐξ ἀρχῆς καὶ μετὰ πενταετίαν ἐγνώρισε, καταδικάζεται εἰς τὸ μὴκέτι κινῆσαι περὶ αὐτῆς,

5 ὡς ἤδη τῆς πενταετίας μετὰ τὸ παύσασθαι τὴν πράξιν παραδραμοῦσης. πλὴν τοῦτο, φησὶν, γίνεται, ἐὰν εἰς ἐκοδόσαν τις ἡμαρτε τὴν μοιχείαν ποιήσας. εἰ δὲ εἰς ἀκουσαν βία δηλονότι τὴν μοιχείαν ταύτην ἐργασάμενος ἀπροσδιορίστως κατηγορεῖται, ὡς

καὶ φανεράν ἤδη βίαν ἡμαρτηκῶς πρὸς τῷ μοιχείαν ποιῆσαι, ὡσαύτως καὶ εἴ τις εἰς συγ-

- 10 γενῇ αὐτοῦ μοιχείαν ἐργάσαιτο – τοῦτο γάρ ἐστι τὸ συνεζευγμένον τῇ μοιχείᾳ ἀθέμιτον, ὅπερ τὸ πρὸ αὐτοῦ φησι κεφάλαιον -, εἰ καὶ εἰς ἐκοῦσαν ἀμάρτοι δηλονότι, οὐδὲ ἡ περὶ τούτου ἀγωγή τῇ πενταετίᾳ σβέννυται διὰ τὸ διπλοῦν ἐντεῦθεν τὸ ἀμάρτημα γίνεσθαι (μοιχεία γὰρ καὶ αἰμομιξία), ἀλλὰ καὶ αὕτη ἀπροσδιορίστως κινεῖται.

OMP Hb. (lin. 1 et lin. 6–14)

8 ἀπροσδιορίστως om. Hb. 10 ἐργάσατο Hb. 11 ἀθέμιτον om. Hb. | τὸ πρὸ αὐτοῦ: τὸ ἕτερον M 12 ἀμάρτη P 13 τὸ² om. Hb.

Обвинение в супружеской измене подлежит пятилетнему сроку давности. Это правило применяется, если прелюбодеяние было начато добровольно (H. 6. 2. 9 / Pr. 39. 26).

Пятилетний срок давности исчисляется от времени деяния, а не только от того момента, к которому управомоченный на предъявление иска узнал о поступке – равным образом как необходимое (поскольку оно не содержится в H. 6. 2. 9), так и правильное (ср. D. 48. 5. 30. 7 / B. 60. 37. 30 и SBM M XVI 13) объяснение схолиаста.

Прелюбодеяние теряет силу за давностью, напротив, не по истечении 5 лет, если оно было начато в идеальной совокупности с изнасилованием (εἰ δὲ εἰς ἄκουσαν βίᾳ δηλονότι τὴν μοιχείαν ταύτην ἐργασάμενος) или инцестом (εἰ τις εἰς συγγενῇ αὐτοῦ μοιχείαν ἐργάσαιτο) – также рациональное и соответствующее действительности дополнение к заимствованному из *lex Iulia de adulteriis* и очень сжато переданным в H. 6. 2. 8 / SBM A XXX 2 и H. 6. 2. 9 / Pr. 39. 26 правилам о сроках давности.

ad H. 6. 2. 15

Τοῦτο τὸ κεφάλαιον χρήσιμον ὄν, οἷκ οἶδ' ὅπως, οὐ κρατεῖ, ἀλλ' ὁ παλαιὸς νόμος καὶ ἡ νεὰρὰ πολιτεύεται.

OMP

1 – 2 Τοῦτο – πολιτεύεται: Τοῦτο οὐ πολιτεύεται τὸ κεφάλαιον MP

В H. 6. 2. 15 / Pira 25. 23 (97/34–41) излагаются имущественно-правовые последствия развода вследствие совершенного женщиной прелюбодеяния, в соответствии с N. 134. 10. 1 и 2: если у женщины есть дети, то она получает две трети *dos*, а одна треть причитается монастырю, куда она сослана. Если у нее нет детей, то ее предки получают одну треть, а монастырь – две трети *dos*.

Схолиаст обозначает это правило как *χρήσιμον*, но констатирует, что оно не применяется; вместо него обходятся «старым законом» (ср. H. 6. 2. 23 / Pr. 11. 7 / N. 117. 8. 2) и новеллой (ср. H. 6. 2. 14 / Ecl. Novv. Leonis 19), в соответствии с которыми *dos* неверной жены получает муж. Почему «полезная глава» не применяется, схолиаст не знает⁶⁰ В своем последнем комментарии он скромно признается: «οἷκ οἶδ' ὅπως».

⁶⁰ Шестикнижие (как уже и Прохирон) следует правилу N. 117. 8 (H. 6. 2. 23), однако оно не переняло имущественно-правовые штрафы в отношении неверной жены из N. 134.10 (которые расположены в Базиликах на месте последствий по N. 117.8, ср. контаминацию B. 28. 7. 1). Только основывающееся на N. 134. 10 заимствование из Pira H. 6. 2. 15 приносит в Шестикнижие закрепленное в Базиликах правило. Схолион, однако, показывает нам, что N. 117. 8 (через Прохирон и Шестикнижие, несмотря на элиминирование в B. 28. 7. 1) остается в употреблении.

GLI SCOLII AL HEXABYBLOS NEL CODEX
VETUSTISSIMUS VATICANUS
OTTOBONIANUS GR. 440
PARTE II

(RIASSUNTO)

In questo numero della rivista viene pubblicato la seconda parte dell'articolo di M. T. Fögen, dedicato all'esame degli scolii del Codex Vetustissimus Vaticanus Ottobonianus GR. 440 (Cod. Ottob.). In questa parte l'Autore presenta i testi degli scolii del gruppo "D" e intraprende il loro esame scientifico. In questi scolii al centro dell'attenzione dello scoliasta si trovano problemi di alcuni capitoli della codificazione. Questi problemi riguardano: 1) la contraddizione – reale o falsa – tra le diverse norme del codice; 2) le discordanze tra le norme dell'Hexabyblos e del diritto comune; 3) la gravosità e la complessità della costruzione grammaticale, usata nell'Hexabyblos (in questa situazione lo scoliasta rifugge alla parafrasi per rendere il senso della norma confermata nel codice; 4) la distribuzione delle norme, dedicate al regolamento dei rapporti uguali o affini, nelle diverse parti del codice (il contenuto di tali norme viene ripetuto in breve negli scolii negli specifici riassunti).

Per risolvere le contraddizioni lo scoliasta usa prima di tutto la distinzione, cioè ascrive alle norme, che suppongono le diverse soluzioni per la stessa questione, le diverse condizioni della loro azione. Il ragionamento per distinguere le condizioni dell'azione delle norme, in certi casi, lo scoliasta sceglie arbitrariamente senza cercare di stabilire una correlazione con il senso preciso della norma. Ad esempio: H. 1. 7. 17 – lo

spergiuro non è punibile; H. 1. 7. 18 – lo spergiuro è punibile. Lo scoliasta crea un criterio utile per procedere ad una distinzione: giuramento fuori tribunale/giuramento in tribunale: nel primo caso, siccome non ci sono conseguenze, il giuramento falso rimane senza attenzione; nel secondo caso colui che spergiura deve essere punito. Oppure, H. 3. 7. 9 – gli interessi non dovuti, ma pagati, non possono essere richiesti come arricchimento infondato; H. 3. 7. 11 – gli interessi non dovuti, ma pagati, possono essere richiesti come arricchimento infondato. Lo scoliasta suppone che nel primo caso si tratti dell'esecuzione premeditata del non dovuto, nel secondo caso invece avrebbe luogo l'esecuzione del non dovuto causa errore, quindi egli risolve due casi senza contraddizione secondo le regole su *condictio indebiti*.

Se la distinzione nelle circostanze obiettive reali non è possibile oppure inopportuna, lo scoliasta intraprende l'esame dell'aspetto soggettivo per armonizzare le due ordinanze, legittimando la norma del diritto contraddittorio pratico: le deviazioni dalla norma vengono legittimate da questa volontà contrapposta, presumibile, del soggetto del diritto. Per esempio: la quota ereditata obbligatoria – contro il principio universale – deve essere calcolata da tutto il patrimonio (senza trattenere i debiti) del defunto (confr.: H. 5. 9. 6), perché questo si suppone corrispondente alla volontà del testatore.