

Элементарный учебникъ Римскаго права.

Проф. Л. Н. Загурскаго.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

КНИГА ТРЕТЬЯ.

СЕМЕЙНОЕ РИМСКОЕ ПРАВО.

ВВЕДЕНИЕ.

I. Система изложенія. При изложеніи нынѣ дѣйствующаго римскаго права (такъ называемаго пандектнаго) придерживаются системы Гуго-Гейзе, на основаніи которой въ „особенной части“ римскаго права излагается сначала имущественное право (т. е. вещныя и обязательственныя права), далѣе—семейное право и наслѣдственное право; изложеніе семейнаго права предшествуетъ наслѣдственному потому, что семейныя отношенія оказываютъ большое вліяніе на наши имущественныя права, которыя вслѣдствіе смерти лица (наслѣдодателя) перейдутъ въ силу юридическаго преемства къ другимъ лицамъ (наслѣдникамъ). Система Гуго-Гейзе не совпадаетъ, какъ извѣстно, съ системой изложенія чисто-римской (институціонная), которой придерживался юристъ Гай въ своихъ лекціяхъ (*institutionum juris civilis commentarii libri IV*), другіе римскіе юристы, писавшіе курсы институцій, и императоръ Юстиніанъ, по повелѣнію котораго былъ составленъ учебникъ для студентовъ, имѣвшій также силу закона. Учебникъ этотъ называется также Институціями. По этой институціонной системѣ семейное право не занимаетъ особеннаго самостоятельнаго положенія въ системѣ права, а разсматривается съ точки зрѣнія личнаго права, обусловливающагося юридическимъ положеніемъ лица въ государствѣ (*status; jus quod ad personas pertinet*); личное положеніе лица въ государствѣ опредѣляется

свободой лица (*status libertatis*), его принадлежностью къ государству (*status civitatis*) и принадлежностью къ той или другой семьѣ (*status familiae*); съ этой послѣдней точки зрѣнія мы всё можемъ быть или самостоятельными, т. е., говоря образнымъ выраженіемъ юриста, находимся въ своей собственной власти (*suae potestatis, personae sui juris*) или несамостоятельными, т. е. находящимися во власти другого лица (*personae alieni juris*). Законъ опредѣляетъ юридическое положеніе свободныхъ лицъ, находящихся во власти другого, говоря, что они находятся или во власти отца (*patria potestas*), или во власти мужа (*manus*), или въ кабалѣ (*mancipium*); переходя затѣмъ къ изложенію вопроса объ отцовской власти, законъ разбираетъ вопросъ: „какимъ образомъ происходитъ отцовская власть“. Отвѣтъ на этотъ вопросъ ясенъ: главный источникъ происхожденія отцовской власти есть рожденіе ребенка отъ брака (*nuptiae*). Слѣдовательно съ точки зрѣнія институціонной системы бракъ есть одинъ изъ источниковъ происхожденія отцовской власти, а опека—продолженіе отцовской власти надъ сиротами, малолѣтними, ставшими самостоятельными лицами вслѣдствіе смерти ихъ отца.

При изложеніи институтовъ семейнаго права мы будемъ держаться системы Гуго-Гейзе вслѣдствіе мотивовъ, изложенныхъ нами ранѣе въ учебникѣ римскаго права (1. стр. 54—59, 280—284); въ нашемъ изложеніи мы будемъ держаться законодательства Юстиніана, потому что въ эпоху Юстиніана семейныя отношенія суть отношенія чисто личные между супругами, между родителями и дѣтьми, тогда какъ по древнему римскому законодательству лицо, стоящее во главѣ семейства (*qui in domo dominium habet*), имѣетъ право надъ личностью подчиненныхъ его власти дѣтей, жены и лицъ кабалныхъ, ничѣмъ не отличающееся отъ права на вещь; медленно и постепенно дошли, однако, римляне до сознанія, что во власти отца коренятся обязанности, обуславливаемые интересами дѣтей. По законодательству Юстиніана эта точка зрѣнія, за немногими исключеніями, характеризуетъ личные семейныя отношенія, которыя между супругами обуславливаются бракомъ, между отцемъ и дѣтьми—отцовской властью.

II. Содержаніе семейнаго права. Ученіе о бракѣ, отцовской власти и опекѣ составляетъ содержаніе семейнаго права ¹⁾. Эти отношенія *личныя*, слѣдовательно доступны только физическимъ лицамъ; они *абсо-*

¹⁾ У нѣкоторыхъ писателей находимъ два *отдѣла* семейнаго права: въ одномъ обсуживаются семейныя отношенія между свободными лицами,—бракъ, отцовская власть, опека; въ другомъ—отношенія между отцомъ семейства и его рабами и либертами,—слѣд. рабство, колонатъ и патронатъ.

мотивы и прекращаются со смертью опредѣленного субъекта; характерная черта объективнаго права—возможность принудить человѣка къ выполнению предписаній права—не можетъ служить нормой для многихъ сторонъ семейныхъ отношеній, потому что семейство есть болѣе нравственный союзъ, чѣмъ юридическій, такъ какъ въ основаніи его лежитъ нравственный элементъ—любовь (*pietas, officium, caritas sanguinis*). Конечно, юристы понимали, что основаніе брака, а слѣдовательно союза родителей и дѣтей, скрывается въ животной природѣ человѣка (*quod natura omnia animalia docuit*), но они понимали, что эти животные инстинкты въ человѣкѣ облагораживаются и нравственнымъ элементомъ: полнымъ жизненнымъ общеніемъ между (однимъ) мужемъ и (одной) женою; вотъ почему императоръ Гордіанъ опредѣляетъ понятіе „супруги“ (*uxor*) въ томъ смыслѣ, что жена есть „*Socia rei humanae atque divinae domus*“. Хотя также природа возлагаетъ на сожителей обязанность воспитанія нарожденныхъ дѣтей (*procreatio et educatio liberorum*), но отношенія между родителями и дѣтьми проникнуты идеей обязанности воспитывать дитя и поддерживать его до того времени, пока оно не придетъ въ силы заботиться само о себѣ; идея воспитать дитя не допускаетъ мысли о возможности жестоко обращаться съ ребенкомъ: „не плохой-ли тотъ отецъ, который колотушками укрощаетъ своего сына?“... Подумай... сынъ твой ребенокъ, но ребенкомъ, вѣдь, и ты былъ... помни, принимая свою отцовскую власть, что ты—человѣкъ, и что ты—отецъ человѣка... Вліяніе закона на семейныя отношенія обусловливается нравственной и юридической стороною семейныхъ отношеній. Законъ не можетъ оставить безъ вниманія нравственную сторону этихъ отношеній потому, что бракъ имѣетъ значеніе не только для жизни отдѣльныхъ людей, какъ основаніе семейныхъ отношеній, но имѣетъ значеніе для государственнаго союза, такъ какъ бракъ есть первое воспитательное учрежденіе, создающее для государства гражданъ и кладущее на дѣла поколѣнія опредѣленный отпечатокъ. Если нѣтъ въ государствѣ семьи, тамъ царитъ эгоизмъ, война, разбой“. Задача права заключается въ томъ, чтобы поставить семейство въ соотвѣтствіе и съ его нравственнымъ характеромъ (любовь), и съ его значеніемъ въ государствѣ (забота о томъ, чтобы значеніе семьи не было подорвано), слѣдовательно право оказываетъ тройное вліяніе на семейныя отношенія: а) *опредѣляетъ* юридическія условія семейныхъ отношеній, т. е. тѣ условія, на основаніи которыхъ распознается юридически существованіе брака; б) *устраняетъ* нарушенія нравственнаго характера семейныхъ отношеній, слѣдовательно обезпечиваетъ взаимную вѣрность супруговъ не въ одинаковой степени для мужа и жены; въ силу вѣковыхъ предразсудковъ

и физиологическихъ условій общество снисходительнѣе относится къ измѣнѣ мужа, чѣмъ жены, легкое поведеніе которой деморализируетъ общество, дѣтей лишаетъ заботъ отца; с) *опредѣляетъ* имущественныя послѣдствія, вызываемыя семейными отношеніями.—Хотя существованіе брака и отношенія между родителями и дѣтьми не вызываются какими либо мѣстными или случайными причинами, но на указанные три вопроса законодательства древнія и современные даютъ различные отвѣты, болѣе различные, чѣмъ по другимъ вопросамъ гражданского права, такъ какъ на семейномъ правѣ рѣзче всего отпечатлѣваются особенности даннаго народа, напр. у римлянъ на первомъ планѣ стоялъ эгоизмъ отца семейства. Вообще говоря, рѣшить проблему о вліяніи законодательства на семейныя отношенія чрезвычайно трудно, потому что душа этихъ отношеній—взаимное довѣріе и любовь—не поддаются строгой нормировкѣ со стороны закона; взаимную любовь подѣ надзоръ полиціи, говоритъ Ийрингъ, поставить нельзя; опредѣлить уголовное наказаніе за нарушеніе нравственнаго правила также нельзя, потому что уголовный законъ въ этихъ случаяхъ перейдетъ свою задачу: исторія народовъ показываетъ, что если нравственный законъ возводится законодателемъ на степень юридической нормы,—въ результатѣ получаются послѣдствія, обратныя желаемому, напр. въ Германіи стремились въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій уничтожить внебрачныя отношенія между полами, но въ результатѣ получалось увеличеніе дѣтоубійствъ. Но нужно согласиться, что римское законодательство удачнѣе другихъ законодательствъ разрѣшило вопросъ о вліяніи закона на семейныя отношенія. По римскому праву, только тѣ стороны семейныхъ отношеній были юридически нормированы, которыя представляютъ чрезвычайную важность для общественнаго блага, для государства.

III. Различіе между семейнымъ правомъ и обязательственнымъ правомъ. Обязательственное право производитъ юридическую связь также между опредѣленными только лицами, всилу которой одно лицо имѣетъ право требовать отъ другого исполненія опредѣленнаго дѣйствія; но главное отличіе семейнаго права отъ обязательственнаго заключается въ томъ, что при семейномъ правѣ вся личность отдѣльнаго индивидуума подчинена другому, тогда какъ при обязательственномъ правѣ она подчинена только въ опредѣленномъ отношеніи.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

УЧЕНИЕ О БРАКѢ *).

§ 1.

Опредѣленіе брака.

По опредѣленію юриста Модестина „бракъ есть соединеніе мужчины и женщины для нераздѣльнаго общенія жизни и права“ (*nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*)¹⁾, по опредѣленію институцій Юстиніана: „для нераздѣльнаго общенія жизни“ (*nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens* ²⁾); но въ обоихъ опредѣленіяхъ указывается на *нераздѣльность* общенія, которая не исключаетъ добровольнаго прекращенія супружескихъ узъ посредствомъ развода, какъ это будетъ показано ниже.

Изъ этого этического опредѣленія брака мы видимъ, что цѣль моногамическаго брака не составляетъ половое сожительство; его цѣль— нравственное общеніе или общность всей жизни, выражающееся въ нераздѣльномъ сожительствѣ. Нераздѣльное сожительство—существенный признакъ брака (*affectus maritalis, consensus matrimonialis, animus matrimonii*); этимъ признакомъ обусловливаются тѣ юридическія послѣдствія брака, что жена подчиняется власти мужа, принимаетъ права состоянія своего мужа, а зачатые въ бракѣ дѣти считаются законнорожденными (*liberi patrem sequuntur*) и подчиняются отцовской власти, мужу своей матери. Общность существованія супруговъ есть исключительный признакъ брака и отличаетъ его отъ всѣхъ иныхъ половыхъ союзовъ, даже отъ конкубината, который, какъ союзъ мужчины и женщины, по формѣ похожъ на бракъ, но по внутренней своей сторонѣ онъ отличается отъ брака, именно, тѣмъ, что при конкубинатѣ нѣтъ общности существованія сожителей; вслѣдствіе этого конкубина не получаетъ права состоянія своего сожителя и прижитыя ею дѣти не считаются законнорожденными.

Этическое опредѣленіе брака было дано Модестиномъ, вѣроятно, подъ вліяніемъ христіанскихъ идей; съ точки зрѣнія (которой не былъ чуждъ императоръ Пробъ) ³⁾ древнихъ народовъ бракъ вообще преслѣ-

*) Inst. 1. 10 *de nuptiis*; Dig. 23. 2 *de ritu nuptiarum*; Cod. 5. 4 *de nuptiis*. Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe, Stuttgart, 1853. Заруцкий, „Ученіе о законнорожденности“, Харьковъ, 1880 г.

¹⁾ L. 1. h. t.—²⁾ § 1 Inst. 1. 9.—³⁾ L. 9. Cod. h. t.

дуетъ реальную цѣль —нарожденіе дѣтей (*liberorum quaerendorum causa*); въ плодородности брака были заинтересованы религія, нравственность, семья и государство; вступленіе въ бракъ—обязанность... Мы имѣемъ, говоритъ Демосѳенъ, *uxores propter ingenuos liberos suscipiendos*; *meretrices—voluptatis causa*; *concubinas—propter quotidiana ministeria corporis*.—Бракъ, вызывающій всѣ свойственныя ему юридическія послѣдствія, называется „*nuptiae*“, *justum (legitimum) matrimonium*, и какъ таковой есть институтъ гражданскаго права; слѣдовательно для вступленія въ бракъ необходимо было обладать „правомъ на вступленіе въ бракъ“ (*jus connubii*), которое императоры жаловали лицамъ, не имѣющимъ сего права (*jus connubii consessum*). Бракъ, заключенный между лицами, неимѣющими *jus connubii*, назывался *matrimonium juris gentium*; такой бракъ считался дѣйствительнымъ бракомъ, женщина считалась женой, дѣти считались законнорожденными, но ни жена, ни дѣти не подпадали подъ власть мужа, отца. Но съ теченіемъ времени *manus* вышелъ изъ употребленія. По законодательству Юстиніана бракъ, заключенный съ соблюденіемъ требуемыхъ условій, не вызывая подчиненія жены мужу (*sine conventione uxoris in manum mariti*), вызываетъ всѣ тѣ послѣдствія, которыя нѣкогда были свойственны только *nuptiae*.

Если бракъ есть институтъ гражданскаго права, то можно ли сказать, что бракъ есть контрактъ? Конечно, нѣтъ: а) цѣль брака—общность существованія супруговъ, которая вызываетъ множество нравственныхъ обязанностей между супругами, выполнить которыя принудить юридическимъ путемъ нельзя ни мужа, ни жену и оцѣнить на деньги эти обязанности, разумѣется, невозможно; б) заключая бракъ, мужчина и женщина не имѣютъ въ виду прекратить свои супружескія отношенія тотчасъ, коль скоро выполнять свои обязанности; в) права и обязанности, вытекающія изъ супружескаго союза, не могутъ быть измѣнены частной волей, слѣдовательно оцѣнка вопроса о дѣйствительности заключеннаго брака не подлежитъ усмотрѣнію супруговъ.

§ 2.

Сговоръ (*sponsalia* *).

1. Опреѣленіе; значеніе; форма заключенія.

Совершенію брака, обыкновенно, предшествуетъ *сговоръ* (*sponsalia*) т. е. договоръ, заключаемый женихомъ и невестой о будущемъ зак-

*) Dig. 23. 1. De *sponsalibus*. — Cod. 5. 1 de *sponsalibus* et *arrhis sponsalitiis* et *proxenetecis*. *Sonntag*, De *sponsalibus* apud Romanos. Halae. 1861.

люченіи между ними брака, съ согласія тѣхъ лицъ, во власти которыхъ они состоятъ (Sponsalia sunt mentio—предложеніе—et repromissio nuptiarum futurarum)¹⁾. Для дѣйствительности будущаго брака сговоръ не имѣлъ значенія, т. е. онъ не вызывалъ юридической обязанности для жениха и невѣсты непременно вступить въ бракъ: за каждымъ изъ сговоренныхъ признавалось право уничтожить заключенный сговоръ и другая сторона не могла настаивать на томъ, чтобы бракъ былъ дѣйствительно заключенъ. Считается безнравственнымъ стѣснять какъ бы то ни было свободу вступленія въ бракъ²⁾; вотъ почему недѣйствительно обязательство уплатить неустойку въ случаѣ, если обрученный не вступить въ бракъ³⁾. Впрочемъ, по древнему праву возможно было предъявленіе иска къ обрученному, отказывающемуся отъ заключенія брака. Дѣло въ томъ, что сговоръ нѣкогда совершался въ формѣ стипуляціи, при которой общаніе (sponsio) совершалось лицами, имѣющими отцовскую власть надъ обрученными („se filiam in matrimonium daturum“ „filium suum illam in matrimonium ducturum“)⁴⁾; внослѣдствіи формулы произносились женихомъ и, по прежнему, отцомъ невѣсты („se filiam in matrimonium ducturum“ „se eam daturum“); неисполненіе стипуляціи вызываетъ возможность предъявить искъ (actio ex stipulatu) о вознагражденіи вреда и убытковъ (id quod interest), причиненныхъ неисполненіемъ договора о вступленіи въ бракъ; мѣра оцѣнки вреда и убытковъ предоставлена судѣ; внослѣдствіи для дѣйствительности обрученія довольно заключенія неформальнаго договора (nudus consensus), но искъ о вознагражденіи вреда и убытковъ не допускался⁵⁾. Въ качествѣ средства принудить къ заключенію предположеннаго общанія являлся, какъ по древнему, такъ и по новому праву, *задатокъ* (arrha sponsalitia),—получившій задатокъ долженъ былъ отдать его вдвойнѣ, если отступалъ безъ особенной причины отъ обрученія, и своихъ подарковъ обратно не получалъ; считалось возможнымъ заключить словесный договоръ (стипуляцію) объ уплатѣ суммы вчетверо большей противъ полученнаго задатка, если женихъ безосновательно откажется отъ своего общанія⁶⁾. Въ томъ случаѣ, если бракъ состоится, задатокъ или возвращается обратно давшему, или же переходитъ въ дареніе „по причинѣ брака“ (donatio propter nuptias)⁷⁾. Отъ задатка необходимо отличать *подарки между* обрученными (donatio ante nuptias, largitas, donatio seu arrha sponsalitia), которые совершались въ ожиданіи будущаго между обрученными брака (si nuptiae erunt subsequutae); по указу императора Константина, подарившій можетъ потре-

¹⁾ L. 1 Dig. h. t.—²⁾ L. 1 Cod. h. t.—³⁾ L. 5 Cod. h. t.—⁴⁾ Gell. 4. 4.—⁵⁾ L. 4 Dig. h. t.—⁶⁾ L. 5 Cod. cit. Cp. l. un. Cod. th. 3. 10.—⁷⁾ Cp. l. 1. 4. 6. 17. 19. 20. Cod. 5. 3.

бовать даръ обратно, если не виновенъ въ нарушеніи обрученія; онъ не имѣетъ права требовать дара обратно, если обрученіе нарушено по его винѣ; такъ какъ *популяр* обрученныхъ служить публичнымъ знакомъ заключеннаго обрученія, то женихъ имѣетъ право требовать половины своихъ подарковъ, если обрученіе, заключенное „*osculo interveniente*“, было прекращено безъ вины или смертью невѣсты ¹⁾. Подарки между обрученными, совершенные по поводу брака, вступленіе въ который имъ по закону запрещено, конфискуются ²⁾.

II. Условія заключенія. Изъ вышеуказаннаго опредѣленія обрученія видны слѣдующія условія стовора:

а) *обрученіе* есть договоръ, слѣдовательно необходимо согласіе обрученныхъ; въ этомъ отношеніи примѣняются общія правила о вліяніи на дѣйствительность договора *сумашествія, обмана, принужденія и ошибки*; совершеннолѣтія въ лицѣ обручаемыхъ не требуется, такъ какъ считается достаточнымъ достиженіе женихомъ или невѣстой полныхъ семи лѣтъ ³⁾;

б) *согласіе отца*, во власти котораго состоитъ обручаемый; оно можетъ быть дано молчаливо. Отецъ имѣетъ право самъ заключить обрученіе для своихъ дѣтей; но въ этомъ случаѣ требуется согласіе обручаемыхъ сыновей, но не дочерей; дочь можетъ отклонить выборъ, сдѣланный ей отцомъ, только въ томъ случаѣ, если избранный ей женихъ неодобрительнаго поведенія (*indignus moribus vel turpis persona*). Воля отца на столько велика, что и послѣ смерти его дочь не могла отказаться отъ вступленія въ бракъ, если женихъ не относился къ лицамъ неодобрительнаго поведенія ⁴⁾;

с) *дѣйствительная возможность заключить теперь или въ будущемъ бракъ*,—съ этой точки зрѣнія между обручаемыми не должны существовать тѣ препятствія, при наличности которыхъ между ними невозможно заключеніе брака; впрочемъ обрученіе губернатора съ провинціалкой признавалось дѣйствительнымъ ⁵⁾.

III. Юридическія послѣдствія. Обрученіе не вызываетъ юридической обязанности для стоворенныхъ вступить между собою въ бракъ, но вызываетъ слѣдующія косвенныя юридическія послѣдствія:

а) обрученный, заключившій новое обрученіе раньше прекращенія прежде заключеннаго, подвергается (*ipso jure*) *безчестію*, согласно постановленіямъ преторскаго эдикта „о двойномъ обрученіи“ (*bina sponsalia*) ⁶⁾.

б) обрученные могутъ *отказаться* свидѣтельствовать другъ противъ друга въ судѣ ⁷⁾;

¹⁾ L. 16 Cod. h. t.—²⁾ L. 4 Cod. 5. 5.—³⁾ L. 14 Dig. h. t.—⁴⁾ L. 12 § 1. 15 Dig. h. t.—⁵⁾ L. 15 Dig. h. t.—⁶⁾ L. 1 Dig. 3. 1.—⁷⁾ L. 5 Dig. 22. 5.

с) *обида*, причиненная одному из обрученных, считается взаимной, следовательно женихъ въ случаѣ оскорбленія его невесты имѣетъ право предъявить за нее искъ объ обидѣ (*actio de injuriis*) ¹⁾;

д) *измѣна* невесты жениху, какъ измѣна жены мужу, считается прелюбодѣянiемъ (*adulterium*) ²⁾;

е) *убійство* обрученнымъ обрученнаго подпадаетъ подъ дѣйствіе закона объ „отцеубійствѣ“ (*de parricidiis*) ³⁾;

ф) обрученные рассматриваются какъ *свойственники* (*affines*) ⁴⁾;

г) женихъ не имѣетъ права отчуждать земельный участокъ, полученный имъ въ приданое ⁵⁾.

IV. Прекращеніе. Обрученіе прекращается:

а) *смертью* обрученнаго;

б) *появленіемъ* препятствій, при которыхъ заключеніе брака между обрученными становится невозможнымъ;

с) по *взаимному согласію* обрученныхъ (*repudium voluntarium*);

д) *отказомъ* вступить въ бракъ, если отъ момента заключенія сговора прошло два или три года, въ теченіе которыхъ бракъ не былъ заключенъ ⁶⁾;

е) *отказомъ* отъ сговора (*repudium necessarium*); отказаться отъ сговора можетъ каждый изъ обрученныхъ (*alii desponsatae renuntiare conditioni et nubere alii non prohibentur*) прямымъ заявленіемъ объ отказѣ („*condizione tua non utor*“); такой отказъ можетъ оказать роковое вліяніе на данный задатокъ; вотъ почему законодатель рекомендуетъ смотрѣть: не обусловливается ли отказъ отъ сговора одной изъ законныхъ причинъ, напр. дурнымъ поведеніемъ обрученнаго, еретическими его вѣрованіями, не заключили-ли обрученные отдѣльнаго какого-либо условія о задаткѣ на случай прекращенія обрученія отказомъ и пр. ⁷⁾.

§ 3.

Законныя условія брака.

Условія заключенія дѣйствительнаго брака таковы:

а) вступающіе въ бракъ должны обладать *брачнымъ возрастомъ*, т. е. мужчина долженъ достигнуть 14 лѣтъ, женщина—12 лѣтъ (*viripotens*). Бракъ, заключенный молодыми людьми, не достигшими брач-

¹⁾ L. 15 § 24 Dig. 47. 16.—²⁾ L.—13 § 3. 8 Dig. 48. 5.—³⁾ L. 3 Dig. 48. 9.—

⁴⁾ Учебникъ, 1 стр. 139.—⁵⁾ L. 4 Dig. 23. 5.—⁶⁾ L. 2 Cod. h. t., l. 2 Cod. 5. 17.—

⁷⁾ L. 1 Cod. h. t.

наго совершеннolѣтія, считается дѣйствительнымъ на будущее время съ момента достиженія супругомъ брачнаго совершеннolѣтія, когда является возможность плотскаго соединенія супруговъ. Такъ какъ бракъ предполагаетъ физическое развитіе супруговъ, то, очевидно, что сконецъ (castratus) не можетъ вступить въ бракъ, потому что не обладаетъ способностью сожитія (impotentia coeundi et generandi); наоборотъ больной половыми органами (spado) можетъ вступить въ бракъ, такъ какъ отъ болѣзни можно еще вылѣчиться;

b) вслѣдствіе запрещенія *полтаміи* невозможно заключеніе брака, если оба или одинъ изъ супруговъ состоятъ въ бракѣ;

с) вступающіе въ бракъ должны имѣть *согласіе* на это, согласіе же это—воли брачующихся отнынѣ жить вмѣстѣ въ качествѣ супруговъ; такое согласіе не требуетъ какой либо формы для своего выраженія (nudus consensus); слѣдовательно недѣеспособный вслѣдствіе душевной болѣзни (furiosus, demens) не можетъ вступить въ бракъ; но душевныя болѣзни, поразившія одного изъ супруговъ послѣ заключенія брака, не уничтожаютъ брака. Согласіе брачующихся жить вмѣстѣ можетъ быть опорочено вслѣдствіе обмана, страха, ошибки, притворства; физическое принужденіе вступить въ бракъ и притворство вызываютъ ничтожность брака; наоборотъ, психическое насиліе и обманъ даютъ возможность обманутому супругу предъявить искъ о признаніи заключеннаго брака недѣйствительнымъ. Впрочемъ вопросъ о вліяніи обмана и насилія на дѣйствительность брака не разработанъ быть можетъ потому, что обманутый супругъ скорѣе всего можетъ уничтожить бракъ путемъ развода. Ошибка въ личности супруга (error in persona), т. е. въ его индивидуальности, вызываетъ ничтожность брака; ошибка относительно качествъ умственныхъ, физическихъ или относительно имущественныхъ средствъ супруга не оказываетъ вліянія на дѣйствительность брака;

d) **согласіе отца**, если вступающій въ бракъ состоитъ въ отцовской власти; согласіе можетъ быть дано явно или молчаливо, но во всякомъ случаѣ оно должно предшествовать заключенію брака; бракъ, заключенный безъ согласія отца, считается ничтожнымъ; но если отецъ далъ въ послѣдствіи свое согласіе на бракъ сына, уже живущаго съ данной женщиной безъ согласія отца, то бракъ будетъ считаться дѣйствительнымъ на будущее время, считая отъ момента согласія отца, но безъ обратнаго дѣйствія, слѣдовательно прижитыя дѣти раньше полученія согласія отца считаются незаконнорожденными. Въ томъ случаѣ, когда отецъ не можетъ дать свое согласіе вслѣдствіе напр. своего сумашествія или безумія или нахождения въ плѣну уже около трехъ лѣтъ, или отказывается,

наконецъ, въ своемъ согласіи безъ всякихъ уважительныхъ мотивовъ, а изъ одного только упорства, то законъ разрѣшаетъ, чтобы сынъ или дочь такого лица испросили на вступленіе въ бракъ согласіе сановника (магистрата). Если въ бракъ хочетъ вступить внукъ опредѣленнаго лица, который находится во власти (*patria potestas*) своего дѣда, то необходимо различать два случая: а) если внукъ послѣ своего дѣда станетъ лицомъ самостоятельнымъ (*sui juris*),—въ этомъ случаѣ для дѣйствительности брака внука достаточно согласія дѣда; б) если внукъ послѣ смерти дѣда подпадетъ подъ власть своего отца,—тогда внукъ, вступающій въ бракъ, долженъ заручиться согласіемъ дѣда и отца; это послѣднее положеніе объясняется тѣмъ, что никто не можетъ имѣть противъ своего желанія себѣ наслѣдника, котораго въ данномъ случаѣ внукъ прижилъ бы безъ согласія своего отца¹⁾. Для дѣйствительности брака внучки достаточно согласія ея дѣда, потому что прижитыя ею дѣти подпадутъ подъ власть ея мужа, или отца мужа. Самостоятельная женщина (*sui juris*) не имѣетъ вообще права вступить въ бракъ безъ согласія отца, дѣда; если отца нѣтъ въ живыхъ, она должна заручиться согласіемъ матери; нѣтъ матери—согласіемъ близкихъ родственниковъ. Только съ достиженіемъ 25 лѣтняго возраста женщина получаетъ право располагать рукою по своему усмотрѣнію²⁾, тогда какъ эмансипированный сынъ можетъ вступать въ бракъ, не нуждаясь въ согласіи отца или дѣда.

§ 4.

Юридическія препятствія къ заключенію брака.

I. Виды препятствій. На основаніи вышеизложенныхъ условій дѣйствительности брака понятны сами собою юридическія препятствія къ заключенію брака. Эти препятствія могутъ быть раздѣлены на двѣ группы: *препятствія абсолютныя и препятствія относительныя.*

А) **Абсолютныя препятствія** (*impedimenta dirimentia*) суть тѣ, при наличности которыхъ заключеніе брака невозможно вслѣдствіе неимѣнія лицами, желающими вступить въ бракъ, брачной правоспособности. Къ числу этихъ препятствій относятся:

- а) рабство;
- б) недостиженіе брачнаго совершеннолѣтія; старческій возрастъ не служитъ препятствіемъ къ заключенію брака³⁾;
- в) сумашествіе;

¹⁾ § 7 Inst. I. 11.—²⁾ L. 20 Cod. 5. 4.—³⁾ L. 27 Cod. 5. 4.

d) неполученіе согласія отца на бракъ;

e) въ древности *весталки* не могли вступать въ бракъ раньше истеченія 30 лѣт. срока ихъ обѣта; по законодательству христіанскихъ императоровъ (со времени сыновей императора Константина), монахи и монахини не имѣютъ брачной правоспособности. Вступленіе монаха или монахини въ бракъ не вызываетъ ничтожности брака, а влечетъ лишеніе обѣта монашества ¹⁾; лица бѣлаго духовенства, занимающія въ духовной іерархіи санъ не ниже субдіакона, не могли вступать въ бракъ; дѣти, прижитыя сими лицами отъ брака, заключеннаго по принятіи указаннаго сана, считались рожденными отъ кровесмѣсительной связи (*incestuousi*) ²⁾; однако, женатымъ мірянамъ не воспрещается добиваться посвященія въ субдіаконы, діаконы, священники;

f) запрещается вступать въ новый бракъ до прекращенія существующаго. Для надлежащей оцѣнки этого воспрещенія, слѣдуетъ, однако, вспомнить, что римское право долго не знало соблюденія какихъ либо формальностей при разводѣ; вотъ почему у римлянъ вопросъ о томъ: „заключеніе новаго брака мужемъ или женою, при существованіи брака прежняго, должно быть рассматриваемо какъ заключеніе брака ничтожнаго или же какъ разводъ существующаго брака“ вызывалъ различныя мнѣнія. Этотъ спорный вопросъ былъ разрѣшенъ съ того момента, когда законодательство предписало соблюденіе формальностей при разводѣ (см. ниже). Мужчина, имѣющій конкубину, не можетъ вступить въ бракъ съ другой женщиной ранѣе, чѣмъ не прекратитъ конкубината (см. ниже). Последовательное заключеніе нѣсколькихъ браковъ допускалось по древнему праву съ тѣмъ ограниченіемъ, что вдова могла выйти вторично замужъ по истеченіи траурнаго года (*annus luctus*); этимъ ограниченіемъ старались избѣгнуть возможнаго „смѣшенія крови“ (*turbatio sanguinis*) въ томъ случаѣ, если вдова оказалась беременной; если-бы она вышла замужъ ранѣе истеченія срока траурнаго періода, то возможно было сомнѣніе объ отцовствѣ имѣющаго родиться ребенка, напр. вдова вышла замужъ черезъ мѣсяць послѣ смерти своего мужа; черезъ шесть мѣсяцевъ, считая отъ момента заключенія второго брака, она рождаетъ ребенка; спрашивается: отцомъ этого ребенка будетъ ли второй супругъ его матери или же покойный ея мужъ? Можно допустить и то и другое предположеніе, такъ какъ оба предположенія отвѣчаютъ принципу опредѣленія отцовства съ точки зрѣнія зачатія ребенка. По преторскому эдикту беременная женщина, ея мужъ и ея отецъ, нару-

¹⁾ Nov. 5. 8.—6. 6.—²⁾ L. 45 Cod. 1. 3—Nov. 6. 1—123. 9. 12.

шившіе предписанія эдикта о соблюденіи траурнаго года, подвергаются безчестью, но второй бракъ не считается ничтожнымъ; съ рожденіемъ ребенка обязанность не выходитъ вторично замужъ до истеченія траурнаго года прекращается, потому что рожденіе ребенка прекращаетъ возможность сомнѣній относительно его отцовства. Таково было законодательство „о вступленіи вдовы во второй бракъ (*secundae nuptiae*) въ теченіе языческаго періода. Христіанскіе императоры смотрѣли вообще неблагопріятно на заключеніе вдовами второго брака и предписывали, чтобы вдовы не выходили вторично замужъ или, по крайней мѣрѣ, выдерживали-бы годъ вдовства ¹⁾. Нарушеніе этого постановленія влекло для женщины различныя невыгодныя послѣдствія (*poenae secundarum nuptiarum*, см. ниже).

В. Относительныя препятствія (*impedimenta impediencia*) суть тѣ, которыя опредѣляются закономъ на основаніи различныхъ соображеній и при наличности которыхъ вступленіе въ бракъ является невозможнымъ для лицъ, обладающихъ брачною правоспособностью. Къ числу этихъ препятствій относятся:

а) *родство* (*cognatio*). Воспрещается вступленіе въ бракъ родственникамъ въ *прямой* линіи безъ различія степени (*in infinitum*), несмотря на то: существуетъ ли между данными лицами родство по рожденію (кровное, *cognatio*) или по усыновленію (гражданское, *adoptio*); въ послѣднемъ случаѣ запрещеніе остается, хотя бы узы по усыновленію были расторгнуты; въ *боковой*—во второй степени и при так. назыв. *respectus parentelae* (дядя и племянница); если боковое родство создано путемъ усыновленія, то запрещеніе вступать въ бракъ существуетъ до тѣхъ поръ, пока длится усыновленіе ²⁾. Слѣд. бракъ между двоюродными родственниками (дѣти отъ братьевъ и сестеръ) допускался ³⁾;

б) *свойство* (*affinitas*). Извѣстно, что первоначально было воспрещеніе брака съ тещей и мачихой, невѣсткой и падчерицей; впослѣдствіи,—со свояченицей и вдовой умершаго брата. По соображеніямъ „какъ-бы—свойства“ воспрещенъ бракъ между мужемъ и дочерью отъ разведенной съ нимъ жены, которую эта послѣдняя прижила позднѣе отъ второго своего мужа; между отцемъ и невѣстой его сына; между сыномъ и невѣстой отца, отчимомъ и вдовой пасынка, пасынкомъ и вдовой отчима ⁴⁾;

¹⁾ Nov. 22. 22.—²⁾ § 2. Inst. 1. 10.—³⁾ § 4 ib.—⁴⁾ §§ 6. 7. 9 Inst. 1. 10, 1. 14. 15 Dig. 23. 2., 1. 4. 5 Dig. 38. 10, 1. 17 Cod. 5. 4., 1. 5. 8. 9 Cod. 5. 5.

с) съ точки зрѣнія *религіозной* воспрещено вступленіе въ бракъ: aa) крестному отцу съ крестницей; bb) еврею съ христіанкой, христіанину съ еврейкой ¹⁾;

d) вслѣдствіе *совершеннаго преступленія* воспрещается заключеніе брака между прелюбодѣемъ и прелюбодѣйкой, похитителемъ и похищенной ²⁾;

e) вслѣдствіе *политическихъ соображеній*: губернаторъ и другіе провинціальныя чиновники, присланные изъ Рима, не имѣютъ права вступать въ бракъ съ провинціалками (туземками) ³⁾;

f) въ *интересахъ* находящагося въ опеку: заключеніе брака воспрещено между опекуномъ (со времени Коммода) и подопечной, находящейся въ его опеку; это запрещеніе распространяется и на мужчинъ, находящихся подъ властью опекуна, или подъ властью которыхъ опекуны находятся, и на тѣхъ, съ которыми опекуны находятся во власти; запрещеніе это существуетъ до тѣхъ поръ, пока опекуны не сдадутъ отчетовъ по опеку, по достиженіи малолѣтней полнаго совершеннолѣтія и пока не истекъ срокъ возстановленія въ прежнемъ положеніи (in integrum restitutio). Исключеніе въ томъ случаѣ, если отецъ подопечной помолвилъ ее съ однимъ изъ этихъ лицъ или же общалъ въ за-вѣщаніи отдать ее одному изъ нихъ ⁴⁾.

Въ законодательство Юстиніана не перешли постановленія о запрещеніи браковъ: a) между свободнорожденными и mulieres famosae ⁵⁾; b) между сенаторами (и ихъ потомками per masculos до 3 степ.) съ либертинками, актрисами и ихъ дѣтьми ⁶⁾; нарушеніе этихъ постановленій вызывало по закону Раріа Рорраеа гражданскія наказанія за безбрачіе; поздиѣ — ничтожность заключеннаго брака; но Юстиніанъ воспретилъ вступленіе въ бракъ свободной женщины съ колономъ ⁷⁾.

II. Юридическія послѣдствія нарушенія препятствій. Если, не смотря на указанныя препятствія, лица все-таки вступили между собою въ бракъ, то бракъ считается ничтожнымъ, т. е. не можетъ вызывать никакихъ юридическихъ послѣдствій, которыя обыкновенно вызываются дѣйствительнымъ бракомъ, ни по отношенію къ сожителямъ (нѣтъ ни мужа, ни жены), ни по отношенію къ прижитымъ дѣтямъ (они не имѣютъ отца), которыя считаются незаконнорожденными. Такой союзъ между мужчиной и женщиной не есть бракъ ни по гражданскому праву (nuptiae), ни по общенародному (matrimonium); это не бракъ, а „плот-

¹⁾ L. 26 Cod. 5. 4, l. 6 Cod. 1. 9.—²⁾ L. 26 Dig. 23. 2, Nov. 134. 12; 143; 150.—³⁾ L. 57 Dig. ib.—⁴⁾ L. 59, 60, 62, 64, 66, 67 D. 23. 2. Cod. 5. 6.—⁵⁾ Ulp. 16. 2.—⁶⁾ L. 44 pr. Dig. h. t. Nov. 117. 6.—⁷⁾ Nov. 22. 17.

ское соединеніе“ (coitus); такой союзъ, заключенный съ нарушеніемъ правилъ о родствѣ, называется „беззаконнымъ и кровесмѣсительнымъ“ (nefariae et incestuosae nuptiae); браки, заключенные съ нарушеніемъ указанныхъ препятствій, нерѣдко вызываютъ уголовныя кары для сожителей и ставятъ внѣ закона неповинныхъ въ своемъ рожденіи незаконныхъ дѣтей, изъ среды которыхъ законъ въ особенности преслѣдуетъ дѣтей, рожденных отъ прелюбодѣянія (adulterini) и кровесмѣшенія (incestuosi).

Впрочемъ, нѣкоторые изъ изслѣдователей полагаютъ, что законодательство Юстиніана признавало „*matrimonium putativum*“, т. е. если былъ заключенъ бракъ съ нарушеніемъ указанныхъ препятствій, при чемъ женихъ или невѣста или оба вмѣстѣ дѣйствовали добросовѣстно (cum bona fide), т. е. не знали, что они не могли вступить въ бракъ въ слѣдствіе существующаго препятствія; такой бракъ, конечно, расторгается, но вызываетъ обычныя дѣйствія брака для ошибагося супруга, а рожденные отъ такого брака дѣти пользуются всѣми правами законнорожденныхъ по отношенію къ обоимъ родителямъ ¹⁾. Слѣдуетъ, наконецъ, имѣть въ виду, что въ прежнее время сенатъ, позднѣе императоры выдавали *разрѣшенія* (dispensationes) на заключеніе брака въ тѣхъ случаяхъ, когда препятствіе къ заключенію брака основывалось на законѣ; слѣдовательно эти разрѣшенія не могли устранить препятствій, основывающихся на нравственномъ или физическомъ законѣ.

Продолженіе слѣдуетъ.