**История отношений семейственных в Римском праве**

СОДЕРЖАНИЕ

1. Общая история брака

2. Отношения между супругами

3. Отношения между родителями и детьми

4. Опека и попечительство

1. ОБЩАЯ ИСТОРИЯ БРАКА

Новейшими исследованиями в области социологии неоспоримо доказано, что семья, как постоянный, по идее своей, пожизненный, союз между мужчиной и женщиной, отнюдь не является и исконным, так сказать, человечеству прирожденным, институтом. Появлению семьи в его указанном значении предшествовал долгий период иных форм отношений между полами и, по-видимому, первым зародышем семьи было похищение жен из чужого племени. Симуляция похищения, играющая такую большую роль в брачных обрядах почти всех народов, а также различные легенды, служат тому подтверждением. Есть они и в истории римского права – например, известная легенда о похищении сабинянок.

Как бы то ни было, но память римского народа не сохранила никаких следов периода, предшествовавшего установлению семьи. Правда, некоторые из современных исследователей усматривают историческую противоположность между патрициями и плебеями, между прочим, и в различии их семейного строя: патриции жили уже патриархальным строем, меж тем как плебеи еще оставались в стадии матриархата, – но эта гипотеза отнюдь не опирается на сколько-нибудь прочные данные. С тех пор как мы знаем что-нибудь о римлянах, мы находим у них уже прочно сложившийся патриархальный строй, в основе которого лежит моногамная семья с абсолютным домовладыкой во главе, власть которого (первоначально носящая общее название manus) объединяет все элементы семьи в одно крепкое целое.

Эта патриархальная семья cum manu над женой устанавливалась посредством брака в троякой форме (Gai. 1. 110 и сл.).

Первая из этих форм – confarreatio. Это есть акт религиозный; совершается он в присутствии десяти свидетелей, которых считают за представителей десяти курий, при участии жрецов (pontifex maximus и flamen Dialis) и состоит в целом ряде различных сакральных обрядов, сопровождаемых "certis et solemnibus verbis". Среди этих обрядов центральное место занимает освящение и вкушение женихом и невестой особого хлеба – panis farreus, откуда и самая форма получила свое название.

Вторая форма – coёmptio, то есть покупка жены у ее paterfamilias или у ее опекуна. Как и всякая покупка в то время, она совершается в форме mancipatio: в присутствии пяти свидетелей и весовщика (libripens) с весами жених произносит соответствующую формулу и затем передает металл домовладыке невесты. Но, по-видимому, этому акту mancipatio предшествовал обмен вопросов о согласии; сначала жених спрашивал невесту "an tu mihi materfamilias esse velis" и получал от нее утвердительный ответ; затем такой же вопрос предлагала она. Вероятно, эти обоюдные ответы о согласии давались также в известных, обрядами санкционированных словах; по-видимому, обычной фразой невесты было: "ubi tu Gajus, ibi ego Gaja"744. Но во всяком случае юридический момент акта лежал не в этих брачных обрядах, а в акте mancipatio. Весьма возможно, что в более раннее время coёmptio была подлинной реальной покупкой жены, но уже очень рано она стала простой формой – imaginaria venditio.

Историческое соотношение этих двух форм между собой неясно; многие ученые (Жирар, Коста и др.) считают confarreatio формой специально патрицианской, а coёmptio формой, возникнувшей у плебеев и лишь впоследствии ставшей общей. Думают даже, что confarreatio навсегда осталась для плебеев недоступной. Помимо этих двух форм, manus над женщиной, а, следовательно, и семья, могла быть установлена usu, то есть фактическим брачным сожительством в течение года. Мы имеем здесь применение к семейственным отношениям вещно-правового института давности: подобно тому как владение вещью в течение двух лет для недвижимости и одного года для ceterae res превращалось в собственность, так и здесь сожительство в течение года давало мужу manus над женой. В древнейшем своем применении usus имел, вероятно, своею целью санкционировать брак, заключенный с каким-нибудь пороком в форме, или брачное сожительство, возникнувшее вовсе бесформально, например, путем похищения.

Брак, возникнувший одним из указанных способов, есть брак cum manu: жена, как в личном, так и имущественном отношении подпадает под власть мужа (или его paterfamilias), занимает место дочери – filiae locum optinet (Gai. I. 111). Она входит всецело в состав его familia, делается агнаткой как его самого, так и всех его родственников. Вместе с тем она окончательно порывает все агнатические связи со своей прежней семьей, делается для своих родителей, братьев и т. д. юридически чужой со всеми последствиями такого отчуждения (теряет права наследования и т. д.). Как filia, она подлежит власти своего мужа со всеми аттрибутами ее абсолютности.

Только такой строго патриархальный брак cum manu был известен римлянам в древнейшее время. Но уже в эпоху XII таблиц стал намечаться брак иного характера. Законы XII таблиц, санкционируя установление manus посредством usus, говорят в то же время, что жена может воспрепятствовать установлению manus, прервать течение давности удалением из дома мужа на три ночи – usurpatio trinoctio. Законы XII таблиц имеют при этом в виду, очевидно, не полный разрыв сожительства, а только устранение manus: пробыв три ночи вне дома мужа, жена снова возвращается к нему и продолжает совместную жизнь; к концу года снова уйдет на три ночи и т. д. Таким образом, брачное сожительство будет продолжаться всю жизнь, с тем только отличием от обыкновенного брака, что жена все время будет свободной от власти мужа, будет юридически для него чужой, сохраняя свое прежнее положение в старой семье.

Конечно, с строго юридической точки зрения, такое сожительство не должно было бы считаться в собственном смысле браком; тем не менее римское право уже ранней эпохи признало его за matrimonium justum747: дети от такого сожительства считаются не внебрачными детьми, а детьми законными; они подлежат власти (patria potestas) отца, входят, как агнаты, в его семью и т. д. Жена, мать этих детей, есть uxor своего мужа, а не наложница, но только она не подлежит manus mariti, стоит в брачном сожительстве рядом с мужем, как существо свободное и самостоятельное.

Каким образом произошло признание брака sine manu за matrimonium justum и где реальный корень его в истории, мы не знаем. По мнению некоторых (например, Майр), он возник впервые в браках между патрициями и плебеями до общего признания между ними jus connubii (то есть до lex Canuleia). Как бы то ни было, но появление этого нового брака знаменует собою в римской истории крупнейший поворотный пункт. В непроницаемом единстве староримской патриархальной семьи была пробита первая брешь: если прежде paterfamilias закрывал собою всех членов своей семьи, над которыми он властвовал со всею юридической неограниченностью, то теперь в браке sine manu жена вышла из этой патриархальной оболочки и стала рядом с мужем, как личность самостоятельная. Вместе с тем впервые возник вопрос о юридическом определении отношений между этими двумя самостоятельными личностями. Если ранее, в браке cum manu, семейственные отношения представляли лишь разновидность вещных (manus принципиально равна dominium), то только в браке sine manu появились впервые отношения особенного, семейственного характера.

Появление брака sine manu не уничтожило сразу брака cum manu; как мы уже видели много раз в истории римского права, и здесь новая форма сначала стоит только рядом со старой и лишь постепенно выступает на первый план, побеждая старую своей внутренней силой. Долгое время оба вида брака существуют рядом, но уже во второй половине республики брак sine manu делается преобладающим. Старые формы установления manus постепенно вымирают. Ранее других пришел в забвение usus. Confarreatio поддерживается в жизни дольше тем, что для занятия некоторых сакральных должностей (например, flamen Dialis) необходимо было нахождение в конфарреационном браке. Но уже в начале империи в этом отношении встречаются большие затруднения: круг возможных кандидатов суживается все более и более; очевидно, manus mariti отпугивает жен от этой формы. Ввиду этого в 23 г. по Р. Х. издан был закон, освобождающий confarreatio от этого цивильного последствия, и в таком виде (без manus) confarreatio продолжала встречаться вплоть до полного исчезновения язычества. Наконец, coёmptio сохраняется также еще в эпоху классических юристов (Гай говорит о ней, как о форме практической), но уже не как способ установления настоящего брака, а как coёmptio fiduciarea в целях приобретения женщиной некоторых льгот – например, для освобождения от законных опекунов и для замены их опекуном по избранию (tutelae evitandae gratia: женщина выходит фиктивно замуж, вследствие чего опека агнатов над ней прекращается; вслед за тем ее фиктивный муж реманципирует ее тому, кого она желала бы иметь своим опекуном; этот последний эманципирует ее в свою очередь, но, как manumissor, остается ее опекуном – Gai. I. 115). Однако, с IV столетия по Р. Х. coёmptio уже и в этом искусственном виде не встречается.

Таким образом, уже в эпоху классических юристов единственным видом настоящего брака является брак sine mani. Его историческое происхождение объясняет и всю его юридическую природу. Возникнув из простого брачного сожительства для избежания manus, новый брак заключается и в позднейшее время путем простого брачного соглашения ("nuptias consensus facit"749 – fr. 15. D. 35. 1), за которым следует привод жены в дом мужа – deductio in domum, – сопровождаемый, конечно, различными бытовыми обрядами, но все эти обряды юридического значения не имеют. Полная бесформальность брака, при формальности целого ряда других, менее важных юридических актов, представляется, конечно, странностью, но эта странность объясняется именно историческим происхождением брака sine manu. Эта бесформальность сохранилась в римском праве до самого конца; лишь уже в Византии была установлена необходимость церковного венчания.

Как сожительство, зиждущееся на свободном соглашении мужа и жены, брак sine manu может быть и прекращен свободным желанием любого из супругов. И в этом отношении должна быть отмечена глубокая разница между двумя видами брака. Брак cum manu, сущностью которого являлась односторонняя власть мужа, мог быть расторгнут только по одностороннему же решению мужа (но не по желанию жены); единственным ограничением служила только необходимость соблюдения принципа contrarius actus: брак, заключенный посредством confarreatio, мог быть расторгнуть посредством такого же сакрального акта diffarreatio, брак коэмпционный – посредством remancipatio. Брак sine manu, напротив, мог быть расторгнуть не только по взаимному согласию обоих супругов (divortium mutuo dissensu), но и односторонним заявлением как со стороны мужа, так и со стороны жены (repudium). Каких-либо законных причин для развода совершенно не требовалось.

В конце республики, под влиянием общего морального распада, семейная жизнь пережила особенно острый кризис. Разврат вне семьи и в семье приобрел ужасающие размеры; отношения брачные стали сплошь и рядом уродливыми; супруги старались избежать детей; свободой разводов стали злоупотреблять, преследуя при этом чисто спекулятивные цели. Для борьбы со всем этим император Август издал ряд весьма решительных законов. Таков, прежде всего lex Julia de adulteriis, закон 18 г. до Р. Х., устанавливающий наказания за прелюбодеяния (relegatio); наказанию подвергаются не только непосредственные виновники, но и попустители; в качестве таковых подлежат наказанию муж и отец виновной жены, если они не возбуждают преследования. В связи с этим находится другой закон либо того же 18 г. до Р. Х., либо 4 г. по Р. Х. (спорно750) – lex Julia de maritandis ordinibus, внесший целый ряд весьма существенных положений в область брачного права. Этот закон был дополнен затем в 9 г. по Р. Х. по предложению консулов Папия и Поппея, причем эти дополнения у позднейших юристов объединяются с предыдущим законом под общим именем lex Julia et Papia Poppaea.

Вся совокупность брачного законодательства Августа наложила свой отпечаток на всю дальнейшую историю римских семейственных отношений и вызвала к жизни целый ряд весьма существенных юридических явлений.

Карая adulterium и stuprum, Август изъял от наказания тот случай, когда сожительство имеет внебрачный характер вследствие препятствий, полагаемых самим законом – например, вследствие запрещения браков между лицами сенаторского сословия и вольноотпущенницами. Сожительство при таких условиях, если оно сопряжено с брачными намерениями обеих сторон и если ни одна из них не состоит в законном браке, не подлежит наказнию – extra poenam legis est751. Такое сожительство называется конкубинатом и отличается от всех прочих случайных связей; дети, рожденные от конкубината, хотя и не являются законными, но зато отличаются и от незаконных (spurii или vulgo concepti); они – liberi naturales. С течением времени им предоставляются даже известные ограниченные права наследования, право быть известным образом узаконенными и т. д. Вследствие этого на конкубинат начинают смотреть, как на некоторый суррогат брака, и Павел в своих sententiae (II. 20. 1) говорит даже, что "concubina ab uxore solo dilectu separatur"752 (хотя это и далеко не точно). Так рядом с браком в истинном смысле слова возникло брачное сожительство, так сказать, низшего порядка – некоторые inaequale conjugium. Но оно является, конечно, только редким исключением.

Борясь, далее, с наклонностью к безбрачию и бездетности, Август прибег к следующей чрезвычайной мере. Lex Julia et Papia Poppaea устанавливает прямую обязанность для всех мужчин в возрасте от 25 до 60 лет и для всех женщин в возрасте от 20 до 50 лет состоять в браке и иметь детей. Лица, не выполняющие этой обязанности, подвергаются известным и весьма существенным ограничениям: не состоящие в браке (coelibes) не могут вовсе ничего получать по завещаниям, а состоящие в браке, но не имеющие детей (orbi), могут получать только половину. Все то, что они получить не могут (incapaces), является caducum и идет или в пользу других лиц, назначенных в том же завещании, или же в казну. При этом Август определяет даже количество детей, которое необходимо иметь, чтобы не считаться за бездетных: для мужчин достаточно одного ребенка, а для женщин нужно три (для вольноотпущенниц даже четыре). Женщины, удовлетворяющие этому требованию, имеющие так называемое jus trium liberorum, помимо неограниченного права получать по завещаниям, пользуются и другими преимуществами. – Но этот столь решительный закон, разумеется, своей цели достигнуть не мог, и если впоследствии положение дела в этом отношении улучшилось, то в зависимости от некоторого общего улучшения в состоянии римского общества, а не от кар закона. Своими постановлениями о caduca lex Julia et Papia Poppaea вызвал только разнообразные средства для своего обхода и большую путаницу. Тем не менее, правила эти существовали в течение всего классического периода и были отменены только Константином.

Наконец, законодательство Августа обратило внимание и на отношения между супругами во время брака, и на вопрос о его расторжении. Ниже мы познакомимся с некоторыми реформами в области отношений по поводу приданого (dos), которые имели целью гарантировать жену от произвольных распоряжний со стороны мужа. В вопросе о разводе Август, не затрагивая самого принципа свободы разводов, в lex Julia de adulteriis предписал, чтобы расторжение брака было объявляемо в присутствии семи свидетелей, причем обыкновенно это делалось в виде вручения разводного письма – libellus repudii. За этим чисто формальным ограничением, свобода разводов сохранилась в римском праве до самого конца. Правда, вопрос о причинах развода не остается вовсе безразличным; развод без основательной причины (sine justa causa) влечет за собой для стороны виновной известные имущественные штрафы: если жена подала повод к разводу своим поведением или если она дала развод без всякого повода со стороны мужа, она теряет в пользу последнего свое приданое; если в том же повинен муж, он теряет в пользу жены так называемое donatio propter nuptias. Но этим исчерпывается все: брак даже при полном отсутствии причин будет расторгнут; какой-либо проверки основательности причин со стороны суда или какого-нибудь иного учреждения римское право до конца не знало. "Libera matrimonia esse" (с. 1 С. 8. 38) – такова общая основная идея римского свободного брака от первого момента его появления в истории до законодательства Юстиниана, и даже христианская религия в Риме этого принципа не уничтожила. Таким последовательным проведением принципа равенства и свободы обеих сторон в браке римское право явило чрезвычайно любопытный пример разрешения трудной и острой проблемы.

Вступление во второй брак по прекращении первого (хотя бы путем развода) в течение всего республиканского и классического периода не встречало никаких препятствий со стороны закона и не навлекало на вступившего в новый брак супруга никаких ограничений. Даже напротив, lex Julia et Papia Poppaea лиц, не вступивших в новый брак по прошествии известного времени после прекращения первого, подвергал правилам об incapacitas. В послеклассическом праве, однако, появляются уже известные ограничения, имеющие своей целью оградить интересы детей от первого брака: parens binubus лишается права распорядиться всем тем, что он получил от первого брака (так называемым lucra nuptialia); он может только этим имуществом пользоваться; после же его смерти оно должно во всяком случае перейти к его детям от первого брака. Кроме того, своему новому супругу он не может ни подарить, ни завещать более того, что он оставляет каждому из своих детей от первого брака.

Вдова, вступающая во второй брак, должна сверх того соблюсти так называемый траурный год, то есть промежуток в 10 месяцев со времени прекращения первого. Целью этого ограничения является, с одной стороны, соблюдение известного пиетета к покойному мужу, а с другой стороны, устранение так называемых turbatio sanguinis, то есть затруднений в определении того, кто должен считаться отцом ребенка, если таковой родится в течение 10 месяцев по прекращении первого брака. Но предписание о траурном годе не создает препятствия абсолютного: брак, заключенный вопреки ему, не будет ничтожным; только вдова, нарушившая траурный год, подвергается известным карам, – infamia, потере lucra nuptialia, ограничениям в сфере наследования.

Таковы основные явления в общей истории римского брака. В ряду других народов не только старого, но и нового мира Рим занимает в этом отношении совершенно исключительное место. Везде развитие брачных отношений начиналось с патриархальной семьи, в которой муж имеет неограниченную власть над женой, и везде это историческое развитие сводилось к постепенному ослаблению этой власти: идея права мужа над личностью жены сменяется идеей опеки над нею; а эта последняя – идеей главенства мужа в общесемейных делах. Везде права жены постепенно выростали, но старые, пережитые стадии власти и опеки мужа долго оставляли и до сих пор оставляют свои следы в юридическом положении замужней женщины. Римское право, знавшее в начале также только патриархальный брак с manus mariti, созданием брака без manus совершило сразу огромный исторический прыжок и надолго опеределио другие народы в развитии брачных отношений: оно сразу создало брак, в котором ни о каких правах мужа над личностью жены, даже ни о какой опеке над нею нет речи; оба супруга равны друг другу и независимы один от другого.

С другой стороны, римское право смотрит на этот брак, как на союз совершенно свободный, зиждущийся только на продолжающемся согласи супругов; по желанию каждого он может быть расторгнут. Всякий контроль государства, приводящий по необходимости – то в большем, то в меньшем количестве случаев (при отсутствии законных причин развода) – к принудительному продолжению брака, римскому праву был противен. Как бы ни относиться к этой трудной проблеме, во всяком случае и здесь римское право далеко оставляет за собою все, даже самые современные, законодательства и свидетельствует о том, что признание полной свободы разводов отнюдь не ведет ни к разрушению семьи, ни к гибели общества.

2. ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ СУПРУГАМИ

Общее различие в юридической природе брака cum manu и sine manu сказывается, естественно, и в различном построении как личных, так и имущественных отношений между супругами.

При браке cum manu, как было уже указано, жена всецело подчинялась власти мужа и юридически находилась в положении его дочери. Вследствие этого в личном отношении она подлежала юридически неограниченному праву мужа: он мог вытребовать ее от всякого третьего лица, даже от родителей и даже против ее воли, посредством vindicatio; он мог продать ее в рабство и экспулатировать ее рабочую силу посредством отдачи in mancipium; он имел ничем не ограниченное право наказания, доходящее до jus vitae ac necis. Конечно, фактически муж ограничивался общественным мнением; право продажи жены уже в древности (за исключением mancipium) вышло из употребления; в случае серьезных поступков жены было в обычае привлекать к суждению о наказании родственников (judicium domesticum), – но юридически муж все же оставался полновластным господином над самой личностью жены. Тот же принцип подчинения определяет и имущественные отношения между ними. Все, что жена имела до брака и что она приобрела после брака, принадлежало мужу, как полному и бесконтрольному собственнику. Быть может, в более позднее время, когда уже рядом существовал брак без manus с его особым имущественным режимом, в подражание ему и при браке cum manu мужья оставляли женам их имущество в более или менее свободное пользование, но юридически положение этого имущества определялось нормами о peculium. В случае несостоятельности мужа и оно шло на удовлетворение его кредиторов; равным образом, оно могло быть отобрано самим мужем в любой момент. Взамен этой имущественной несамостоятельности жена наравне со своими детьми имела наследственное право после своего мужа и всех его агнатических родственников.

Совершенно иначе складывались отношения при браке sine manu, построенном на принципе самостоятельности и независимости жены по отношению к мужу. В области личных отношений, как известно, ни о какой власти мужа нет речи. Жена сохраняла свое прежнее семейное положение: она оставалась persona sui juris, если была таковой до брака; она подлежала patria potestas своего отца, если он был жив. Никакой дисциплинарной власти над женой муж не имеет; равным образом, он не имеет никакого права требовать ее привода судом, если она ушла от него и не желает возвращаться. Правда, муж имеет interdictum de uxore exhibenda et ducenda, но лишь против третьих лиц, которые удерживают ее против ее воли. Разумеется, общность супружеской жизни, единство семейных дел требовали на случай несогласия между супругами признания известной решающей роли за голосом мужа (например, в вопросе о выборе местожительства семьи, о способе воспитания детей и т. д.); но это главенство в общесемейных делах далеко от идеи права на самую личность жены.

Соответственно тому же общему принципу регулируются и имущественные отношения супругов. В основе их естественно лежит принцип раздельности: имущество мужа и имущество жены составляют две совершенно независимые друг от друга массы. Все, что жена имела до брака и что она получила во время брака (своим трудом, путем наследования от родственников по старой семье и т. д.), принадлежит ей (если она persona sui juris), составляет ее свободное имущество, которым она может пользоваться и распоряжаться, не испрашивая на то согласия мужа и не отдавая ему никакого отчета. Это имущество впоследствии стало обозначаться греческим термином, parapherna.

Для того, чтобы не только формально, но и материально гарантировать имущественную независимость супругов друг от друга, чтобы очистить брачное согласие от всяких материальных соображений, римское право уже издавна ("moribus") дополнило эту систему раздельности запрещением дарений между ними ("ne venalicia essent matrimonia", "ne mutuo amore invicem spoliarentur" – fr. 1, 2 и 3 pr. D. 24. 1). Donatio inter virum et uxorem760 ничтожно; подаренное первоначально мог требовать назад не только сам супруг, но и его наследники; и только oratio Antoniniana (Kаракаллы) установила, что, если подаривший умер, не потребовав обратно, donatio convalescit761 (fr. 32 D. 24. 1).

За исключением дарений, супруги могут вступать друг с другом в какие угодно юридические отношения – покупать, занимать и т. д.; жена может даже поручить мужу управление всем его собственным, парафернальным имуществом. Вследствие этого между ними могут быть и соответствующие иски. Однако, особая близость между супругами отражается в некоторых отступлениях от общих норм. Так, супруги отвечают друг перед другом за вину (небрежность), где такая ответственность имеет место, не в ее абстрактном масштабе diligens paterfamilias, а за так называемую diligentia quam suis rebus adhibere solet, то есть за обычную для данного супруга внимательность, за ту, которую он применяет к своим собственным делам. Супруги, далее, не могут предъявлять друг против друга инфамирующих исков; в случае необходимости им даются аналогичные иски, не влекущие за собой infamia: например, вместо actio furti – actio rerum amotarum, вместо actio doli – actio in factum и т. д. Наконец, при взысканиях друг против друга супруги имеют так называемое beneficium competentiae: они могут требовать, чтобы им было оставлено столько, сколько необходимо, чтобы они не нуждались ("ne egeant").

Но эта последовательно проведенная система имущественной раздельности модифицируется двумя параллельными институтами: dos – со стороны жены и donatio propter nuptias – со стороны мужа.

1. Dos. Издержки общей семейной жизни (содержание семьи и т. д.) лежат в принципе на муже; и жена и дети в крайнем случае могут требовать от мужа и отца выдачи им содержания (alimentatio). Но уже издавна, с самых первых моментов появление брака без manus, вошло в обычай давать мужу при самом заключении брака особое приданое, которое и носит название dos. Таким образом, не все имущество жены и не его ipso делается приданым: dos – это только то имущество, которое специально выделено мужу или самой женой, или ее paterfamilias, или, наконец, лицом посторонним. Если приданое дается отцом жены, оно носит название dos profecticia; если самой женой или посторонним лицом, оно называется dos adventicia. Но, во всяком случае, приданое должно быть установлено каким-нибудь специальным актом – "dos aut datur aut dicitur aut promittitur". Первоначальным назначением dos было вспомоществование мужу в несении общесемейных расходов (ad mantrimonii onera sublevanda), но затем к этой функции прибавилась другая: dos гарантирует до известной степени мужа от неосновательного развода со стороны жены.

Однако, dos имеет в римском праве свою длинную историю. Первоначально приданое переходило в полную собственность мужа и навсегда: оно не подлежало возвращению ни в случае смерти жены, ни даже в случае беспричинного развода со стороны мужа. Общеизвестная редкость разводов являлась причиной того, что вопрос о судьбе dos ни в жизни, ни в законодательстве не ставился.

Но к концу республики, когда вместе с общим падением нравов усилились разводы, указанное положение вещей обнаружило большие неудобства; неограниченная свобода разводов создавала возможность различных злоупотреблений со стороны мужа: вступив, например, в брак и получив dos, он мог тотчас же дать жене развод; брак мог стать, таким образом, средством для самой низкой спекуляции с целью получения dos. Ввиду этого возникла необходимость так или иначе юридически обеспечить интересы жены.

Прежде всего об этом стали заботиться сами заинтересованные лица. Жена или ее родители при самом заключении брака и установлении приданого требовали от мужа в форме stipulatio обеспечения того, что в случае развода или смерти мужа dos будет возвращена жене или установителю. Это обеспечение носило название cautio rei uxoriae. При наступлении предусмотренных в cautio условий жена или иной установитель dos имели против мужа или против его наследников обычный строгий иск – actio ex stipulatu. Часто при этом передаваемое мужу приданое при самом установлении оценивалось и как бы считалось мужу проданным за известную сумму денег, которую он и обязывался вернуть на случай развода (dos venditionis causa aestimata).

Обычай подобных cautiones мало-помалу укрепился настолько, что даже тогда, когда cautio была упущена, стало казаться несправедливым (противным bona fides, – Пернис; деликным со стороны мужа, – Эсмейн), если муж, давая жене развод без всякого с ее стороны повода, удерживал себе ее приданое. Выразителем этого формирующегося правовоззрения и здесь прежде всего явился претор, который стал давать жене actio rei uxoriae – иск, идущий на id quod aequius melius erit. Вскоре, однако, этот иск превратился в actio civilis и bonae fidei. При толковании этого иска, при обсуждении того, чего требует в наших отношениях bona fides, и были выработаны юриспруденией ближайшие нормы классического дотального права. Основные положения его сводятся к следующему.

Если брак прекращался смертью жены, то приданое по общему правилу оставалось мужу, разве что оно было установлено ее отцом (dos profecticia) и отец был еще в живых. Если брак прекращался смертью мужа, то приданое возвращалось всегда жене или ей совместно с отцом. Оно возвращалось также тогда, если брак был прекращен разводом по инициативе мужа или по его вине; но оно оставалось мужу, если развод дала жена без всяких поводов со стороны мужа или если она вызывала развод своим поведением. Однако, во всех тех случаях, когда муж должен вернуть приданое, он может сделать при известных условиях некоторые вычеты из него – так называемые retentiones (propter liberos – на содержание детей, которые остаются на его попечении; propter res amotas – по поводу вещей, растраченных женой; propter mores – по поводу каких-либо проступков жены и т. д.; – Ulp. reg. VI).

Таким образом, обязанность мужа возвращать dos в случае прекращения брака была признана. Но муж все же считается собственником приданого и потому может растратить его во время брака; даже более того – он может отчудит его нарочно с намерением дать затем жене развод. Конечно, жена будет иметь в таком случае обязательственное требование к мужу; но это требование может оказаться безрезультатным (например, в случае несостоятельности мужа). Для того, чтобы еще полнее гарантировать жену, lex Julia de adulteriis в особой главе de fundo dotali воспретила мужу отчуждение дотальных недвижимостей (находящихся в Италии) без согласия жены, причем под запрет стали подводиться не только акты прямого отчуждения, но и все те, которые могли привести впоследствии к отчуждению – например, залог (Gai. II. 63). Благодаря этому запрещению, главная составная часть dos была освобождена от указанных выше возможностей. Сверх того, требование жены было снабжено privilegium exigendi, то есть правом на преимущественное удовлетворение перед другими личными кредиторами мужа.

Юстиниан пошел еще далее в том же направлении. Если в классическом праве муж удерживал dos еще в случае смерти жены, то Юстиниан предписал и здесь возвращение приданного ее наследникам. Таким образом, в позднейшем римском праве dos остается мужу лишь в случае развода по вине жены, в качестве штрафа для последней. Кроме того, Юстиниан запретил отчуждение дотальных недвижимостей даже при согласии жены. Наконец, он уничтожил различие между actio ex stipulatu и actio rei uxoriae, предписав, чтобы иск о возвращении приданого был всегда actio ex stipulatu, но чтобы этот иск обсуждался по началам bonae fidei, причем прежние правила о restitutio dotis были подвергнуты значительным изменениям (были отмечены все прежние retentiones мужа). Privilegium exigendi превратилось в подлинную законную ипотеку жены на все имущество мужа.

Благодаря обязанности возвращать приданое и запрещению alienatio, уже в классическую эпоху муж, хотя юридически и оставался собственником dos, но фактически являлся не чем иным, как простым пользователем dos на время брака (ususfructus maritalis). Права жены на dos непрерывно росли, и римские юристы стали говорить: "quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est" (fr. 75. D. 23. 3). Тем не менее и в праве Юстианиана собственником dos в принципе является муж.

2. Donatio propter nuptias. Уже издавна были в обычае предбрачные подарки жене со стороны мужа (donationes ante nuptias), но они приобрели особое значение после того, как выяснилась вторая – штрафная – функция dos. Если жена на случай неосновательного развода с своей стороны рискует потерей приданого, то в интересах равенства и справедливости было желательно, чтобы муж также, получая dos, выделял из своего имущества известную часть, по стоимости приблизительно равную dos, для подобной же гарантии жены. Это и стало мало-помалу если не юридической обязанностью мужа, то во всяком случае правилом общественного приличия: требовать такой donatio ни невеста, ни ее родители не могли. Но в силу запрещения дарений между супругами, donatio эта должна была во всяком случае совершится до брака (donatio ante nuptias), иначе дарение будет ничтожно. Нормы относительно donatio ante nuptias не получили, однако, в эпоху классического права полного развития; лишь законодательство самых последних императоров (Юстина и Юстиниана) придало этому институту более законченную физиономию (§ 3 In. 2. 7). Прежде всего, было позволено в интересах установления указанного равенства совершать donatio не только до брака, но и после его заключения, вследствие чего Юстиниан предписал называть наш институт donatio propter nuptias. Но это название не вполне соответствует действительности в том отношении, что настоящего дарения здесь нет: муж сохраняет собственность на подаренные объекты; он ими пользуется, как и раньше, и, если брак протечет без всяких потрясений, donatio propter nuptias не проявит себя ничем. Все назначение donatio propter nuptias заключается именно только в гарантии жены на случай развода: тогда она не только может потребовать назад свою dos, но и donatio propter nuptias. В интересах наилучшей гарантии жены относительно получения donatio, на выделенные мужем имения было также установлено запрещение их отчуждать.

Так постепенно складывалась римская система имущественных отношений между супругами. Принцип юридической раздельности муществ, ничему не мешающий при браках хороших, но наилучшим образом гарантирующий обоих супругов при браках плохих, принцип, и в настоящее время признанный еще немногими законодательствами (но в том числе – нашим русским), лежит в основе этой системы. Встречные институты dos и donatio propter nuptias, удовлетворяя потребности в некоторых гарантиях на случай развода, создают в то же время на основе раздельности нечто вроде единого общесемейного имущества, служащего экономическим базисом семьи и, притом, – вследствии неотчуждаемости входящих в его состав недвижимостей, – базисом очень прочным. Обе стороны супружеского союза – самостоятельность супругов и созданное браком единство семьи – приняты римским правом одинаково во внимание.

3. ОТНОШЕНИЯ МЕЖДУ РОДИТЕЛЯМИ И ДЕТЬМИ

Отношения между родителями и детьми на всем протяжении римской истории определялись идеей patria potestas, патриархальной и односторонней власти отца. Если в области отношений между супругами мы видели в римском праве полный разрыв с принципами старого патриархального строя, то в области отношений к детям эти патриархальные принципы сохранялись с гораздо большим упорством, чем даже в истории других народов. По собственному признанию римских юристов, такой власти над детьми, как римляне, не знал ни один доступный их наблюдению народ (Gai. I, 55: "Quod jus proptium civium romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus"). Конечно, с течением времени эта власть значительно изменилась и ослабела, но многие патриархальные заветы сохранили свое значение до конца.

Так, прежде всего, римсколе право знает только patria potestas – только власть отца, а не родителей вообще. Мать по отношению к своим детям от того же брака никаких родительских прав не имеет – не только при жизни мужа, но и после его смерти. При старом браке cum manu мать, как известно, находилась в положении сестры своих детей, после смерти мужа семья распадалась на новые самостоятельные семьи, по отношению к которым мать никаких прав власти не приобретала; она сама делалась теперь persona sui juris, но попадала под опеку своего ближайшего агната, чаще своего же собственного сына. – При браке без manus, мать не была даже агнаткой своих детей: юридически она была для них чужой. Лишь с течением времени, с постепенным признанием родства когнатического, ее отношения к детям получают некоторую юридическую физиономию: мать и дети получают взаимные права наследования друг после друга. В период империи признается затем право на содержание (алименты), а также, – по крайней мере, в известных случаях, – и право матери быть опекуншей над своими детьми. Но этим все и исчерпывается: каких-либо прав, присущих patria potestas, например прав на пользование известными имуществами детей, она не имеет.

Юридические отношения между родителями и детьми мыслятся, далее, только на почве законного брака и законной семьи. Дети незаконные, внебрачные в древнейшем римском праве, построенном исключительно на принципе родства агнатического, стояли вообще вне всяких юридических связей: они были чужими не только своему естественному отцу, но и матери. С признанием родства когнатического положение их по отношению к матери и ко всем материнским родственникам изменилось: они получили права наследования наравне с детьми законными, так как cognatio, кровное родство, по римским представлениям, не зависит от наличности законного брака и "mater semper certa est". Что же касается отца, то "pater vero is est, quem nuptiae demonstrant"768 (fr. 5. D. 2, 4), вследствие чего юридически у детей внебрачных его нет вовсе, хотя бы даже фактически он был всем известен. Ни он не имеет, поэтому, patria potestas, ни дети не имеют по отношению к нему никаких прав. Более льготное положение занимают только liberi naturales, дети от конкубината: они имеют право на alimenta и даже известное ограниченное право наследования после своего pater naturalis; но о patria potestas и здесь нет речи.

Таким образом, почти вся юридическая сторона отношений родителей к детям сводится к patria potestas. Но эта patria potestas в течение веков весьма существенно изменила свое содержание.

В древнейшее время это была, как уже неоднократно упоминалось, абсолютная власть патриархального домовладыки, самодержца в своей семье. Она охватывала как самую личность детей, так и все их имущественные приобретения. В личном отношении от воли paterfamilias зависело, прежде всего, сохранить ли жизнь своему новорожденному ребенку или нет: он мог даже выбросить его. Отец имел, далее, право продавать своих детей или в полное рабство trans Tiberim, или внутри государства in mancipium (jus vendendi). Он имел, наконец, юридически неограниченное jus vitae ac necis769. Конечно, и здесь фактическое положение детей были иное, но юридически отец – неограниченный властелин самой личности дитяти. В имущественном отношении filius familias, как известно, есть persona alieni juris: он имеет гражданскую правоспособность, но только не для себя, а для своего отца. Все, что он приобретает, делается eo ipso собственностью отца; за обязательства же детей отец не отвечает; только за деликты отец несет ноксальную ответственность: он обязан или возместить причиненный детьми вред, или выдать их потерпевшему (noxae dedere).

Таков был исторический отправной пункт; дальнейшее развитие заключается в постепенном ослаблении этой абсолютной власти в обоих направлениях, как личном, так и имущественном.

1. В личном отношении. Право выбрасывать новорожденных детей (jux exponendi), по сообщению Дионисия Галикарнасского770, было запрещено (кроме monstra771) уже Ромулом. Но, вероятно, в этом сообщении имеется в виду только веление обычая и религии, а не права; jus exponendi существует еще в более позднюю эпоху и окончательно оно было уничтожено только в период империи (с. 7 С. 9. 16). – Jus vendendi trans Tiberim исчезло уже очень рано, но даже и продажа детей in mancipium (в кабалу) в законах XII таблиц подверглась серьезному ограничению. Они ограничивал иэто право только троекратным его осуществлением: после отдачи in mancipium в третий раз сын освобождлася от отцовской власти – "si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto"772. так как закон говорил только о сыновьях, то interpretatio признали, что для прочих подвластных (для дочерей, внуков и т. д.) достаточно однократной продажи. Однако, ограничению подвергается только продажа посредством mancipatio; простая venditio, по-видимому, встречалась и значительно позже: по крайней мере, даже классические юристы допускают ее возможность на случай безысходной крайности ("contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia"773, – Pauli sent. 5. 1. 1) равным образом, подтверждается эта возможность и указом Константина (с. 2. С. 4. 43). – Наконец, рядом императорских указов отнимается у отца и jus vitae ac necis: последний в этом ряде указ Константина (с. 1. С. 9. 17) приравнивает сыноубийство к parricilium вообще. В то же время подвергается известному контролю даже дисциплинарная власть отца (jus coercendi): согласно указу императора Траяна, власти могут принудуть отца, злоупотребляющего своими правами, освободить сына от patria potestas (fr. 5. D. 37. 12), и вообще в императорское время стали возможны жалобы детей магистратам в порядке, extraordinaria cognitio. Благодаря всем этим ограничениями patria potestas над личностью детей к концу развития утратила почти всю свою патриархальную остроту.

2. В имущественном отношении рост самостоятельности детей на первых порах идет теми же путями, какие были отмечены выше по поводу рабов. Так же точно, как ирабам, отцы часто выделяли своим достигшим возраста детям известное имущество для самостоятельного хозяйствования – peculium; точно так же деятельность сыновей могла дать при известных условиях основание для ответственности отца (так называемые actiones adjecticiae qualitatis: actio de peculio, institoria, exercitoria, quod jussu и de in rem verso). Здесь нужно повторить все то, что было сказано выше о рабах.

Но затем положение детей начинает все более и более отделяться от положения рабов и идти своей собственной дорогой. Первым шагом в этом смысле было установление времен Цезаря или Августа, в силу которого все то, что сын-воин (filius familias miles) приобрел на войне (in castris) или по поводу военной службы (occasione militiae) подлежит его свободному пользованию и распоряжению, как его собственное, независимое от отца, имущество. Это имущество получило название peculium castrense; оно было первым признание имущественной самостоятельности детей, хотя и в узком круге специальных отношений. Сын мог даже это имущество завещать, и лишь в случае его смерти без завещания оно переходило к отцу не в порядке наследования, а jure peculii (fr. 11. D. 49. 17). Вообще по отношению к peculium castrense "filii familias vice patrum familiarum funguntur"774 (fr. 2. D. 14. 6).

Когда с переходом к абсолютной монархии все виды государственной службы были уравнены, правила о peculium castrense были перенесены на имущество, приобретенное сыном на службе гражданской, на так называемое peculium quasi castrense. Это peculium, как и peculium castrense, составляет свободное имущество сына, по отношению к которому отец никаких прав не имеет.

Новый ряд ограничений имущественной стороны patria potestas открыл указ Констанина, в силу которого все то, что получено детьми (уже не только сыном) по наследству от матери (bona materna), должно считаться их собственностью, которую отец распоряжаться не в праве: он сохраняет только право пожизненного пользования (с. 1. С. 6. 60). Указом императора Аркадия и Гонория (с. 2. С. 6. 60), то же положение было распространено на bona materni generis – на имущество, полученное от родственников с материнской стороны; указом Феодосия и Валентиниана – на lucra nuptialia. Наконец, Юстиниан все эти многочисленные исключения обобщил: отцу принадлежит только то, что сын приобретает ex re patris, то есть оперируя с имуществом отца; все же остальное, каким бы образом оно ни досталось сыну, составляет его собственность, отце имеет лишь право пожизненного пользования (§ 1. In. 2. 9). Все такое имущество (в него не входит peculium castrense и quasi castrense, которое остается даже вне пользования отца) носит название bona adventicia. Но даже и при этом имуществе право пожизненного пользования может быть исключено прямым постановлением того, кто это имущество сыну передает (кто ему дарит или завещает); тогда оно называется bona adventicia irregularia.

Таким образом, в конце развития и в имущественном отношении от старой безусловности patria potestas осталась только его тень в виде права пожизненного пользования отца некоторыми видами имуществ. Правда, и эта тень имеет большое практическое значение; тем не менее имущественная самостоятельность детей признана. Вместе с тем, первоначальное юридическое единство семьи разрушено: семья теперь с юридической стороны не единство, а союз лиц, из которых каждое представляет саомстоятельного субъекта прав, могущего иметь особое имущество, выступать стороною в процессе и заключать юридические сделки.

Установление patria potestas. Patria potestas возникает, прежде всего, естественным образом вследствие рождения ребенка в законном браке. По отношению к детям незаконным она может быть установлена только путем узаконения legitimatio; но эта legitimatio появилась только в период абсолютной монархии и только для liberi naturales. Постепенно возникли три способа такого узаконения: a) Со времени Феодосия и Валентининана – legitimatio per oblationem curiae, узаконение посредством представления filius naturalis в ordo местных декурионов в связи с наделением его известным имущественным цензом (это одна из привилегий, которыми правительство желало привлечь к несению тяжелой в то время повинности по заведованию местными делами). b) Со времени императора Анастасия – legitimatio per subsequens matrimonium, посредством последующего вступления родителей в законный брак. с) И наконец, со времени Юстиниана – вообще legitimatio per rescriptum principis, узаконение посредством специального императорского указа.

По отношению к детям чужим возможно было установление patria potestas путем усыновления, которое будет или arrogatio, если усыновляется persona sui juris, или adoptio, если усыновляется persona alieni juris.

а) Arrogatio в древности совершалась в народных собраниях по куриям при участии pontifex maximus и в присутствии как усыновителя, так и усыновляемого. По расследовании обстоятельств усыновления и по удостоверении в согласии обоих заинтересованных, pontifex предлагал народному собранию rogatio об усыновлении ("Velitis jubeatis Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas familias ejus natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita uti dixi, ita vos, Quirites, rogo" – Gell., 5, 19, 9775). Таким образом, arrogatio совершалась в форме специального закона. Ввиду этого усыновлять и быть усыновляемыми в такой форме могли только лица имеющие право участвовать в народных собраниях: поэтому не могли усыновлять женщины, нельзя было усыновить женщин и несовершеннолетних. С течением времени вместе с падением роли comitia curiata законодательный характер акта arrogatio стерся: усыновление превратилось в простой, только публичный, акт частной воли. Вместе с тем (со времен императора Антонина Пия) стало возможно и усыновление несовершеннолетних. С окончательным исчезновением comitia curiata arrogatio стала совершаться per rescriptum principis.

b) Усыновление persona alieni juris, adoptio в тесном смысле, совершается в форме частной сделки, искусственно образованной старыми юристами на основании указанного выше положения законов XII таблиц: "si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto". Отец усыновляемого продавал его посредством mancipatio какому-нибудь постороннему доверенному человеку; этот последний тотчас же отпускал сына на волю посредством manumissii vendicta. Затем опять следовала вторая mancipatio и вторая manumissio. Наконец – третья mancipatio: после нее сын уже свободен от patria potestas; но третья manumissio уже не делается, ибо тогда это была бы полная emancipatio (см. ниже); сын пока считается in mancipio доверенного лица. Тогда выступает лицо, желающее усыновить, adoptator, и предъявляет для формы против доверенного vindicatio in patriam potestatem (то есть vindicatio filii); доверенный на суде молчит, вследствие чего претор addicit усыновляемого усыновителю. В результате этого сложного акта patria potestas кровного отца прекратилась и усыновленный вступает в семью усыновителя на правах его законного сына. В этой форме adoptio могла применяться и к женщинам и к несовершеннолетним, причем для дочерей и внуков достаточно было однократной mancipatio. Юстиниан уничтожил необходимость всех этих формальностей, заменив их простым заявлением перед судом. Вместе с тем он значительно ослабил действие adoptio: прежнее прекращение старой patria potestas было сохранено им только для случаев усыновления каким-нибудь восходящим родственником (например, дедом со стороны матери); во всех же остальных случаях patria получает право законного наследования после усыновителя (adoptio minus plena).

Кроме указанных видов arrogatio и adoptio, мы встречаем в дошедших до нас памятниках конца республики – начала империи случаи усыновления в завещании, adoptio testamentaria, о которой юристы ничего не говорят. Но было ли это подлинное в юридическом смысле усыновление или нет – это вопрос доныне невыясненный.

Прекращение patria potestas. Остатком старого патриархального характера patria potestas даже в самом позднем римском праве является ее пожизненность: она прекращается нормально только смертью отца. Ни достижение сыном совершеннолетия, ни основание им своего собственного отдельного дома и хозяйства не только не прекращают отцовской власти, но даже не влияют на ее ослабление. Лишь приобретение сыном известного звания уничтожает ее; таковыми званиями в языческом Риме являлось звание flamen Dialis, а для дочери звание весталки, в позднейшее императорское время – звание консула, praefectus praetorio, praefectus urbi, magister militum или епископа.

Но patria potestas, как право одностороннее, может быть прекращена искусственным путем – освобождением сына самим отцом, что называется emancipatio. Форма emancipatio была также образована посредством искусственного применения упомянутого правила законов XII таблиц о троекратной продаже: отец, желавший эманципировать сына, совершал троекратную mancipatio его доверенному лицу, а это последнее три раза отпускало его на волю. В результате сын делался persona sui juris, приобретал хозяйственную самостоятельность, но зато утрачивал всякие наследственные права по своей семье. Последнее ограничение, впрочем отпало, когда наследственное право было перестроено по началам когнатического родства. В императорское время и здесь старые формальности были отменены: император Анастасий установил возможность emancipatio per rescriptum principis (так наз. emancipatio Anastasiana), а Юстиниан предписал вообще для emancipatio заявление перед судом (так называемая emancipatio Justinianea). В виде награды за добровольный отказ от своих отцовских прав (praemium emancipationis) отец и после emancipatio сохраняет право на пользование половиной имущества сына.

4. ОПЕКА И ПОПЕЧИТЕЛЬСТВО

Во всяком обществе могут оказаться лица, имеющие права (правоспособные), но не обладающие достаточной степенью разумения и зрелостью воли для самостоятельного управления своими делами (недееспособные). Таковы – несовершеннолетние и безумные; таковыми же являются согласно старым воззрениям женщины; наконец таковыми же признаются и расточители. Если все эти лица находятся под чьей-либо семейной властью, если они – по римской терминологии – суть personae alieni juris, то особого вопроса о их охране не возникает: они, во-первых, по старому праву никаого своего имущества не имеют, а во-вторых, они находят естественную охрану в лице своего paterfamilias. Иное дело, если они такой естественной семейной охраны не имеют, если они personae sui juris: тогда для права возникает вопрос об организации для них искусственной защиты, о создании суррогата семейной охраны. Этой цели и служит везде институт опеки и попечительства. Но этот институт также имеет свою длинную историю, в течение которой он резко изменил свой характер.

В древнейшее время, когда еще сильны родовые связи, опека над лицами недееспособными составляет дело родственников, причем в институт опеки на первом плане стоит не забота о подопечном, а забота о его имуществе в интересах его ближайших наследников. Для этих последних, конечно, важно, чтобы то имущество, которое может к ним дойти в порядке законного наследования, не было в руках малолетнего, безумного и т. д. растрачено или расхищено. Вследствие этого опека имеет характер некоторой предварительной охраны возможного в будущем наследства ("ut qui sperarent hanc successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarent" – fr. 1 pr. D. 26. 4). Эта основная идея древней опеки отражается на всем ее построении.

Прежде всего, порядок призвания к опеке совпадает с порядком призвания к наследованию ("eo tutela redit, quo et hereditas pervenit", – fr. 73. pr. D. 50. 17): естественным опекуном является ближайший наследник. А так как в древнейшее время наследование определялось только порядком агнатического родства (hereditas legitima), то и естественным опккуном являлся ближайший агнат. Это так называемая tutela legitima.

Но уже законы XII таблиц предоставляют paterfamilias в своем завещании изменить этот законный порядок и назначать для своих малолетних или слабоумных детей какого-либо иного опекуна: "uti paterfamilias legassi super pecunia tutelave rei suae, eia jus esto". Во таком случае мы имеем tutela testamentaria. Здесь уже возможно несовпадение опекуна с ближайшим наследником опекаемых; подобно тому, как завещатель может лишить своего законного наследника ожидаемого им наследства, так же точно он может лишить его и права опеки.

Опека, далее, в это древнейшее время есть не обязанность, а право опекуна, ставящее его во властное положение по отношению к опекуемому и его имуществу. Опекун имеет власть, подобную власти paterfamilias. Так, Ливий опеку над женщинами прямо называет manus (Liv. 34. 2. 11); законы XII таблиц, говоря о попечительстве над безумными, употребляют выражение "potestas"; даже еще юрист последнего столетия республики, Сервий Сульпиций Руф, определяет опеку как "vis ac potestas in capite libero", оттеняя этим связываемую уже с правом обязанность.

Мало помалу этот элемент обязанности, заботы, все более и более выступает на первый план, и положение опекуна коренным образом изменяется; самые права его являются лишь средством для выполнения лежащей на нем обязанности. Не охранение своих возможных в будущем прав, а забота о чужих правах составляет общую задачу его деятельности. Ввиду этого в источниках позднейшего права опека определяется уже как некоторое "onus" для опекуна, как некоторое "munus"781 (pr. In. 1. 25 и In. 1. 17). При этом опека является munus publicum, общественной повинностью, в двояком направлении.

Прежде всего, в этом определении заключается мысль о том, что опека в смысле заботы о лицах, которые сами о себе заботиться не могут, есть общая обязанность государства. Эта мысль была совершенно чужда старой опеке: если у малолетнего или безумного не было ни опекуна по закону (вследствие отсутствия родственников), ни опекуна по завещанию, то он в старом праве вовсе оставался без опеки, так как не было лиц, которые имели бы на нее право. Во второй половине республики точка зрения государства меняется. Lex Atilia, закон неизвестного времени, но, во всяком случае, до 186 г. до Р. Х. (до senatusconsultum de Bacchanalibus), предписала в таких случаях назначать опекуна магистратам – именно претору cum majpre parte tribunorum plebis, то есть при участии народных трибунов. Так как lex Atilia имела в виду только Рим и Италию, то впоследствии Lex Julia Titia (или два закона – lex Julia и lex Titia?) возложила в провинциях ту же обязанность на провинциальных правителей. Таким образом, рядом с двумя старыми видами опеки, tutela legitima и testamentaria, появился третий – так называемая tutela dativa (хотя термин dativa применяется иногда и к tutela testamentaria).

Вместе с тем постепенно усиливается контроль государства над деятельностью опекунов. Во многих случаях они должны на те или другие акты испрашивать разрешение властей. Опекунские дела разростаются настолько, что делаются специальной компетенцией известных органов власти; таковыми являются в период империи сначала консулы, потом особые praetores tutelares, а в провинциях провинциальные правители при участии органов муниципального самоуправления. Эти последние несут даже субсидиарную ответственность перед опекаемым за плохое управление рекомендованных ими опекунов.

С другой стороны, опека делается munus publucum, общественной обязанностью, и для отдельных граждан. Если раньше быть опекуном составляло право, от которого каждый мог свободно отказаться и которое можно было свободно переуступить (in jure cessio tutelae по отношению к женщине засвидетельствована еще классическими юристами), то теперь это – обязанность, освобождения от которой можно просить только при наличности известных уважительных причин (excusationes) и о переуступке которой путем частного соглашения не может быть речи. Одним словом, опека изменяется в самом своем существе и в позднейшем императорском праве принимает приблизительно тот вид, который она имеет в законодательствах современных.

Римское право различает исстари два вида опеки: опеку в собственном смысле, tutela, и попечительство, cura, но принципиального различия между обоими видами нет. Разница сводится только к тому, что в тех случаях, когда необходимо при заключении сделки согласие опекуна, это согласие при tutela выражается в форме auctoritatis interpositio, а при cura в виде простого consensus curatoris. Auctoritatis interpositio давалась непременно тотчас же при самом заключении сделки опекаемым и в виде ответа опекуна на соответствующий вопрос контрагента ("Auctor ne fis? – Auctor fio"), меж тем как consensus curatoris мог быть дан и не in continenti, а ранее или позже волеизъявление самого опекаемого.

Роль опекуна (tutor) или куратора (curator) может быть различна, смотря по характеру недееспособности, послужившей основанием для учреждения опеки. Иногда эта недееспособность будет полной (малолетний, безумный); тогда опекун или попечитель должен вполне заменять подопечного, должен самостоятельно вести все его дела. В других же случаях недееспособность будет лишь частичной (несовершеннолетний, расточитель); тогда акты чистого приобретения, только улучшающие положение опекаемого (так называемые negotia lucrativa – например, принятие подарка), последний может совершать и сам; для всех же остальных актов (отчуждение имущества, вступление в обязательство и т. д.) необходимо согласие опекуна или попечителя; в таких случаях роль опекуна будет лишь ролью подкрепляющей действия опекаемого.

Когда опекуну приходилось заменять опекаемого и самому вести все его дела, то для древнего права возникало затруднение в том, что оно не знало представительства при заключении сделок, то есть возможности заключения сделки одним лицом от имени и на счет другого. Вследствие этого опекун или попечитель обыкновенно действовал, как negotiorum gestor: он заключал все сделки на свое имя и лишь уже затем (например, по достижении малолетним возраста) переносил все приобретения права на подопечного. Но это затруднение отпало, когда в эпоху формулярного процесса претор стал давать actiones utiles с перестановкой субъектов: тогда опекаемый получал прямо иски против лиц, заключивших сделку с его опекуном.

Первоначально опекун, заведуя делами опекаемого, не был ничем ограничен в своей деятельности: он мог заключать всякие сделки, мог продавать вещи опекаемого, закладывать их и т. д. Средствами для защиты интересов опекаемого были только или accusatio suspecti tutoris, возбуждение кем-либо уголовного преследования против подозрительного опекуна, которое может повести к его отстранению, или же actio rationibus distrahendis – иск, предъявлявшийся по окончании опеки и имевший деликтный характер: опекун, растративший имущество опекаемого, отвечал in duplum, как fur nec manifestus; но, как иск деликтный, actio rationibus distrahendis в случае смерти опекуна не могла быть предъявляема против его наследников.

Эти средства с течением времени были признаны недостаточными, и преторский эдикт еще в конце республики создает новые иски: для отношений по поводу опеки – actio tutelae directa и contraria, а для отношений по поводу попечительства – actio negotiorum gestorum, а также directa и contraria. При помощи actio directa опекаемый по окончании опеки (или новый опекун при смене) может требовать отчета от опекуна и возмещения своих убытков не только от него самого, но и от его наследников, и не только в случае растраты, но и в случае нерадивости или бездеятельности. При помощи actio contraria опекун, в свою очередь, может требовать от опекаемого уплаты понесенных им расходов: но вознаграждения за ведение опеки римское право не знало.

Для лучшего обеспечения интересов опекаемых к этим искам присоединяются затем дополнительные средства: во-первых, входит в обычай требовать от опекуна при самом вступлении его в должность обеспечения – satisdatio rem pupilli salvam fore, а, во-вторых, в период империи признается законная ипотека опекаемого на все имущество опекуна.

Но все эти средства могут оказаться безрезультатными при несостоятельности опекуна. Ввиду этого усиливающаяся забота государства об интересах опекаемых приводит мало-помалу к различным ограничениям опекуна в самой его деятельности. Так, уже цивильное право запретило опекуну акты дарения. Гораздо большее значение имеет сенатское постановление 195 г. по Р. Х., известное под названием oratio divi Severi (fr. 1. D. 27. 9): оно запретило опекунам и попечителям отчуждение сельской недвижимости опекаемого (praedia rustica и suburbana), кроме некоторых случаев, в которых, однако, необходимо предварительное разрешение со стороны опекунских властей (decretum de alienando). Император Константин распространил затем это запрещение на другие более ценные вещи, так что в конце концов роль опекуна свелась к роли простого хранителя имущества да к ведению текущих неотложных дел.

При несомненном общем характере опеки и попечительства во всех тех случаях, где они имеют место, все же в отдельных видах опеки замечаются известные различия.

1. Tutela impuberum и cura minorum. Наиболее частый случай недееспособности – это несовершеннолетие. Человек правоспособен уже с самого момента своего рождения: он может тотчас же оказаться обладателем огромного состояния и участником самых сложных юридических отношений. Но очевидно, что признать за ним тотчас же и дееспособность нельзя. Вследствие этого всякое право уже с самых древних времен откладывает дееспособность человека до достижения им известной степени физической и психической зрелости. Вопрос заключается только в том, какими признаками определить наступление этой зрелости, достижение совершеннолетия.

Обычный для нас прием – установление известного, для всех одинакового возраста – древнему праву чужд: решающим признаком там является обыкновенно достижение физической, половой зрелости – момента, когда ребенок превращается в мужа. Момент этот не для всех людей одинаков, вследствие чего определение этого момента для каждого отдельного лица составляет обыкновенно дело его семьи, и признание совершеннолетним выражается в каких-либо внешних знаках – смене детской одежды на одежду взрослых и т. п. Также точно и римское право долгое время различие между puberes и impuberes строило на этом единственном признаке половой зрелости. Но если с этим неопределенным признаком мог мириться примитивный оборот, то с развитием экономической и деловой жизни он оказывался решительно непригодным; условия этой жизни требовали установления какого-либо определенного, для всех одинакового, возраста совершеннолетия. Для женщин этот вопрос был фиксирован обычаем несколько ранее, чем для мужчин: уже в эпоху классических юристов совершеннолетие наступает для них с достижением 12 лет. Относительно же мужчин мы еще среди классических юристов встречаем разногласие: сабиньянцы стоят еще всецело на старой точке зрения ("qui habitu corporis pubes apparet, id est qui generare possit"), меж тем как прокульянцы признают совершеннолетними всех, достигших 14 лет; есть рядом и среднее мнение (Приска), в силу которого необходимо достижение 14 лет, но сверх того и половой зрелости (Ulp. reg. XI. 28). Ко времени Юстиниана перевес склонился на сторону мнения прокульянцев, которое и было санкционировано в "Corpus" (pr. Jn. 1. 22).

Но между ребенком только что родившимся и юношей, приближающимся к pubertas, есть масса промежуточных ступеней: человек, возрастая, постепенно приобретает способность ориентироваться – сначала в вещах более простых, а потом и более сложных. Конечно, со всеми этими переходными стадиями право считаться не может, но игнорировать известные крупные различия оно не в состоянии. Так и римское право различает среди несовершеннолетних две группы – infantes и infantiae majores. Infantes – это первоначально дети, которые еще не могут говорить, – "qui fari non possunt"; позже, однако, и здесь был установлен возрастной признак – достижение 7 лет. Дети от 7 до 14 лет суть infantiae majores.

В зависимости от возраста опекаемого различна и роль опекуна. Infantes никакого участия в гражданском обороте не принимают; всякое волеизъявление их ничтожно, оно даже не может быть основанием для согласия опекуна. Вследствие этого их всецело заменяет опекун, который и ведет их дела в описанных выше условиях. За детьми от 7 до 14 лет, напротив, уже признается известная способность разумения, вследствие чего сделки чистого приобретения они могут совершать даже сами, без согласия опекуна; во всех же остальных случаях они действуют при участии опекуна, который дает свою auctoritas.

По достижении 12 или 14 лет человек считается совершеннолетним (pubes) и, следовательно, может вести свои дела самостоятельно. Однако, этот возраст (или, в период республики, возраст половой зрелости), бывший, быть может, достаточным в эпоху простых отношений, уже с половины республики стал обнаруживать свою недостаточность, Якобы совершеннолетние дети 14-15 лет начали все чаще и чаще служит объектом для эксплуатации. В виду этого около 190 г. до Р. Х. был издан особый закон – lex Plaetoria, – который устанавливал judicium publicum (то есть уголовное преследование) против лиц, которые воспользовались неопытностью юношей, достигших совершеннолетия, но не достигших 25 лет (minores viginti quinque annis). Претор затем расширил применение этого закона и стал давать не только в случаях явного обмана (circumscriptio), но и вообще в случаях невыгодности сделки, exceptio или restitutio in integrum (propter minorem aetatem). Благодаря этому возникла новая категория – minores, которые пользуются особым покровительством закона.

Но это покровительство имело и свою обратную сторону. Деловые люди, зная, что minor, если найдет потом для себя сделку невыгодной, может ее уничтожить путем restitutio in integrum, естественно стремились воздерживаться от отношений с ним, предпочитая иметь своим контрагентом лицо, по отношению к которому такая возможность не имеет места. Это могло существенно отзываться на самих minores, вследствие чего они стали привлекать к участию в своих сделках особых попечителей – curatores. Участие куратора (его consensus) устраняло возможность последующего оспаривания сделки и гарантировало в этом отношении контрагентов. Первоначально подобные curatores привлекались каждый раз ad hoc, но затем в период империи (в особенности со времен императора Марка Аврелия) они делаются постоянным учреждением (fr. 1. 3. D. 4. 4) – в том смысле, что входит в обычай испрашивать куратора в виде постоянного и общего пособника при всех деловых отношениях minor’а. Император Диоклетиан предписал даже, что, раз куратор испрошен, всякая сделка (не чистого приобретения), заключенная самим минором без его участия, недействительна (с. 3. С. 2. 21).

Однако, обязанности испрашивать куратора для minores не существует; это вопрос их воли. Если куратор не испрошен, minor сохраняет свою дееспособность, как совершеннолетний; он может, как прежде, просить о restitutio in integrum. Впрочем, такие minores без попечителей в позднейшем праве составляют исключение, и Юстиниан говорит в своих Институциях в виде общего правила: "Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt" (pr. Jn. 1. 23)782. Возраст полного совершеннолетия таким образом фактически отодвинулся до 25 лет, а положение лиц от 14 до 25 лет почти сравнялось с положением infantiae majores.

2. Tutela mulierum. Второй случай, где римское право знает tutela, есть опека над женщинами. Женщина в старое время, и не только в римском праве, считается недееспособной даже тогда, когда она не находится ни под властью отца ни под властью мужа. Причина этого заключается не столько в какой-нибудь грубости нравов, сколько в характере примитивного правопорядка: как мы знаем, в древнее время обладание правом и защита его предполагали способность субъекта владеть оружием.

Женщина вследствие отсутствия такой способности всю жизнь свою должна была находится под опекой своего ближайшего агната или того лица, которое назначено ей опекуном в завещании отца или мужа. Первоначально, конечно, и опека над женщинами имела реальное значение и безусловный характер manus, но с течением времени, с изменением самих условий правовой жизни, она все более и более утрачивает свой смысл и отмирает. Уже в конце республики она имеет только формальное значение. Женщина сама ведет свои дела и лишь для некоторых актов, по преимуществу старого цивильного характера, нуждается в auctoritas своего опекуна (ведение legis actio, отчуждение res mancipi и т. д. – Ulp. reg. XI. 27). При этом отказ опекуна в auctoritas не имеет уже решающего значения: его согласие, по жалобе женщины, может быть вынуждено претором (Gei. 1. 190). Вследствие всего этого, так как tutor mulieris никаких дел не ведет, то он ни за что и не отвечает: actiones tutelae здесь никакого применения не имеют.

Но и в таком виде опека над женщинами к началу империи начинает казаться стеснительной и ненужной, и Гай (Gai. 1. 190) говорит уже, что она не имеет под собой основания – "nulla pretiosa ratio"; обычное "вульгарное" ("quae vulgo creditur") мнение, будто женщины вследствие присущей им levitas animi783 делаются часто жертвой обмана, по его мнению, есть мысль "magis speciosa quam vera"784. Вследствие этого tutela mulierum постепенно исчезает из жизни. Уже lex Julia et Papia Poppaea освобождает от опеки женщин, имеющих jus liberorum. Эдикт императора Клавдия отменяет вообще главный случай опеки – tutela legitima (Gai. I. 157). Последние редкие случаи опеки по завещанию мужа или отца (tutela dativa к женщинам никогда не применялась) стали даже юридически невозможными после указа императора Гонория и Феодосия, который всем женщинам даровал jus liberorum (с. 1 С. 8. 58).

Но уничтожение опеки над женщинами отнюдь не обозначает полного управления их с мужчинами. Целый ряд юридических функций оставался до конца для женщин закрытым "feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt"785 (fr. 2 pr. D. 50. 17). Они не могут занимать никаких должностей с публичным характером, не могут выступать за других на суде, не могут быть опекунами (кроме матери и бабки по отношению к своим собственным детям и внукам). С другой стороны, они имеют некоторые привилегии. Так например, они могут в некоторых случаях ссылаться на неведение закона, на ignorantia juris, наравне с minores XXV annis, солдатами и rustici786 (fr. 9 pr. D. 22. 6): это признано за ними "propter sexus infirmitatem"787. Сюда же должно быть отнесено и senatusconsultum Velleianum, сенатское постановление времени императора Клавдия (46 г. по Р. Х.), которое объявляет недействительной всякую intercessio женщины, то есть всякое принятие ею на себя ответственности за чужой долг (поручительство, предоставление вещи в залог и т. д.). Мотивом этого закона является также "imbecillitas sexus", слабость, излишняя доверчивость женщины (fr. 2. 1 и 2. D. 16. 1). Как видим, то "вульгарное" мнение, о котором говорил Гай, оказывало влияние на законодательство и до конца сохранило в нем свои следы.

3. Cura furiosi – попечительство над безумными и сумасшедшими (furiosi, dementes, mente capti) – известна уже законам XII таблиц, которые постановляли: "Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto"788. Таким образом, попечительство и здесь было делом ближайшего родственника и наследника, причем оно давало ему potestas над личностью и имуществом опекаемого. Дальнейшее развитие шло описанным выше путем в смысле все более и более интенсивного контроля правительства и в праве Юстиниана опекун к безумному обыкновенно назначается уже властью (§ 3 In. 1. 23). Безумный вовсе лишен дееспособности, вследствие чего curator заменяет его вполне, но со всеми теми ограничениями, которые были указаны выше. Разумеется, назначению попечителя предшествовало расследование психического состояния больного со стороны магистрата, от которого зависело установление опеки. В светлые промежутки (lucida intervalla), когда к сумасшедшим возвращается сознание, они вполне дееспособны.

4. Cura prodigi – попечительство над расточителем – также известна уже законам XII таблиц (fr. 1 pr. D. 27. 10). По заявлению лиц заинтересованных (прежде всего, конечно, ближайших родственников) магистрат, впоследствии претор, производил расследование и, если признавал наличность расточительной наклонности, налагал на расточителя запрещение – interdictio. Обычная формула такого запрещения гласила: "Quando tibi (tu?) bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perdicus, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico"789 (Paul. sent. 3. 4а. 7). Как видно из этой формулы, запрещение первоначально касалось только имущества, полученного по наследству – "отцовского и дедовского", которое должно было перейти и к детям расточителя; но с течением времени запрещение было распространено на всякое имущество вообще. Подвергнутый interdictio расточитель ограничивался в своей дееспособности и ставился под надзор куратора. Сам он мог заключать только сделки чистого приобретения, для всех же остальных он нуждается в concensus curatoris790.

Кроме рассмотренных основных случаев попечительства, в более развитом римском праве мы встречаем целый ряд других, когда по тем или другим причинам преторской властью временно назначается попечитель: например, curator bonorum несостоятельного должника; curator наследства, пока оно не будет принято наследниками; curator ventris для охранения интересов имеющего родиться ребенка и т. д.