

Покровский И. А.
Основные проблемы гражданского права
Петроград, юридический книжный склад "Право", 1917 г.

Х. Проблема личности в сфере семейственных отношений

Одну из самых чувствительных областей гражданского права представляет семейственное право, ибо, быть может, нигде не затрагиваются столь интимные интересы человеческой личности, как именно здесь.

Но семья, как известно, в процессе своего исторического развития совершила длинный путь. Не станем забираться в туманную даль "коллективного брака" или матриархата; если мы даже ограничимся семьей в ее более современном смысле, семьей моногамической, то и тогда мы увидим, что эта семья в древнейшее время определялась совершенно иными началами, чем нынешняя.

Как показывают остатки древнейшего права и древнейших обычаев у всех более известных нам народов, первоначальным источником такой семьи было похищение жен или покупка их, и притом, по-видимому, из чужого племени. Жена же, похищенная или купленная, становилась рабыней своего мужа (быть может, даже это был вообще древнейший случай всякого рабства), делалась его собственностью наравне с другими рабами или вещами. Примитивное правосознание не различало еще оттенков власти; оно знало только одну единственную власть господина над всем, что входило в сферу его господства, что ему принадлежало, и эта власть мыслилась как некоторое одностороннее и абсолютное право его: все то, что этому праву подлежит, есть не субъект, а объект. Это принципиальное единство власти примитивного господина ярко выражается в единстве наименования: как древне-римский термин *manus*, так и древнегерманский термин *Munt*, *mundium*, применялись первоначально одинаково и для обозначения права собственности на вещи, и для обозначения прав господина на раба, мужа на жену, отца на детей. Все отношения представлялись, таким образом, под одним и тем же углом зрения вещных отношений, и для семейственных прав как особой категории еще не было места.

Лишь дальнейшее развитие культуры вносит сюда мало-помалу изменение. Незаметно, но неуклонно растущее признание человеческой личности приводит к тому, что указанная первоначально единая власть начинает дифференцироваться: оставаясь прежней по отношению к вещам, она уже несколько модифицируется по отношению к рабам и сильно изменяется по отношению к жене и детям. Лишь с этого момента, момента выделения особого понятия семейственной власти из первоначального общего понятия "собственности", можно говорить о появлении в гражданском праве особой юридической категории правоотношений семейственных.

Но эти правоотношения на всем протяжении истории меняли и продолжают менять свой характер. Строение семьи и семейственных отношений затрагивает самые разнообразные интересы - интересы самих членов семьи, интересы различных общественных групп, интересы государства, наконец интересы религии, церкви. Все эти интересы перекрещиваются самым различным образом, создавая возможность разнообразных и зачастую очень острых конфликтов. Внутри семьи коллидируют интересы мужа и жены, родителей и детей; на внешнюю сторону коллидируют интересы супругов с интересами тех или других общественных групп, государства, церкви. Невозможно проследить историю этих конфликтов во всей их подробности, но уже основные стадии их движения в высокой степени поучительны.

Начнем с общего обзора истории римской семьи: это важно не только потому, что римское право имело такое исключительное значение в истории новейшего праворазвития, но в особенности потому, что римская семья во многих отношениях дает богатый материал для принципиальных сопоставлений.

Как было только что указано, древнеримская семья была построена на принципе абсолютной власти домовладыки над женой и детьми: *manus mariti* и *patria potestas* были ее краеугольными камнями. Эта абсолютная власть домовладыки объединяла семью, придавала ей характер некоторого юридического единства. На ней, а не на общности крови покоилось родство (агнатический принцип в противоположность кровному, когнатическому): все то, что выходило из-

под этой власти (например, дочь, вышедшая замуж; сын, освобожденный отцом, и т. д.), утрачивало родство и все права, с ним связанные (прежде всего - права наследования). Объединенная этой властью древнеримская семья внутри представляла область юридически неограниченного господства домовладыки. Это господство было его односторонним правом: он имел по отношению к жене и детям право жизни и смерти, право хозяйственной эксплуатации их рабочей силы - вплоть до права полной продажи и т. д. Одним словом, с точки зрения наших нынешних представлений, это была отдельная "маленькая монархия".

Перед третьими лицами эта маленькая монархия была закрыта личностью домовладыки. Отдельные члены семьи - жена и дети - в качестве личности, субъектов прав не признавались: они не могли иметь никакого собственного имущества, они не могли ничего приобретать для себя, не могли выступать перед лицом государства в качестве истцов и ответчиков. Как самостоятельных юридических единиц государство их не знало; они, с юридической точки зрения, не существовали, исчезая за личностью своего *pater familias*.

Безгранично господствуя внутри семьи, домовладыка не допускал никакого вмешательства, никакого ограничения извне. Если еще, быть может, в древнейшее время он подчинялся власти рода, то затем, с падением силы родовых союзов, римский гражданин оказался в осуществлении своей семейной власти совершенно свободным: государство, разложившее старый родовой строй, останавливалось перед границами семьи: "маленькая монархия" римской семьи была самостоятельной державой даже для римского государства. Не только установление семьи и управление ее членами, но даже и прекращение ее рассматривалось как частное дело домовладыки, как его одностороннее право: по своему свободному усмотрению, не испрашивая ни у кого разрешения, он мог отвергнуть жену, дав ей развод, отречь детей от семьи и т. д.

Таков был отправной пункт римской истории. Затем начинается эволюция, но главным изломом этой эволюции является перестроение внутренних отношений в семье.

Если древнеримская семья представляется нам некоторым юридическим единством, крепко спаянным железной оболочкой власти домовладыки, то в дальнейшем эта железная оболочка начинает давать трещины, через которые выходят на свет Божий ее отдельные, дотоле этой властью закрытые члены. И первой выходит жена.

Уже очень рано (по-видимому, уже в эпоху законов XII таблиц) рядом со старым, только что описанным браком "с властью" (*cum manu*) появляется в Риме другой вид брака - брак "без власти" (*sine manu*). Муж и жена при этой форме брака - люди, юридически друг другу чужие: жена не входит в *familia* мужа, не вступает в родство с ним, остается чужой даже своим собственным детям; она как была, так и остается членом своей старой семьи, своего старого родственного союза. Брачное сожителство, таким образом, не создает между мужем и женой принципиально никаких юридических связей, не дает никому никаких прав, но и не налагает никаких обязанностей. И прежде всего нет речи о какой бы то ни было власти мужа по отношению к жене. Он не имеет никаких прав ни на ее личность, ни на ее имущество: если она была лицом самостоятельным, т. е., если ее отец уже не существовал, она могла свободно распоряжаться собой и своим имуществом, как хотела. Она могла даже уйти от мужа, и муж не имел права требовать ее привода. В имущественном отношении, естественно, господствовала система полной раздельности, разве бы жена или ее родители специально выделили мужу на помощь в несении издержек семейной жизни какое-либо имущество; тогда такое "приданое" (*dos*) поступало в пользование мужа.

Таким образом, римляне уже очень рано старому патриархальному браку противопоставили его полную антитезу, брак совершенно свободный, и этим сделали огромный исторический прыжок. Вместо жены, личность которой была совершенно задавлена личностью мужа, в этом новом браке рядом с мужем стала жена, лично и имущественно свободная и независимая; брак стал свободным союзом двух совершенно равноправных лиц.

Некоторое время оба эти брака существовали в римской истории рядом и, так сказать, на выбор; но затем старая форма сходит со сцены, и свободный брак делается единственной основой семьи во всей дальнейшей истории Рима. Так был разрешен Римом важнейший внутрисемейный вопрос, вопрос о взаимном отношении между мужем и женой.

Но этим самым был предreshен уже и другой основной вопрос семейного права, вопрос о взаимоотношении между семьей и государством.

Разумеется, и римское государство было в высокой степени заинтересовано в прочности семьи как известной общественной организации и как учреждения, создающего и воспитывающего новые поколения. Но римская государственная власть, за редкими исключениями, избегала проводить эти свои интересы путем какого-нибудь принуждения в области супружеских отношений. Правда, был один критический период в римской истории, когда император Август, борясь с распущенностью и деморализацией, достигшей в конце Республики крайних пределов, выступил с радикальным брачным законодательством, дойдя в нем даже до курьезной мысли установить всеобщую повинность лиц, находящихся в известном возрасте, состоять в браке и иметь детей (знаменитая *lex Julia et Papia Poppaea*). Но это был лишь краткий момент, не оставивший затем никаких следов. "*Libera matrimonia esse*", "брак должен быть совершенно свободным" - таков был общий лозунг римского государства на всем протяжении его истории.

Такое отношение сказывалось в особенности на вопросе о разводе. Если при старом браке *cum manu* прекращение брака зависело от односторонней воли мужа, то в новом свободном браке без *manu* рядом с ней стала такая же односторонняя воля жены. Брак мог быть прекращен в любой момент не только по взаимному согласию обоих супругов, но и по одностороннему заявлению того или другого из них (вручение разводного письма, *libellus repudii*). Заявление это рассматривалось как свободный акт частной воли, не требовавший никакого расследования или разрешения со стороны государства. Равным образом для действительности этого акта не требовалось никаких уважительных причин; даже развод без объяснения причин, даже развод по капризу прекращал брачные отношения. Если вопрос об уважительности причин имел известное значение, то не для вопроса о дальнейшем бытии или небытии брака, а для взаимных отношений между супругами после развода: сторона, заявившая развод без основательных причин или подавшая своим поведением повод к разводу, теряла в пользу другой стороны известную часть своего имущества в виде штрафа. Но и только: если супруг не боялся этих имущественных потерь и если брак утратил для него свою неимущественную жизненность, он мог свободно расторгнуть его, не обращая ни в какую инстанцию с просьбами о разводе. Римское право считало, что принудительное продолжение брака вопреки воле хотя бы одной стороны глубоко противоречит внутренней природе брачного сожительства, и потому избегало здесь какого бы то ни было вмешательства. Как ни велик интерес государства в прочности семьи, тем не менее, с римской точки зрения, этот интерес не может достигаться путем принуждения к брачному сожительству.

Все это радикально меняется в послеримской истории. Прежде всего на сцену выступает церковь и берет брак под свою исключительную опеку.

В Риме указанное воззрение на свободу брачного союза было настолько сильно, что христианство, даже став господствующей государственной религией, было не в состоянии его преодолеть. Но с превращением Рима в Византию влияние церкви чрезвычайно усиливается; вся область семейственных отношений переходит в ведение церковных судов, и церковь начинает без всяких ограничений проводить в этой области свои воззрения. Общая же сущность этих воззрений заключалась в том, что брак не есть союз только частный; это есть таинство, устанавливающее в принципе неразрывную мистическую связь между супругами и служащее не земным целям супругов, а высшим целям религии и церкви. Быть может, несколько резко, но по существу правильно, Мах Neustadt следующим образом формулирует точку зрения церкви (в особенности Тертуллиана): никто из отдельных членов семьи - ни муж, ни жена, ни дети - не имеют значения для церкви; как машина является производителем товаров, так и брак есть лишь производитель человеческого рода для потребителя - церкви; только во имя этой цели была провозглашена святость брачного союза *(63). От воли супругов зависело только вступить или не вступить в брак, но раз брак заключен, супруги переставали быть "целевыми субъектами" брачного союза; их интересы исчезали перед высшими интересами церкви и всецело подчинялись этим последним *(64).

Это принципиальное изменение прежде всего отозвалось, конечно, на вопросе о заключении и прекращении брака.

По римскому праву, заключение брака совершалось простым (даже лишенным какой-либо формы) соглашением сторон (*nudo consensu*). Церковь вводит необходимость церковного венчания, вследствие чего заключение брака из акта гражданско-правового превращается в акт церковный. На Востоке необходимость венчания была установлена законом императора Льва 893 г. На Западе же этот вопрос был долго спорен даже между самими учителями церкви и был разрешен в смысле необходимости церковного благословения лишь Тридентским собором 1563 г. Вместе с тем церковь начинает борьбу с невенчанными браками, объявляя их ничтожными, но борьба эта была нелегкой: и на Востоке, и на Западе народное правосознание долго противится этому новому воззрению.

Гораздо решительнее отозвалось влияние церкви на вопрос о расторжении брака.

Не только в Риме, но и у новых народов до появления этого церковного влияния расторжение брака находилось в воле частных лиц. Оно допускалось не только по взаимному согласию обоих супругов, но и по одностороннему решению мужа. Древнейшая семья и здесь, как и у римлян, была построена на односторонней власти мужа, от которой последний мог в любой момент отречься, не испрашивая на то разрешения у каких бы то ни было властей. Конечно, если такое одностороннее расторжение брака было беспричинным, оно являлось обидой для жены и ее родственников и могло навлечь на мужа со стороны этих последних месть (*Fehde*); но самый брак был все-таки прекращен.

Церковь везде восстала против такой свободы. В то время как церковь восточная допустила развод с ее разрешения хоть по некоторым причинам (прелюбодеяние и т. д.), церковь западная объявила брак абсолютно нерасторжимым, признав, в крайнем случае, возможность только "разлучения от стола и ложа" (*separatio quoad mensam et thorum*), т. е. установление отдельного жительства без возможности для супругов вступления в новый брак.

Разумеется, борьба и здесь была упорной, но государство было в подчинении у церкви, и церковь, опираясь на весь свой моральный авторитет и пользуясь материальным авторитетом государства, настойчиво проводила свои принципы. Индивид был еще слишком слаб, чтобы противостоять этим двум могущественнейшим "мечами".

Положение вещей несколько изменилось лишь с того момента, когда эти два меча обратились друг против друга, когда государство вступило в период своей эмансипации. Союзная группировка "держав" по необходимости перестроилась: борясь с церковью, государство оказалось вынужденным вступить в союз с индивидом и взять под свою защиту его права.

Эта новая группировка ярко сказалась в эпоху Великой французской революции. Революционное законодательство вернулось к основным принципам римского свободного брака. Закон 1791 г. провозглашает: "*La loi ne considere le mariage que comme un contrat civil*", а Закон 1792 г. вводит гражданский брак. Этим самым государство изъе­млет брачные отношения из исключительного ведения церкви и вступает на путь самостоятельного, светского брачного законодательства. "Гражданский контракт" брака должен быть заключен не перед лицом церкви, а перед лицом государства: только тогда он может иметь гарантированные государством юридические последствия.

Установление системы гражданского брака уже само по себе обозначало падение целого ряда весьма серьезных ограничений в области брачного права. Упомянем о проводившейся церковью недопустимости браков с инославными, а в особенности с нехристианами (например, евреями), о тех препятствиях к браку по родству, которые были растянуты церковью до чрезвычайности, и т. д. В то же время установление светской формы брака приводило к единству и упорядочению гражданско-правовой регистрации браков, дотоле разбросанной по метрическим книгам духовенства разных исповеданий.

За Францией последовали другие страны, и в течение XIX века институт гражданского брака распространился по всей Западной Европе, хотя не везде с одинаковым значением. В некоторых странах (например, в Австрии) он допускается только при невозможности брака церковного (например, браки с нехристианами; это так называемый *Notcivilehe*); в других (Англия) он предоставляется рядом с церковным венчанием на выбор сторон (так называемый факультативный гражданский брак); но в большинстве западноевропейских государств он установлен как нечто обязательное (обязательный гражданский брак). За ним может последовать и церковное венчание, но для возникновения юридических последствий брака оно не

необходимо. Россия, конечно, остается в стороне от этого течения; лишь по Закону 1874 г. у нас установлено нечто вроде гражданской формы заключения брака для раскольников, не признающих священства.

Равным образом и по отношению к разводу естественно-правовое и революционное настроение конца XVIII века сказалось движением в пользу его свободы. Во Франции революционный Закон 1792 г., кроме целого ряда причин, специально в законе поименованных, допустил развод по взаимному согласию супругов и вследствие несогласия характеров (*incompatibilite d'humeur*). Точно так же и Прусское земское уложение санкционировало обе эти причины, с той, однако, разницей, что развод по взаимному согласию оно допускало только при бездетности, а вместо несогласия характеров оно говорило о "непреодолимом отвращении" (*unuberwindliche Abneigung*) одного из супругов к другому.

Это было уже значительным возвращением к началам римского права, но скоро началась реакция: отвоёвав себе самостоятельность в союзе с индивидом, государство теперь поворачивается против своего недавнего союзника и обнаруживает наклонность занять по отношению к нему такое же властное положение, какое раньше занимала церковь.

Во Франции уже *Code Napoleon* является ярким выражением этой реакции: он значительно сократил количество поводов к разводу, уничтожил развод по несогласию характеров, и если сохранил (по настоянию Наполеона) развод по взаимному согласию, то лишь обставив его такими условиями, которые делали его практически трудно осуществимым. Реставрационный закон 1816 г. восстановил в прежней мере католический принцип нерасторжимости брака, и лишь закон 1884 г. допустил снова развод при наличии тех причин, которые были указаны в *Code civil* (*adultere, excès ou sévices, injures graves, condamnations criminelles*), однако уже без развода по взаимному согласию.

Аналогичное попятное движение может быть отмечено и в Германии. В комиссии по составлению проекта *Общегерманского кодекса* позиция Прусского уложения встретила решительное осуждение, и развод как по взаимному согласию, так и вследствие непреодолимого отвращения был отвергнут. Вследствие этого, по *Германскому уложению 1896 г.*, развод допускается только при наличии известных определенных причин. Такими причинами признаются: прелюбодеяние, злоумышленное оставление одним супругом другого и покушение на жизнь; это так называемые "абсолютные" причины развода. Кроме того, возможно расторжение брака вследствие "относительных" причин; таковыми являются неизлечимая психическая болезнь и такое поведение одного из супругов, которое настолько потрясает брак, что делает для другого продолжение его невозможным (§ 1569 и 1568). Последние обстоятельства характеризуются как относительные причины потому, что расторжение брака зависит здесь от оценки конкретного положения со стороны суда.

Оставляя в стороне католические страны (Италия, Испания, Португалия, Австрия), которые продолжают стоять на церковной точке зрения абсолютной нерасторжимости брака, укажем только, что Швейцарское уложение 1907 г. следует примеру Германского. Указав целый ряд специальных причин для развода (прелюбодеяние, покушение на жизнь, здоровье или честь, преступное или порочное поведение, злоумышленное оставление, неизлечимая психическая болезнь), оно затем в ст. 142 дополняет их некоторой общей "относительной" причиной; брак может быть расторгнут, если наступило столь глубокое потрясение брачного союза, что дальнейшее продолжение его немыслимо ("*Ist eine so tiefe Zerruttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemuthet werden darf...*").

Наконец, что касается нашего русского закона, то он допускает развод только по следующим "абсолютным" причинам: прелюбодеяние, неспособность к супружескому сожитию, сопряженное со ссылкой лишение всех прав состояния, безвестное отсутствие и пострижение бездетных супругов по взаимному согласию в монашество. При этом развод даже по этим специальным причинам разрешается в конечной инстанции не светским, а духовным судом в порядке архаического процесса. Глубокая неудовлетворительность наших законов на этот счет сознавалась русским обществом уже давно, но все ожидания реформы разрешились пока только Законом 12 марта 1914 г., которым устанавливается раздельное жительство супругов. В силу этого закона, "требование супруга о восстановлении совместной жизни может быть отклонено другим

супругом, если совместная жизнь представляется для него невыносимой". Невыносимой же она может быть признана "в случае жестокого с ним или с его детьми обращения другого супруга, нанесения тяжких оскорблений и вообще явного нарушения другим супругом основанных на браке обязанностей, либо явного злоупотребления принадлежащими ему в силу брака правами, либо бесчестного или порочного его поведения, а также в случае, если один из супругов одержим тяжелой душевной болезнью либо такой прилипчивой и отвратительной болезнью, которая представляет опасность для жизни либо здоровья другого супруга или их потомства. Сверх сего, совместная жизнь может быть признана невыносимой для жены, если она одержима такой болезнью, при которой продолжение супружеского сожития представляется опасным для жизни или здоровья".

Как видим, везде XIX век отрекся от естественно-правовых идей своего предшественника - даже там, где государство старается стоять вне всяких вероисповедных тенденций. Даже самые прогрессивные в нашем вопросе кодексы - Уложения германское и швейцарское - при всей растяжимости их "относительных" причин стоят далеко позади не только римского права, но и блаженной памяти Прусского земского уложения.

Государство взяло на себя ту роль, которую раньше играла церковь. Не интересы супругов как частных лиц, как некоторых "самоценностей" стоят при юридической нормировке брака на первом месте, а интересы чего-то, вне их находящегося. Если церковь охраняла брак как религиозное таинство во имя высших трансцендентных благ, то теперь государство охраняет его как некоторое социальное учреждение во имя таких или иных земных интересов общественности. Брак, говорят "Мотивы" к проекту Германского уложения, есть некоторый от воли супругов независимый нравственный и юридический порядок ("eine von dem Willen der Ehegatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung"); он есть важное для государства производительное и воспитательное учреждение ("Fortpflanzungs- und Erziehungsinstitution") и как таковое нуждается в особой принудительной охране закона. Таким образом, "замена церкви государством ничего не изменила по существу: ныне святость брака провозглашается в интересах государства". От воли частных лиц зависит - вступить или не вступить в брак, но раз они вступили, они уже не принадлежат себе, так как должны выполнять теперь некоторую, - выражаясь словами Дюги, - "социальную функцию".

Конечно, вопрос о сущности брака и о допустимости разводов составляет одну из труднейших проблем современного права, но надо, во всяком случае, освободить его от целой массы исторически выросших предубеждений, свести его к ясным принципиальным предпосылкам и тем облегчить его разрешение.

Быть может, наиболее ярким выражением отмеченной выше принципиальной позиции современного законодательства является недопущение разводов по взаимному согласию супругов даже при полной бездетности их. Конечно, в вопросе о допустимости или недопустимости развода играют большую роль соображения об интересах другого супруга и судьбе детей, но в данном случае и те и другие соображения отпадают: детей нет, а супруги сами желают прекратить брачный союз. И тем не менее закон им этого не позволяет. Почему? Вот что говорят, например, по этому поводу "Мотивы" к проекту Германского уложения:

"При разводе вследствие взаимного согласия выступает в качестве внешнего основания развода исключительно произвол супругов. Вследствие этого возникает опасность, что в населении именно этот произвол будет считаться истинным основанием развода и уважение к браку, представление о нем как о некотором учреждении, стоящем выше воли супругов и служащем высшим объективным целям, будет подорвано" *(65). Таким образом, брачный союз должен продолжаться даже не для осуществления этих "высших объективных целей", которые стали уже, как о том свидетельствует обоюдное желание супругов разойтись, недостижимы, а лишь для того, чтобы в народе не возникло нежелательного для государства представления о браке. И вот во имя этих предупредительно-воспитательных целей супруги должны принудительно влачить опустылевшее супружеское сожитие или же придумывать средства для обхода закона, создавать видимость какой-либо из законных причин для получения развода.

Не слишком ли, однако, государство натягивает здесь струну своего "трансперсонализма"? Конечно, брак служит не только низменным, но и высшим целям человеческого существования; конечно, он имеет огромное значение в этом смысле и для

государства, но не следует забывать того, что таковым он может быть лишь до тех пор, пока он является союзом свободным, пока он не превращается в принудительное учреждение. В противном случае из очага "нравственного порядка" ("sittliche Ordnung") он делается очагом нравственной заразы. Превращая брак в клетку, в которую можно свободно войти, но которая тотчас же наглухо запирается, придавая ему характер внешней принудительности, государство этим самым в высокой степени извращает ту обстановку, которая необходима для подлинного развития нравственной стороны брачного союза.

Принуждая супругов даже вопреки их общему желанию продолжать брачное сожительство, государство не возвеличивает, а уничтожает идею брака и вследствие этого вступает в резкий конфликт с развитой личной нравственностью. Для лиц с тонкой нравственной чуткостью брачное сожительство без встречной любви со стороны другого супруга невыносимо, и если государство тем не менее предписывает продолжать это невыносимое сожительство, оно совершает жесточайшее нравственное насилие над личностью. Быть может, до поры до времени этому насилию подчиняются, но наступит скоро момент, когда личность решительно против него запротестует.

Конечно, для государства брачный союз важен и как учреждение, создающее и воспитывающее потомство; но и эта "социальная функция" брака может быть только результатом доброго желания самих супругов. При отсутствии же детей даже эта социальная функция отпадает. Быть может, брак следует все же сохранить в ожидании возможных в будущем детей? Но тогда супруги вправе сказать государству: мы тебе не машина для производства потомства, не забывай и нашей собственной человеческой личности *(66).

Последовательным логическим выводом из такого "государственного" представления о браке была бы только его полная нерасторжимость. Если же государство допускает развод в тех случаях, когда внутренняя сущность брака разрушена, если оно признает, что внутренне мертвый брак не может служить высшим нравственным целям, - то недопущение развода по взаимному согласию супругов является логическим противоречием. И, как мы видели, это противоречие объясняется опасением, как бы в народе не возникла мысль о том, что воля супругов может иметь в этом вопросе какое-нибудь значение. Аргумент, свидетельствующий о чрезвычайно наивном представлении о народе и в то же время выдающий стремление современного государства опекать самую народную мысль. Мы думаем, напротив, что чем отчетливее выяснится перед народным сознанием нынешняя позиция государства, тем скорее она будет осуждена. Чем яснее будет понято, что, с точки зрения современного государства, воля и нравственная личность супругов ничто, тем решительнее будет заявлено: этого не должно быть!

Брак затрагивает столь интимные стороны человеческой личности, столь глубоко проникает в самую нравственную сущность этой последней, что полное игнорирование ее со стороны государства, чем далее, тем более будет ощущаться как нечто невыносимое и недостойное. И любопытно, что даже Гирке, не щадивший выражений для того, чтобы клеймить "индивидуалистические" и "романтические" тенденции германского проекта, признавал тем не менее решение этого последнего относительно недопустимости развода по взаимному согласию неправильным и, с общественно-нравственной точки зрения, вредным *(67). Но пойдем далее и посмотрим, в какой степени нынешнее стеснение свободы разводов оправдывается интересами другого супруга, причем для лучшего уяснения этой стороны дела предположим снова случай бездетности.

Что говорит против расторжения брака не только при взаимном согласии обоих супругов, но даже и в случае решительного желания одного из них? Может ли государство принудительно создать другому надлежащее, достойное этого имени брачное сожительство, может ли оно вдохнуть в брачную связь ее отлетевшую душу? Не только души, но даже и внешности брака оно восстановить не может; было, правда, время, когда государство путем насильственного привода водворяло жену в дом мужа, но ныне во всех культурных государствах этот привод оставлен. Таким образом, муж может уйти от жены, жена от мужа, и право не берет на себя восстановления даже формы супружеского сожительства. Что же остается? Только некоторая юридическая связь между разошедшимися супругами, некоторая тяжелая цепь, которая, как каторжные наручники, тянется затем за обоими всю жизнь. Для чего и для кого она нужна? Ни для кого: ее единственное значение может заключаться только в том, что ни тот, ни

другой из супругов не может вступить в новый брак. Но сторона, не повинная в расхождении, страдает от этого без вины; сторона, пожелавшая уйти, страдает как бы в отместку. Однако едва ли такая отместка достойна культурного законодательства, едва ли превращение брачной связи в пожизненное наказание способно возвысить идею брака. С другой стороны, невозможность вступления в брак для обоих супругов влечет за собой часто возникновение незаконных сожительства со всеми их тяжелыми моральными и социальными последствиями. Искупаются ли все возникающие в этих случаях тяжкие страдания лиц неповинных абстрактным сохранением идеи брака как некоторого не зависящего от интересов конкретных лиц "нравственного порядка"? Мы думаем, что нет. Как бы ни дорога была для государства прочность семейного союза, оно должно признать, что эта прочность не может быть создана принуждением, что она может явиться только результатом добровольной деятельности самих заинтересованных лиц. Улучшая условия общественной жизни, устраняя разнообразные социальные причины, влияющие разрушающим образом на крепость брачных связей, государство сделает неизмеримо больше для оздоровления семейного строя, чем упорным провозглашением нерасторжимости брака. К тому же, чем далее, тем более такое провозглашение делается простым самоуслаждением закона: закон считает существующим то, чего в действительности уже давно нет.

Конечно, в случае прекращения брака по одностороннему решению одного из супругов другой имеет право требовать постановления его в такое имущественное положение, в каком он находился бы при браке, имеет право требовать соответствующего содержания и т. д.; но и только. Дальше этих вопросов имущественного характера государству в нашей области делать нечего.

Наконец, возьмем и тот случай, когда есть дети. Действительно ли принудительное продолжение брака соответствует интересам детей? И в этом позволительно усомниться. Если естественное чувство любви к детям оказывается бессильным, чтобы удержать родителей от разрыва, то думается, что и здесь принудительные меры ничему не помогут. Думается, что мирная жизнь с одним из родителей все же здоровее для душевного развития детей, чем пребывание с обоими, но в атмосфере постоянной холодности, раздражения, а может быть, и крайне тяжелых сцен. Кто знает, какие мучительные конфликты могут возникать в душе ребенка, невольного свидетеля всяческих столкновений между отцом и матерью? Кто может учесть их влияние на все миросозерцание, на всю психологию формирующейся души? Во всяком случае, и здесь что может сделать государство для восстановления нормального семейного строя? Может ли оно переделать душу супруга, утратившего супружескую привязанность? Может ли оно даже вернуть его физически в семью, если он ее оставит? Ни то, ни другое: семья все равно будет фактически разрушена, оставив после себя только ту же юридическую каторжную цепь, о которой только что было сказано. Нужна ли она детям? Очевидно, нет. Старое зло останется неисправленным, к нему прибавится только новое. Единственное, что доступно праву и здесь, это только установление материального обеспечения для оставленной семьи.

Но, говорят, легкость разводов будет способствовать легкомысленному заключению браков. Как будто легкомыслие считается с какими-нибудь соображениями! Но и, кроме того, с этой точки зрения, принудительное продолжение брака является какой-то карой за легкомыслие и устрашающим средством воздействия на других. А можно ли говорить о высокой идее брака, о его нравственном значении, раз мы превращаем его в какое-то своеобразное карательное средство?

Без сомнения, установление свободы разводов вызовет известное (а первое время, быть может, дает значительное) увеличение их количества. В ряду аргументов против такой свободы довольно видное место занимает статистика вообще и в частности статистика разводов во Франции в ближайшие годы после упомянутого выше Закона 1792 г. Но что обозначают все подобные статистические данные? Они только раскрывают перед нами подлинные размеры уже существующей семейной расшатанности, и было бы большой наивностью думать, что запрещение разводов эту расшатанность устраняет. Оно только вгоняет болезнь внутрь, оно только скрывает ее от глаз закона, создает обманчивое впечатление большего или меньшего социального благополучия. Но не следует принимать этого впечатления за реальность. Считайте все брачные союзы, фактически расторгнутые, считайте все незаконные сожительства - и только тогда вы получите подлинную картину семейной жизни в каждом данном обществе. Юридическая

квалификация этих сожительства ни на йоту не может изменить реального положения дел; продолжая считать браки, фактически прекратившиеся, за существующие и фактически существующие - за ничто, мы только тешим себя вредной иллюзией.

Оборотной стороной этой иллюзии являются чрезмерные страхи. Часто кажется, что с установлением свободы разводов весь семейный строй рухнет до основания. Но вспомним всю историю старого Рима. Ни одно из современных законодательств не знает такой свободы разводов, какая существовала в Риме, и тем не менее римская семейная жизнь едва ли была менее прочной и устойчивой, чем наша современная. Правда, были в римской истории моменты, когда семейные устои приходили в крайнее колебание (вышеупомянутый конец Республики), но, во-первых, и в эти моменты кризис семьи был только отражением общего социального кризиса, а, во-вторых, самый тогдашний развал семьи был едва ли больше, чем тот, который мы наблюдаем в настоящий момент в больших городах Европы. Проходил критический момент в социальных условиях, и семейная жизнь сама собой снова налаживалась. Конечно, в верхах общества, в придворных и аристократических кругах, она никогда не была образцовой, но здоровые средние и трудящиеся классы римского общества никогда не страдали от принципов свободного брака. В этом отношении история римского брачного права является в высшей степени поучительной: был, по крайней мере, один народ, который знал полную свободу разводов и который от этого не погиб. Правда, он сошел со сцены, но едва ли найдется историк, который припишет гибель античного мира слабости его семейных устоев.

Мысль о том, что брачный союз только тогда может выполнять свою высокую миссию, когда он внутренне здоров, не чужда, конечно, и современным кодексам; она сказывается в особенности в тех статьях Германского и Швейцарского уложений, которые устанавливают так называемые "относительные" причины развода. Бесспорно, по сравнению с другими нынешними законодательствами эти статьи представляют значительный шаг вперед, однако присмотримся к ним поближе.

Что, в самом деле, обозначает употребляющееся в них выражение "столь глубокое потрясение брака (*"eine so tiefe Zerrüttung"*), что дальнейшее продолжение брачного сожительства не может уже быть вменено другому супругу в обязанность"? Кто будет судить о том, наступила ли уже соответственная степень потрясения или нет? Судить об этом будет суд. Какие мерки он будет применять при этом? Предположим, что он постарается отвлечься от своих субъективных представлений о сущности брака и захочет прибегнуть к объективным воззрениям социальной среды (*"gemäss der allgemeinen sittlichen Auffassung"*, - говорит E. Huber). Но и тогда положение супруга, ищущего развода, может оказаться трагичным в двояком отношении. Во-первых, для того чтобы получить санкцию суда на развод, супругу необходимо будет посвятить суд во всю интимную драму своей жизни, обнажить все язвы истерзанной души, раскрыть все то, что, быть может, хотелось бы навсегда спрятать от постороннего взора. А во-вторых, все это может оказаться напрасным: суд, быть может, признает, что вся эта субъективная драма, с объективной точки зрения нравов данной среды, не заслуживает внимания. Муж бьет? Ну что ж такое: в вашем кругу это постоянно случается; другие терпят, потерпите и вы! Что за дело суду до того, что для данной конкретной личности именно эти-то дикие нравы среды делают всю дальнейшую жизнь невозможной? Снова интимнейшие интересы живой конкретной личности приносятся в жертву какой-то сомнительной типичности...

Вот на какой идее построены все эти, повторяем, самые либеральные в настоящее время бракоразводные нормы. Брак будет признан "глубоко потрясенным" не тогда, когда это почувствовали сами заинтересованные лица, а тогда, когда это найдет некоторая внешняя, чуждая инстанция. Но кому же лучше знать, перейден ли предел терпения или нет, - суду или тем лицам, которые должны будут затем, по его приговору, влачить опостылевшее совместное существование? Или государство становится здесь на точку зрения нашего русского старозаветного правила "стерпится - слюбится"?

Римское право было далеко от подобных сомнительных соображений и "объективных" оценок; оно чувствовало всю неуместность какого-либо объективного контроля в столь субъективной сфере чувства и предоставляло решение вопроса самим сторонам. И думается, что самое сознание того, что это решение находится всегда в их руках, создавало для супругов хорошую психологическую и нравственную школу: оно приучало супругов к взаимному уважению

и деликатности, оно гарантировало добрые семейные нравы в гораздо большей степени, чем внешний полицейский надзор современного государства.

Область брачных отношений - одна из тех областей, где идет дело о самых интимных, самых внутренних сторонах человеческой личности, и не нужно быть пророком, чтобы предсказать для будущего дальнейшее движение всякого культурного законодательства по тому пути, на котором далеко опередило нас старое римское право. Вырастающая и делающаяся более чуткой личность употребит все усилия, чтобы приобрести себе свободу духа, и не положит оружия до тех пор, пока не отвоюет ее у государства. Именно во имя внутренней святости брака она протестует против внешнего принуждения, как во имя святости религиозного чувства она протестовала против всяких религиозных стеснений. В истинном брачном соединении двух лиц есть подлинный элемент религиозного настроения, и если некогда церковь взяла брак под свое ведение, если она объявила его таинством, то в значительной мере опираясь на это психологическое явление. Но именно потому, что брак в идеале своем содержит элемент религиозного чувства, что он есть некоторое личное таинство двух душ, он не может выносить никакого внешнего принуждения и вмешательства.

То или иное представление о сущности брака влияет, конечно, и на дальнейший трудный вопрос семейственного права - на вопрос о взаимных отношениях между супругами во время брака.

Мы видели, что римское право совершило в этом отношении огромный принципиальный прыжок: от патриархальной идеи безусловной власти мужа над женою оно перешло сразу к идее полной супружеской равноправности и независимости. Развитие права новых народов такого исторического прыжка не знало; перестроение отношений между супругами совершалось здесь путем медленной и постепенной эволюции.

Как нам приходилось уже упоминать, и у новых народов древнейшая семья покоилась на начале юридически безусловной власти мужа над женой. Во взаимных отношениях муж был субъектом этой власти, а жена - ее объектом. Супружеские отношения мыслились под углом зрения одностороннего права мужа на самую личность жены.

С течением времени, однако, положение дела меняется: право начинает понемногу признавать жену личностью, подлежащей охране закона. Права мужней власти подвергаются ограничениям: запрещается произвольное убийство жены, продажа ее и т. д.; с другой стороны, за мужем начинают признавать и известные обязанности. Мало-помалу соотношение между этими правами и обязанностями изменяется настолько, что самая власть мужа начинает рассматриваться под углом зрения естественной опеки мужа над женой: самые права мужа конструируются как необходимые средства для осуществления мужем лежащей на нем общей обязанности опеки. Так наступает вторая принципиальная стадия в эволюции супружеских отношений; но развитие права на ней не остановилось.

По мере того как устанавливается в гражданском праве равенство полов, идея опеки теряет под собой почву. Она была естественна в ту пору, когда женщина вообще должна была всю жизнь находиться под чьей-нибудь защитой и опекой (отца, ближайших родственников), но она утрачивала свой смысл с того момента, когда женщина была признана наравне с мужчинами вполне дееспособной. На каком основании женщина, дотоле дееспособная, должна была утрачивать свою дееспособность с выходом в замужество? Утрачивала ли она с замужеством способность разума или необходимую для гражданско-правовой деятельности зрелость воли? Очевидно, нет, а вследствие этого не было основания и для мужней опеки.

Однако, с другой стороны, семья создает известное единство жизни, создает общее хозяйство, общие интересы дома; для осуществления этой общности, очевидно, необходимо и некоторое единство в руководстве общей жизнью. Из двух лиц, стоящих во главе семьи, мужа и жены, право передает указанное руководство мужу, и, таким образом, взаимные отношения между мужем и женой начинают определяться новым принципом - принципом главенства мужа в общесемейных делах. Это главенство, в идее, уже отнюдь не является ни властью над женой, ни опекой над ее личностью; оно просто право преимущественного решения общесемейных вопросов.

На этой последней принципиальной ступени и стоят новейшие европейские кодексы. Однако нужно сказать, что все прежние пережитые стадии оставляют еще до сих пор свои следы

то в отдельных законодательных нормах, то в способе толкования их судебной практикой и литературой. В одних странах таких переживаний прошлого больше, в других меньше, но в известной степени они есть везде; лишенные своей прежней принципиальной опоры, они продолжают еще оказывать свое влияние там, где им удастся ускользнуть от контроля нашего сознания.

Мы не станем входить в отдельное рассмотрение взаимных супружеских "прав и обязанностей", как они перечисляются в том или другом законодательстве, а ограничимся из этой области только тем, что имеет наиболее существенное принципиальное значение.

Основная "обязанность", которая возникает для супругов вследствие заключенного ими брачного соглашения, состоит в обязанности супружеского сожительства. Но в какой мере право может гарантировать одному из супругов исполнение этой обязанности другим?

Очевидно, о прямом принуждении к выполнению этой обязанности средствами государственной власти не может быть речи: даже самые некультурные законодательства понимают, что какое-либо постороннее вмешательство в этом направлении и этически, и физически недопустимо. Следовательно, вопрос может ставиться только о регулировании внешней стороны этого супружеского сожительства. Но что может сделать государство даже в этом последнем отношении?

Первое внешнее условие, которое необходимо для осуществления основного содержания брака, заключается, конечно, в совместном жительстве супругов, в пребывании их в одном и том же месте. Отсюда обычные определения законодательств, что жена обязана следовать за мужем, что местожительство жены определяется местожительством мужа и т. д. Но какова юридическая санкция этой обязанности? Что может сделать государство в том случае, если один из супругов от совместного жительства уклоняется, если, например, жена ушла от мужа и не желает возвращаться? Нам уже приходилось упоминать, что в прежнее время прибегали в таких обстоятельствах даже к насильственному приводу жены в дом мужа, но что современное право от такого насильственного водворения отказывается. "Применение принудительных мер для восстановления супружеского сожительства, - говорят по этому поводу "Мотивы" к Германскому проекту, - несовместимо с существом брака, как союза по преимуществу нравственного, покоящегося на внутреннем настроении супругов ("auf der ehelichen Gesinnung"). Кроме того, опыт свидетельствует, что подобные меры в большинстве случаев не имеют никакого практического значения и только усиливают взаимное раздражение между супругами".

Этот отказ от применения принудительных мер имеет огромное принципиальное значение: в нем, поистине, нельзя не усмотреть крупнейшей победы личности над всемогущим государством: все оно со своим убеждением относительно объективной "над индивидуальной" сущности брака и со своим всесокрушающим аппаратом власти оказывается морально бессильным перед словесным протестом одиночной маленькой личности - по большей части запуганной и истерзанной жизнью женщины. Властное слово закона умолкает перед решительным заявлением человека "не могу".

Отказываясь от такого прямого принуждения, некоторые законодательства удерживают еще те или другие косвенные средства для того, чтобы оказать давление на жену (но не всегда на мужа!). Так, например, у нас в России таким косвенным средством в силу наших паспортных правил мог служить для мужа отказ жены в своей согласии на выдачу ей отдельного вида на жительство: лишив ее этого последнего, муж мог поставить жену в невозможность жить где бы то ни было, кроме его дома. Однако такое положение вещей уже давно приводило к вопиющим последствиям и к самым разнообразным отступлениям от строгой буквы закона. Ныне оно Законом 12 марта 1914 года о раздельном жительстве супругов вовсе уничтожено.

Довольно решительные косвенные меры известны французскому праву. По просьбе мужа суд может обязать жену возвратиться домой под угрозой известных имущественных штрафов; кроме того, муж может просить о предоставлении ему права секвестровать доходы жены от ее личного имущества. Средства, конечно, очень сильные: при последовательном осуществлении их жена может оказаться лишенной всяких средств к существованию; но тем не менее и они лишены надлежащей действительности: если жена не испугается этого имущественного давления, государство вернуть ее будет не в состоянии. К тому же все подобные средства имеют много сомнительного: не достигая своей цели, они гораздо чаще могут служить

для предосудительного вымогательства со стороны мужа, чем для восстановления брачного сожительства.

Таким образом, в большинстве современных законодательств каких-либо средств гарантировать совместное жительство супругов не существует, и, в конечном счете, единственной санкцией обязанности к совместному жительству является только предоставление оставленному супругу права требовать на этом основании развода или раздельного жительства.

К тому же выводу приводит и вторая дополнительная обязанность супругов, именно обязанность супружеской верности: если мы оставим в стороне уголовное наказание за прелюбодеяние, то и здесь единственной гражданско-правовой санкцией является тот же развод.

Таким образом, так называемые личные обязанности супругов по самому существу таковы, что они ускользают от контроля и воздействия со стороны права, свидетельствуя этим полную справедливость римского лозунга "libera matrimonia esse". В то же самое время мы наглядно убеждаемся в том, насколько невозможно для настоящего времени говорить о каком-либо праве мужа на самую личность жены или жены на личность мужа, насколько неверно утверждение, будто в супружеских отношениях супруги являются объектом права друг для друга. Брак создает не отношения субъектов к объектам, а своеобразные, в основе своей для права неуловимые отношения между двумя субъектами. Положение мужа или жены есть не столько положение субъективного управомочия или обязанности, сколько известное гражданско-правовое состояние (status).

В принципе, как мы сказали, современное право представляет себе брак как союз двух самостоятельных и равноправных личностей; если муж имеет известное преимущество, то лишь постольку, поскольку его голосу дается перевес в общесемейных делах. В этом только и заключается смысл изречения, что муж есть глава семьи.

Однако определение более точных границ этого главенства, отграничение "общесемейных" вопросов от личных вопросов жены представляет на практике чрезвычайные трудности, и именно при решении этого вопроса мы встречаемся с многочисленными отголосками пережитых стадий власти и опеки мужа над женой. Может ли жена вести какие-либо знакомства без разрешения мужа, может ли муж контролировать ее переписку и т. д.? Вот вопросы, которые со всей серьезностью дебатировались в современной западноевропейской юриспруденции и которые часто решаются в смысле самых широких прав мужа. Но очевидно, что при подобных условиях равенство жены легко может сделаться иллюзорным; самая юридическая дееспособность жены может превратиться в *nudum jus*, раз муж имеет право запретить жене видаться с кем-либо, кроме него, или переписываться с кем-либо без его разрешения. Где же гарантия против подобного извращения мужем своего главенства в общесемейных делах?

С точки зрения новейших законодательств, единственной защитой для жены является признание чрезмерных притязаний мужа "злоупотреблением правом". Так, например, § 1354 Германского уложения, указав, что мужу принадлежит решение всех общесемейных вопросов, прибавляет затем: "Жена не обязана подчиняться решению мужа, если это решение представляет злоупотребление правом". Но здесь мы встречаемся снова с теми же затруднениями, которые были отмечены выше.

Во-первых, есть ли в тех или других действиях мужа злоупотребление правом или нет, этот вопрос призван решать суд, который, конечно, будет применять те или другие абстрактные мерки. Между тем и здесь дело идет о таких сторонах супружеской жизни, которые имеют огромное чисто субъективное значение. Если вообще в семьях данного общественного круга нравы таковы, что муж контролирует знакомства или переписку жены, то для известной конкретной личности самое покушение мужа на подобный контроль может обозначать уже "глубочайшее потрясение" самого существа брака. Абстрактная мерка "злоупотребления правом" не защитит этой нетипичной личности и передаст ее в жертву юридическому шаблону.

Во-вторых, даже признав наличность злоупотребления правом со стороны мужа, суд не имеет возможности оградить жену от продолжения того же злоупотребления. Любопытна, впрочем, следующая попытка Швейцарского уложения. Статья 169 говорит, что если один из супругов не исполняет своих обязанностей или своим поведением ввергает другого в опасность или позор, этот последний может обратиться с просьбой о помощи к суду ("den Richter um Hilfe angehen"). Судья должен напомнить виновному о его обязанностях и при безуспешности

напоминания может принять необходимые для охраны супружеского союза в законе предусмотренные меры. Эти же последние указываются в следующих ст. 170 и 171 и состоят в том, что супруг может на время прекратить совместное жительство, а судья определяет тогда размеры того содержания, которое обязан выдавать виновный супруг другому; сверх того, судья может предписать должникам виновного мужа производить платежи не ему, а жене.

Все эти меры, как видим, касаются только имущественной стороны брака и являются не чем иным, как лишь известным регулированием вопроса о содержании (*alimenta*). Единственной же реальной гарантией для жены против злоупотреблений со стороны мужа является все тот же уход от него ("*den gemeinsamen Haushalt aufzuheben*") с возможностью в дальнейшем требовать развода *(68).

Таким образом, в конце концов и современное право после всяких попыток поставить суд над мужем и женой в качестве некоторой посреднической и контролирующей инстанции должно будет признать всю неудовлетворительность и беспомощность этой инстанции. Личные супружеские отношения таковы, что они не допускают никакого внешнего вмешательства: супружеские "обязанности" могут быть выполняемы только добровольно. При их невыполнении единственным судьей может быть только другой супруг. Если это невыполнение для него субъективно невыносимо, он может требовать только одного - именно освобождения и себя от обязанностей, т. е. прекращения брака. Римское право отлично понимало это, и при признаваемой им полной свободе разводов все указанные выше затруднения и вопросы для него не существовали: есть ли или нет злоупотребления супружескими правами, возможно ли или нет дальнейшее продолжение супружеского сожительства - все это решали сами заинтересованные лица, а не какая-либо внешняя, чуждая им инстанция. Думается, что медленно и с трудом, но к тому же идет и право новейших народов. Постепенное освобождение личности жены и перестроение супружеских отношений на началах равноправности не могло, конечно, не отразиться и на эволюции имущественных отношений между супругами.

Мы видели, что Рим с созданием свободного брака без власти сразу перешел от системы подчинения имущества жены мужу к системе имущественной раздельности. Каждый из супругов сохраняет в браке свою полную имущественную правоспособность и дееспособность; каждый из них имеет свое собственное имущество, которым пользуется и распоряжается, не испрашивая разрешения у другого. В обычае было, конечно, что жена или ее родители при самом заключении брака выделяли известное имущество мужу в помощь для несения общих издержек семейной жизни (такое имущество называлось приданым, *dos*), но такое выделение было необязательно. Если приданое было, то, кроме указанной главной функции, оно имело и другую: оно служило для мужа известной имущественной гарантией на случай неосновательного развода со стороны жены. Вследствие этого позднейший обычай требовал, чтобы и муж, в свою очередь, выделял жене равноценную часть своего имущества в виде такой же гарантии для нее (так называемое *donatio propter nuptias*). Между мужем и женой могли существовать такие же имущественные отношения, как между всякими частными лицами вообще; лишь дарения между супругами были воспрещены: для того, говорят памятники, чтобы любовь одного супруга к другому не могла явиться почвой для имущественных вымогательств со стороны этого последнего. Такова была в своих основных чертах римская система имущественных отношений между супругами.

Новые народы, как сказано, римского исторического прыжка от одного брака к другому не знали; межсупружеские отношения у них эволюционировали с большей постепенностью, но в то же время и с большей медленностью. Конечно, переход от идеи власти мужа над женой к идее опеки над ней и затем к идее простого первенства мужа в общесемейных делах вел за собой и соответствующее перестроение имущественных отношений, но часто это перестроение запаздывает, вследствие чего мы имеем в этой области еще больше остатков пережитых стадий, чем даже в области отношений личных.

Периоду власти мужа над женой соответствует система подчинения имущества жены мужу: все то, что жена имела до брака, и все то, что ей каким-либо образом доставалось во время брака, переходило в полную собственность мужа. Эта система, конечно, должна была исчезнуть с отпадением начала власти, но она тем не менее еще долго держалась в некоторых странах: в Англии, например, она была отменена только в 1882 г., уступив свое место системе раздельности.

В большинстве же западноевропейских стран переход к идее опеки и затем к идее главенства мужа вызвал уже довольно рано существенное ослабление имущественных прав мужа; но так как этот переход совершался в разных странах с разными модификациями, то историческое развитие привело в Европе к чрезвычайному разнообразию семейно-имущественных систем. Достаточно сказать, что в одной Германии перед новым уложением насчитывалось свыше сотни различных комбинаций. Одни из этих систем проводят идею равенства сильнее, другие слабее; в одних слышатся еще отзвуки мужней опеки и даже власти, меж тем как другие более решительно проникаются началом супружеской равноправности и независимости. Нет возможности излагать все эти системы в отдельности, поэтому укажем лишь их основные типы.

В принципе, почти все современные законодательства признают полную правоспособность и дееспособность замужней женщины; лишь некоторые сделки жены - именно те, которые непосредственно затрагивают супружеское сожитие, например договор личного найма, - нуждаются в согласии мужа. Однако некоторые законодательства идут значительно дальше. Так, например, Code civil принципиально стоит еще на точке зрения опеки: ст. 1124 прямо называет замужнюю женщину недееспособной (incapable) наравне с несовершеннолетними и безумными; лишь известные, сравнительно маловажные сделки она может заключать самостоятельно; для всех же остальных необходимо согласие мужа. "Неспособность для нее - правило, способность - исключение" (Planiol). Однако такое устарелое положение уже в самой Франции давно вызывает осуждение и, конечно, в более или менее близком будущем обречено на исчезновение.

Гораздо более разногласий между современными законодательствами мы встречаем в вопросе об организации имущественных отношений внутри семьи. Основными типичными решениями этого вопроса являются следующие:

a) Система полной имущественной общности (allgemeine Gutergemeinschaft): в момент вступления в брак все отдельные имущества мужа и жены со всеми требованиями и долгами делаются общими; равным образом считается общим и все то, что каждым из супругов приобретается во время существования брака. Однако, пока длится брак, общее имущество находится в управлении и пользовании мужа: следовательно, с выходом замуж жена теряет право на получение доходов даже с ее прежнего собственного имущества. Таким образом, участие жены в собственности на общее имущество во все время брака ни в чем не проявляется; оно скажется только по прекращении брака да в случае несостоятельности.

b) Система частичной общности (partielle Gtlttergemeinschaft): общим делается не все имущество супругов, а только некоторые виды его. Таковыми являются чаще всего движимое имущество супругов (Famissgemeinschaft) или же имущество (как движимое, так и недвижимое), приобретенное после брака (Errungenschaftsgemeinschaft). При этом управление и пользование общими имущественными комплексами находится в руках мужа, но, сверх того, иногда ему же принадлежит управление и собственными имуществами жены.

c) Система управления и пользования мужа (так называемая Verwaltungsgemeinschaft): имущества, принадлежавшие жене до брака или приобретенные ею во время брака, остаются ее собственностью, но находятся в управлении и пользовании мужа (ususfructus maritalis).

При этом в европейских законодательствах обыкновенно одна из этих систем устанавливается в качестве законной и предполагаемой (Code civil признает таковую систему частичной общности, Германское уложение - систему управления; точно так же и Швейцарское уложение, называя ее системой "Giltterverbindung"), но затем супругам предоставляется определить в брачном договоре (с занесением в публичный реестр) свои имущественные отношения и иначе выбрать какую-либо иную систему.

Все описанные системы "общности" оправдываются обыкновенно тем, что они лучше всего соответствуют идее брачного союза как некоторого семейного единства. С этой точки зрения на Западе широко распространено отрицательное отношение к римской системе раздельности, как и вообще к римскому построению свободного брака "без власти". Однако как самое теоретическое обоснование "общности", так, в особенности, ее практическое осуществление способны вызывать самые решительные сомнения.

Прежде всего, с точки зрения идеальной общности супружеской жизни, наиболее соответственной представлялась бы система полной имущественной общности; между тем мы видели, что новейшие кодексы усваивают не эту систему, а другие, более ограниченные. Кроме того, об "общности" для жены можно говорить при этих системах разве лишь в ироническом смысле: для нее эта "общность" состоит в том, что во все время супружеского сожительства она не имеет ни копейки собственных денег даже при наличности большого, только ей принадлежащего имущества: все оно находится ведь в управлении и пользовании мужа.

Недаром уже Вагн, критикуя первый проект Германского уложения, называл эту систему "системой мужского эгоизма" (System des Mannesegoismus). Равным образом и в рейхстаге эта система вызвала весьма энергичные возражения: не только социал-демократы во главе с Бебелем, но и свободный консерватор Штумм горячо протестовали против этой системы, рекомендуя заменить ее системой раздельности. Даже при браках хороших, говорил, в частности, Штумм, жена все время находится в унижительном положении, завися в каждой копейке от мужа, при браках же плохих эта система может являться источником самых вопиющих злоупотреблений. Тем не менее рейхстаг санкционировал эту систему как нечто соответствующее германскому национальному духу.

Быть может, эта система оправдывается тем, что издержки семейной жизни прежде всего несет муж? Также нет, так как пользование мужа не стоит ни в какой связи с семейными издержками: доходы, получаемые мужем от имущества жены, могут значительно превышать эти издержки, и тем не менее жена не получает ни копейки. Очевидно, что эта система может быть понята лишь как остаток старого порядка вещей, когда муж был не только главой семьи, но и властелином над женой, над ее личностью и ее имуществом.

Есть, конечно, еще и в настоящее время принципиальные защитники этой системы, но часто самые аргументы их выдают непоправимую слабость их позиций. Так, например, такой крупный цивилист, как Дернбург, в оправдание этой системы ссылается на то, что она все же представляет некоторый противовес против распространяющейся в последнее время тенденции к безбрачности, против повального "бегства от брака" *(69). Пользование имуществом жены оказывается, таким образом, в роли премии для мужа, в роли некоторой приманки для молодых людей наложить на себя узы Гименея; для жены же это неизбежная плата за счастье быть замужней. Если дело действительно доходит до таких приманок, то о "святости брака" говорить не приходится. Если основной заботой римского права было то, чтобы браки не стали "продажными" (ne venalicia essent matrimonia), то теперь эта "продажность" прямо санкционируется.

Неудивительно поэтому, если лагерь защитников подобной "общности" все более и более редеет, а система раздельности, напротив, завоевывает себе симпатии. Мы упомянули уже о том, что с 1882 г. она делается законной системой в Англии; равным образом она принята уже в Италии. Даже Франция и Германия вынуждены были в последнее время сделать частичные уступки: за женой признано не зависящее от мужа право на все, приобретенное ею собственным трудом. Думается, что в недалеком будущем эти частичные изъятия превратятся в общее правило и система имущественной раздельности, единственно соответствующая началу равенства и независимости супругов, станет нормальной системой всех культурных стран.

По счастливой исторической случайности наше русское право, вообще отставшее от права западноевропейского, в этом вопросе стоит в передовой шеренге: наши гражданские законы совершенно определенно говорят, что "браком не составляется общего владения в имуществе супругов; каждый из них может иметь и вновь приобретать отдельную свою собственность" (ст. 109 I ч. X т. Свода законов). "Супругам дозволяется продавать, закладывая и иначе распоряжаться собственным своим именем прямо от своего имени, независимо друг от друга и не испрашивая на то взаимно ни дозволительных, ни верящих писем" (ст. 114). Таким образом, полная имущественная раздельность составляет ясный принцип нашего отечественного права. Когда и каким образом установился у нас этот принцип раздельности, это вопрос чрезвычайно темный и спорный; но важно, во всяком случае, то, что в этом пункте мы впереди Европы, что одной трудностью у нас меньше.

Наконец, с аналогичной эволюцией, в смысле освобождения личности, мы встречаемся и в области отношений между родителями и детьми.

В древнейшее время, как было уже упомянуто, и эти отношения строились на принципе абсолютной и односторонней власти отца (*patria potestas*): во взаимных отношениях к отцу дети были не субъектами, а объектами; сами по себе они не обладали никакой правоспособностью. Власть отца была юридически ничем не ограниченным правом на самую личность дитяти и на все его имущественные приобретения. В самый момент рождения дитяти отец имел право выбросить его или же даровать ему жизнь; в течение всего дальнейшего времени он имел право жизни и смерти, право продажи и т. д. Никакого контроля над отцовской властью со стороны какой-либо внешней инстанции старый патриархальный строй не допускал, если не считать неюридического контроля религии или общественного мнения.

Но затем и здесь начинается эволюция. Подобно тому как жена мало-помалу выбивается из охватывающей всю ее личность патриархальной оболочки, так же точно выбиваются за ней и дети. Медленно и по частям, но все же право начинает признавать за ними собственную правоспособность, начинает рассматривать их как субъектов, нуждающихся в охране не только на внешнюю сторону, но и внутри семьи. Личность детей берется под защиту права, которое устанавливает ряд ограничений для отцовской власти: запрещается убийство детей, продажа их и т. д. Вместе с тем возникает представление о том, что власти отца соответствуют и известные обязанности его по отношению к детям (обязанность воспитания, содержания и т. д.), вследствие чего самые эти отношения приобретают уже в значительной степени характер двухсторонний.

Чем далее, тем более этот элемент обязанности выступает на первый план, и понятие отцовской власти начинает уступать место идее отцовской опеки: самые родительские права начинают рассматриваться лишь как оборотная сторона родительских обязанностей. Отец признается, в принципе, лишь естественным опекуном своих детей, а его права - лишь средством, необходимым для выполнения лежащих на нем опекунских обязанностей.

Таково общее направление развития, но оно у разных народов совершается не с одинаковой скоростью и не с одинаковой отчетливостью, вследствие чего мы и здесь в современных законодательствах находим многочисленные переживания старых порядков. При этом любопытно отметить известную иррациональность развития: нередко законодательства, весьма прогрессивные в области супружеских отношений, оказываются чрезвычайно консервативными в сфере отношений между родителями и детьми; так, например, римское право до конца держалось весьма патриархальных представлений о *patria potestas*.

В частности, отмеченная эволюция сказывается в следующих основных явлениях.

а) Первоначально, в соответствии с общим патриархальным строем семьи, отношения к детям исчерпывались идеей отцовской власти (*patria potestas*). Только отец имел права власти, а не родители вообще: мать, как известно, сама была во власти мужа наравне с детьми (*filiae loco*). Но затем, по мере достижения женой более самостоятельного положения, возникает вопрос и о ее правах. В римском праве этот вопрос не получил надлежащего разрешения, но современные законодательства говорят уже не об отцовской власти, а о власти родительской. В принципе, в настоящее время и мать имеет такие же права по отношению к детям, как отец, но только во время существования брака, вследствие принципа главенства мужа в общесемейных делах эти родительские права матери находятся, так сказать, в скрытом состоянии. В случае же смерти мужа или наступления его недееспособности (безумия и т. д.) мать занимает положение отца.

б) С точки зрения одностороннего права, родительская власть, естественно, должна была считаться пожизненной: она должна была сохранять свою силу, пока жив отец или пока он не отречется от нее сам (*emancipatio*); больший или меньший возраст сына или дочери в этом отношении никакого значения не имел. Напротив, если родительская власть только оборотная сторона родительской опеки, она утрачивает свое основание с того момента, когда дети перестают нуждаться в этой последней, т. е. обыкновенно с достижением совершеннолетия. Римское право до конца оставалось на точке зрения пожизненности; на той же точке зрения стоит и наше русское право; но другие новейшие законодательства (главным образом германского корня) признают уже определенно, что родительская власть прекращается с достижением совершеннолетия.

в) Являясь принципиально лишь средством для выполнения опекунских обязанностей, родительские права, естественно, находятся под общим контролем государственной власти,

которая заботится об устранении возможных злоупотреблений. Борьба с этими злоупотреблениями, связанными с неизбежным вторжением в семейную жизнь, конечно, представляет чрезвычайные трудности, тем не менее другого выхода здесь нет, ибо личность детей должна быть ограждена от своекорыстного пользования родительскими правами. Некоторые из мер в этом направлении имеют общий характер; таковы меры по охране детского труда (запрещение ночного труда, установление краткого maximum рабочего времени и т. д.), законы об обязательном обучении и т. п. Но, кроме того, в крайних случаях возможно даже самое лишение родителя его власти и назначение опекуном другого лица. Идея опеки достигает здесь своего наивысшего напряжения.

d) В сфере имущественных отношений дети во всех современных законодательствах уже давно признаются самостоятельными субъектами, способными иметь свое имущество. Однако западноевропейские законодательства, в большинстве своем, пока длится родительская власть, предоставляют родителям управление и пользование детским имуществом. Конечно, до известной степени в основе этого управления и пользования лежит идея опеки над имуществом дитяти и идея покрытия расходов на его содержание; однако не только это. Из идеи опеки отнюдь не вытекает право личного пользования, а мысль об издержках на содержание приводила бы лишь к известному ограниченному праву на соответствующую часть доходов от имущества дитяти. Между тем родители получают в свою пользу все доходы, хотя бы они далеко превышали не только стоимость содержания дитяти, но и все семейные расходы вообще. Очевидно, мы имеем и здесь дело с остатками старой идеи власти. Нужно, однако, сказать, что и в этом отношении наше русское право гораздо последовательнее: несмотря на то, что, по нашему праву, родительская власть не ограничивается совершеннолетием дитяти, она в имущественном отношении подчиняется нормам, аналогичным правилам об опеке. В случае наличия особого имущества у ребенка несовершеннолетнего родители должны быть утверждены в качестве опекунов и тогда подлежат общему контролю опекунских учреждений. С достижением совершеннолетия всякое их участие в управлении прекращается; как родители они никаких прав на имущество дитяти не имеют.

Но везде как родители по отношению к детям, так и дети по отношению к родителям имеют общее право и общую обязанность содержания (алименты): родители обязаны выдавать детям, а дети - родителям содержание в зависимости от своего имущества и состояния.

Мы пересмотрели основные явления в истории семейственных отношений, и мы видим, что эти отношения совершили огромный принципиальный путь. Пусть путь этот еще не закончен, но общее направление его несомненно: конечной целью его является всестороннее освобождение личности - освобождение личности жены от власти мужа, личности детей от эгоистической власти родителей, личности супругов от власти государства. Нынешняя семья резко отличается от семьи старой, патриархальной: если в то время семья была крепким юридическим единством, спаянным абсолютной властью домовладыки, то теперь она только союз самостоятельных лиц, пучок своеобразных отношений между юридически равноправными единицами. Такое перестроение семьи нередко производит впечатление ее кризиса, и часты жалобы на разложение семьи, на губительное влияние индивидуализма. Но возврат к прошлому невозможен, и всякое усиление принудительного элемента в семейных отношениях приведет только к их еще большему извращению. Если семья действительно переживает кризис, то здоровый выход из этого кризиса она найдет только в полном осуществлении тех новых начал, которые диктуются современным правосознанием и которые в известной мере уже нашли себе признание в новейших законодательствах.