

Каноническія опредѣленія брака и значеніе ихъ при изслѣдованіи вопроса о формѣ христіанскаго бракозаключенія ¹⁾).

Намъ остается разсмотрѣть послѣднюю часть modestinö-вой формулы, опредѣляющую бракъ, какъ *divini et humani juris communicatio* ²⁾. На первый взглядъ эти слова не заключаютъ въ себѣ ничего труднаго для истолкованія, и въ пониманіи ихъ общаго смысла сходятся, повидимому, специалисты въ области какъ римскаго, такъ и каноническаго права, усматриваютъ ли они здѣсь указаніе на супружеское „общеніе всей жизни религиозной и правовой“ ³⁾, приписываютъ ли римскому юристу намѣреніе отмѣтить главнымъ образомъ идею „закономѣрности“ брачнаго союза, лишь съ „темнымъ намекомъ на его религиозный характеръ“ ⁴⁾, или ограничиваютъ непосредственное содержаніе комментируемой фразы опредѣленіемъ въ ней одной формально юридической стороны названнаго отношенія, основаннаго на „сакральныхъ и людскихъ правахъ“ ⁵⁾. Безъ сомнѣнія, истинному взгляду

¹⁾ Продолженіе. См. „Б. В.“, ноябрь 1907 г., стр. 437—448

²⁾ „Соучастіе (мужа и жены) въ божественныхъ и человѣческихъ правахъ“, по русскому переводу соответствующаго греческаго текста въ „Ручной книгѣ законовъ“ К. Арменощула, ч II, стр. 15, СПб 1854

³⁾ Проф. Н. П. Боголюбовъ, Пособіе къ лекціямъ по исторіи римскаго права, стр 247. Ср преосв Никодима—Правосл церк право, стр. 573; проф А. С Павлова—50-я глава Кормчей стр 43.

⁴⁾ Dr Ph Hergenröther, Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts, S 687; см. dr. I B Sigmüller, Lehrbuch des kath Kirchenrechts, S 460 Къ этому же пониманію очень близокъ dr R Leonhard, опредѣляющей, на основаніи разсматриваемыхъ и предыдущихъ словъ modestinöвой формулы, бракъ, какъ „eine vom Recht gebilligte sittliche Pflicht zu einem möglichst ungetrennten Zusammenleben, — см. ero Institutionen des römischen Rechts, S 195, Leipzig 1894

⁵⁾ Такъ понимается „communicatio juris divini et humani“ въ литогр курсѣ лекцій по церк. праву проф прот М П Горчагова, стр 217, СПб. 1906.

глубокомысленнаго представителя классической юриспруденціи на бракъ въ существѣ дѣла нисколько не противорѣчить болѣе или менѣе ясно проглядывающая во всѣхъ этихъ и подобныхъ имъ изъяснительныхъ опытахъ мысль о наличности, сверхъ ранѣе нами подробно обслѣдованныхъ, *религіознаго* и *правового* элемента въ нормальномъ супружествѣ ¹⁾. Достаточно, однако, обратить вниманіе на разнообразіе отгѣнковъ, вносимыхъ въ эту общую мысль подъ видомъ почти дословной передачи подлиннаго бракоопредѣлительнаго текста, чтобы убѣдиться въ недостаточности такого упрощеннаго пріема толкованія и въ необходимости предпочесть ему и на этотъ разъ другой, менѣе проторѣнный путь подробнаго реального комментарія, къ которому естественно предрасполагаетъ и то общее представленіе о характерѣ изъясняемой формулы, какое успѣло сложиться у насъ при анализѣ двухъ предыдущихъ ея отгѣловъ.

Приступая къ этой работѣ, нужно замѣтить, прежде всего, что построеніе фразы у Модестина не дастъ прямого основанія говорить о религіи и правѣ вообще, какъ двухъ обособленныхъ сферахъ супружескаго взаимообщенія, а лишь о двухъ *разновидностяхъ права*, обозначенныхъ наименованіями: „*jus divinum*“ и „*jus humanum*“ ²⁾. Достаточно вникнуть въ

¹⁾ Раздѣльное указаніе на эти два элемента, въ связи съ истолкованіемъ модестиновой формулы, см. у *проф. Павлова* въ Курсѣ церк. права, стр. 321—323.

²⁾ Предположить, что это—простая стилистическая замѣна словъ, выражающихъ вышеуказанныя общія понятія, не позволяетъ, на нашъ взглядъ, уже самая принадлежность разсматриваемой формулы образovanному и опытному юристу, со стороны котораго странно было бы допустить подобную небрежность рѣчи или—еще хуже—элементарную неумѣлость обращенія съ главнымъ терминомъ своей специальности. Для того, чтобы прочитать въ словахъ Модестина предполагаемую подлинную его мысль, необходимо было бы обособить „*jus*“ отъ одного изъ стоящихъ при немъ пояснительныхъ словъ и превратить „*divinum*“ въ общее указаніе на религіозную сторону брака, независимо отъ мысли о соответствующихъ юридическихъ нормахъ и устанавливаемыхъ ими правоотношеніяхъ. Но разъ ставши на этотъ скользкій путь, нѣтъ причинъ не пойти по ему и дальше: почему не предположить, что и въ „*jus humanum*“ центръ тяжести—не въ опредѣляемомъ словѣ, которое поэтому, пожалуй, можно и совсѣмъ игнорировать или, по крайней мѣрѣ, понять не очень буквально при истолкованіи данной формулы? Тогда окажется, что въ ней совсѣмъ и нѣтъ рѣчи о *правѣ* въ собственномъ смыслѣ а вѣмѣчаются лишь двѣ различныя сферы фактическихъ отношеній, самое

указанное обстоятельство, чтобы уяснить себѣ подлинную сущность воззрѣнія на бракъ, выраженнаго въ разсматриваемомъ нами теперь отрывкѣ бракоопредѣлительнаго текста. Очевидно, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ о супружествѣ, собственно какъ *правовомъ институтѣ*, при чемъ его религіозная сторона затрогивается мимоходомъ и лишь постольку, поскольку и она оказывается стоящею въ извѣстномъ опредѣленномъ соотношеніи съ областью права. Гораздо труднѣе установить затѣмъ, въ чемъ именно усматривается это соотношеніе составителемъ формулы, и какое вообще конкретное содержаніе вносится въ законное соедине-

большее—съ смутнымъ проблескомъ идеи о какой-то ихъ *закономѣрности*. Въ существѣ дѣла такъ именно, или почти такъ, и поступаютъ тѣ изслѣдователи, которые считаютъ всю вообще названную формулу, а занимающую насъ теперь часть ея—въ особенности, отголоскомъ сентенцій греческихъ философовъ—моралистовъ и ихъ римскихъ подражателей, совершенно не соответствующимъ *правовому* воззрѣнію современниковъ ея составителя на бракъ и взаимныя отношенія между супругами. Разсматриваемое подъ этимъ угломъ зрѣнія, „*divinum et humanum jus*“ у Модестина должно будетъ означать, вопреки своему буквальному смыслу, уже не какое-нибудь положительное право, а просто „l'ordre des choses humain et divin“—справедливый „порядокъ вещей“, основанный на требованіяхъ верховной божественной воли и человѣческаго разума (см. попытку подробнаго обоснованія этой мысли у *A. Detrez, Mariage et contrat, étude historique sur la nature sociale du droit*, p. 68—71, Paris 1907; въ болѣе общихъ чертахъ сторонниками того же взгляда на характеръ всей формулы заявляютъ себя: *M Voigt, Jus naturale, aequum et bonum*, Bd II, S. 850, Leipzig 1858.—ср. же *Die lex Maenia de dote*, S. 82—83, *H. I. Roby, Roman private law in the times of Cicero and of the Antonines*, vol. I, p. 128; *Ed Cug, Institutions juridiques des romains*, vol. 1, p. 205, Paris 1901, и мн. др.) Не вдаваясь здѣсь въ подробную оцѣнку этого толкованія, достаточно считаемъ замѣтить, что при всей неоспоримости общаго тезиса о глубокомъ и разностороннемъ вліяніи философскихъ (и въ частности—стоическихъ) идей на римское правосознаніе изв. эпохи, онъ еще отнюдь не уполномочиваетъ а—priori разрѣшать любую, взятую изъ юридическихъ источниковъ, словесную формулу въ чисто-философское понятіе, даже и не пытаясь уяснить ея соотношеніе съ нормами положительнаго права. Въ примѣненіи къ данному частному случаю помнитъ объ этомъ тѣмъ болѣе необходимо, что—какъ было установлено нами уже при самомъ началѣ пояснительныхъ замѣчаній къ молестиновой формулѣ и какъ еще болѣе уяснилось потомъ—мы имѣемъ дѣло съ опредѣленіемъ римскаго правового института супружества (*nuptiae, matrimonium juris civilis*), а не съ отвлеченной концепціей понятія о бракѣ вообще.

ніе мужа и жены раздѣльнымъ упоминаніемъ о правѣ „божескомъ“ и „человѣческомъ“.

Мы не безъ умысла воздерживались до сихъ поръ дать *свой* дословный переводъ послѣдней части модестинова опредѣленіе брака. Дѣло въ томъ, что точный переводъ, а затѣмъ и весь подборъ дальнѣйшихъ пояснительныхъ замѣчаній предполагаютъ уже рѣшеннымъ вопросъ о томъ, какой именно смыслъ нужно придать здѣсь выраженію: „*jus divinum et humanum*“. Между тѣмъ, этотъ вопросъ еще остается для насъ открытымъ, а существующее разномысліе въ рѣшеніи его достаточно характеризуется сопоставленіемъ вышеприведенныхъ цитатъ, гдѣ одно и то же сочетаніе словъ, принимаемое авторитетнымъ канонистомъ за наименованіе двухъ, очевидно, различаемыхъ по ихъ происхожденію, отдѣловъ *объективнаго права*, регулирующихъ брачный институтъ, обозначаетъ въ другой передачѣ двѣ сферы *субъективныхъ правъ*, т. е. извѣстныхъ, опредѣляемыхъ правовыми требованіями, отношеній между супругами, отражающихъ въ себѣ разностороннюю общность ихъ интересовъ ¹⁾. Но если, выдѣленные изъ состава формулы, наименованія: „*jus divinum*“ и „*jus humanum*“ могутъ быть произвольно понимаемы такъ и иначе ²⁾, то въ этомъ составѣ они должны,

¹⁾ См. выше, стр. 344, примѣч. 4 и 1.

²⁾ Возможность двоякаго пониманія ихъ въ такомъ случаѣ можетъ быть оправдана одинаково, остановимъ ли мы вниманіе на одномъ только словѣ „*jus*“, взятомъ отдѣльно отъ стоящихъ при немъ опредѣленій, или положимъ аъ основу своихъ выводовъ лексикологическія данныя, позволяющія смотрѣть на „*jus divinum et humanum*“, какъ на устойчивое выраженіе, котораго нѣтъ надобности расчленять, чтобы доискаться до его условнаго смысла. Какъ ни разнообразны подмѣчаемые специалистами отѣнки въ значеніи термина *jus* (см. *Ch. F. Glück'a*—*Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Bd. I, S. 3—13, Erlangen 1797, гдѣ указано *четырнадцать* разновидностей пониманія его въ источникахъ римскаго права; см. анонимн. *Kurze theoretisch—praktische Erläuterung der Pandecten*, II Th. 1 Abth., S. 6—10, Leipzig 1797), тѣмъ не менѣ въ концѣ концовъ они сводятся, соответственно филологическому производству этого слова (отъ санскр. корвя *ju*, откуда греч. *ζυών* и лат. *jumentum, jungera*) къ двумъ основнымъ, а именно: *jus* въ *объективномъ* смыслѣ есть норма права, — „то, что связываетъ всѣхъ, на всѣхъ налагаетъ обязанности, относительнымъ образомъ доставляетъ право на что либо“; *jus* въ *субъективномъ* смыслѣ—тѣ правомочія, какія возникаютъ для отдѣльныхъ лицъ или для нѣк. группы лицъ вслѣдствіе связанности воли другихъ упомя-

конечно, имѣть только одинъ опредѣленный смыслъ, уяснить который и составляетъ, слѣдовательно, нашу ближайшую задачу.

нудой нормой (Р. Ierzing, Духъ римскаго права на различныхъ ступеняхъ его развитія, ч. 1, стр. 187—188, СПб. 1875; проф. Уилларжъ, цит. соч., стр. 8). Разуmъется, для точной передачи смысла modestиновой фразы и для реальнаго комментарія къ ней отнюдь не безразлично, какъ именно будетъ понято въ ней „jus“; но оставаясь на почвѣ общихъ соображеній, нѣтъ достаточныхъ причинъ предпочесть здѣсь одно изъ только-что указанныхъ пониманій этого термина другому. Не трудно предугадать, что этотъ же результатъ долженъ получиться и при попыткѣ истолковать „*divinum et humanum jus*“ при помощи внѣшняго сопоставленія даннаго фрагмента бракоопредѣлительной формулы съ лексическими параллелями изъ другихъ источниковъ. Правда, однѣ изъ нихъ, и при томъ наиболѣе важныя, содержащіяся въ *юридическихъ памятникахъ*, совершенно опредѣленно говорятъ объ употребленіи выраженій: „*jus divinum*“ и „*jus humanum*“ въ качествѣ терминовъ, указывающихъ опредѣлительными словами при главномъ на различныя *субъекты* правообладанія. Особенно выразительно въ этомъ смыслѣ извѣстное мѣсто изъ Дигестъ (fr. 1 Dig. I, 8), гдѣ устанавливается юридическое подраздѣленіе вещей (res) на двѣ группы: *aliae sunt divini juris, aliae humani*. *Divini juris sunt res sacrae et religiosae; sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodammodo divini juris sunt. Quod autem divini juris est, nullius in bonis est; id vero, quod humani juris est, plerumque alicujus in bonis est, potest autem et nullius in bonis esse.* Ср. еще, кромѣ болѣе подробнаго раскрытія той же мысли у Гаю (Instit. II, 2,—ed. cit. p. 46), fr. 2 § 1 Dig. XLIII, 1. Нѣтъ надобности пояснять, что именно слѣдуетъ разумѣть здѣсь подъ „человѣческимъ“ правомъ; что же касается отношенія челоvѣка къ „божъему“ праву, то оно, очевидно, опредѣлится, какъ *религiозная обязанность*, при томъ—имѣющая не нравственный только, а и правовой характеръ. Перейти отъ указанныхъ цитатъ къ выводу о такомъ именно, и только такомъ употребленіи юристами давныхъ наименованій, казалось бы, можно тѣмъ съ большимъ основаніемъ, что для разграниченія правовыхъ нормъ по ихъ божественному и челоvѣческому источнику въ классической юриспруденціи существовалъ и обычно примѣнялся другой способъ: челоvѣческое законодательство—*lex humana*—обозначалось просто словомъ *jus*, въ противоположность *fas* которое есть *lex divina* (*Isid. Hisp. Orig. V, 2, 2,—Bruns, ed. cit., pars paster p. 83; Serv. ad Georg. I, 269,—Bruns, ibid., p. 81; о словопроизводствѣ и значеніи термина „fas“ см у Ierzinga въ цит. соч., стр. 229; см Voigt, Die XII Tafeln. Bd. I, S. 101—104, Leipzig 1883; проф. Богольцовъ, цит. соч., стр. 49—50*). Такое заключеніе не можетъ, однако, не показаться нѣсколько поспѣшнымъ и во всякомъ случаѣ—не достаточно обоснованнымъ, если принять во вниманіе, съ одной стороны, прямо сопоставляемая вногда съ комментруемымъ нами текстомъ (см., напр., *B. Brissonii—De verborum significatione*, p. 347, 557) мѣста изъ классическихъ писателей (правда, не-

Путь къ правильному рѣшенію ея намѣчается, по нашему мнѣнію, во 1-хъ, стоящимъ въ текстѣ, наряду съ указанными наименованіями, словомъ „communicatio“: во 2-хъ, сопоставленіемъ всего комментируемаго отрывка съ очень близкими по мысли и самому построению фразы параллелями къ нему, имѣющимися въ другихъ памятникахъ.

Воспользуемся послѣдовательно всѣмъ этимъ матеріаломъ и посмотримъ сперва, что можно извлечь для нашей цѣли изъ самаго текста формулы.

Если обратить вниманіе на легко опредѣляемый производствомъ и обычнымъ употребленіемъ въ аналогичныхъ оборотахъ рѣчи смыслъ стоящаго здѣсь слова *communicatio* ¹⁾,

юристовъ), которыя, свидѣтельствуя о распространенности вышеуказанныхъ наименованій, какъ общепонятныхъ, въ обычаемъ словоупотребленія, по меньшей мѣрѣ не исключаютъ возможности отнести ихъ къ нормамъ объективнаго права (напр., характеристик. Нервы: *juris divini et humani sciens* у *Тацита* въ *Annal.* VI, с. 26.—по изд. *H. Furmenius* vol 1, p. 576; см. *ibid.* III, с. 70,—p. 432; *Ливія* *Hist* XXXIX, с. 16,—ed. *Drakenborch* t. XI, p. 381), съ другой—позднѣйшую юридическую терминологию, обозначающую чрезъ „*jus divinum*“ и „*jus humanum*“ двѣ отрасли законодательства, различаемыя по ихъ божественному или человѣческому источнику (*Glück*, о. с. Bd. I, S. 147; *Kurze Erläuterung*, II Th. 2 Abth., S. 74—75).

¹⁾ Отъ *communis* (общій), чрезъ *communicare*—дѣлать что-н. общимъ, раздѣлять съ кѣмъ-л., участвовать (*проф. Дыдинскій*, цит. словаря стр. 80—81; см. *Brissonii* о. с., p. 227); слѣд., *communicatio* прежде всего — то дѣйствіе (краткопродолжительное или длительное), посредствомъ котораго что-н. становится общимъ, односторонняя или обоюдная уступка, передача въ общее пользованіе; затѣмъ—соучастіе, общность въ чемъ-л. Обычно—съ родит. объекта, напр.: *communicatio sermonis, consilii, utilitatum, criminis* (см. соотвѣств. цитаты у *Aeg. Forcellini*, *Totius latinitatis lexicon*, t II, p. 314, Prati 1858—1859; dr. *R. Klotz*, *Handwörterbuch der lateinischen Sprache*, Bd. 1, S. 977, Braunschweig 1866). Въ юридическихъ памятникахъ, сколько намъ извѣстно, „*communicatio*“, кромѣ объясняемаго мѣста, встрѣчается всего одиакъ разъ—въ fr. 1 § 14 Dig. XXVII, 3 — при обоснованіи того положенія, что ссылка одного изъ соопекуновъ, въ оправданіе допущеннаго имъ злоупотребленія своими правами, на дѣйствованіе *ex dolo communi* не освобождаетъ его отъ полной единоличной отвѣтственности: *pec enim ulla societas maleficiorum, vel communicatio iusta danti ex maleficio est*. Очевидно, употребленіе этого слова здѣсь ничѣмъ не отличается отъ обычнаго и не даетъ основаній усвоить ему какой-нибудь особый, спеціальныи—смыслъ. О значеніи соотвѣтствующаго греч. *κοινωνία* в словосочиненіи при немъ см. *H. Stephani*—*Thesaurus graecae linguae*, vol. IV, col. 1726, Parisiis 1841; *F. Passow*, *Handwörterbuch der griechischen Sprache*, Bd I, S. 1772, Leipzig 1847

то трудно будетъ даже представить себѣ возможность понять и вразумительно передать „communicatio juris divini et humani“, придавъ упоминаемому здѣсь двойному „праву“ значеніе внѣшнихъ законодательныхъ нормъ. Въ самомъ дѣлѣ, что другое, кромѣ крайняго недоумѣнія, способна вызвать фраза о какомъ-то превращеніи супруговами¹⁾ въ ихъ общее достояніе, о какомъ-то *дѣлѣжъ* или *передачѣ* законодательства религіознаго и гражданскаго? Менѣе страннымъ по мысли, но не менѣе неожиданнымъ въ „образцовомъ опредѣленіи брака“ пришлось бы признать приведенное изреченіе, истолкованное и въ смыслѣ *общности* или *соучастія* мужа и жены въ подчиненіи предписаніямъ того и другого права, такъ какъ въ этомъ нѣтъ рѣшительно ничего характернаго именно для супружества. Но удивительный и темный наборъ словъ станетъ вполне удобопонятною рѣчью, если подъ „божьемъ“ и „человѣческимъ“ правомъ мы будемъ разумѣть двѣ юридически-опредѣленные сферы отношеній, изъ которыхъ въ одной (*jus humanum*) человѣческая личность, приходя въ соприкосновеніе съ себѣ подобною, можетъ быть обладательницей извѣстныхъ *полномочій*, почти всегда связанныхъ съ отвѣтными *обязанностями*, тогда какъ въ другой (*jus divinum*) она несетъ на себѣ только эти послѣднія ²⁾, безраздѣльно или въ соучастіи съ кѣмъ-нибудь. „Communicatio juris divini et humani“ и будетъ означать именно это *соучастіе* или общеніе супруговъ въ области „человѣческихъ“, т. е. гражданскихъ правъ и религіозныхъ, имѣющихъ правовой характеръ, обязанностей.

Чтобы еще прочнѣе обосновать полученный нами выводъ, обратимся къ тѣмъ „параллельнымъ мѣстамъ“, сходство которыхъ по содержанію и формѣ съ концомъ модестинова

1) Что субъектомъ дѣйствія, обозначеннаго въ разбираемомъ текстѣ словомъ „communicatio“, нужно считать тѣхъ же самыхъ мужа (*mas*) и жену (*femina*), о соединеніи (*conjunctio*) и полномъ жизнеобщеніи которыхъ говорилось ранѣе, ясно изъ тѣсной внутренней связи и стилистическаго параллелизма частей модестиновой бракоопредѣлительной формулы. Уже отсюда, помимо разныхъ другихъ соображеній, открывается невозможность всякаго перевода влѣ перифраза, замѣняющаго „communicatio juris divini et humani“ чѣмъ-нибудь въ родѣ *соединенія* или *совмѣстнаго дѣйствія* въ отношеніи къ браку различныхъ по происхожденію нормъ положительнаго права.

2) См. выше, стр. 348 прим.

опредѣленія брака уже не разъ было отмѣчено учеными изслѣдователями ¹⁾.

Обычно указываютъ двѣ такихъ параллели къ объясняемому тексту. Одна изъ нихъ, представляющая выдержку изъ не сохранившихся въ подлинникѣ юридическихъ памятниковъ, усвояемыхъ греческимъ повѣствователемъ о римскихъ древностяхъ Діонисіемъ галикарнасскимъ ²⁾ эпохѣ первыхъ царей, называетъ законную супругу *κοινωνὸν πάντων χρημάτων τε καὶ ἱερῶν* мужа ³⁾. Другая отсылаетъ насъ къ импе-

¹⁾ J. Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes, Bd. 1, S. 13, Tübingen 1871; J. Brini, Matrimonio e divorzio nel diritto romano, par. 1, p. 34, Bologna 1886, и др.

²⁾ О немъ и его главномъ произведеніи: *Ῥωμαϊκὴ ἀρχαιολογία* см. W. Christ, Geschichte der griechischen Litteratur bis auf die Zeit Justinians, S. 637, München 1898

³⁾ Діонисій въ своихъ „Древностяхъ“ (кн. II, гл. 25) приписываетъ легендарному основателю римскаго царства Ромулу изданіе закона, содержащаго въ себѣ эту фразу, которая почти дословно повторяется въ другомъ аналогичномъ памятникѣ, приведенномъ тамъ же (гл. 27) съ именемъ второго царя Нумы. Въ интересахъ точности и въ качествѣ матеріала для нѣкоторыхъ дальнѣйшихъ соображеній считаемъ не лишнимъ воспроизвести здѣсь оба „закона“ въ томъ видѣ, какъ они переданы въ названномъ историческомъ трудѣ. Упомянувъ предварительно о благотворномъ вліяніи перваго изъ нихъ на римскіе семейные нравы, повѣствователь продолжаетъ: *ἦν δὲ τοιούθε ὁ νόμος γυναικα γαμετὴν κατὰ νόμου* (по другому чтенію—*γάμου*) *ἱερῶς συνελθούσαν ἀνδρὶ κοινωνὸν πάντων εἶναι χρημάτων τε καὶ ἱερῶν* (Dionysii Halicarnassensis opera omnia graece et latine, ed. Reiske, vol. 1, p. 287, Lipsiae 1774; см., Bruns, ed. cit. 1, p. 6) Нѣсколько далѣе, при обзорѣ другихъ постановленій Ромула, попутно упоминаются законы его преемника, *ἐν οἷς καὶ οὕτω γέγραπται ἕαν πατὴρ υἱῶ συχωρήσῃ γυναικα ἀγαγέσθαι, κοινωνὸν ἔσομένην ἱερῶν τε καὶ χρημάτων κατὰ τοὺς νόμους, μηκέτι τὴν ἐξουσίαν εἶναι τῷ πατρὶ πολεῖν τὸν υἱόν* (cit. ed. Reiske, p. 295; Bruns ibid. p. 10). Для насъ важно замѣтить, что въ обоихъ случаяхъ дается, очевидно, не приблизительный только пересказъ, а болѣе или менѣе близкій къ подлиннику переводъ названныхъ памятниковъ. Это обстоятельство сообщаетъ особенную цѣнность почти буквальному сходству въ томъ и другомъ „законѣ“ фразы: *κοινωνὸν κτλ.* Двукратная засвидѣтельствованность одного и того же сочетанія словъ въ такихъ памятникахъ народно-правового творчества, какъ *Leges regiae* (см. о нихъ проф. Богольнова пят. соч., стр. 53—55), почти не оставляетъ сомнѣнія, что мы имѣемъ дѣло съ устойчивой правовой формулой, на общезавѣстность и общепризнанность которой въ эпоху составленія второго „дарскаго закона“ довольно ясно намекаетъ, по нашему мнѣнію, и самый способъ воспроизведенія ея здѣсь въ видѣ цитаты съ нѣсколь-

раторской конституціи 242 г., гдѣ ихог опредѣляется, какъ *socia rei humanae atque divinae domus* ¹⁾. Внимательно сравнивъ ихъ по частямъ и въ цѣломъ, съ своей стороны мы рѣшительно склоняемся къ тому заключенію, что обѣ онѣ—лишь разноязычныя версіи одной и той же фразы, греческій переводъ которой, сохраненный писателемъ августова времени, опредѣляетъ ея хронологическое отношеніе къ modestinовой формулѣ и представляетъ очень цѣнное по самой своей отдаленности отъ насъ свидѣтельство о пониманіи техническихъ выраженій подлинника.

Въ послѣднемъ ихъ два: „*res divina*“ и „*res humana*“. Выраженія эти не разъ встрѣчаются въ юридическихъ текстахъ ²⁾, при чемъ изъ сопоставленія fr. 1 Dig. XLIII, 1 съ fr. 2 § 1 того же титула съ совершенною ясностью обнаруживается, что на языкѣ юриспруденціи это—простая замѣна болѣе сложнаго способа обозначенія правового характера вещей соотвѣтственно извѣстному уже намъ подраздѣленію ихъ на *res divini et humani juris*. Имѣя это въ виду, можно было бы понять наименованіе жены: „*socia rei divinae atque humanae*“ въ смыслѣ признанія ея за подругу или соучастицу мужа во

неопредѣленнымъ указаніемъ на источникъ заимствованія (*κατὰ τοῦ νόμου*).

¹⁾ L. 4 Cod. IX, 32. Интересно и здѣсь отмѣтить то положеніе, какое занимаютъ эти слова въ текстѣ законодательнаго памятника. Въ послѣднемъ рѣчь идетъ о невозможности обвиненія вдовы въ расхищенія наслѣдства, оставшагося послѣ ея умершаго мужа, и о предоставленіи въ этомъ случаѣ наслѣдникамъ пользоваться, смотря по обстоятельствамъ другими способами судебной защиты своихъ интересовъ, при чемъ указывается и мотивъ, въ силу котораго законодатель считаетъ необходимымъ оградить жену наслѣдодателя отъ унизительнаго и тяжелаго иска: *adversus uxorem, quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur, mariti diem suum functi successores expilatae hereditatis crimen intendere non possunt, etc* Мотивировка узаконенія сводится вся къ немногимъ подчеркнутымъ нами словамъ, вставленнымъ какъ будто мимоходомъ и при всей своей краткости говорящимъ больше, чѣмъ нужно, такъ какъ для обоснованія сказаннаго въ диспозитивной части достаточно было бы указать на особый характеръ только имущественныхъ отношеній между супругами, не затрогивая вовсе *res divinae*. Невольно напрашивается догадка, что и на этотъ разъ мы имѣемъ передъ собою дословное воспроизведеніе готовой и привычной фразы, подобное тому, о которомъ говорилось въ концѣ предыдущаго примѣчанія

²⁾ Въ особенности второе,—см. *Brissoni* о. с., p. 1198.

всемъ, что входитъ въ сферу религіозныхъ обязанностей или гражданскихъ правоотношеній, если бы указанная слова не сопровождалась въ подлинникѣ ограничительной прибавкой: *domus* ¹⁾. При наличности ея объемъ опредѣляемаго „соучастія“ (*societas, κοινωνία*) оказывается гораздо тѣснѣе. Если вообще подъ терминомъ: „*divina res*“ можетъ быть подразумѣваемъ всякій, стоящій внѣ гражданского оборота (*extra commercium*), предметъ религіознаго почитанія, то въ данномъ случаѣ, очевидно, имѣются въ виду только *домашнія* святѣни (*sacra, τὰ ἱερά*) и—по связи съ ними—тѣ священнодѣйствія, отправляя которыя въ кругу своей семьи, глава ея исполнялъ свой религіозный долгъ—*pro tota familia rem divinam facere* ²⁾. Равнымъ образомъ, и „*res humana*“, становясь здѣсь синонимомъ *rei familiaris* ³⁾, означаетъ уже не всякій возможный объектъ человѣческаго обладанія, а только то имущество (*bona, τὰ χρηματα*), которое принадлежитъ *дому* или *семьѣ*. „*Societas rei divinae atque humanae*“ есть, слѣдовательно, допускаемое въ той или другой мѣрѣ участіе жены, на ряду съ мужемъ, въ отправленіи домашняго культа и въ управленіи семейнымъ имуществомъ.

Изложенныя замѣчанія, вполне подтверждающія близкое сходство сохраненныхъ конституціей 242 г., но принадлежащихъ гораздо болѣе раннему времени словъ съ концомъ modestиновой формулы, доказываютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и правильность пониманія нами текста послѣдней: „*divini et humani juris communicatio*“. Мы беремъ на себя смѣлость утверждать даже больше того: выраженіе Модестина представляетъ, на нашъ взглядъ, простой перифразъ изреченія, сложившагося задолго передъ тѣмъ и составляющаго продуктъ національнаго римскаго правосознанія, — выводъ, лишній разъ убѣждающій въ сомнительности попытокъ превратить разсматриваемое опредѣленіе брака въ этической афоризмъ, обязанный своимъ содержаніемъ и даже самой формой стороннимъ религіознымъ или философскимъ вліяніямъ.

Но здѣсь мы подходимъ къ самому главному возраженію, какое можетъ быть выставлено противъ принятаго нами

1) Нѣкоторые, принимая поправку *Куяція*, читаютъ здѣсь: *domus*, несколько не мѣняя, впрочемъ, чрезъ это смысла данной фразы.

2) *Cato, De re rust.* с. 143 (*Roszbach*, о. с. S. 13)

3) См. fr. 2 Dig. XLIII, 1.

взгляда на происхождение и характеръ данной бракоопредѣлительной формулы. Для того, чтобы „*divini et humani iuris communicato*“ не по однимъ только виѣшнимъ, доселѣ указаннымъ признакамъ, а и по существу можно было считать за выраженіе *правового* принципа, необходимо путемъ реального комментарія этихъ словъ установить ихъ соотвѣтствіе нормамъ положительнаго права. Но это, нужно согласиться, задача—не изъ легкихъ. Рѣшеніе ея, помимо другихъ трудностей, осложняется тѣмъ обстоятельствомъ, что римское право знало двѣ разновидности законнаго супружества: *matrimonium cum* и *sine manu*¹⁾, существенно отличавшіяся одна отъ другой именно неодинаковостью религіозно-юридическихъ и имущественно—правовыхъ отношеній между членами брачной четы. Правда, въ эпоху составленія моделиновой формулы первая изъ этихъ разновидностей могла встрѣчаться ужъ только въ качествѣ рѣдкаго исключенія²⁾ рядомъ съ обычнымъ типомъ супружествъ *sine conventione mulieris in manu mariti*. Но отсюда нельзя сдѣлать никакого рѣшительнаго вывода, суживающаго намѣченную задачу,

1) Характеристику ихъ см. у *Roszbach'a* въ о. с., S. 10—58.

2) Объ этомъ можно догадываться по свѣдѣніямъ относительно судьбы всѣхъ трехъ извѣстныхъ намъ способовъ установленія брака *cum manu*. По свидѣтельству *Гая* (*Instit. I, 111,—ed. cit. p. 25*), уже въ его время, т. е. въ 60-хъ годахъ II в. по Р. X. (см. *P. Krüger, Gesch. der Quellen und Litteratur des röm. Rechts, S. 186*; см. *Roby, o. c., pref. p. XIV*), *usus*, какъ бракозаключительная форма, былъ совершенно отжившимъ явленіемъ, такъ какъ все, относящееся къ нему, „было частію отмѣнено законодательнымъ путемъ, частію вначало велѣдствіе непримѣненія“. Другой способъ—*coemptio*—еще продолжалъ тогда существовать (см. *Instit. I, 113,—ed. cit. p. 26*), но, повидимому, больше въ юридической возможности, чѣмъ въ практическомъ примѣненіи; по крайней мѣрѣ, всего одво столѣтіе спустя и онъ оказывается такимъ же устарѣлымъ обычаемъ, относящимся *ad antiquum nuptiarum ritum* (*Serv. in Georg. I, 31,—Bruns, ed. cit. pars poster., p. 81*; см. *проф. Л. Казанцева—цит. соч., стр. 83*). Почти тоже самое можно сказать и относительно *конфарраціи*. Во времена *Гая* она еще употреблялась; но назъ его же словъ видно, что это употребленіе ограничивалось жреческими фамиліями и вызывалось потребностями культа (*Inst. I, 112,—ed. cit. p. 25—26*). Постепенное ослабленіе языческихъ вѣрованій должно было расшатывающимъ образомъ повліять на религіозные обряды *конфарраціи*, а торжественно христіанства въ римской имперіи вскорѣ нанесло ей и окончательный ударъ. Съ уничтоженіемъ коллегіи *фламиновъ* при имп. *Феодосіи* (въ 394 г.) навсегда исчезла и *конфаррація* (*Zhishman, o. c., S. 5—6*).

разъ принято за доказанное, что конецъ анализируемаго опредѣленія представляетъ почти дословную репродукцію „законодательнаго“ текста, идущаго отъ тѣхъ временъ, когда *matrimoniū* и бракъ были понятіями, неотдѣлимыми одно отъ другого. Всего естественнѣе, напротивъ, заключить по этимъ даннымъ, что „общеніе въ божьемъ и человѣческомъ правѣ“ одинаково пригодно для характеристики какъ *stragato*, такъ и *свободнаго* брака. Вопросъ стоящій у насъ на очереди, заключается, слѣдовательно, въ томъ, насколько дѣйствительнымъ строемъ семейно-правовыхъ отношеній при той и другой разновидности супружествъ оправдывается такое заключеніе. Въ отвѣтахъ на этотъ вопросъ ученые изслѣдователи кореннымъ образомъ расходятся. Одни изъ нихъ болѣе или менѣе рѣшительно склонны считать указанную характеристику совсѣмъ не подходящей къ свободному супружеству, въ виду полной правовой обособленности здѣсь членовъ супружеской четы, и во всякомъ случаѣ—болѣе соответствующимъ положенію сторонъ въ бракѣ *сумма*. Въ частности, относительно общенія въ сферѣ *divini juris*, понимаемаго какъ *κοινωνία ἱερῶν*, полагаютъ, что это—черта, заимствованная отъ конфарреационной формы брака съ ея послѣдствіями¹⁾, имѣвшими мѣсто если не въ первоначальной²⁾, то въ позднѣйшей практикѣ и при другихъ способахъ перехода жены подъ власть мужа³⁾. Фактически при бракахъ *сумма* была возможна и *κοινωνία χορημάτων*, на что прямо и указываютъ источники, называя *подвластную* жену почетнымъ именемъ *materfamilias*⁴⁾ и сообщая, что она, при условіи полнаго повиновенія мужу во всемъ, была

¹⁾ Къ числу ихъ, по свидѣтельству *Діонисія галикарнаскаго* (*Antiquit. roman.* II, с. 22) принадлежало и обязательное участіе жены въ нѣкоторыхъ домашнихъ священнодѣяніяхъ: *τὰς τε γυναικὰς τῶν ἱερῶν ἔταξε* (Ромулъ) *τοῖς ἑαυτῶν ἀνδράσι συμπροσθῆαι, καὶ εἴ τι μὴ θέμις ἦν εὐδρόνῃ οργυρίζεσθαι κατὰ τόμον τὸν ἐπιφόριον, ταῦτας ἐπιτελεῖν* (ed. cit., p. 279)

²⁾ См. *Karlowa*, о с., S. 58—59.

³⁾ *Glück*, о с., Bd. XXIII, S. 130—133; *Zhusman*, о с., S. 120—121; *проф. Павловъ*, Курсъ церк. права, стр. 320—320

⁴⁾ *Cicer* Topic. III, 14. *genus est uxor ejus duae formae: una matrum-familias—earum, quae in manum convenerunt altera earum, quae tantum modo uxores habentur* (ed. cit. *Nobbe*, p. 82). Другія цитаты и пояснительныя замѣчанія къ нимъ см. у *Vogt*—*Die XII Tafeln*, Bd. II, S. 687—688; *Brini* о с., I. p. 37—38.

хоріа τῶν οἴκων τὸν αὐτὸν τρόπον, ὄντες καὶ ὁ ἀνὴρ ¹⁾). Правового характера такому общенію супруговъ по имуществу не усвоятъ, впрочемъ, и сами сторонники разсматриваемаго взгляда, ограничивая дѣйствительную *humanf juris communicationem* правомъ жены *in manu* наследовать мужу въ качествѣ *suae heredis* ²⁾). Иначе рѣшается поставленный выше вопросъ другою группою изслѣдователей, настаивающихъ если не на исключительной примѣнимости комментируемаго текста къ супружествамъ *sine manu* ³⁾, то на совершенной произвольности признанія его за опредѣленіе признаковъ только строгаго брака ⁴⁾. Противоположный этому взглядъ основывается, какъ уже сказано, на правовой обособленности супруговъ при свободномъ бракѣ, доходившей до того, что юридически они даже не были членами одной и той же *familiae*. Отсюда и дѣлается тотъ отрицательный выводъ, что между мужемъ и женой, чужими другъ другу въ семейно—правовомъ смыслѣ, не могло быть единенія въ сферѣ частнаго культа. Но еще старинными изслѣдователями установлено, что этого заключенія нельзя распространять на всѣ *sacra privata*, подраздѣлявшіяся на *gentilitia*, *familiaria* и *domestica*; соучастіе въ послѣднихъ, обычно начинавшееся принесеніемъ новобрачными жертвы домашнимъ богамъ — покровителямъ въ концѣ обряда *in domum deductionis*, возможно было и при замужествѣ *sine conventione mulieres in manum mariti* ⁵⁾. Да и помимо прямыхъ доказательствъ этой возможности отрицаніе ея по общимъ соображеніямъ не представляется достаточно убѣдительнымъ, такъ какъ трудно придумать

¹⁾ *Dionys Halicarn* *ibid.* с. 25 (ed. cit., p. 289). Ср старинную торжественную формулу, которую обычно произносила новобрачная, вступая въ домъ мужа: *ubi tu Gaius, ibi ego Gaia*. По объясненію *Плутарха* (*Quest. roman.* с. 30), это означало: *ὅπου σὺ χεῖρος καὶ οἰκοδεσπότης, καὶ ἐγὼ χορῖα καὶ οἰκοδέσποισσι* (opp. ed. *Reiske*, vol. VII, p. 99, Lipsiae 1777); см. *Roszbach*, о. с., S. 352—356; *И Тихановичъ*, Бракъ и свадебные обряды у древнихъ римлянъ (Прописки, кн. IV, стр. 246). О фактическомъ положеніи римской замужней женщины, какъ *домохозяйки* (*domina*), см. *Voigt*, о. с., Bd. II, S. 246—249; *Marquardt*, о. с., 1 Th., S. 57—60.

²⁾ *Zhishman*, о. с., S. 123; *проф. Павловъ*, цит. соч., стр. 320.

³⁾ *Roszbach*, о. с., S. 53; см. *ibid.* S. 42.

⁴⁾ *Hasse*, о. с., S. 9—11.

⁵⁾ *Uv. Gruben*, *De uxore romana*. с. 3; *ibid.* с. 7.—см. примѣч. *Trekell'a* къ трактату *Brissonii De ritu nuptiarum* (Opp. min. p. 302).

болѣе неестественное положеніе, чѣмъ то, что замужня женщина не чтитъ пенатовъ того дома, гдѣ она раздѣляла общую судьбу съ мужемъ и дѣтьми ¹⁾. Гораздо труднѣе оспаривать выводимое изъ того же вышеуказаннаго основанія возраженіе противъ возможности имущественно - правового общенія между супругами, состоящими въ бракѣ *sine manu*: какая *communicatio humani juris* мыслима тамъ, гдѣ даже подарки кажутся опаснымъ средствомъ обогащенія одного изъ членовъ брачной четы въ ущербъ интересамъ другого? Чтобы ослабить это возраженіе, прибѣгаютъ обычно къ тому же самому приему, какимъ доказывается *κοινωνία χρημάτων* при строгомъ бракѣ. Утверждаютъ, что какъ тамъ, такъ и свободномъ супружествѣ отношенія по имуществу должны были опредѣляться не сколько юридической ихъ нормировкой, сколько голосомъ личнаго чувства и силой житейскаго обычая. Правовая раздѣльность имущества, принадлежащаго мужу и женѣ, нисколько не препятствовала имъ *de facto сообще* пользоваться всѣмъ своимъ достояніемъ, и свидѣтельства источниковъ не оставляютъ сомнѣнія въ томъ что такъ именно не рѣдко бывало въ дѣйствительности ²⁾. Въ сущности, такимъ образомъ, на сторонѣ положительнаго тезиса, поддерживаемаго защитниками перваго мнѣнія по занимающему насъ вопросу, не оказывается никакихъ особенно вѣскихъ преимуществъ. Правовой характеръ супружескаго общенія въ сферѣ *divini juris* можно считать одинаково твердо установленнымъ для обѣихъ разновидностей римскаго брака: что же касается другого признака, намѣчаемаго бракоопредѣлительной формулой, то представлен-

¹⁾ *Hasse*, о. с., S 10 Становясь на указанную точку зрѣнія, нѣкоторые, и въ числѣ ихъ такой крупный авторитетъ въ данномъ вопросѣ, какъ *Savigny*, признаютъ даже, что при свободномъ бракѣ *ver sacra* мужа считались обязательными для жены—и наоборотъ (см его статью въ *Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch.* Bd II, S. 404).

²⁾ Интересную характеристику фактическихъ отношеній по имуществу между супругами, состоящими въ свободномъ бракѣ, даетъ одна дошедшая до насъ *laudatio funebris*, составленная мужемъ въ честь умершей жены. *Omne tuum patrimonium acceptum ab parentibus*—говоритъ она, обращаясь къ покойной—*communi diligentia conservavimus neque enim erat acquirenti tibi cura, quod totum mihi tradidisti Officia ita partiti sumus, ut ego tutelam tuae fortunae gererem, tu meae custodiam sustineres* (*laudatio Turcae*.—*Brunn* ad cit., pars I, p. 24; см *Brunn* о. с., t I p. 35—36)

ныя доказательства его соотвѣтствія какъ свободному, такъ и строгому браку одинаково нуждаются въ оправдательной ссылкѣ на неумѣстность слишкомъ рѣзкаго разграниченія фактической и юридической стороны супружескихъ отношеній ¹⁾. Этой послѣдней мысли нельзя, конечно, отказать въ извѣстной долѣ основательности; но — нужно замѣтить съ другой стороны—при подобной точкѣ зрѣнія отъ попытки отыскать въ коментлируемомъ текстѣ выраженіе правового принципа всего одинъ шагъ до признанія, что „*divini et humani juris communicatio*“ даже и отдаленнымъ образомъ не имѣетъ въ виду юридическаго положенія сторонъ въ бракѣ *cum* или *sine manu*, а говоритъ лишь вообще объ „искреннѣйшемъ и нераздѣльномъ общеніи“ супруговъ, подобномъ тому, какое „всегда возможно и между близкими друзьями“ ²⁾.

Не слѣдуетъ ли намъ, въ виду сейчасъ сказаннаго, признать поставленную себѣ задачу неразрѣшимой въ полномъ ея объемѣ и самый взглядъ на modestinovu формулу, какъ выраженіе правового принципа, вѣрнымъ лишь на половину? Такое заключеніе было бы безусловно правильно, если бы въ дополненіе къ указаніямъ на фактическое общеніе римскихъ супруговъ по имуществу дѣйствительно нельзя было выставить никакихъ доказательствъ того, что положительному законодательству и юриспруденціи также не было чуждо воззрѣніе на членовъ брачной четы, какъ *соучастниковъ* въ сферѣ *humani juris*. Изъ нижеслѣдующаго будетъ видно, въ чемъ именно усматриваемъ мы эти доказательства.

Одно изъ нихъ, удостовѣряющее настоящую *humani juris communicationem* при строгомъ бракѣ, уже было упомянуто нами немного ранѣе. Разумѣемъ то положеніе римскаго

1) *Hasse*, о с., S 9—11

2) Такое именно пониманіе разсматриваемаго текста для позднѣйшаго времени, когда онъ брался ужъ несомнѣнно „не въ смыслъ строгаго брака“, рекомендуетъ *Glück* (о с., Bd. XXIII, S 135; смъ *Zhishman*, о с., S. 120—121), указывая, въ качествѣ параллелей, цистеровское опредѣленіе дружбы, которая есть *omnium civilium humanarumque rerum cum benevolentia et caritate summa consensio* (Lael. с 6, 20,—*ed cit Nobbi* p 1270), и замѣчаніе Севеки, что *consortium rerum omnium inter nos facit amicitia* (Fr. 48; смъ его же—*De beneficiis* l VII с 12,—*Noordt*. Opp t. I. p. 44) Отсюда, очевидно, уже совсѣмъ не далеко до того, извѣстнаго намъ, взгляда на modestinovu формулу, который считаетъ ее чисто-идеалистическимъ отголоскомъ философскихъ воззрѣній своего времени.

права, въ силу котораго жена *in manu* наслѣдовала своему мужу *ab intestato*, какъ *sua heres*. Этотъ очень важный, на нашъ взглядъ, аргументъ не остался незамѣченнымъ нѣкоторыми изслѣдователями, доискивавшимися соотвѣтствія комментируемаго текста отношеніямъ сторонъ въ бракѣ *cum manu* ¹⁾, хотя и не оцѣненъ ими надлежащимъ образомъ. Частичный переходъ къ подвластной женѣ, по смерти ея мужа, правъ собственности на оставшееся имущество можетъ, дѣйствительно, казаться слишкомъ ничтожнымъ противовѣсомъ узаконеніямъ о переходѣ къ мужу всего, что поставленная *filiae loco* жена имѣла до брака или приобрѣтала въ замужествѣ. Но чтобы правильно понять идейное соотношеніе указанныхъ правовыхъ нормъ, необходимо вникнуть предварительно въ подлинный смыслъ перенесенія всѣхъ имущественныхъ правъ подвластныхъ членовъ семьи на того, кто стоялъ во главѣ ея, какъ *paterfamilias*. Послѣдній, при всей широтѣ своихъ семейно-имущественныхъ полномочій, въ существѣ дѣла не былъ единоличнымъ собственникомъ того, что находилось въ его исключительномъ распоряженіи. Настоящимъ владѣльцемъ (*dominus*) имущества, надъ собираніемъ котораго трудился цѣлый *complexus personarum sub uno patrefamilias* ²⁾, по римскому правовому воззрѣнію является тотъ же *complexus*, т. е. семья въ составѣ всѣхъ ея членовъ. Эта мысль ясно выражена въ замѣчаніи одного изъ классическихъ юристовъ (Павла) объ отношеніи законныхъ наслѣдниковъ (*sui heredes*) къ наслѣдуемому имуществу. По его словамъ, въ полученіи наслѣдства „своими“ нужно видѣть не установленіе новаго, а *продолженіе прежняго владѣнія собственностью* (*continuationem dominii*), только восполненное не существовавшее ранѣе для липъ *alieni juris* возможностью самостоятельно пользоваться своимъ правомъ ³⁾.

1) См. выше, стр. 356.

2) *Gasparolo*, о. с., S 193.

3) Въ виду важности изложеннаго замѣчанія считаемъ не лишнимъ привести здѣсь и подлинный его текстъ. *In suis heredibus*—говоритъ Павелъ—*evidentius apparet continuationem domini eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fui-se, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.. Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt* (fr. 11 Dig. XXVIII, 2).

При такой конструкціи ученія о наслѣдованіи включеніе жены въ число *suorum heredum* существенно измѣняетъ представленіе о ней, какъ абсолютно-безправной въ сферѣ *humani juris*. Оказывается, что она не фактически только, какъ утверждаютъ, а и *de jure* была *quodammodo domina*, соучастница мужа въ правахъ собственности на семейное имущество.

То, что въ бракѣ *sine manu* являлось слѣдствіемъ экономическаго единства семьи, въ свободномъ супружествѣ, при формальной принадлежности мужа и жены къ разнымъ семьямъ, имѣло для себя болѣе глубокую нравственную основу, отраженіе которой можно прослѣдить и въ сферѣ положительнаго права. Послѣднее брало подъ свою защиту экономическіе интересы каждаго изъ супруговъ въ отдѣльности вовсе не затѣмъ, чтобы настаивать на безусловномъ разъединеніи и даже противоположности ихъ, вопреки нормальной идеѣ супружескаго жизнеобщенія. Не только по моральному, но и по юридическому возрѣнію *bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam ejusdem patri arbitrio gubernari* ¹⁾. Этотъ принципъ находилъ себѣ постоянное и обязательное примѣненіе въ законодательствѣ о положеніи приданого (*dos*) при бракѣ *sine manu*. Какъ и все прочее имущество жены, приданое оставалось ея собственностью, но во все продолженіе совмѣстной супружеской жизни состояло *in bonis* мужа ²⁾, облегчая ему *onera matrimonii* ³⁾. Да и въ распоряженіе тѣмъ, что принадлежало женѣ кромѣ приданого ⁴⁾, долгое время мужу представлялось право вмѣшательства даже вопреки ея волѣ. Только конституціей христіанскихъ императоровъ Феодосія и Валентиніана (450 г.) впервые было опредѣлено—отнюдь не въ ущербъ нравственнымъ цѣлямъ супружества—*ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat*. ⁵⁾ Съ другой стороны, и за женой несомнѣнно признавались нѣкоторыя права на имущество мужа, въ которомъ *societas vitae* дѣ-

1) L. 8. Cod. V, 14.

2) Fr 75 и fr 1 Dig. XXIII, 3.

3) Fr 76 Dig. XXIII, 3; fr 16 pr. Dig. XLIX, 17 и др.

4) Такъ наз. *παράκλησις*,—fr. 9 § 3 Dig. XXIII, 3.

5) L. 8 Cod. V, 14.

лала ее quodammodo domina ¹⁾). Этимъ, между прочимъ, мотивировали римскіе юристы и законодатели недопустимость обвиненія жены мужемъ въ кражѣ ²⁾ или наслѣдниками мужа—въ расхищеніи оставленнаго имъ наслѣдства ³⁾). Раздѣльность права собственности каждаго супруга на свое имущество нисколько не мѣшала, такимъ образомъ, носителямъ и выразителямъ классическаго правосознанія твердо помнить и напоминать самимъ супругамъ, что въ нормальномъ бракѣ должны быть commixta familia et una domus ⁴⁾).

Представленныя цитаты изъ юридическихъ памятниковъ и пояснительныя замѣчанія къ нимъ не могутъ, конечно, считаться достаточнымъ доказательствомъ обязательной взаимной передачи римскими супругами и уравниванія такимъ образомъ своихъ правъ по имуществу *vo всемъ ихъ объѣмъ*. Но этой мысли, дѣйствительно чуждой римскому правосознанію, совсѣмъ и не содержится въ текстѣ modestinовой формулы, опредѣляющемъ бракъ, какъ humani juris communitatio. Послѣднее слово этого выраженія, взятое само по себѣ, даетъ лишь общее понятіе о *соучастіи*, не опредѣляя ближайшимъ образомъ его—если можно такъ выразиться—количественной стороны; а jus humanum, указывая сферу этого соучастія, не заставляетъ непременно думать, что оно *сполна* должно быть приведено въ правовую форму и стать юридическою необходимостью ⁵⁾). Для насъ вполнѣ достаточно, поэтому, установить, что хотя бы только въ извѣстныхъ, очерченныхъ выше границахъ, общеніе въ „человѣческомъ“, какъ и въ „божьемъ“ правѣ несомнѣнно было не только этическимъ идеаломъ, но и реальнымъ юридическимъ признакомъ обѣихъ разновидностей законнаго римскаго брака.

И. Громогласовъ.

(Окончаніе слѣдуетъ).

1) Fr 1 Dig. XXV, 2.

2) Ibid.

3) L. 4 Cod. IX, 32; см. стр. 352, примѣч. 1

4) Fr. 1 § 15 Dig. XXIX, 5 Ср fr. 2 § 1, fr. 4 § 1 и fr. 8 § 1 Dig VII, 8.

5) G. F. Puchta, System una Geschichte des römischen Privatrechts, S. 394—395, Leipzig 1881.