

ЛИЧНЫЯ ОТНОШЕНІЯ
М Е Ж Д У
РОДИТЕЛЯМИ И ДѢТЬМИ
П О
РИМСКОМУ И ФРАНЦУЗСКОМУ
П Р А В У.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ.
УЧЕНІЕ ОВЪ ОЦОВСКОЙ ВЛАСТИ ПО РИМ-
СКОМУ ПРАВУ.

Л. Н. Загурскаго.

ХАРЬКОВЪ.
Въ Университетской Типографіи.
1884.

У Ч Е Н І Е
О Б Ъ
ОТЦОВСКОЙ ВЛАСТИ
П О
Р И М С К О М У П Р А В У .

.... Не плохой ли тотъ отецъ, который колотушками будетъ укрощать своихъ детей....

.... Подумай.... сынъ твой — ребенокъ, но ребенкомъ, вѣдь, и ты былъ.... Помни, принявъ свою отцовскую власть, что ты — человекъ, и что ты — отецъ человека....

Sen. De clem. 1. 16.

Pil. Ep. 9. 12.

Л. Н. Загурскаго,
ПРОФЕССОРА ХАРЬКОВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

Х А Р Ъ К О В Ъ .
Въ Университетской Типографіи.
1884.

Напечатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Харь-
ковскаго Университета.

Ректоръ *Г. Цыгановскій.*

М. А.

Въ Харьковѣ, въ Университетской типографіи, 1900 г.



ИЗДАТЕЛЬСТВО

УНИВЕРСИТЕТСКОЙ ТИПОГРАФИИ

ХАРЬКОВЪ

О Г Л А В Л Е Н И Е.

Предисловіе.	I.
----------------------	----

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Права отца надъ личностью своихъ дѣтей.

I. Характеръ отцовской власти по римскому праву.	1.
II. Право произвести выкидышъ (procuratio abortus).	24.
III. Выбрасываніе (expositio) дѣтей.	29.
IV. Права отца, которыя могутъ быть объяснены экономическою точкою зрѣнія.	36.
V. Дисциплинарная сторона отцовской власти.	57.
VI. Вѣчная обязанность дѣтей оказывать своимъ родителямъ почтеніе (reverentia)	80.
VII. Отцовская власть у галатовъ и галловъ	87.
VIII. Отцовская власть у галло-римлянъ	94.

ГЛАВА ВТОРАЯ

Обязанности отца относительно своихъ дѣтей.

I. Характеръ «обязанности отца» (pietas, officium).	99.
II. Обязанность воспитанія (disciplina) дѣтей.	116.

III. Обязанность родителей содержать (alimenta) своихъ дѣтей.	131.
IV. На-сколько признавалась обязанность родителей содержать и воспитывать своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей.	154.
V. Поземельный кредитъ и призываніе дѣтей (alimenta publica)	160.
VI. Обязанность родителей снабжать свою дочь приданымъ при выходѣ ея замужъ.	181.
Заключеніе.	186.
Указатель цитированныхъ авторовъ	188.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

~~~~~

Извѣстно, что юридическое положеніе законнорожденныхъ дѣтей опредѣлялось по римскому праву формулой: законнорожденныя дѣти принимаютъ юридическое положеніе своего отца и подчиняются его (отцовскоѣ) власти (Gaji Comment. 1. 56). Первую часть этой формулы мы рассмотрѣли въ сочиненіи «Ученіе о законнорожденности и незаконнорожденности по римскому праву». Харьковъ. 1881; въ настоящемъ сочиненіи мы разбираемъ другую часть вышеуказанной формулы «подчиненіе дѣтѣѣ отцовскоѣ власти» (patris potestas), изслѣдуя, главнымъ образомъ, развитіе идеи объ обязанности родителей по отношенію къ своимъ дѣтямъ въ связи съ законною защитой дѣтей.

Необходимость ускорить выпускъ университетскихъ «Записокъ» побудила меня пріостановить на-время печатаніе тѣхъ главъ моего сочиненія, въ которыхъ я слѣжу развитію идеи объ обязанностяхъ родителей по отношенію къ своимъ дѣтямъ по германскимъ правдамъ и французскому законодательству.

*Авторъ.*

24 Марта 1884 г.  
Харьковъ.

---

## ГЛАВА ПЕРВАЯ.

### ПРАВА ОТЦА НАДЪ ЛИЧНОСТЮ ЕГО ДѢТЕЙ.

#### I.

#### ХАРАКТЕРЪ ОТЦОВСКОЙ ВЛАСТИ ПО РИМСКОМУ ПРАВУ.

Цицеронъ въ сочиненіи о старости описываетъ передъ нами величавый образъ римскаго отца семейства, старца Аннія, котораго «боялись рабы, почитали дѣти и въ домѣ котораго господствовала строгая дисциплина и нравственность»... Анній — это величественный образъ отца патриаркальнаго семейства: верховный вѣрецъ въ своей семьѣ, безапелляционный судья надъ своими дѣтьми, собственникъ имущества, правящій и распоряжающійся въ семействѣ въ силу своей отцовской власти, которую римляне называли «величествомъ»<sup>1</sup>. Римскіе юристы, когда заходило дѣло объ опредѣленіи отцовской власти, говорили просто: отецъ семейства есть тотъ, кому принадлежитъ владѣтельство въ семействѣ<sup>2</sup>, т. е. власть надъ женой, власть надъ имуществомъ и рабами, власть надъ дѣтьми — послѣдняя и называется отцовскою властью, а всѣ эти власти — виды одной семейной власти (*dominium*)<sup>3</sup>, — только виды, потому что въ древнее время невозможно было указать различіе между

<sup>1</sup> *Majestas patria*, напр. Liv. 8, 7.

<sup>2</sup> L. 195 Dig. 50, 16.

<sup>3</sup> Brinz, § 246, 1155 in f.; по мнѣнію Lange, I. 157, слово *caput* означаетъ «главу семьи», ср. Kuntze, Exc. 81.

и власть мужа: жена считается также дочерью  
и находится въ болѣе близкихъ и человѣчныхъ  
отношеніяхъ къ господину (famuli)<sup>1</sup>, такъ-что различіе между  
разнообразными властями выяснилось постепенно бо-  
лее рельефно тогда, когда одна власть (мужа надъ  
женою) болѣе смягчилась, когда, такъ-сказать, вещественный  
характеръ другой (господь надъ рабами, dominica potestas) уже  
болѣе выяснился<sup>2</sup> и когда, наконецъ, выяснился дѣйстви-  
тельный характеръ отцовской власти, т. е. того права, которое  
имѣеть самостоятельный мужчина надъ личностью своихъ дѣ-  
тей, ихъ имуществомъ и нисходящими отъ сыновей<sup>3</sup>. Слѣдо-  
вательно, указанное опредѣленіе римскихъ юристовъ какъ и нѣ-  
которыя другія, о которыхъ мы скажемъ ниже, отвѣчали не  
тому времени, когда была составлена дефиниція, а тому, когда  
въ дѣйствительности отецъ семейства сосредоточивалъ въ своихъ  
рукахъ всѣ разнообразныя виды одной семейной власти. Вотъ  
это-то подчиненіе дѣтей отцовской власти того, кто имѣеть  
dominium, обусловливается ихъ нарожденіемъ въ бракѣ родите-  
лей, мы говоримъ — власти того, кто «in domo dominium ha-  
bet», желая тѣмъ указать на характерную черту римской семьи:  
мои дѣти, которыхъ я прижилъ въ бракѣ съ ихъ матерью<sup>4</sup>,  
отойдутъ въ мою власть только въ томъ случаѣ, если я въ мо-  
ментъ ихъ зачатія былъ отцемъ семейства, т. е. стоялъ во главѣ  
своей семьи<sup>5</sup>; ибо возможенъ противоположный случай: въ моментъ  
зачатія моихъ дѣтей я самъ былъ во власти своего отца, слѣ-  
довательно мои дѣти съ момента рожденія отойдутъ во власть  
своего дѣда, если онъ живъ въ моментъ ихъ рожденія; мой  
сынъ, наконецъ, можетъ родиться самостоятельнымъ, если меня,

<sup>1</sup> Wallon, 19, ср. Senec. Ep. 47, 14.

<sup>2</sup> Brinz, ib.

<sup>3</sup> L. 21 Dig. 48. 5, § 3 Inst. 1. 9, l. 1. 4, 5. Dig. 1, 6.

<sup>4</sup> «Отцемъ дѣтей считается мужъ ихъ матери».

<sup>5</sup> § 9 Inst. 1, 12.



это отца, дѣдъ отдають кому-нибудь въ усыновленіе или освободить отъ своей власти (эманципируютъ), а самъ укрѣтъ, — между мной и моимъ сыномъ въ этомъ случаѣ нѣтъ гражданской связи, я не имѣю надъ нимъ отцовской власти! Очевидно, что подчиненіе отцовской власти, будетъ ли ея носителемъ прадѣдъ, дѣдъ или непосредственный отецъ, обусловливается законнорожденностью дѣтей — только законнорожденные дѣти подчиняются отцовской власти, и съ этой точки зрѣнія подчиненія они называются лицами *alieni juris*, т. е. подлежащими чужому праву и, на-оборотъ, всѣ незаконнорожденные дѣти суть лица *sui juris*, т. е. имѣющія право собственности надъ собой, — выраженіе странное, но буквально отвѣчающее мысли римскихъ юристовъ, которые обозначали всѣхъ лицъ, вообще не подчиненныхъ отцовской власти, будутъ ли это незаконнорожденные или законнорожденные, но освободившіеся отъ отцовской власти тѣмъ или инымъ путемъ (смертью ли отца, эманципацией и т. д.) лицами *suae potestatis*, и это выраженіе<sup>1</sup> или, лучше сказать, та мысль, которую юристы хотѣли выразить указаннымъ терминомъ, на-столько вошла въ плоть и кровь, сознание римскаго гражданина полноправнаго и неподчиненнаго отцовской власти, что когда заходило дѣло объ оправданіи самоубійства, то самоубійство объясняется правомъ собственности, которое имѣетъ римскій гражданинъ надъ собой<sup>2</sup>.

И такъ, вотъ первая отличительная черта римской семьи, — ребенокъ подчиняется лицу, стоящему во главѣ семьи. Это лицо — всегда мужчина, отецъ, дѣдъ, прадѣдъ, — отцовская власть не принадлежитъ родителямъ: она принадлежитъ отцу, но не матери, ибо мать относительно своего мужа рассматривается

<sup>1</sup> Wangelow, *Latini juriav*, 67 г. разр. I. 21 Dig. 48. 5, I. 4 Dig. 1. 6, ср. Savigny, II § 68 k

<sup>2</sup> Напр. Senec. *Epist.* 70. 12 — «въ опосовь смерти мы должны следовать нашей фантази»; Pernice, I, 111.

дочерью (*filiae loco*), слѣд. считается сестрой своихъ дѣтей, вслѣдствіе чего она наследуетъ своему мужу въ равныхъ доляхъ съ своими дѣтьми, и вообще: какъ можетъ женщина защищать кого-нибудь, если она, въ силу слабости своего характера и по своей природѣ, всегда нуждается въ защитѣ мужчины<sup>1</sup>. Это исключеніе женщины, хотя бы это была мать, бабука, объясняется общемою идеей, что сила и власть принадлежать мужчине, который есть естественный защитникъ семьи, а въ защитѣ женщина неспособна<sup>2</sup>. Но если исключеніе женщины отъ отцовской власти замѣчается въ большей или меньшей степени у другихъ народовъ, напр. у германцевъ, если подобное исключеніе даже по римскому праву было въ значительной степени смягчено, хотя удержался тотъ взглядъ, что женщина-мать не можетъ имѣть отцовской власти такой, какую имѣетъ отецъ, все-таки отличительною чертой отцовской власти даже въ позднѣйшій періодъ, въ періодъ кодификаціонной дѣятельности императора Юстиніана, остается безконечность отцовской власти. «Отцовская власть не имѣетъ ни начала, ни конца» — говоритъ одинъ изъ романистовъ конца XVII в.<sup>3</sup>, ни начала, потому что съ момента перваго движенія ребенка въ утробѣ онъ зависитъ отъ «плодоубійцы», прибѣгнуть къ которому отецъ можетъ посоветовать своей женѣ, ни конца — потому что ни возрастъ, ни женитьба, ни достиженіе высшихъ государственныхъ должностей не избавляютъ его отъ подчиненія своему отцу, подчиненію, но какому!.. Ромулъ призналъ<sup>4</sup> за отцомъ неогра-

<sup>1</sup> L. 2 Dig. 47. 10, § 2 Inst. 4. 4. Для себя одной она можетъ имѣть семью, но въ этомъ случаѣ она признается *finis et caput*, l. 195 § 5 Dig. 50. 16.

<sup>2</sup> По *SC-tum Claudianum* была сдѣлана промахъ: женщина могла располагать правами состоянія своего ребенка, прижитаго ею отъ раба, см. ниже сочиненіе «Ученіе о законнорожденности» etc., стр. 189 — 192. Харьк. 1880 г. Neuner, 31.

<sup>3</sup> *Vinnius*, l. 58 «non finem quia in omne vitae filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessissent.... non modum quia immensa fuit».

<sup>4</sup> ... pour mieux concilier entre elles (lois) les pratiques legales existantes, Poncelet, Cours d'hist. de dr. Rom. 2.

нечеловеческую власть надъ его дѣтьми, право выбросить на «сѣдѣніе собакъ» новорожденнаго, право убить взрослого... Проникло много вѣровъ. Панегеристъ Траяна, Плиніи Младшій, провозглашаетъ, что сама сила и законъ природы принуждаютъ дѣтей быть въ полномъ подчиненіи (*in ditioe*) своихъ родителей; Плиніи не напрасно говоритъ *in ditioe*, потому что если народъ отдастся римской республикѣ *ditioe*, — онъ отдается на неограниченное распоряженіе, со всѣми храмами, домами, утварью<sup>1</sup>. Вотъ три черты — вѣчность отцовской власти, принадлежность ея только мужчинѣ, и ея объемъ суть характерныя черты римской отцовской власти.

Слѣд. отцовская власть въ указанныхъ направленіяхъ далеко выходила за предѣлы естественной мѣры, обуславливаемой беззащитностью ребенка, его неопытностью и необходимостью воспитанія, такъ-что многіе писатели<sup>2</sup> считаютъ отцовскую власть правомъ собственности, желая этимъ сказать, что права отца надъ личностью дѣтей такія, какъ напр. право продажи, отдачи въ залогъ, право убить и т. д., могутъ быть объяснены не чѣмъ инымъ какъ только соображеніемъ, что отецъ имѣетъ надъ дѣтьми такое-же право собственности, какое онъ имѣетъ надъ своею землею, работъ, скотомъ и т. д., стараясь ввести съ тѣмъ подыскать доказательства этого положенія въ источникахъ римскаго права. Другіе<sup>3</sup> въ отцовской власти видятъ не болѣе, какъ примѣненіе магистратской власти наказывать (*impregium*); равнымъ образомъ, основываясь на источникахъ римскаго права, странно, мнѣ кажется, искать подтвержденіе той или иной те-

---

<sup>1</sup> ... vim legemque naturae quae semper in ditioe parentum esse liberos jussit. *Plin. Paneg.* 38 in f.

<sup>2</sup> Веккерсгукъ, Гейлекцій, Куацій и др.

<sup>3</sup> *Notomanus*, *Meerman*, *Gebaer* и др. Подробную литературу см. у *Schröter*'а, въ *Zeit. f. civil. und proz.* XIV. 137 и слѣд. Но *Schröter* не оцѣнилъ сочиненія *Oosten-de-Vrugt*'а, его рецензента *Bach*'а, *Trekell*'а, *Tractatio de origine etc.* cap. 3 § 8 стр. 71, *Notman*'а, *Rhap. Q. Observ.* 567.

ри у римскихъ юристовъ не потому, что дѣйствительно нѣтъ доказательствъ, — доказательства существуютъ, — но потому, что отношеніе отца къ дѣтямъ есть отношеніе sui generis, обусловливаемое у всѣхъ народовъ одинаковою точкой зрѣнія. У всѣхъ народовъ бессознательно признается особая связь между родителями и дѣтьми<sup>1</sup>, въ-силу которой является особое представленіе о важности отцовской власти; вотъ напр. Кандиба въ іюнь 1719 г. подаетъ на своего сына жалобу конотопскому уряду, въ которой, между прочимъ, говоритъ, что онъ «началь его (сына) истязать какъ отецъ»<sup>2</sup>... Въ маѣ 1874 передъ ассизами d'Ille-et-Vilaine предстала женщина, обвиняемая въ убійствѣ своей дочери послѣ жестокихъ истязаній; одинъ изъ свидѣтелей показалъ, что онъ былъ не разъ очевидцемъ безчеловѣчнаго обращенія подсудимой съ своей дочерью, и когда онъ, свидѣтель, пытался остановить жестокое въ-обращеніе съ несчастною жертвой, мать всякій разъ отвѣчала: «не вѣшнвзайся не въ свое дѣло..... ребенокъ, вѣдь, мой...». Вотъ на-удачу два примѣра изъ печальной хроники жестокаго обращенія родителей съ дѣтьми: въ обоихъ примѣрахъ, хотя ихъ раздѣляетъ цѣлое столѣтіе, мотивъ наказанія одинъ и тотъ-же: ребенокъ мой, говоритъ мать, я истязую его, я отецъ, говоритъ Кандиба... Въ любомъ процессѣ, въ которомъ фигурируютъ родители, обвиняемые въ жестокомъ обращеніи съ дѣтьми, мы встрѣчаемся съ подобнымъ мотивомъ, и чѣмъ грубѣе среда, изъ которой взятъ процессъ, тѣмъ подобный мотивъ выражается рѣзче, — родители какъ-бы интенсивнѣе чувствуютъ связь свою съ дѣтьми, но связь эта выражается только съ грубѣйшей стороны, съ точки зрѣнія

<sup>1</sup> Напр. у индійцевъ: «... homme parfait qui se compose de trois personnes réunies, savoir sa femme, lui-même et son fils»; lois de Manou, p. 322, Par. 1833; то-же самое признается и у древнихъ кельтовъ, Walter, Das alte Wales, стр. 135, 409.

<sup>2</sup> Статистическій Листокъ, издаваемый проф. И. П. Сокальскимъ, Харьк. 1882. № 11, стр. 176.

наказанія непослушныхъ дѣтей, и оставляетъ слѣды даже въ законодательствѣ, напр. по ст. 1592 уст. о нак. уголов. и испр. родители могутъ безъ судебного разбирательства приговорить къ заключенію дѣтей въ смиренномъ домѣ, — статья, которая въ кассационной практикѣ замѣнена особымъ правиломъ, но только правиломъ... Такого-же взгляда держались и въ Римѣ: если твой сынъ противится тому, чтобы ты управлялъ его имуществомъ, на которое ты имѣешь по закону право пользованія, примѣни къ сыну свою отцовскую власть<sup>1</sup>, и республиканскій періодъ римской имперіи богатъ примѣрами, когда отцы примѣняли къ своимъ дѣтямъ отцовскую власть, осуждая ихъ на смертную казнь, и непримѣненіе отцовской власти въ тѣхъ случаяхъ, когда поведеніе дѣтей вызывало къ тому, рассматривалось какъ исключительная мягкость, ни чѣмъ въ данномъ случаѣ неоправдываемая<sup>2</sup>. Подобныя отношенія могутъ быть объяснены только тою особенною естественною связью, въ-силу которой являются родственныя отношенія между отцемъ и сыномъ: «вызовъ дѣтей изъ небытія» обуславливается другимъ существомъ, отцемъ, благодаря которому они пользуются драгоценнымъ благомъ — жизнью; вотъ почему отцу принадлежитъ надъ ними исключительная власть, — дѣти суть члены его, движущіеся въ той сферѣ, которую указалъ отецъ, и если отецъ имѣетъ мужество отсѣчь себѣ руку, пораженную гангреной, онъ имѣетъ такое-же право убить своего сына, надъ которымъ онъ имѣетъ абсолютное право, какъ надъ слабымъ членомъ своего тѣла, но обуславливаемое кровью отца<sup>3</sup>. Подобная точка зрѣнія, что дѣти обязаны своей жизнью исключительно отцу, на столько рельефно сквозитъ въ законодательствѣ, что напр. пра-

<sup>1</sup> *Patria potestas in eum exercenda, l. 6 § 2 Cod. 6. 61, накажи его, l. 3 Cod. 8, 47.*

<sup>2</sup> *Senec. de clement. 1, 15.*

<sup>3</sup> *Sen. de clem. 1. 14, 3, tarde sibi patrem membra sua abscidat.* Huschke, Studien, 198.

во непризнать ребенка отецъ оправдываетъ тѣмъ, что онъ рожденъ не «ex se», что право изгнать сына изъ семьи, подвергнуть его дисциплинарному наказанію, убить — принадлежитъ только отцу, потому что ребенокъ обязанъ своею жизнью только отцу, и всѣ незамужнія женщины называются вакантными и уравниваются съ цѣлиной, которая ждетъ своего сѣятеля<sup>1</sup>... Понятно, что въ практической жизни подобный взглядъ ничѣмъ не отличался отъ взгляда собственника на ту вещь, которая принадлежитъ ему на правѣ собственности, которую онъ приобрѣлъ самъ, благодаря своей дѣятельности, приобрѣлъ себѣ же ну быть можетъ такъ-же покупкой, прижилъ съ нею дѣтой, и въ результатѣ получилось, что собственность въ разнообразныхъ видахъ концентрировалась въ рукахъ отца, и вотъ въ этомъ, между прочимъ, можно видѣть объясненіе беззимуственности всѣхъ лицъ, входящихъ въ семью: дѣти не имѣютъ собственности, они для себя ничего не могутъ приобретать, результатъ ихъ работы, знанія, таланта — все принадлежитъ отцу. А если вещь принадлежитъ намъ на правѣ полной собственности, то мы можемъ располагать ею по своему усмотрѣнію, мы можемъ продать ее... и отецъ продавалъ сына, — онъ не отдичалъ своего права надъ сыномъ, приобретеннаго въ-силу кровнаго происхожденія, отъ права собственности надъ вещью, приобретенною въ право собственности однимъ изъ квинтскихъ способовъ; и то и другое приобретение имѣло въ основаніи его волю, а следовательно и результаты должны быть одни и тѣ-же<sup>2</sup>. Но, именно, здѣсь авторы, отрицающіе положеніе, что отцовская власть по

<sup>1</sup> См. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности» etc., стр. 6 пр. 7.

<sup>2</sup> § 1 Inst. 2. 9. Sinenis, § 141 пр. 3, Pfordten, Abhandl. стр. 113—215.

<sup>3</sup> Приобрѣтеніе отцовской власти и приобрѣтеніе права собственности въ видахъ подчиняются общимъ принципамъ, разница только въ томъ, что вопросъ — кому принадлежитъ отцовская власть разрѣшается по моменту зачатія ребенка, а вопросъ — кому напр. принадлежитъ прирѣдъ разрѣшается по моменту сепарации, Scheurl, Beitr. 280.

римскому праву, была правомъ собственности, и указываютъ на то обстоятельство, что продажа отцемъ сына не давала покупателю права собственности надъ купленнымъ молодымъ человекомъ, а слѣдовательно и отецъ не имѣлъ права собственности надъ нимъ. Мы не защищаемъ перваго положенія, но должны *vide ius* указать слабый пунктъ возраженія той теоріи, которая видитъ въ отцовской власти только примѣненіе *imperium*. Указанное возраженіе только призрачное... Известно, что по римскому праву свобода гражданина есть неотчуждаемое благо<sup>1</sup>, какъ же вы можете продать въ рабство римлянина римлянину? И отецъ не могъ нарушить этого принципа, по-тому продажа имъ сына римлянину не давала послѣднему права собственности, все равно какъ и продажа свободнаго въ качествѣ раба не даетъ покупателю права собственности, а создаетъ для него только право на очистку<sup>2</sup>, но коль-скоро это главное условіе отпало, т. е. если отецъ продаетъ своего сына не-римлянину, — въ рукахъ покупателя немедленно является право собственности надъ купленнымъ сыномъ<sup>3</sup>. Слѣдовательно, съ точки зрѣнія указанного возраженія, власть отца надъ дѣтьми ни-сколько не является ограниченнѣе въ своемъ объемѣ власти господина надъ рабами, а политическимъ принципомъ неотчуждаемости свободы римляне воспользовались опять-таки весьма рано и не къ пользѣ дѣтей, — явилось правило чисто гражданское, что тоекратная продажа сына, совершенная покупателю римлянину, одному и тому-же или различнымъ, вызываетъ уничтоженіе отцовской власти, эманципацію дѣтей; но эманципація

<sup>1</sup> Продажа свободнаго человека въ качествѣ раба практиковалась какъ мошенничество, противъ котораго былъ изданъ въ республиканскій періодъ *SC-tum participantium causa*; впоследствии развилось преступленіе *plagium*.

<sup>2</sup> L. 39 § 3 Dig. 21. 2, l. 37 Cod. 7, 16.

<sup>3</sup> *Cic. pro Caec. 34, de orat. 1. 40, Liv. 41, 8.* По закону XII таб. приужденный кредиторю несостоятельный должникъ можетъ быть проданъ имъ *trans Tiberim*.

дѣтей не скоро стала разсматриваться съ точки зрѣнія пользы для дѣтей, на-оборотъ, — она была удобнымъ средствомъ для отца избавиться разъ на-всегда отъ лишняго рта въ семействѣ; вспомнимъ, что эманципаціи могли подвергаться даже малолѣтнія дѣти, которыя не могли составить себѣ даже ни малѣйшаго понятія о томъ горѣ, которое ждетъ ихъ мнимая свобода отъ отцовской власти.... И что правосознаніе римлянина не могло провести различія между правомъ собственности и отцовскою властью это видно, между-прочимъ, и изъ того, что вышеуказанное опредѣленіе отца семейства какъ «того, кто имѣетъ власть въ семействѣ» — опредѣленіе, которое отвѣчало вполнѣ дѣйствительности, въ-особенности для ранняго періода развитія римскихъ семейныхъ учреждений, ставить удареніе надъ словомъ собственность (*dominium*). Современные изслѣдователи<sup>1</sup> справедливо замѣчаютъ, что у всѣхъ народовъ индоарійскаго происхожденія слово *pitar* означаетъ прежде всего собственника, такъ-что понятіе родства не связывалось съ этимъ словомъ, но для обозначенія отца въ собственномъ смыслѣ было другое выраженіе — *ganita, genitor*; титулъ *pater* въ знакъ чести прилагался богамъ и богинямъ въ смыслѣ власти, и у римлянъ выраженіемъ отецъ семейства (*paterfamilias*) обозначали не рѣдко тѣхъ лицъ, которые независимо отъ своего возраста могутъ стоять во главѣ имущества, могутъ имѣть въ своей власти тѣхъ или другихъ лицъ, рабовъ или дѣтей, такъ-что «отцемъ», «матерью» можно родиться, не бывши ни тѣмъ, ни другимъ въ дѣйствительности<sup>2</sup>. Источники римскаго права, вѣрные древнѣйшей терминологіи, не дѣлаютъ различія между отцовскою властью и господскою: «посмотримъ теперь, говорятъ

<sup>1</sup> Фюстель-де-Куланжъ, 112, Guirot-Teulon, 151—3, Sargaut, 20.

<sup>2</sup> L. 4 Dig. 1, 6. Всякая честная женщина называется *materfamilias*, l. 46 § 1 Dig. 50, 16.



Институціи императора Юстиніана<sup>1</sup>, какіе существуютъ способы для освобожденія подвластныхъ лицъ (т. е. находящихся въ чужомъ правѣ, *alieni iuris*)», — подобное общее положеніе нельзя объяснить тѣмъ, что Юстиніанъ затруднялся терминологіей: онъ могъ бы сказать «посмотришь, какъ освобождаются дѣти отъ отцовской власти и какъ освобождаются рабы отъ господской», но если относительно терминологіи, которой держался Юстиніанъ въ Институціяхъ и Дигестахъ, можно спорить, то Институціи юриста Гаія суть лучшее доказательство, что древнее правосознаніе не проводило различія между отцовскою властью и господскою: «различно положеніе тѣхъ лицъ, говоритъ Гаій<sup>2</sup>, изъ которыхъ одни находятся во власти (*in potestate*), другіе — во власти мужа (*in manu*), третьи — во власти третьяго лица (*in mancipio*), — выраженіемъ «*potestas*» Гаій отмѣчаетъ одновременно и отцовскую власть и господскую. Но такой же терминологіи держались и другіе юристы<sup>3</sup> опять-таки не потому, чтобы они не могли выразиться яснѣе, а потому что, употребляя общій терминъ, они безсознательно повторяли господствовавшее воззрѣніе на сходство обѣихъ властей, хотя въ ихъ времени природа *manus* и *mancipium* рѣзко обособились до невозможности подведенія ихъ подъ одинъ терминъ.

Съ этой точки зрѣнія весьма важно указаніе римскихъ юристовъ на различное значеніе слова *familia*<sup>4</sup>, семья, оказывающа, что понятію семьи въ смыслѣ родственномъ предшествуетъ понятіе семьи, хотя и не исключающее понятіе родства, но представляющее намъ семью, состоящую изъ отца семейства и лицъ, его власти подчиненныхъ, безъ различія рабовъ отъ дѣтей, и что только впоследствии рабы, какъ имущество, обособляются въ от-

<sup>1</sup> Inst. 1, 12 — какими способами прекращается право власти..

<sup>2</sup> 1. 49, 142; 2. 86, 96; 3. 163, ср. Ulp. 19. 18; 24, 23. 24, Vatic. fr. 300, см. Schröter, l. c. 140 f.

<sup>3</sup> Напр. Ульпіанъ, l. 1 § 4 Dig. 14. 4, l. 1 § 5 Dig. 15. 1, l. 9 § 1 Dig. 27, 6.

<sup>4</sup> L. 195 § 1 — 4 Dig. 50, 16. Puchta, § 194, Jensen, § 4; ниже стр. 12 пр. 3.

дѣльную familia деревенскую и городскую<sup>1</sup>, — « на суровость узъ, связующихъ семейство, указываетъ сама этимологія этого слова; на древнемъ вѣмецкомъ языкѣ, напр., слово *hū* означаетъ и семейство и холодство; то-же и на латинскомъ, — familia и famulus имѣютъ тождественныя значенія », — послѣднія слова Leo<sup>2</sup> указываютъ на первоначальное значеніе римской семьи, когда рабы (famuli) стояли почти на одинаковой линіи съ дѣтьми<sup>3</sup>. Эта « суровость узъ », это сознаніе, что наши дѣти принадлежать намъ, не оставалось только однимъ сознаніемъ, но весьма рано получило юридическую формулировку и довольно рѣзкую, напр. по древнему праву не только отецъ, неуплатившій въ срокъ замятой суммы (pecunia), но и его дѣти становились de facto рабами кредитора, который могъ принудить дѣтей должнива къ работѣ на себя<sup>4</sup>; конечно, это правило не применялось къ дѣтямъ, эманципированнымъ своимъ отцомъ, но дѣло только въ томъ, что по древнему праву связь между отцемъ и его дѣтьми была неразрывна, такъ-какъ до изданія закона XII tab. юридическій путь добровольнаго прекращенія отцовской власти (эманципация дѣтей) не былъ извѣстенъ, хотя способомъ прекращенія господской власти (отпущеніе рабовъ на волю) были извѣстны.....

<sup>1</sup> Lex XII tab. V. 3, Inst. 1. 7, l. 166 Dig. 50. 16, Gaj. 2. 102—104.

<sup>2</sup> Leo, Studien und Skizzen. 95, прим. \*.

<sup>3</sup> На этимологическую связь между familia и famuli указываетъ Gebauer, Exercit. 14 de hereto cito, стр. 382 (Paul. Diac. ex Fest. v. famuli); того-же мнѣнія Böcking, стр. 161 пр. 1; Jensen, l. c., держась замѣчанія Феста (Pauli Diac. v. familia), что въ словѣ familia послѣ «permutata i cum и littera», производитъ familia отъ *amilia*; Rossbach, 14 пр. 42, Ihering, 2. 155 пр. 221, Neuner, 29 пр. 1 и Kuntze, l. c. 373 отъ dha, сидѣть.

<sup>4</sup> Niebahr, 2. 380, Bachofen, 92—98; обращеніе кредиторовъ съ своими несостоятельными должниками было ужасно, возлагаемая на нихъ работы могли посягать на цѣломудріе; извѣстно, что проведеніе закона въ 429 г. объ уничтоженіи экзекуціи надъ личностью несостоятельныхъ должниковъ, Liv. 8. 28, и ихъ дѣтьми, l. 5 Dig. 20. 3, было вызвано постыдными предложеніями, сдѣланными кредиторами красавцу Публиану, разодившемуся in pecunia. См. еще Zeits. f. Oesterr. Gymn. стр. 579 f. 1866 г.

Далѣе, мы выше указали уже на одно изъ правъ отца — право продажи<sup>1</sup> своего сына, обусловливаемое принадлежностью сына своему отцу, другое право — право отыскивать своего сына, въ чьихъ бы рукахъ онъ ни находился, и средствомъ въ тому для отца служить общій искъ, посредствомъ котораго имъ отыскивается свое право собственности (*actio rei vindicatio*) надъ вещью; наконецъ, надъ сыномъ, подчиненнымъ отцовской власти, можно было совершить воровство, — его можно было украсть (*furtum*)<sup>2</sup>, и тогда для отца открывалась возможность отыскивать свою власть (*dominium*) надъ сыномъ, все равно какъ онъ отыскиваетъ тѣмъ-же путемъ свою власть надъ рабомъ.... Любопытно, что возможность кражи сына признавалась еще императоромъ Юстинианомъ<sup>3</sup>..... Отецъ, далѣе, можетъ отдать своего сына въ залогъ кредитору въ обезпеченіе его требованія, можетъ выдать своего сына головой за нанятый имъ постороннему лицу ущербъ. Но тѣ-же права принадлежать отцу и надъ рабами. Не очевидно-ли, что законъ не опредѣляетъ мѣру покровительства, которую отецъ долженъ оказывать своему ребенку въ-силу его молодости и неопытности, не опредѣляетъ крайней мѣры услугъ, которыхъ отецъ въ-правѣ отъ него требовать, не опредѣляетъ мѣры наказанія съ цѣлію воспитанія. Весьма часто дѣлаютъ замѣчаніе<sup>4</sup>, что личность сына прежде всего была признана государствомъ въ качествѣ гражданина, что сынъ всегда остается личностью, тогда какъ рабъ всегда являлся вещью. Не правильнѣе ли будетъ сказать, что за сыномъ, подчиненнымъ отцовской власти, признается воля на-столько, на-сколько подобное признаніе не вредитъ интересамъ отца. Такъ, напр., за сыномъ признается *ius connubii*, т. е. право жениться, но его бракъ безъ согласія отца будетъ ничтоженъ, т. е. отцу принадлежатъ

<sup>1</sup> Gaj. 1, 132.    <sup>2</sup> L. 1 § 2 Dig. 6, 1.    <sup>3</sup> Gaj. 3, 199.    <sup>4</sup> § 9 Inst. 4, 1.

<sup>5</sup> Derenburg, 12, Lange, 100 f.

право или выбрать сыну жену или осудить его на вѣчное безбрачїе; допустимъ, что сынъ, заручась согласїемъ отца, женился, что же, будетъ ли онъ имѣть отцовскую власть надъ своими дѣтьми, будетъ ли онъ имѣть власть надъ женой? Нѣтъ, и отцовская власть и *manus* принадлежать все-таки тому, кто имѣетъ *dominium* въ домѣ. Сынъ можетъ быть опекуномъ, такъ-какъ опека есть государственная обязанность, но, пока живъ отецъ, къ нему какъ къ опекуну нельзя предъявить *actio tutelae* за неправильныя дѣйствїя по веденїи опеки, потому-что своего имущества онъ не имѣетъ. Сынъ имѣетъ *commercium*, т. е. онъ можетъ приобретать, отчуждать и переносить права, но если онъ является приобретателемъ, — считается, что онъ есть представитель отца, слѣдовательно все приобретаемое отойдетъ въ пользу отца, но отчуждать за счетъ отца онъ не можетъ, потому что онъ «можетъ улучшить наше (отцовское) положенїе, но не ухудшить»; завѣщанїя онъ совершить не можетъ, — наоборотъ отецъ можетъ даже подназначить ему наследника; сынъ можетъ заключить обязательство за свой счетъ, но тогда кредиторы должны ожидать того времени, пока онъ выйдетъ изъ отцовской власти, и т. д. Мы намѣтили только въ общихъ чертахъ этотъ юридическій образъ того туземнаго древне-италїйскаго института, который называется отцовскою властью, сущность котораго — парализовать личность сына въ цѣляхъ единства управленїя дома, что оправдывалось вовсе не тѣмъ, что отецъ имѣлъ надъ нимъ господскую власть, а тою естественною связью, которая вызывается рожденїемъ дѣтей отъ отца, и вотъ, именно, говоря, что отецъ и сынъ не могутъ заключить обязательства между собой, юристъ объясняетъ это тѣмъ, что заключить подобное обязательство это значило бы заключить его «съ самимъ собой»<sup>1</sup>; правда, съ точки зрѣнїя государственнаго права сынъ является *paterfamilias*, т. е. напр. онъ можетъ быть магистра-

<sup>1</sup> L. 16 Dig. 47. 2, l. 4, 11 Dig. 5, 1.

томъ, можетъ служить въ военной службѣ, подавать голоса въ народныхъ собраніяхъ, но и этихъ правъ его нельзя преувеличивать: высшій принципъ, который управляетъ всѣми отношеніями, есть « благо государства », этому принципу уступаетъ мѣсто и отцовская власть, но уступаетъ только на-время: мой сынъ избирается магистратомъ; я, хотя и отецъ, долженъ оказать ему тѣ знаки уваженія, которыя требуетъ его санъ; я не имѣю права наказывать сына, прижѣнять надъ нимъ свою отцовскую власть, но точно такъ-же въ государствѣ нѣтъ власти, которая могла бы подвергнуть наказанію недостойнаго магистрата въ теченіи отправленія имъ своихъ обязанностей; но разъ мой сынъ сложилъ съ себя обязанность магистрата — моя отцовская власть оживаетъ и я могу поступить съ нимъ по своему усмотрѣнію, наказать его за тѣ противузаконныя дѣянія, которыя онъ совершилъ отправляя магистратуру. Только весталки и жрецы Юпитера<sup>1</sup> избавлялись отъ отцовской власти вслѣдствіе того, что они посвящались божеству на-всегда, на всю свою жизнь: божество отнынѣ имѣло надъ ними власть, а не отецъ.... Что-же касается участія сыновей въ народныхъ собраніяхъ, то нужно помнить, что право подачи голоса (*jus suffragii*) есть право политическое, при томъ-же право участвовать въ центуріатныхъ собраніяхъ обуславливалось имущественнымъ цензомъ, имущества же своего дѣти не могли имѣть; а военныя обязанности они несли пропорціонально имуществу отца<sup>2</sup>.

Нельзя оставить безъ вниманія развиваемую многими авторами теорію, что отцовская власть есть *imprium*, что отецъ не есть *dominus*, но цензоръ своихъ дѣтей, домашній магистратъ и т. д.<sup>3</sup>. Мы охотно присоединяемся къ этой теоріи, но въ

<sup>1</sup> Gaj. 1, 130.

<sup>2</sup> Liv. 24, 11. — По поводу Liv. 4. 45 см. Madwig, 2. 172 pp.\*.\*.

<sup>3</sup> Lederlin, 21, мнѣніе котораго принимаетъ Waengerow; Beauregard, Hassold, Koenen, Desfragnet.

томъ смыслѣ, что одною изъ функцій отцовской власти было примѣненіе *in pectus* въ тѣхъ случаяхъ, когда подобное примѣненіе вызывалось обстоятельствами. Да и какъ могло быть иначе? Какъ могъ этотъ *dominus*, стоящій во главѣ своего маленькаго замкнутого государства, обойтись безъ власти наказывать непослушныхъ членовъ семьи, все равно какъ онъ могъ обойтись безъ вещнаго иска, посредствомъ котораго онъ отыскивалъ бѣжавшихъ и скрывающихся членовъ? Развѣ мыслимо представленіе какой бы то ни было семьи, въ которой отецъ не имѣлъ бы дискреціонной власти надъ своими дѣтьми? Разница въ томъ, что римскій отецъ, примѣняя свою власть наказывать ослушниковъ, только споспѣшествовалъ государству, приучая своихъ дѣтей къ тѣмъ двумъ гражданскимъ доблестямъ, которыя такъ выдѣляютъ Римъ изъ среды всѣхъ древнихъ государствъ, — умѣть поведѣвать и умѣть повиноваться, этимъ двумя доблестямъ можно было научиться только въ семьѣ, въ которой царствовала строгая дисциплина. Духомъ дисциплины проникнуты всѣ римскія учрежденія; всѣ римскія учрежденія прежде всего созданы въ интересахъ государства, но интересы государства — на первомъ планѣ, и вотъ ради этихъ-то государственныхъ цѣлей семья есть «политическая необходимость»<sup>1</sup>; всѣ права въ ней принадлежать только отцу, только для него существуетъ правосудіе, религія, имущество, словомъ сказать: римская семья — это децентрализація, въ первичной формѣ чрезвычайно удобная для государства, благодаря ей государство является устойчивымъ, потому, что имѣетъ дѣло съ однимъ консервативнымъ элементомъ — отцами, патриархально управлявшими своими семьями, а будущее поколѣніе, воспитанное *in castis patris*<sup>2</sup>, явится на сцѣну строго дисциплинированнымъ. Государству нѣтъ надобности вмешиваться въ регламентацію власти того лица, которое стоитъ во главѣ семьи: отецъ самъ знаетъ

<sup>1</sup> Puchta, § 4.

<sup>2</sup> L. 11 Cod. 8, 54.

наклонности своих дѣтей и знаетъ лучше, чѣмъ кто бы то ни было, а потому онъ самъ и налагаетъ наказанія въ той мѣрѣ, въ какой ему заблагоразсудится<sup>1</sup>. И дѣйствительно, императорская власть начинаетъ регламентировать отцовскую власть съ точки зрѣнія наказанія, — право уголовного наказанія принадлежитъ императору, какъ отцу<sup>2</sup>...; но въ теченіи республики власть не вышшивалась во внутренній распорядокъ семьи, и если есть примѣры вышательства цензора, то подобное вышательство вызывалось не интересомъ дѣтей, но государственными цѣлями, такъ-какъ на обязанности цензора лежало сохраненіе святыихъ обычаевъ, т. е. того нравственнаго фундамента, на которомъ зиждилась римская республика, — вотъ почему благо государства, *salus publica*, могло побудить цензора остановить отца въ примѣненіи имъ наказанія.... И вотъ примѣръ, какъ относились лучшіе люди по примѣненію отцами своей отцовской власти: Цицеронъ не нахвалится закономъ XII таб., а этотъ законъ позволялъ убійство дѣтей своимъ отцомъ, и тотъ-же Цицеронъ высказывается противъ жестокаго обращенія съ рабами<sup>3</sup>. Допустимъ, что отецъ распоряжается личностью дѣтей въ-силу *imperium*, но *imperium* есть видъ власти по мнѣнію римскихъ юристовъ<sup>4</sup>; допустимъ, что отецъ въ своемъ домѣ есть магистратъ, но магистратъ<sup>5</sup> есть лицо, стоящее во главѣ той или

<sup>1</sup> A Begg, 59—62.

<sup>2</sup> Sen. de clem. 1. 14, 2 patrem quidem patriae adpellavimus, ut sciret datam sibi potestatem patriam etc.

<sup>3</sup> Cic. de off. 1. 13, parad. 3, 2.

<sup>4</sup> L. 215 Dig. 50, 16, potestatis verbo plura significantur: in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium. По мнѣнію Моммзена, 1, 48—50, potestas имѣетъ общій смыслъ, въ обыкновенномъ же языкѣ potestas—въ противоположность imperium, т. е. для отрицанія imperium, однако см. Classon, Potestas et imperium, въ Heidelberg. Jahrb. der lit. 589—591. 1872.

<sup>5</sup> Magistratus означаетъ и должность и лицо, ее отправляющее, Paul. Diac., 95, magistri... dicuntur quia omnes hi magis ceteris possunt, unde et magistratus, qui per imperia potentiores sunt quam privati,—это потому,

ной вѣтви управленія и обладающей для того властью<sup>1</sup>. Въ границахъ своего specialнаго порученія онъ есть повелитель (magister) народа, все-равно какъ душа управляетъ тѣломъ<sup>2</sup>, охраняющій *salus publica*, т. е. онъ «поддерживаетъ достоинство и честь государства, хранить законы»<sup>3</sup>, словомъ, онъ — представитель государства, дѣла котораго онъ долженъ выполнять какъ по отношенію къ богамъ, такъ и по отношенію къ людямъ<sup>4</sup>; но какъ можетъ магистратъ заботиться о государствѣ и о пользѣ гражданъ<sup>5</sup>, которые должны его чтить, любить и слушаться<sup>6</sup>, если онъ не будетъ имѣть власти, чтобы смирить лицо ослушавшагося его приказанія; вѣдь онъ, магистратъ, есть законъ говорящій<sup>7</sup>. И въ этихъ цѣляхъ каждый магистратъ получаетъ власть, которая въ рукахъ нѣкоторыхъ магистратовъ не столько обширна, что даетъ ему подъ именемъ *imperium* и высшую военную власть (*teneri exercitus*) и власть судебную (*ad animadvertendum in facinorosos homines*<sup>8</sup>); но подобное обладаніе не свойственно однимъ только магистратамъ: «ни семья, ни государство, ни нація, ни родъ человѣческій не могутъ обойтись безъ нея»<sup>9</sup>. Какъ въ семьѣ, такъ и въ государствѣ власть (*potestas*) понимается въ одинаковомъ смыслѣ; если магистратъ примѣняетъ *potestas* въ сферѣ государственныхъ интересовъ, въ семьѣ — она примѣняется къ сферѣ частно-правовыхъ интересовъ; отецъ не всегда примѣняетъ *imperium*, все-равно какъ и магистратъ примѣняетъ ее въ исключительныхъ случаяхъ, — въ этомъ смыслѣ мы признаемъ отца магистратомъ, тѣмъ болѣе,

---

Моммсен, Staatsrecht, I. 679, что римляне на должность смотрѣли не какъ на абстрактный институтъ, отдѣленный отъ магистрата, но — въ немъ олицетворяющійся.

<sup>1</sup> Paul. Disc., 38, v. cum potestate... Alicui a populo negotio praeficiebatur.

<sup>2</sup> Cic. de rep. 3, 25. <sup>6</sup> Cic. de legg. 3, 1.

<sup>3</sup> Cic. de off. 1, 34, 124. <sup>7</sup> Cic. ib.

<sup>4</sup> Mommsen, I. c. 227. <sup>8</sup> L. 3 Dig. 2, 1.

<sup>5</sup> Cic. de off. 1, 25, 83. <sup>9</sup> Cic. de legg. 3, 1.



что подмечено уже давно сходство между римского государства и в том смысле, что государство в религиозном и международных отношениях напоминает семью, и в том, что власть отца послужила, такъ-сказать, моделью для организации власти общественной<sup>1</sup>; но, вотъ, мнѣ кажется, важнѣйшее сходство между отцовской властью и магистратурой, на которую слѣдовало бы обратить вниманіе. За магистратомъ признается власть, но не обязанность; римляне не могли понять — какими образомъ лицо, имѣющее власть, можетъ быть въ то-же время обязанъ, и вотъ почему невозможно было предать суду магистръ въ теченіи отправленія имъ своихъ обязанностей<sup>2</sup>; но какъ-бы жестоко отецъ ни обращался съ своими дѣтьми — не было власти въ государствѣ, чтобы предать его суду, — власть, принадлежащая отцу, настолько велика, что она исключаетъ всякое влияніе государства, какъ-бы оно ни было благотвѣтельно.

И такъ, отцовская власть у римлянъ есть право. Известно, что у римлянъ весьма рано опредѣлилось различіе права государственнаго (*jus publicum*) и права частнаго (*jus privatum*). Съ точки зрѣнія перваго, отецъ семейства есть прежде всего гражданинъ римскаго государства и, какъ таковой, несетъ различныя обязанности и имѣетъ право подавать голосъ въ народныхъ собраніяхъ, право добиваться магистратуры, — права, которыя рассматриваются какъ истекающія изъ объективнаго порядка; вотъ почему и сыновья, подчиненные отцовской власти, имѣютъ тѣ-же публичныя права, при отправленіи которыхъ они на-время приостанавливаютъ примѣненіе отцовской власти, такъ-

<sup>1</sup> Bach, Unparteiische Kritik über juristischen Schriften, IV. 367—378. 1752; Lange, I, 45; до известной степени эта аналогія принимается Hegel'омъ, I. 260 f., и Mommsen'омъ, I, 52; равно оспаривается Soltau, 257 ff.

<sup>2</sup> Laboulaye, Essai sur les lois criminelles etc., Zumpt, Crim. Rech. 1, 2, 148—150, 220—225, Hegel см. выше стр. 21 пр. 2; примѣры привлеченія ихъ къ суду во время отправленія ими обязанностей встречаются, но это рассматривалось какъ злоупотребленіе.

какъ въ области правъ, источникомъ которыхъ является государство, только ему, государству, принадлежить первенствующее значеніе: высочайшая добродѣтель заключается въ томъ, чтобы мы усвоили себѣ познанія, посредствомъ которыхъ могли бы быть полезными для нашего отечества, ибо мы обязаны отечеству благодарностью болѣе, нежели родителямъ...<sup>1</sup> Но есть другая сфера дѣятельности отца, — частная, въ области которой отецъ семейства является полноправною личностью не только независимую отъ государства<sup>2</sup>, но и какъ-бы вполне изолированную отъ него, вполне изолированнымъ и отъ другихъ семействъ, во главѣ которыхъ стоятъ *patres familias*<sup>3</sup>; въ частной сферѣ дѣятельности, отецъ преслѣдуетъ только свои выгоды (*utilitas*)<sup>4</sup>; но выгода всегда совпадаетъ съ тою степенью власти, которую римскій полноправный и независимый отъ отцовской власти гражданинъ осуществляетъ надъ своею *familia* личною, т. е. состоящею изъ лицъ, подчиненныхъ власти его для удовлетворенія его нуждъ, все-равно какъ удовлетворяетъ его нужды *familia* вещественная, состоящая изъ предметовъ внѣшняго міра; въ этой сферѣ дѣятельности отецъ есть единственный носитель правъ, его личность — синтезъ правъ всѣхъ остальныхъ лицъ, входящихъ въ семью, личность которыхъ абстрактна и проявленіе которой на-время приостанавливается<sup>5</sup>. Только естественное отношеніе, вытекающее вслѣдствіе народженія дѣтей *ex se*, даетъ отцу надъ ними право отцовской власти: «нельзя же представить себѣ формы безъ содержа-

<sup>1</sup> Cic. de repub. 1, 4.

<sup>2</sup> Cic. pro domo, 41, 109, *domus — perfrugium est, ita sanctum omnibus, in Vat. 9, 22. Frontinus, de aquaed. 128, in suis finibus proprium, jux tam res publica, quam privata habent.*

<sup>3</sup> Kuntze, Excursus etc. 345.

<sup>4</sup> Гражданское право определяется «quod ad utilitatem singulorum spectat». I. 1 § 2 Dig 1, 1.

<sup>5</sup> Pernice, 1. 153, 158.

нія»<sup>1</sup>. Государство приняло эту обособленность римской семьи: для него домъ гражданина есть сфера, гдѣ управляетъ отецъ семейства на основаніи своего права, гдѣ развивается его индивидуализмъ въ границахъ, предписываемыхъ полъвой отца, безъ отношенія къ какимъ бы то ни было обязанностямъ къ дѣтямъ<sup>2</sup>. Подобное право отцовской власти съ точки зрѣнія государства отецъ можетъ терять только въ-силу потери гражданскихъ правъ, ибо отцовская власть можетъ принадлежать только гражданину, — нельзя себѣ представить иныхъ случаевъ, когда бы государство отняло у отца его отцовскую власть или навремя приостановило бы ее: отецъ, какъ отецъ, никогда не приходитъ въ столкновеніе съ государствомъ; государство имѣетъ съ нимъ дѣло какъ съ гражданиномъ, право котораго въ частно-правовой сферѣ остается совершенно неприкосновеннымъ; вотъ почему всѣ права, принадлежащія отцу надъ личностью его дѣтей, суть не что иное какъ строго логическіе выводы изъ его власти, какъ бы ее ни называть — *dominium* или *imperium*.

Одинъ изъ ученыхъ XVIII в., Oosten-de-Brug, задавался вопросомъ: право отца убить своего сына — произвольно или нѣтъ? Говоря словами Моммзена<sup>3</sup>, по-поводу древняго общественнаго устройства Рима, можно сказать, что отцовская власть не была создана искусственно и не заимствована; она выросла въ римскомъ народѣ, выросла съ нимъ вмѣстѣ<sup>4</sup>. Нельзя говорить, что законодатель устроилъ такъ или иначе самъ, — можно сказать, что древній законодатель долженъ былъ преклониться передъ этимъ туземно-италийскимъ обычаемъ, повоюющимъ, какъ

<sup>1</sup> А гдѣ мѣтъ этого естественнаго отношенія, тамъ право хотя и существуетъ, но оно *sine re* (*sine persona*). Huschke, Krit. Tübing. Zeitschr. V. 250 ff.

<sup>2</sup> Pernice, 1, 108 f., Ihering, 2, 256—257.

<sup>3</sup> 1, 62.

<sup>4</sup> *Moribus receptum*, l. 8 pr. Dig. 1, 6.

и въ древнѣишихъ римскихъ учрежденіяхъ, на религіи<sup>1</sup>, которая равнѣе образожь не позволяетъ отступать и отцу? отъ тѣхъ правъ, которыя составляютъ тѣмъ-сказать ожидаемый исходъ патриархальной семьи, — въ такомъ отношеніи довольно узкою, для законодательства нѣтъ мѣста. Вѣрвѣиши религіозныя, экономическія причины и старая, какъ само челоуѣчество, привычка переносить все уваженіе и почетъ къ болѣе сильному, — вотъ тѣ основныя причины, которыя могутъ образовать нѣмъ объемъ отцовской власти. Въ силу религіозныхъ вѣрованій, религіозныхъ поиданій, что, давая жизнь своему дѣтяти, отъ вѣсѣль съ тѣмъ приобщаетъ ихъ къ своему культу, даетъ имъ право члѣтъ на-коени ихъ души<sup>2</sup>; этикъ объясняется право отца привнать или нѣтъ ребенка, рожденнаго его женой, зачать отъ него, такъ-какъ религіозныя обязанности, обусловливаемыя приобщеніемъ къ домашнему культу, вѣроятно по нужному какому-то тѣмъ-какъ саникъ объясняется право отца уснновить себя наследника, изгнать недостойнаго изъ семьи и т. д.<sup>3</sup> Отецъ есть родовый жрецъ на своемъ семействѣ отъ индивидуальнаго только фактату; власть котораго отъ индивидуальнаго своей семьи; ребенокъ отъ дѣтства принадлежитъ вѣтъ его окруженныя родственныкъ фредомтъ; ребенокъ ядѣтъ тотъ почетъ и уваженіе, съ которыкъ относится къ отцу все окружающее какъ къ лицу болѣе сильному въ семействѣ, и у ребенка развивается привычка къ повиновенію<sup>4</sup>. Занятіе земледѣліемъ необходимо рас-

<sup>1</sup> Gen. 2, 25.

<sup>2</sup> Моммзенъ, 1. 50; такъ, напр., по закону Нуинъ, отецъ за продажу женатаго своего сына подвергается проклятію.

<sup>3</sup> Ветовныя изображенія (маски) утиспихъ предковъ составляла несомненно часть принадлежностей въ похоронныхъ процессіяхъ; см. напр. описаніе воююря Дурза у Tac. Ann. IV, 9.

<sup>4</sup> Ф-де-Куданжъ, 250.

<sup>5</sup> Rautheval, Institutions etc. 38.

ширяет границы отцовской власти: за сыномъ, почувствовавшимъ довольно въ себѣ силъ для веденія самостоятельнаго хозяйства, нельзя признать права отдѣлиться по произволу отъ отцовскаго дома, — обработка земли требуетъ единенія всѣхъ необходимыхъ силъ<sup>1</sup>, вотъ почему отецъ имѣетъ право убить блуднаго ребенка, убить ребенка чудовищнаго вида, продать сына, отдать его въ залогъ и т. д. Наличный членъ семьи есть прежде всего рабочая сила<sup>2</sup>, результатъ которой всегда отходитъ въ имущественный активъ отца, хотя бы онъ предоставилъ своему сыну часть имущества въ самостоятельное управленіе. Исторія на первыхъ порахъ уже застаётъ всѣ различныя права отцовской власти ясно опредѣленными<sup>3</sup>, единственнымъ ограниченіемъ которой была надежда опять-таки на обычай, что злоупотребленія не будетъ со стороны отца, религія и его естественная привязанность къ нимъ<sup>4</sup>; но объ обязанностяхъ отца относительно дѣтей не могло быть и помину, все-равно какъ и о власти родительской.

Однако, отцовская власть, какъ и многія другія римскія учрежденія, подвергалась въ силу упадка древнихъ религіозныхъ вѣрованій, подъ вліяніемъ юристовъ, императорскаго завѣдательства, христіанства, причинъ экономическихъ и прч., постепенному смягченію правъ отца до того момента, когда за отцовскою властью была признана единственная цѣль воспитанія дѣтей, которое обуславливало примѣненіе домашней дисциплинарной власти; но характерная черта — подчиненіе отцовской власти дѣтей и до окончанія ихъ воспитанія, удержалась по римскому праву навсегда.

<sup>1</sup> Убивали шестидесятилетнихъ стариковъ, Festus, Depo tani, Spangenberg. De veteris Latii religionibus etc. § 5 стр. 8; ср. Demellius, Rechtsfict. 10.

<sup>2</sup> Globig, 27; Dernburg, 9, 10, 13; Lange, 1, 45; Wallon, 66; Gimmerthal, § 4, Arnold, Rechtsleben, 104.

<sup>3</sup> Dion. 2. 15.

<sup>4</sup> Отецъ, напр., не обязанъ давать своимъ дѣтямъ *cautio usufructuaria*, ибо его любовь къ нимъ есть виднаго достаточное обезпеченіе.

## II.

### Право произвести выкидышъ (*procuratio abortus*).

Мы сказали выше, что ребенокъ съ перваго своего движенія въ утробѣ матери подпадаетъ подѣ власть своего отца. Но, спросить, какъ можетъ находиться во власти отца зародышъ? Очень просто: отецъ можетъ приказывать своей женѣ произвести выкидышъ<sup>1</sup>, такъ-какъ отцу принадлежитъ абсолютное право составить себѣ семью такъ или иначе. Въ Римѣ весьма долго не занимались *embryo*, нельзя же считать заботой со стороны законодателя постановленіе, приписываемое Нумѣ, о совершеніи цесарскаго сѣченія надъ женщиной, умершею до разрѣшенія отъ бремени, нельзя потому, что, по буквѣ закона, подвергается цесарскому сѣченію умершая женщина, быть можетъ, вслѣдствіе того наблюденія, что, при смерти самоѣ, щенки переживаютъ свою мать, а оправдывался законъ и обязанностью сохраненія рода и различными религіозными взглядами на сожженіе умершей женщины съ плодомъ несомнѣнно живымъ<sup>2</sup>. Законъ XII таблицъ ничего не говоритъ о правѣ отца на изгнаніе плода, — въ законѣ XII табл. нѣтъ ни слова о дѣтяхъ, рожденныхъ матерью въ обычный срокъ беременности, но послѣ смерти отца (*posthumi*), — наследникомъ по закону считается тотъ, кто находится во власти отца по день его смерти, т. е. уже рожденный, существующій на свѣтѣ<sup>3</sup>. Но изъ молчанія закона XII

<sup>1</sup> См. ниже: стр. 27 пр. 3, стр. 28 пр. 1.

<sup>2</sup> Dig. 11, 8; примѣръ у Val. Max. 1, 8, 5. Этотъ законъ съ XVI в. вводится въ различныхъ государствахъ съ характеромъ то полицейскимъ, то религіознымъ, только операція уже производится надъ живою женщиной, въ-виду болѣе или менѣе вѣроятнаго спасенія жизни матери, см. Нейманъ, стр. 6 и слѣд. Ср. L. 1 § 9 Dig. 38, 8 (9), Brissonius, Op. min. 60.

<sup>3</sup> Ulp. 22, 14, G. j. 2, 156, 3, 2; § 2 Inst. 2, 19; § 2 Inst. 3, 1; L. 6 Dig. 38, 16 «in rerum natura», быть можетъ въ законѣ XII таб. стоило «superstes», но догадывъ Pernice, 1, 198 пр. 12, ср. L. 7 Dig. 37, 9, L. 231 Dig. 50, 16.

табл. нельзя дѣлать заключенія, что обычай будто-бы осуждалъ производство выкидышей, напротивъ: изъ закона XII табл. видно, что обычай даже рекомендовалъ убійство дѣтей чудовищнаго вида, — только, благодаря постановленіямъ о наследованіи виі «своихъ», законъ давалъ возможность позднѣйшей юриспруденціи ввести нѣкоторыя опредѣленія на-счетъ ребенка, который послѣ своего рожденія станетъ лицомъ *sui iuris*<sup>1</sup>; но, пока римское законодательство стало на эту точку зрѣнія, прошло много времени, въ теченіи котораго римляне познакомились со взглядами греческихъ философовъ на *эмбрио* и на право государства ограничивать количество рожденій.

Греки и римляне на бракъ смотрѣли съ одинаковой точки зрѣнія: обязанность женитьбы есть обязанность государственная<sup>2</sup>. Сократъ заходитъ такъ далеко, что рекомендуетъ очищать половыя отношенія между привилегированными лицами и сдѣлать ихъ менѣе частыми съ лицами низшихъ сословій; свободныя половыя отношенія возможны только тогда, если лице привилегированнаго сословія переступило уже за тотъ возрастъ, когда оно можетъ народить дѣтей государству, и если такое лицо понесчастно забеременѣетъ, — «пусть выброситъ свой плодъ»<sup>3</sup>. Что же касается вообще дѣтороженія, то Сократъ совѣтуетъ оставлять въ живыхъ перворожденнаго «если хотятъ имѣть избранныя стадо»; перворожденныхъ, совѣтуетъ онъ, нужно отдавать коринтицамъ, живущимъ внѣ города, а дѣтей послѣ рожденныхъ и уродовъ нужно помѣщать въ такія мѣстности, гдѣ бы ихъ трудно было найти. Какъ пастухъ долженъ очищать свое стадо, отдѣляя здоровыхъ животныхъ отъ больныхъ, такъ и законодатель долженъ очищать государство, примѣняя даже насильственные мѣры; въ политикѣ, какъ и въ медицинѣ, лучшія средства суть наиболѣе причиняющія боль, — населеніе въ

<sup>1</sup> Gluck, *Intestaterbfolge*, стр. 123, 280; Schirmer, стр. 137.

<sup>2</sup> Aristot. *Polit.* II. 2.

<sup>3</sup> Plato, *Repub.* V. 8—9.

государствъ должно быть *in statu quo*, а потому нужно ограничивать дѣторожденіе. Такое же право приписываетъ совершенному государству и Аристотель: нужно, говоритъ онъ, указать женщинамъ норму количества дѣтей... если онѣ рождаютъ сверхъ определенной нормы, необходимо, чтобы онѣ произвели выкидыши, но съ тѣмъ ограниченіемъ, по мнѣнію Аристотеля, что этотъ выкидышъ позволенъ только до того момента, пока плодъ, foetus, не получалъ жизни и чувства»<sup>2</sup>, а выше онъ высказываетъ общее желаніе о томъ, чтобы былъ изданъ законъ, который опредѣлитъ бы разъ навсегда — «какія дѣти должны быть уничтожены и какія должны быть кормлены»<sup>3</sup>. Такъ регламентируетъ совершенное государство то стремленіе человеческой природы, которое наиболее сильно въ человѣкѣ послѣ стремленія къ пищѣ и жадѣ, — государство является Молохомъ, ради котораго человѣкъ приноситъ въ жертву естественную привязанность къ рожденнымъ своимъ дѣтямъ. Подобное право, принадлежащее совершенному государству, по взгляду греческихъ философовъ, не шло въ разрѣзъ ни съ практикой римской жизни, ни со взглядами римскихъ юристовъ и философовъ и только съ точки зрѣнія ненаказуемости подвергалось ограниченію въ томъ отношеніи, насколько наличность наследника обуславливалась высшими требованіями религіи. Что касается практической жизни, то первый примѣръ, если мы не ошибаемся, когда римскія матроны наказали республику неплотдіемъ, относится къ 356 н. э. с. Ливій рассказываетъ, что право ѣздить въ особой колесницѣ (сагрента) матроны получили вслѣдствіе своего патріотизма, — онѣ, какъ извѣстно, дали возможность Камиллу выполнить обѣтъ, принесенный имъ Аполлону, передавши Камиллу свои золотыя украшенія; вскорѣ,

<sup>1</sup> Plato, *ib.*

<sup>2</sup> Aristot. *Polit.* VII. 14.

<sup>3</sup> *ib.* 16.



однако, сенатъ отнимаетъ у нихъ право. Явдить въ колесницахъ, и вотъ матроны, оскорбленныя, даютъ торжественное обѣщаніе «не быть матерями, оставаясь женами», и сдержали свое обѣщаніе, такъ-что сенатъ долженъ былъ уступить и возвратитъ имъ отнятое у нихъ право, вслѣдствіе чего дѣторожденія увеличились, и сенатъ построилъ богинѣ *Concordia* храмъ въ знакъ благодарности<sup>1</sup>. Съ упадкомъ нравовъ этотъ ужасный обычай прибѣгать къ «плодоубійцѣ» практиковался во всѣхъ классахъ общества; для примѣра довольно указать на то поздравленіе, которое приносить Сенека своей матери — «ты не подражаешь римлянкамъ, которыя прибѣгаютъ къ аборту, чтобы не прерывать своихъ удовольствій и не терять красоты»<sup>2</sup>. . . . Родители, т. е. отцы, опасаясь обязанности надѣлать внослѣдствіи своимъ дочерямъ приданымъ при выходѣ ихъ въ замужество, не рѣдко прибѣгаютъ къ аборту, это — уже финансовыя соображенія<sup>3</sup>. Въ самой юриспруденціи обычай этотъ находилъ твердую опору. Юристы считаютъ зародышъ за часть «матернаго чрева», не имѣющую самостоятельнаго существованія; эта часть, какъ и всякій плодъ, получаетъ только тогда самостоятельное значеніе, когда, отдѣлившись отъ матери, получаетъ отдѣльное существованіе, а это съ *embryo* будетъ только тогда, когда онъ станетъ среди *terram naturam*<sup>4</sup>, — до тѣхъ же поръ *embryo* есть только *spes animantis, nondum animal*,<sup>5</sup> — при такомъ взглядѣ, находившемъ себѣ основаніе въ стоической философіи<sup>6</sup>, совершить абортъ не есть преступленіе.

<sup>1</sup> Liv. V. 25, Plat. Q. R. 56, Niebuhr, IV, 235.

<sup>2</sup> Consol. ad Helv. 16.

<sup>3</sup> Terent. Adelph. V. 1, 23—24. Propert. 2. 7, 13 и пр.

<sup>4</sup> Выше стр. 24 пр. 3; Mühlenbruch-Glück, XXXVI, 154; 173, Pernice, l. c., Bulow und Hagemann, IV, № 169, стр. 350.

<sup>5</sup> L. 1 § 8 Dig. 38, 8 (9) «nondum animal», — по чтенію fratres Kriegelii.

<sup>6</sup> Ortlöff, 37, Rein, 458, Pothier, 20, 338. По мнѣнію стоиковъ, *foetus* не есть живущее; такъ напр. Эмпедоклъ и Геронилъ (Plat. De placitis etc. XV, ed. Reiske, 9. 583, Pernice, l. c., стр. 196 пр. 41) полагаютъ, что дѣти рождаются неодушевленными и одушевляются только съ первымъ дыханіемъ;

Но здѣсь свобода произвестъ выкидышъ ограничивалась кореннымъ римскимъ взглядомъ на необходимость наследника для поддержанія рода. Конечно, отецъ имѣлъ всегда право вѣстать свою жену сдѣлать нѣсколько прыжковъ или прибѣгнуть къ эмбриофакту, — онъ, какъ отецъ, за это не подвергается наказанію<sup>1</sup>; но совершить абортъ противъ воли отца семейства считалось преступленіемъ. Цицеронъ разсказываетъ, что одна женщина въ М. Азіи, изъ Милета, была присуждена къ смерти за абортъ надъ собой, потому что, произведя абортъ, она разрушила надежду его отца, память его имени, — поддержаніе рода, наследника его семьи<sup>2</sup>; тотъ-же мотивъ наказуемости за совершеніе аборта былъ повторенъ много позже императоромъ Свптимиємъ Северомъ<sup>3</sup>; въ той-же рѣчи Цицеронъ замѣчаетъ, что убійство плода постороннимъ лицомъ, но безъ соучастія матери (противъ ея воли), также наказуемо и сильнѣе, чѣмъ если оно совершено самою женщиной<sup>4</sup> — въ этомъ случаѣ изгнаніе плода подходитъ подъ вліяніе закона Корнелія объ убійствѣ<sup>5</sup>. Слѣдовательно, если актъ совершается безъ умысла лишить наследства, или женщиной *sui iuris*, или подъ вліяніемъ тѣхъ, которые имѣютъ ее въ своей власти, абортъ — не наказуемъ, и на-оборотъ: изгнаніе плода кѣмъ-нибудь про-

---

свѣд. то различіе, на которое указываетъ Аристотель (см. выше стр. 26), было принято только медиками, ибо Гиппократъ въ своемъ «клятвенномъ обѣщаніи» даетъ торжественное обѣщаніе, что онъ «никогда не осудитъ женщинъ такихъ лжкарствъ, которыя вызываютъ абортъ, конечно плода уже одушевленнаго, иначе невозможно объяснить содѣяніе Гиппократа, въ сочиненіи «О природѣ дѣтей», вызывать выкидышъ прыжками. Traduction des oeuvres médicales d'Hippocrate, II. 180, 399.

<sup>1</sup> L. 8 Dig. 48, 8.

<sup>2</sup> Cic. pro Cluent. XI. Or. I. 10 Dig. 48, 19.

<sup>3</sup> L. 4 Dig. 47, 11.

<sup>4</sup> Cic. cit. сравниваетъ преступленіе, совершаемое Оупіанникомъ, говоря: «quinto Oppianicus in eadem injuria majore supplicio dignus» etc.

<sup>5</sup> Это — homicidium, но не abactio partus; различіе между обоими преступленіями — юридическое, а не философское, по мнѣнію Ratzjen'a, 77.

тѣмъ воли мужа или противъ воли матери наказуемо, но въ обоихъ случаяхъ объектомъ преступленія является не embryo, а сама мать или отецъ; вотъ почему если мать умретъ вслѣдствіе неудачнаго выкидыша — наказаніе увеличивается<sup>1</sup>, преступленіе не подвергается давности<sup>2</sup>. Введеніе императоромъ Августомъ извѣстныхъ привилегій для лицъ, которые народили 3—4 дѣтей, оказало вліяніе на сохраненіе дѣтей въ томъ смыслѣ, что отцу нужно было сохранить только опредѣленное количество дѣтей, такъ-что произвольный со стороны жены выкидышъ дѣтей считался за обиду<sup>3</sup>, причиненную ею своему мужу. Северъ впервые постановляетъ наказаніе — изгнаніе матери за учиненный ею абортъ<sup>4</sup>. Но выкидыши, производимые забеременѣвшею дѣвicioю, оставались ненаказуемы<sup>5</sup>.

### III.

#### ВЫБРАСЫВАНІЕ (EXPROBITIO) ДѢТЕЙ.

«Слѣдуетъ ли оставить новорожденнаго въ живыхъ» — зависитъ отъ усмотрѣнія его отца: зародышъ есть часть матери, актомъ родовъ онъ отдѣляется отъ матери, и для того, чтобы войти въ семью, подчиниться отцовской власти, — онъ долженъ быть признанъ отцомъ, такъ-какъ кровныхъ узъ, связующихъ ребенка съ отцомъ, еще недостаточно для введенія его въ семью. Признаніе ребенка совершалось тѣмъ, что отецъ или его представитель поднимаетъ (*liberos tollere*) въ себѣ на грудь или на колѣни положеннаго у его

<sup>1</sup> § 14 Sent. 5. 23, l. 38 § 5 Dig. 48. 19, l. 3 § 2 Dig. 48, 8.

<sup>2</sup> L. 8 Dig. 48, 8.

<sup>3</sup> Ссылка на изгнаніе, l. 8 cit., l. l. 38—39 Dig. 48. 19, l. 4 Dig. 47, 11.

<sup>4</sup> L. 4. cit., l. 39 cit. — примѣненіе наказанія къ женщинѣ, разведшейся съ мужемъ.

<sup>5</sup> Tertull. Apolog. 9. — Императоръ Юстиніанъ, удерживая вышеуказанныя наказанія, признаетъ между прочимъ *procuratio abortus*, произведенное женой, причиной для развода, Nov. 23, 16.

ногъ акушеркой новорожденнаго<sup>1</sup>, поручая за-тѣмъ младенца въ защиту богинѣ Levana<sup>2</sup>. Въ случаѣ неприванія отцешъ ребенка — онъ осуждался на expositio. Древній міръ не под-вергалъ сомнѣнію этого права отца<sup>3</sup>.

Вотъ сцена изъ Теренція:

С и р ъ (*про себя*).

«Эго оправданіе гласитъ о какой-то продѣлкѣ.

С о с т р а т а.

Помнишь ли ты, что я была беременна, а ты мнѣ рѣшитель-но объявилъ, что если у маца родится дочь, ты не намѣренъ воспитывать ее.

Х р е м е т ъ.

Уже знаю, что ты сдѣлала; ты ее воспитала.

С и р ъ (*про себя*).

Это такъ; барыня, а и баринъ, — всѣ мы въ вѣтришѣ отъ этого убытка.

С о с т р а т а (*въ отвѣтъ Хремету*).

Ничуть; но здѣсь была старуха коринтеянка, женоцна до-вольно порядочная, ей дала ее подкинуть.

Х р е м е т ъ (*поднимая руки къ небу*).

О Юпитеръ! мыслима ли такая глупость?

<sup>1</sup> Juv. Sat. IX. 84 tollit, Terent. Andr. III. 1, 6 jussit tolli; l. 3 Cod. 6, 29, in terram cecidit.

<sup>2</sup> Quae levat infantes de terra, August. De civ. d. IV. 11.

<sup>3</sup> Только одинъ, сколько мнѣ известно, Подибій, въ отрывкѣ 37-й книги сво-его сочиненія, высказываетъ желаніе объ изданіи закона, который поставилъ бы отцу въ обязанность воспитывать всехъ своихъ дѣтей. — Любопытно, что Helvetius, Oeuv. 4. 144, защищаетъ обычай expositio, какъ способъ увеличенія народонаселенія; известно, что Китай густо населенъ, но въ Китаѣ отецъ не рѣдко прибѣгаетъ къ выбрасыванію дѣтей, см. Humes, Essays etc. I. 396, Scherzer, La puissance paternelle en Chine (Biblioth. Orient. Par. 1878) стр. 16 слѣд. Hobbes, De cive, 9, § 2, признаетъ за матерью право выбро-сить ребенка, или убить его, Leviath. 20.

Вѣда живъ! что-же я сдѣлала?

Х р е м е т ь .

Еще спрашиваешь?

С о с т р а т а .

Если я сдѣлала ошибку, Хреметъ, то сдѣлала необдуманно.

Х р е м е т ь .

Въ этомъ-то я вполне убѣжденъ, если и ты не признаешься, что ты всё говоришь и дѣлаешь необдуманно и неблагоразумно; столько ошибокъ обнаруживаешь въ этомъ дѣлѣ. Уже, во-первыхъ, если-бы ты хотѣла исполнить мое приказаніе, то надо было умертвить ее, не увѣрять на словахъ, что она умерщвлена, на самомъ-же дѣлѣ, дать ей вѣрную надежду на жизнь. Но оставлю это; жалость, чувство материнское: допускаю. Но какъ хорошо предусмотрѣно тобою! Чего ты желала! Подумай же! Значить, дочь тобою уже совершенно отдана на произволь этой старухи, чтобы она, благодаря тебѣ, или сдѣлалась проституткой, или была продана какъ невольница. Ты, полагаю я, думала такъ: «Всё ей хорошо, лишь-бы жила». Что дѣлать съ людьми, которые не знаютъ ни права, ни того, что хорошо и справедливо! Лучше ли, хуже ли, полезно ли, вредно ли, — ничего не видать, кромѣ только того, что имъ нравится»<sup>1</sup>.

Тацитъ съ удивленіемъ замѣчаетъ, что у евреевъ и германцевъ считается грѣхомъ невоспитывать своихъ дѣтей. Императоръ Августъ, который противодействовалъ отчасти выбрасыванію дѣтей введеніемъ *ius liberorum*, самъ выбрасываетъ ре-

<sup>1</sup> Terent. *Heautontim.* III. 4, 625—640, въ переводъ проф. Делленд. Зап.-харьк. унив. 1879. 1, 350—351. См. еще Terent. *Eunuch.* 4. 6; Plaut. *Cistell.* 4. 1. *Juv. Sat.* VI. 602; по замѣчанію Apul., *Metamorph.* X. 23, дѣвочки подвергнутся чаще *exprobratio*, чѣмъ мальчики.

<sup>2</sup> Tac. *Hist.* 5. 5, Germ. 19.

бенка своей внучки Юли<sup>1</sup>; Клавдій приказывает выбросить свою дочь голою передъ порогомъ дома матери, хотя дѣвочки пошелъ уже 5-й мѣсяцъ<sup>2</sup>. Иногда на expositio обрекался ребенокъ вслѣдствіе худыхъ предназначеній<sup>3</sup> — то вслѣдствіе ссоры родителей<sup>4</sup>, иногда даже въ знакъ публичнаго траура<sup>5</sup>: такъ мало цѣнилась жизнь дѣтей! Дѣти выбрасывались у небольшого озера<sup>6</sup>, находившагося въ населенномъ кварталѣ — Velabrum. Судьба этихъ несчастныхъ дѣтей — печальна: они или умирали съ-голоду и холоду, пожирались голодными собаками<sup>7</sup>, или попадали въ собственность нашедшимъ ихъ<sup>8</sup>, а затѣмъ они подвергались изувѣченію съцѣлю милостини<sup>9</sup>, обучались гладиаторскимъ играмъ<sup>10</sup>, дѣвочки предназначались въ lupanar, мальчики — на педерастію, во всякомъ случаѣ — свобода ихъ фактически была сужена<sup>11</sup>, хотя expositio не была средствомъ уничтоженія отцовской власти<sup>12</sup>, — только отецъ, отыскивающій свою власть надъ выброшеннымъ имъ нѣкогда ребенкомъ, обязанъ вознаградить принявшаго ребенка за всѣ издержки, употребленныя имъ на воспитаніе подкидыша<sup>13</sup>; позднѣе, императоръ Траянъ рекомендуетъ Плинію держаться правила, что ребенокъ самъ никогда не теряетъ права отыскивать свою свободу и не несетъ обязанности оплачивать издержки на воспитаніе лицу, которое подняло его<sup>14</sup>.

Подобное выбрасываніе дѣтей, хотя бы они родились при нормальныхъ обстоятельствахъ, зависѣло исключительно отъ отца; но были случаи, когда государство требовало убійства дѣтей, — это именно тогда, когда рождались на свѣтъ чудовища,

<sup>1</sup> Suet. Oct. 65.

<sup>2</sup> Suet. Claud. 27.

<sup>3</sup> Sen. Controv. V, 33.

<sup>4</sup> Tertul. Apolog. 9.

<sup>5</sup> Lactant. Div. Inst. 6, 20, Justin. Mart. Apolog. 27. Dirksen, Hinterlassene Schriften, 2, 265.

<sup>6</sup> Sen. Controv. X. 4.

<sup>7</sup> Quint. Declam. 278.

<sup>8</sup> Plin. Ep. X. 71.

<sup>4</sup> Suet. de illustr. gramm. 21.

<sup>5</sup> Suet. Cal. 5.

<sup>6</sup> Juv. Sat. VI. 602—3.

<sup>12</sup> L. 3 Cod. 8, 49.

<sup>13</sup> Quint. выше, пр. 10.

<sup>14</sup> Plin. Ep. X, 71—72.

или слабо..... «Мы убиваемъ бѣшеныхъ собакъ, быковъ, если они злы и опасны, рѣжемъ больныя стада, чтобы они не заразили другихъ животныхъ... убиваемъ нашихъ дѣтей, если они слабы»<sup>1</sup>; рожденіе подобныхъ дѣтей считалось признакомъ грозящаго несчастія, той-же судьбѣ подвергались и гермафродиты (*androgyni*), — ихъ закупоривали въ ящикъ и бросали въ море гдѣ-нибудь внѣ Рима<sup>2</sup>. Иногда приносили человѣческія жертвы въ-видахъ искупленія проступка (*piaculum*), а медики производили вскрытія живыхъ рабовъ<sup>3</sup>...

Древнѣйшимъ ограниченіемъ отцовской власти съ точки зрѣнія *expositio* дѣтей было постановленіе одного изъ царскихъ законовъ, въ-силу котораго отецъ обязанъ былъ воспитывать мальчиковъ и перворожденныхъ дѣвочекъ (если они не были ни уроды, *monstra*, ни слабыя, *debiles*, — такого ребенка отецъ предварительно долженъ былъ показать пяти сосѣдямъ). Какъ ни объяснять этотъ законъ<sup>4</sup>, но онъ ко времени изданія закона XII

<sup>1</sup> *Sen. Controv. III (de ira, lib. 1) 15. 2*; иль нужно немедленно убить для отлученія несчастія, *Liv. 27. 37*, напр. — родился ребенокъ о двухъ головахъ; обѣ одной рукой; безъ глазъ и безъ носа; безъ конечностей, *Liv. 34, 45, 41, 13, 26*. Для иллюстраціи можно указать на мнѣіе протестантскаго богослова XVIII в., который отказываетъ въ св. крещеніи уродамъ, *Voehmer, I. E. P. III. 42 § 10, стр. 826, monstra... hominum numero non habentur, ergo nec baptizanda.*

<sup>2</sup> Въ первый разъ въ 545 г., *Liv. 27. 37*; см. еще 31, 12, 39, 22.

<sup>3</sup> *Cels. de re medic. I, Praef.; Tertul. de anim. 10. Ср. § 15—17, Sent. 5. 23*, — этотъ ужасный культъ явился послѣ знакомства съ Египтомъ и Ассиріей; этому знакомству нужно приписать обреченіе себя на жертву (*devotio*), которое особенно часто практиковалось въ періодъ языческихъ императоровъ.

<sup>4</sup> Затрудненіе заключается въ томъ, что Дионисій, 2, 15, изложивши указанный нами въ текстѣ законъ Ромула, серьезно ограничивающій отцовскую власть, ниже, 2, 26, 27, замѣчаетъ, что *Romulus omnem potestatem in filium patri concessit*. Попытки объясненія этого противорѣчія см. у *Dirksen'a, Uebersicht, 269, Rein'a Criminalrecht der Römer, 441, Dubois, Histoire du droit criminel, 1, 241; Haubold, Synopsis etc., замѣчаетъ, что lex a Dion. Hal. allata de infantibus necandis etc. cum patria potestate omnino nihil habet commercii; Koenen, Specimen etc. 29, принимаетъ мнѣіе Noodt'a, Lederglin, Dissertations, 39.*

банка  
свои  
по  
б

тѣмъ уже не критиковалъ, и отецъ широко могъ воспользоваться своимъ правомъ *expositio*; уголовное законодательство римской республики — законы Корнелия объ убійствѣ и Помпея объ оти-убійствѣ не затрогиваютъ отцовской власти. Само государство рассматривало дѣторожденіе какъ необходимое зло<sup>1</sup>, и когда печальныя послѣдствія этихъ преступленій живо отразились на населеніи<sup>2</sup>, тогда пришлось прибѣгнуть къ общаго вида награде тѣмъ, у кого существуютъ дѣти, пришлось раздавать *congrua*, учреждать стипендіи, ставя послѣднія въ тѣсную связь съ устройствомъ поземельнаго кредита<sup>3</sup>. Правда, юристъ Павелъ замѣчаетъ, что «убить» и «выбросить» — понятія тождественныя<sup>4</sup>, но едва-ли можно думать, чтобы во время классическихъ престоіе *expositio* было навазуемо, такъ-какъ законъ Помпея *de parricidiis* не былъ измѣненъ, а известно, что по этому закону наказывается только мать за убійство своего ребенка, потому-что она не имѣетъ отцовской власти. Диоблѣтианъ признаетъ формально эти преступленія и наказываетъ отца выброшенной дочери только тѣмъ, что онъ теряетъ право воспринять ея въ домъ замужъ за сына лица, воспитавшаго ее, если только не оплатилъ всѣхъ издержекъ на ея воспитаніе<sup>5</sup>. Подъ вліяніемъ христіанства учреждаются воспитательныя дома для сиротъ (*orphotrophia*). Тщетно христіанскіе проповѣдники поднимали свой суровый голосъ противъ

<sup>1</sup> Cic. de legg. 3. 8. Spaugenberg, Ueber d. Verbrechen d. Kindermords etc. in Neue Archiv d. Criminalrecht, 3, 1 — 30. 359 — 382.

<sup>2</sup> Метеллы у Gell. 1, 6.

<sup>3</sup> Полибий, 1. 63, утверждаетъ, что въ его время государство не было въ состояніи поставить такое-же количество солдатъ и моряковъ, какое оно поставило въ первую пуническую войну. См. нашу статью въ газ. «Южный край», 1881, № 74.

<sup>4</sup> См. ниже объ *alimenta publica*.

<sup>5</sup> L. 4 Dig. 26, 3.

<sup>6</sup> L. 16 Cod. 5, 4.



этих преступлений — *abactio partus* и *expositio*<sup>1</sup>. Ученые, однако, разошлись при рѣшеніи вопроса — когда *expositio*, совершенное отцемъ, стало рассматриваться преступленіемъ — со времени ли императора Константина или позже. Мы склоняемся къ тому мнѣнію, что со времени императора Константина, а не позже, оба родителя, отецъ и мать, подвергались одинаковому наказанію за совершенное ими *expositio* ребенка<sup>2</sup>. — Конституція объ этомъ была издана въ 319 г., а въ 331 г. императоръ постановляетъ, что *expositio* уничтожаетъ отцовскую власть; ребенокъ отнынѣ не можетъ добиваться свободы, онъ становится рабомъ лица, поднявшаго его<sup>3</sup>. Конечно, подобное постановленіе объясняется тѣмъ соображеніемъ, что государь, фиксируя права воспитателя, хотѣлъ увеличить количество лицъ, желавшихъ принимать къ себѣ выброшенныхъ дѣтей<sup>4</sup>.

Но выбрасываніе дѣтей не прекращалось.... Не прекратилось оно и послѣ императоровъ Валентиніана, Валенса и Граціана, которые вновь, въ 374 г., подтвердили постановленія императора Константина.... Родители, прибѣгая къ этому испытанному средству отдѣлаться отъ лишняго рта, оставляютъ дѣтей на произволъ въ церквяхъ, рассчитывая заявить впоследствии

<sup>1</sup> Tertull. ad nation. 15, Lactant. instit. Div. 6, 20.

<sup>2</sup> L. un. Cod. Th. 9. 15; l. un. Cod. 9. 17, l. 2 Cod. 8. 52, l. 8 Cod. 9, 16.

<sup>3</sup> L. 1 Cod. Th. 5, 7.

<sup>4</sup> L. 1 cit. говорить, что отецъ не можетъ отыскивать своего права надъ выброшеннымъ сыномъ; если такъ, то можно ли утверждать, что уже во время Константина отецъ за *expositio* наказывался смертною казнью? Мы думаемъ, что упоминаніе въ l. 1 cit. объ отцѣ — или плеоназмъ: какой отецъ рѣшился бы признать въ совершеніи того преступленія, которое не погашается давностью, Rein, 278; Maueg, 281, или же — дополненіе къ конституціи отъ 319 г. Sprangenberg, Arch. cit.; защищающій мнѣніе, что *expositio* стало наказуемо со времени императора Валентиніана, основывается, между прочимъ, на томъ, что употребленное императоромъ Константиномъ слово «*filii*» мы не имѣемъ права понимать въ смыслѣ «*infantes*», но подъ выраженіемъ *filii* юристы понимали вообще дѣтей, l. 48 Dig. 50. 16, l. 6 Dig. 1. 6. l. 1 Dig. 37, l. 2 Cod. 4, 43.

на ребенка, когда онъ будетъ кѣмъ-нибудь изъ милосердія вскормленъ, право собственности, какъ на раба.... «Чуждое челоуѣческому разуму преступленіе», восклицаетъ императоръ Юстиніанъ, который, вновь угрожая наказаніями за *expositio*, признаетъ, что подброшенный ребенокъ долженъ оставаться свободнымъ, а не обращаться въ раба<sup>1</sup>.

#### IV.

Права отца, которыя могутъ быть объяснены экономической точкой зрѣнія.

А. Отецъ имѣетъ право на рабочую силу дѣтей. Право это выражается въ различныхъ формахъ:

а) Въ силу своей власти, отецъ можетъ принудить своихъ дѣтей къ исполненію различныхъ профессиональныхъ работъ (*operae industriales, artificiales vel fabriles*) у себя ли въ домѣ или отдавая ихъ въ наемъ<sup>2</sup>; въ послѣднемъ случаѣ заработокъ сына отойдетъ отцу. Исполненіе дѣтьми указанныхъ работъ отцемъ, хотя и стоитъ въ связи съ вопросомъ о воспитаніи дѣтей, но по римскому праву оно есть слѣдствіе отцовской власти<sup>3</sup> и не зависимо отъ того, что по самой природѣ дѣти должны повиноваться родителямъ<sup>4</sup>. Однако, со времени появленія извѣстнаго цѣннаго трактата Пасхалия и до нашего времени, это право отца оспаривается. Пасхалий<sup>5</sup> и Пух-

<sup>1</sup> L. 24 Cod. 1. 4; l. 3 Cod. 8. 52, Nov. 153.

<sup>2</sup> § 1 Sent. 5, 1.

<sup>3</sup> Отецъ уступаетъ сыну часть имущества для совершения той или иной операціи, ср. Gaj. 4, 69 и 73 init.; по отношенію къ этому имуществу сынъ считается только представителемъ отца, l. 10 Cod. 4. 26 и др.

<sup>4</sup> L. 2 Dig. 1, 1.

<sup>5</sup> Paschalis, De viribus patriae potestatis, 1655, Venetiis, p. 1, cap. 4 § 52, стр. 39. Merita artificialia, quae sunt remuneratioe digna, etiam in filio, nam parentibus liberi obsequium et reverentiam tantum debent, non operas, ut

та<sup>1</sup> опираются на слова юриста Трифонина, что дѣти обязаны любить родителей, а не работать на нихъ<sup>2</sup>; но ошибка Паскалія была замѣчена его комментаторемъ Пратомъ<sup>3</sup> и позднѣе Фабромъ<sup>4</sup>, а въ наше время Вринцемъ<sup>5</sup>, — юристъ Трифонинъ имѣлъ въ виду дѣтей эманципированныхъ. Дѣйстви-тельно, съ точки зрѣнія исполняемыхъ работъ, нужно дѣлать различіе между дѣтьми, находящимися въ отцовской власти, и дѣтьми эманципированными:

а) сынъ, находящійся въ отцовской власти, отправляя указаннаго отцемъ работы (*operae industriales*), отправляетъ ихъ въ качествѣ сына, т. е. въ-силу подчиненія отцовской власти; однако въ-теченіи императорскаго періода послѣдовательно развивается принципъ о способности дѣтей приобрѣтать для себя (*ex laboribus suis*), будутъ ли эти приобрѣтенія сдѣланы ими на военной службѣ, гражданской, въ-качествѣ адвоката, врача и т. п.; слѣд. цѣль этого принципа — возможное служеніе отцовской власти между прочимъ и съ точки зрѣнія рабочей силы и

---

*bene probet tex. in l. pen. ff. de obseq. a lib. et libert. parent. et patron. praest. Leuser, spec. 17 med. II (I. 173) признаетъ за отцомъ право только на такъ-называемыя не профессиональныя работы (operae oeconomicae et op. officiales), см. однако Ende, Vermischte jurist. Ausführl., 1816, справедливо указывающаго, что ссылка Leuser'a на l. 26 § 12 Dig. 12. 6 не выдерживаетъ проверки, Strube, Recht. Red. I. 95, № 67.*

<sup>1</sup> Pand. § 431; также Ende, op. cit.

<sup>2</sup> L. 10 Dig. 37, 15.

<sup>3</sup> Franciscus Maria Pratus, въ своихъ *Annotationum Synopsis (De annotationibus ad celebrem tractatum de vir. pp. editum a Paschale)*, fol. XII, vers. quod autem говоритъ: *nec facit si dicatur filius debet patri solum operas obsequiales, non autem artificiales, ut in l. nullum ff. de obseq. a lib. et libertis patrono praestandis, nam ille tex. procedit in filio emancipato, qui per emancipationem est exemptus a jure civili et solum tenetur ad operas obsequiales.... patres in bello et in pace posse uti obsequio filiorum ad libitum: filius de jure civili in potestate patris est, res patris dicitur et consequenti debet operari.*

<sup>4</sup> *Tract. de errore pragmat. dec. 41 err. 8 n. 13; ergo-же, Jurisp. Pap. sc., tit. XI, pr. X, ill. III, стр. 666.*

<sup>5</sup> Pand. § 249.

способностей дѣтей<sup>1</sup>. Эту мысль выражаетъ ясно императоръ Юстиніанъ въ конституціи отъ 529 г., говоря, что на всякое имущество, доставшееся сыну случайно ли (*quibuscumque causis*), или самимъ имъ заработанное (*laboribus suis*), отецъ удерживаетъ только право пользованія (*ususfructus*)<sup>2</sup>, а слезать это — все равно, что провозгласить абсолютный принципъ о способности дѣтей приобрѣтать для себя. Иногда работы, возлагаемыя отцемъ не въ домѣ своемъ, затрагиваютъ интересы третьихъ лицъ, и тогда онѣ подвергаются регламентаціи законодательства, которое вводитъ въ подобныхъ случаяхъ особыя искы; напр. искъ противъ хозяина за дѣйствіе по приказу (*quod jussu*), искъ на судохозяина (*exercitoria*) и прч. Отецъ, если находитъ нужнымъ, можетъ отдать въ-наемъ рабочую силу своего сына (*locatio conductio operarum, operis*)<sup>3</sup>, но такъ-какъ характерною чертой подобныхъ работъ является плата, то слѣд. въ-наемъ могли быть отданы только *operae industriales*, но не *operae officiales*, которыя не допускаютъ платы; *operae* только *honestae*, т. е. тѣ, которыя не оскорбляютъ цѣломудрія, — въ противномъ случаѣ отцовская власть прекратится<sup>4</sup>, и обратно, — за развращеніе хозяиномъ ученика отецъ послѣдняго можетъ предъявить *actio utilis de servo cogupto*. Особаго иска на принужденіе сына къ исполненію тѣхъ или иныхъ работъ отецъ не

<sup>1</sup> Marezoll, Revision der Lehre von den so genannten adventicianen въ *Zeitschr. für Civilrecht und Prozess*, VIII. 273—276, Harprecht, *Dissert. acad.*, стр. 1 ss.

<sup>2</sup> L. 6 pr. Cod. 6. 61, § 1 Inst. 2, 9.

<sup>3</sup> Arg. Gaj. 1. 140, Coll. 2, 3.

<sup>4</sup> Только въ 428 г. была издана импер. Θεодосіемъ и Валентиніаномъ конституція о томъ, что если отецъ отдаетъ на проституцію свою дочь, то онъ теряетъ надъ нею отцовскую власть, хотя былъ принужденъ къ тому бѣдностью (*pro paupertate*), l. 6 Cod. 11, 40. Впрочемъ, Buchholz, 230, думаетъ, что въ этомъ случаѣ отецъ потеряетъ отцовскую власть только тогда, если дочь подастъ жалобу на отца, на которую послѣдуетъ судебное рѣшеніе; однако Sinteris, § 143 пр. 8, не соглашается отнять мѣнѣемъ, такъ-какъ государи не разъ высказывали положеніе — «ne potestatis jure frud valeant».

ищетъ; отецъ ищетъ власть, въ силу которой можетъ прилагать исправительныя мѣры; въ крайнемъ случаѣ, т. е. когда сынъ окончательно выбивается изъ-подъ начала, — отецъ можетъ призвать для содѣйствія магистрата.

bb) Эманципированныя дѣти не обязаны работать на отца. Между эманципированными дѣтьми и либертами существуетъ известная аналогія<sup>1</sup>; и съ точки зрѣнія права наследованія и опеки отцу надъ ними принадлежать тѣ-же права, какъ и надъ либертами<sup>2</sup>; но, съ точки зрѣнія опеки, между либертами и эманципированными существуютъ вотъ какія различія<sup>3</sup>: отпуская рабовъ на-волю, господа возлагали на нихъ обязанность выподнять въ-послѣдствіи, т. е. послѣ освобожденія, опредѣленныя профессиональныя работы; рабъ принималъ на себя подобное обязательство, давая господину два послѣдовательныхъ клятвенныхъ обѣщанія, изъ которыхъ послѣднее разсматривалось съ общей точки зрѣнія стипуляціи, т. е. договора, заключеннаго *verbis*, но, по общему правилу, отецъ съ эманципируемымъ сыномъ не могъ заключить подобнаго договора (стипуляціи) относительно предоставленія послѣднимъ известныхъ такихъ-то и такихъ-то работъ своему отцу, — только въ крайней нуждѣ эманципированные могутъ быть принуждены въ тому косвенно, такъ-какъ въ нуждѣ отца и эти дѣти несутъ обязанность прокармливать его; если заключенъ указанный договоръ послѣ эманципаціи, отецъ можетъ принудить сына къ оказанію услугъ по иску *ex stipulatu*. Конечно, на эманципированныхъ лежатъ все-таки опека *obsequiales*, потому что основаніе этихъ опека — *jus naturale*.

cc) Отецъ могъ мандипировать ребенка кредитору въ обезпеченіе его требованія; ребенокъ тогда находился въ качествѣ залога, а кредиторы имѣли право на его рабочую силу<sup>4</sup>. От-

<sup>1</sup> L. 1 pr. Dig. 37, 12.

<sup>2</sup> § 6 Inst. 1, 12.

<sup>3</sup> Vinnius, ad § 6 cit. n. 2, t. 1, стр. 92—93.

<sup>4</sup> Nov. 134, 7.

дача въ залогъ сына кредитору была запрещена уже во время юриста Павла, подъ страхомъ *deportatio*<sup>1</sup>, — отнынѣ кредиторы могли только нанимать опегае ребенка. Въ Юстиниановомъ правѣ *deportatio* замѣняется *relegatio*<sup>2</sup>; кредиторъ, принявшій въ залогъ ребенка, не только теряетъ свое требованіе, но долженъ уплатить родителямъ всю сумму, равную его требованію.

b) *Jus vendendi*<sup>3</sup> весьма давно вызывалось бѣдностью отца; но уже въ древнее время это право было ограничено тѣмъ постановленіемъ, что если сынъ съ согласія отца женился, онъ не могъ быть проданъ отцемъ<sup>4</sup>. По закону XII табл., послѣ троекратной продажи сына онъ становится свободнымъ, ибо послѣ первыхъ двухъ продажъ онъ впадалъ назадъ въ отцовскую власть<sup>5</sup>, такъ, какъ его продажа была продажа труда, а сама отцовская власть оставалась неприкосновенною. Дочери же и внуки могли быть проданы только разъ, — первая потому, что могла явиться боязнь за ихъ нравственность, а вторые потому, что если продаются внуки, то слѣд. уже былъ проданъ ихъ отецъ, какъ человекъ болѣе сильный и болѣе полезный для семьи. Право это существовало до III вѣка. Павелъ оправдываетъ его величайшею нуждою<sup>6</sup>; Антонинъ объявляетъ его безчестнымъ<sup>7</sup>, но запрещается только Діоклитіаномъ<sup>8</sup>; но что оно практиковалось позже, видно изъ того, что Константинъ общаетъ въ 315 г. вспомошествованіе изъ государственной казны<sup>9</sup> тѣмъ

<sup>1</sup> § 1 Sent. 5, 1.

<sup>2</sup> L. 5 Dig. 20, 3, l. 1 Cod. 4. 43, l. 6 Cod. 8. 17, Nov. cit.

<sup>3</sup> То въ качествѣ наказанія непослушныхъ дѣтей, trans. Tiberim, Cic. de orat. 1. 40, pro Caec. 34, to dicis gratia при datio in adoptionem, и emancipatio, Gaj. 1. 132, 134—135, 140; Ulp. 10. 1, Gell. 5. 19, 6, l. ult. Cod. 8, 48.

<sup>4</sup> Plut. Num. 17, Dio Hal. 2, 27.

<sup>5</sup> Gaj. 1, 132.

<sup>6</sup> § 1 Sent. 5, 1.

<sup>7</sup> L. 1 Cod. 7. 16.

<sup>8</sup> L. 1 Cod. 4. 43.

<sup>9</sup> L. 1. 2 Cod. Th. 11. 27.

изъ родителей, которые не въ состояніи кормить своихъ новорожденныхъ; то-же самое онъ повторяетъ въ 322 г. для провинцій, объявляя продажу дѣтей злодѣяніемъ (*indignum facinus*), стараясь ея условія — «бѣдность» уничтожить публичнымъ вспоможеніемъ<sup>1</sup>. Въ 329 г. онъ позволяетъ родителямъ продавать новорожденныхъ дѣтей (*sanguinolentes*), но обуславливая это право бѣдностью родителей и удерживая за ними право выкупа ребенка<sup>2</sup>; онъ позволяетъ продажу какъ меньшее зло сравнительно съ *expositio*. Феодосій I и Арнадій постановляютъ, что всякій ребенокъ, проданный родителями изъ нужды, можетъ добиваться свободы безъ всякаго вознагражденія покупателя<sup>3</sup>. Въ 449 г., когда въ имперіи свирѣпствовалъ голодъ, опять допускается выкупъ при уплатѣ на  $\frac{1}{5}$  больше цѣны, за которую ребенокъ былъ купленъ<sup>4</sup>. Юстиніанъ удерживаетъ постановленія императоровъ Діоклитіана<sup>5</sup> и Константина<sup>6</sup>, т. е. продажъ могутъ быть подвергнуты только новорожденные дѣти, сейчасъ послѣ рожденія, подѣ условіемъ крайней бѣдности отца и съ цѣлю *victus* (пропитанія) какъ для отца, получающаго деньги, такъ и для ребенка, переходящаго въ-силу продажи въ болѣе достаточное семейство. Право отыскивать свободу (*vindicatio in libertatem*) не исключается, потому-что свобода и свободнорожденность не отчуждаемы; въ моментъ виндикаціи покупатель можетъ требовать не уплаченную сумму, но ту стоимость,

<sup>1</sup> L. 2 Cod. Th. ib.

<sup>2</sup> L. 1. Cod. Th. 5, 8. Въ этой конституціи государь говоритъ «*secundum statuta priorum principum*», но этихъ конституцій мы не имѣемъ; его конституція отъ 315 г. сохранилась; см. выше; въ Vat. 34, говоря о правѣ выкупа, онъ опять замѣчаетъ «*a nobis jam olim praescriptum est. L. 2 Cod. 4, 43.*»

<sup>3</sup> L. un. Cod. Th. 3, 3.

<sup>4</sup> Nov. Valent. III. tit. 32, Corpus Juris Rom. antejust., ed. Böcking, Haenel etc., стр. 239. Ср. Rittershusii, Novellae constitutiones, MDCXV, стр. 143 — 144.

<sup>5</sup> Выше стр. 40 пр. 6.

<sup>6</sup> L. 2 Cod. 4, 43.

какую ребенка представляет въ этотъ моментъ, слѣд. продавецъ можетъ замѣнить ребенка работою, подходящимъ къ нему по качеству и лѣтамъ<sup>1</sup>. Исходя изъ принципа, что свобода — неотчуждаемое благо, что ее можно всегда возвратить<sup>2</sup>, Юстинианъ постановляетъ<sup>3</sup>, что всякая продажа дѣтей будетъ ничтожна, какому бы покупателю она ни была сдѣлана, — у добросовѣстнаго покупателя остается только право на *evictio*<sup>4</sup>.

Проданный своимъ отцомъ ребенокъ не становится работою покупателя, въ силу общаго принципа, что «свобода не можетъ быть предметомъ торговли»<sup>5</sup>, но подпадалъ *in mancipio*, т. е. въ такое юридическое положеніе, при которомъ его правоспособность приостанавливается на все время существованія *mancipium*; представляющаго много сходства съ рабствомъ<sup>6</sup>: приобретатель имѣетъ право на его физическій трудъ<sup>7</sup>, налагая на него тѣ или нныя работы по усмотрѣнію своему, приобретаемое имъ право собственности и требованія отходятъ къ приобретателю<sup>8</sup>; *ius commercii* онъ примѣняетъ только въ выгодахъ своего господина<sup>9</sup>; получить что-нибудь по завѣщанію своего господина онъ можетъ въ томъ лишь случаѣ, когда господинъ откажетъ ему свободу, т. е. когда онъ явится необходимымъ наследникомъ (*heres necessarius*)<sup>10</sup>; приобретатель мо-

<sup>1</sup> Вероятно, существовала такса на случай подобныхъ замѣнъ, ср. l. 1 § 5 Cod. 7, 7.

<sup>2</sup> Выше стр. 40 пр. 5.

<sup>3</sup> Выше стр. 40 пр. 6.

<sup>4</sup> Выше стр. 40, пр. 5. Примѣненіе общаго принципа, что продажа свободнаго человека ничтожна; у покупателя остается только право на *evictio*, l. 4, 70 Dig. 18. 1, l. 39 § 3 Dig. 21, 2.

<sup>5</sup> L. 37 Dig. 40. 12, l. 10 Cod. 8. 47, l. 2 Cod. 7. 14, Vat. 33.

<sup>6</sup> *Servorum loco*, Gaj. 1. 123, 134; 3, 114.

<sup>7</sup> Coll. 2, 3.

<sup>8</sup> Gaj. 2. 86, 90, 96; 3, 163.

<sup>9</sup> Gaj. 3, 114.

<sup>10</sup> Gaj. 1. 123; удерживая за собой право непринять наследства, Gaj. 2, 160.



жеть переуступить (посредствомъ манципаціи) свое право надъ лицомъ, *in mancipiо* находящемся, третьему<sup>1</sup>; аналогія между манципіаши и рабствомъ видна, далѣе, изъ того, что манципіумъ можетъ быть прекращенъ тѣми-же способами, какими прекращается рабство, т. е. *vindicta, censu, testamento*<sup>2</sup>: если лицо, находящееся *in mancipiо*, освободилось на-волю однимъ изъ названныхъ способовъ, — оно становилось самостоятельнымъ (*sui iuris*), а господинъ удерживалъ относительно его все тѣ права, какія удерживалъ патронъ относительно своего вольноотпущенника<sup>3</sup>; разница только въ томъ, что лицо, отпускающее на свободу сына, котораго оно держитъ *in mancipiо*, не можетъ выговорить напередъ отъ него обязанности услугъ, но такого-же права не имѣлъ и отецъ, который эманципируетъ своего сына<sup>4</sup>. Другое же существенное различіе съ точки зрѣнія способовъ отпущенія на-волю какъ рабовъ, такъ и лицъ, находящихся *in mancipiо*, заключается въ томъ, что манципированный могъ самъ воспользоваться однимъ изъ такихъ<sup>5</sup> способовъ, именно откѣткой себя въ цензорскихъ спискахъ (*censu*) въ качествѣ свободнаго, даже противъ желанія своего господина (*invito*), правда, только въ томъ случаѣ, если онъ отработалъ тотъ долгъ, который совершилъ его отецъ<sup>5</sup>, и на-оборотъ: подобное освобожденіе не могло имѣть мѣста въ томъ случаѣ, если отецъ его выговорилъ себѣ обратную перепродажу такого сына, или если онъ отдалъ своего сына взаимнѣ вознагражденія за совершенный послѣднимъ вредъ чужому имуществу (*poxa*), — въ послѣднемъ случаѣ ман-

<sup>1</sup> Ihering. *Esprit*, 3. 125 пр. 129, думаетъ, что манципіумъ не можетъ быть переуступленъ; однако освобожденіе дѣтей отъ отцовской власти (*emancipatio*) и усыновленіе (*adoptio*) необходимо проходятъ манципіумъ; но конечно, переуступка манципіумъ не отнимаетъ возможности у него освободиться *censu*, потому-что нельзя передать больше правъ, чѣмъ сколько самъ имѣешь», *Gaj. 1, 134—173, 175, Epit. 1. 6, 3.*

<sup>2</sup> *Gaj. 1, 138.*

<sup>4</sup> *Gaj. 1. 140, Coll. 2, 3.*

<sup>3</sup> *Gaj. 1. 166, § 1 Sent. 5, 1. 5 Gaj. 1, 140.*

ципированный рассматривался какъ-бы сумма денегъ (pro rescripta)<sup>1</sup>, данная въ уплату. Такъ-какъ лицо, находящееся in mancipio, не теряло свободы, удерживало за собой качество свободно-рожденнаго<sup>2</sup>, то за жестокое съ нимъ обращеніе временнаго господина, — къ послѣднему можно предъявить искъ объ обидѣ<sup>3</sup>; бракъ, заключенный имъ ранѣе продажи, остается въ силѣ<sup>4</sup>, дѣти, зачатны имъ in prima или secunda mancipatione, послѣ рожденія отойдутъ во власть своего дѣда, который отдастъ ихъ отцу in mancipio. Юристы расходились только при рѣшеніи вопроса: чьей власти подчиняются дѣти, зачатны in tertia mancipatione? Лабео<sup>5</sup> заходилъ такъ далеко, что уступалъ власть надъ ними тому лицу, которое держитъ ихъ отца in mancipio; однако, юридическая практика склонилась къ тому мнѣнію, что положеніе такихъ дѣтей будетъ неопредѣленно<sup>6</sup>, какъ неопредѣленны права ихъ отца, т. е. если ихъ отецъ умретъ, находясь in mancipio, они будутъ sui iuris<sup>6</sup>; если-же отецъ будетъ освобожденъ, то они подпадутъ въ его власть, потому-что онъ самъ теперь становится лицомъ sui iuris. Прилагая тѣ-же принципы можно рѣшить тотъ неразрешимый Гаемъ случай, когда лицо, находящееся in mancipio, женится, находясь въ этомъ юридическомъ положеніи, — очевидно, что если лицо, находящееся in mancipio, впадетъ послѣ своего осво-

<sup>1</sup> L. 4 Dig. 37. 12.

<sup>2</sup> § 1 Sent. 5, 1.

<sup>3</sup> Gaj. 1, 141. — Тою-же точкой зрѣнія объясняется, что онъ подвергается *in iura cap. demit.* какъ при вступленіи въ семью приобретателя, такъ и при выходѣ изъ нея, Gaj. 1. 132, 162; къ нему не примѣняются распоряженія закона Элія Сенція, Gaj. 1. 139; такъ-какъ онъ не есть объектъ владѣнія, то являлся вопросъ: можетъ ли онъ приобретать владѣніе тому, in mancipio котораго онъ находится, Gaj. 2, 90 и пр. Schmidt, Programm, стр. 27.

<sup>4</sup> Gaj. 1, 136.

<sup>5</sup> Gaj. 1. 35.

<sup>6</sup> Gaj. 2, 141, 3, 6; Coll. 16, 2; ср. l. 8 § 1 Dig. 28, 3 съ Ulp. 23. 3, по вопросу о составленіи въ промежутокъ времени завѣщанія.

божденія назадъ въ отцовскую власть, его жена съ момента вступленія въ бракъ считается находящеюся въ этой отцовской власти, хотя-бы мужъ ея находился *in mancipiо*, и обратно: если онъ послѣ своего освобожденія становится *sui iuris*, его жена, слѣд., на все время существованія *mancipiум* свободна, т. е. подпадетъ подъ власть мужа только послѣ окончанія надъ нимъ *mancipiум*; она останется свободной и въ томъ случаѣ, если ея мужъ умретъ, находясь *in mancipiо*.

Вотъ это юридическое положеніе «нахожденіе *in mancipiо*» показываетъ, какимъ образомъ отецъ<sup>1</sup> могъ переуступить содержаніе принадлежащей ему отцовской власти, удерживая въ своихъ рукахъ «*nudum jus quiritium*»; вмѣстѣ съ тѣмъ *mancipiум* могъ бы намъ показать, если-бы не существовало болѣе убѣдительныхъ доказательствъ, что личность дѣтей въ глазахъ отца семейства не имѣетъ значенія: только благодаря своему нахожденію *in mancipiо* сынъ можетъ предъявить искъ объ обидѣ противъ лица, держащаго его *in mancipiо*, за жестокое обращеніе его съ нимъ; но такого иска къ отцу сынъ не имѣлъ.

Въ эпоху Гая *mancipiум* удержалъ все свое серьезное значеніе въ томъ случаѣ, когда сынъ выдавался головой тому лицу, имуществу котораго онъ причинилъ вредъ (похъ *deditio*), а также при продажѣ ребенка, обусловливаемой крайнею бѣдностью родителей его, — послѣдній случай удержанъ и императоромъ Юстиніаномъ.

с) Въ томъ случаѣ, если кто-либо изъ подчиненныхъ отцовской власти причинить какой-либо вредъ постороннему лицу, отцу принадлежитъ выборъ или уплатить причиненные вредъ и убытки или отдать головой виновника, — будетъ ли это

---

<sup>1</sup> Свободный гражданинъ не могъ отдаться *in mancipiо* кромѣ случая, указанного выше, на стр. 12, и такъ-называемыхъ *auctorati*, Gaj. 3. 199, Coll. 4. 3, обязательство которыхъ въ-послѣдствіи разсматривалось съ точки зрѣнія *locatio operarum*.

сынъ, дочь, рабъ, четвероногое, — потерпѣвшему<sup>1</sup>; подобная альтернатива обсуживалась съ точки зрѣнія пользы: выгодноѣ ли для отца уплатить вредъ и убытки и удержать въ своей власти то тѣло, которое причинило ихъ? или на-оборотъ: не выгодноѣ ли будетъ отдать виновное тѣло, причинившее вредъ большій, чѣмъ оно само стоитъ? Выдача сына или дочери *in poxa* производится точно такъ-же, какъ и продажа, т. е. посредствомъ

<sup>1</sup> L. 6 § 1 Dig. 42, 1. Потерпѣвшее лицо предъявляетъ къ отцу такъ-называемый *actio poxalis*, известный *jus civile* и доволенный впоследствии *jus honorarium* § 5 Inst. 4. 8, l. 11 Dig. 9. 4, l. 13 ib; почему этотъ искъ предъявляется къ отцу, — понятно: отецъ есть единственный судья лицъ, подчиненныхъ его власти, слѣд. онъ несетъ и ответственность за всякій вредъ, причиненный ими постороннимъ, но въ наукѣ споръ по-поводу вопроса: какое основаніе этихъ *actiones poxales*? A begg, § 25, въ *poxa* видятъ остатокъ *jus talionis*, которое не было уничтожено, а только съ расширеніемъ государства «*restricta, temperamento quodam addito*»; того-же мнѣнія Dirksen, Jurist. Abhand. 1. 104, «*actiones poxales* были исходомъ частноправовой мести»; такъ-же Wyss, die Haftung für fremde Culpa, 1867, 37 — 53; о частной мести въ древнемъ правѣ см. Du bois, Hist. du droit crim. I. 259, II. 12 f. Но Zimmerpn, Syst. der röm. Poxalklag., 218, объясняетъ *actio poxalis* просто причиненіемъ вреда; Wäntig, Ueber die Haftung etc. 48, держится того-же мнѣнія, видя основаніе ихъ въ томъ, что говоритъ Gaj. 4, 75. Мнѣніе Zimmerpn'a — господствующее въ наукѣ, но, кажется, нужно принять, что альтернатива «*aut poxae dedere, aut decem solvere*» явилась не скоро, и что въ ранній періодъ «выдача головой» была единственно возможнымъ средствомъ вознагражденія вреда, на это до известной степени указываетъ правило «*poxa caput sequitur*», т. е. искъ этотъ можетъ быть предъявленъ противъ всякаго, въ чьей власти находится виновный сынъ, Gaj. 4. 77; l. 20 Dig. 9. 4, l. 17 § 7 Dig. 47. 10, § 5 Inst. 4. 8; то возраженіе, что «о какой мести можно говорить, если вредъ причинилъ напр. быкъ», не имѣетъ значенія, такъ-какъ въ римскомъ правѣ остались слѣды некогда господствовавшей системы «око за око», а выдачу головой полководца враждебному народу иначе и объяснить нельзя какъ идеей мести, напр. Liv. 9, 8 и 10, Vell. Peters. 2, 2 § 5. Гуго Гротъ, 2. 18, 4 п. 9, говоритъ: «если посланникъ совершилъ преступленіе, грозящее ущербомъ государству, то посланника нужно отослать къ его государю и требовать одного изъ двухъ: или наказать его или выдать его намъ», — такъ трудно отказаться отъ идеи о мести!

<sup>2</sup> Gaj. 4, 75.

mancipatio<sup>1</sup>, съ момента совершенія которой сынъ становится въ положеніе «манципіумъ», въ которомъ оставался до полной отработки причиненнаго вреда<sup>2</sup>, и любопытно, что еще во время Гая юристы не соглашались между собой по вопросу: при похле *deditio* сколько требуется манципаций. По мнѣнію прокулянцевъ, при выдачѣ *in manum* сына необходима троекратная манципация, потому что только такою манципациею отцовская власть вполне разрушается, между-тѣмъ-какъ сабиняне довольствовались одною манципациею, такъ-какъ, по ихъ мнѣнію, законъ XII таблицъ предписывалъ троекратную манципацию вообще при добровольныхъ манципацияхъ, — это мнѣніе взяло перевѣсъ, потому что оно лишало сыновей возможности по своему желанію разрушить отцовскую власть причиненіемъ вреда постороннему

<sup>1</sup> Gaj. I. 140, 4, 79. Лица, находящіяся *in mancipio*, могутъ ли быть отданы *in manum* своимъ господиномъ? Можетъ ли мужъ отдать *in manum* свою жену, причинившую вредъ постороннему лицу? На оба вопроса отвѣчаютъ утвердительно Böcking, De mancip. causa, 54. 79, не повторившій, однако, этого мнѣнія въ Pandect. 176. 194, и Göttling, Röm. Staatsv. 95. Противъ положенія Böcking'a высказывается Zimmermann въ рецензии, напечатанной въ Schunk's Jahrbücher, 4. 58, указывая, что Böcking просмотрѣлъ Gaj. 4. 80, что изъ сравненія этого § съ Gaj. ib. 4. 60 f. 75 несомнѣнно, что *actiones poenales actio de peculio* и т. д. не выдавались противъ лицъ *in manu mancipioque* находящихся, — этотъ взглядъ господствующій въ наукѣ; однако существуетъ попытка воскресить мнѣніе Böcking'a, см. статью Schlesinger, Noxalklagen wegen der Personen *in manu* und *in mancipio*, въ Zeit. f. Rg. VIII. 50 f., въ которой авторъ остроумно сближаетъ Gaj. 4. 69—81 съ терминомъ «*alicui juris subjectae*»; при этомъ выводомъ Schlesinger'a [Гай въ § 69—81 говоритъ объ обязательствахъ *ex contractu* и *ex delicto* лицъ *alicui juris*, за исключеніемъ *in manu mancipioque* находящихся; объ обязательствахъ этихъ послѣднихъ Гай долженъ былъ сказать въ § 81] нужно имѣть въ виду, что 125 листовъ рукописи, на которомъ написанъ конецъ § 81, совершенно испорченъ (Arographum Gajii, ed. Studemund, стр. 219); при томъ-же и первая половина, сохранившаяся, § 81 возбуждаетъ много сомнѣній, см. Scheurl, Beitr. 272—274, Huschke Stud. 325, онъ же «Zum vierten Buch, des Gajus», въ Zeit. f. g. RW. XIII. 303—304; въ послѣднее время, — Goudsmit's, Kritisch. Bemerk. zu Gajus. 116—118. 1876 г. и Wysz, 53—55.

<sup>2</sup> Coll. 2. 3, l. 33—35 Dig. 9, 4.

лицу<sup>1</sup>. Отданный *in poena* находился въ необходимости отработать причиненный вредъ, и что подобная выдача головой отдавала человѣка на произволъ потерпѣвшему—видно изъ того, что «боязнь за цѣломудріе дочерей не допускаетъ возможности выдачи ихъ *in poena*....», но это замѣчено было лишь ко времени Гая!<sup>2</sup>. Выдача же сыновей *in poena*, какъ несомнѣнное право отца<sup>3</sup>, удержалось до императора Юстиніана, который уничтожаетъ его относительно дѣтей, но удерживаетъ относительно рабовъ и четвероногихъ животныхъ...<sup>4</sup>.

В. Согласіе на бракъ<sup>5</sup>. Для отца, стоящаго во главѣ семейства, важно — на комъ его сынъ женится, за кого выйдетъ его дочь замужъ. Въ первомъ случаѣ поднимался вопросъ: такъ-какъ жена сына подпадаетъ подъ власть отца семейства, довольно ли она состоятельна, чтобы не обѣднить семьи, ибо ея приданое войдетъ въ имущественную семейную массу и послужитъ на опега *matrimonii*<sup>6</sup>; вмѣстѣ съ тѣмъ являлся и другой чрезвычайно важный мотивъ: вѣдь она даетъ наследника отцу семейства, быть можетъ по крови принадлежащаго къ

<sup>1</sup> Gaj. 4, 79.

<sup>2</sup> *In filiabus pudicitiae favor hoc bene excludit*, § 7 Inst. 4, 8.

<sup>3</sup> *Summa ratione permissam*, § 2 Inst. *ib.*

<sup>4</sup> § 7 Inst. 4, 8, по соответствующей конституціи нѣтъ, Dig. 4, 9. Обыкновенно этотъ искъ заносится въ разрядъ *actiones arbitrarias*, § 31 Inst. 4, 6, при которыхъ, какъ известно, посредникъ объявляетъ окончательный приговоръ (*condemnatio*) только въ томъ случаѣ, когда ответчикъ отказывается исполнить добровольно предварительное рѣшеніе (*pronunciatio*), Savigny, V. § 218—225, наше сочиненіе — Принципы etc. 85—86; но слѣдуетъ имѣть въ виду I. 20 § 5 Dig. 5, 3, по которому время для выдачи головой раба определяется временемъ, послѣ котораго возможно предъявить *actio iudicati*; по закону же XII табл., *actio iudicati* предъявлялась по истеченіи 30-ти дней, Gaj. 3, 78; этотъ срокъ и въ какомъ случаѣ не можетъ быть продленъ магистратомъ свыше двухъ мѣсяцевъ, I. 1 Cod. Th. 4, 19, I. 4 § 5 Dig. 42, 1, слѣд. отецъ могъ совершить поха въ теченіи двухъ мѣсяцевъ съ момента *pronunciatio*.

<sup>5</sup> Мы отчасти касались этого вопроса въ нашемъ сочиненіи «Ученіе о законнорожденности», въ главѣ о конубинатѣ, стр. 201—208.

<sup>6</sup> Czychlarsz, Das römisch. dotalr. 15—17.

гону, ему неизвестному: отцу противъ воли нельзя навязать наследника<sup>1</sup>. Во второмъ случаѣ, когда шло дѣло о замужествѣ дочери, поднимался столь-же важный вопросъ о приданомъ, ибо хотя юридически, по-крайней-мѣрѣ до известной эпохи, отецъ не былъ обязанъ надѣлать приданымъ свою дочь, но по обычаю онъ несъ эту обязанность<sup>2</sup>. Разсматривая съ этой точки зрѣнія отцовскую власть, можно сказать, что она оказывала влияние на возникновеніе семейныхъ отношеній въ той смыслѣ, что отецъ руководитъ выборомъ своихъ дѣтей, принуждая ихъ вступить въ бракъ, или отказывая имъ въ своемъ согласіи на бракъ.

а). Възъ согласія отца обрученіе будетъ ничтожно<sup>3</sup>, — на это уже указываетъ форма обрученія, стипуляція, при которой обѣщаніе (sponsio) совершалось или обрученными, или за нихъ лицами, имѣющими отцовскую власть; неисполненіе стипуляціи влечетъ процессъ о вознагражденіи вреда и убытковъ, мѣра оцѣнки которыхъ предоставлена судьямъ<sup>4</sup>; позже, для дѣйствительности обрученія довольно одного договора: не формального<sup>5</sup>, но другое послѣдствіе осталось и въ новомъ правѣ: при незаключеніи брака виновная сторона теряла задатокъ (argenti), которымъ сопровождалось обрученіе; заключалось даже обязательство о возвращеніи вдвойнѣ даннаго задатка<sup>6</sup>. Возрастъ — при

<sup>1</sup> Ne patri invito suus heres agnascatur, § 7 Inst. 1. 11. l. 18 § 1 Dig. 23. 2.

<sup>2</sup> Отцу, дочь котораго умерла въ замужествѣ, пужно возвратити, въ утѣшеніе, данное имъ приданое, l. 6 Dig. 23. 3.

<sup>3</sup> L. 7 § 1 Dig. 23. 1.

<sup>4</sup> L. 2 Dig. h. t., Gell. 4, 4. Формула стипуляціи: «se (т. е. отецъ) filium in matrimonium daturum», «filium suum filiam in matrimonium ducturam», Són tag; стр. 5. Въ послѣдствіи формулы относились женпхомъ и, по прежнему, отцежъ невѣсты: «se filium in matrimonium ducturum», «se emm daturum».

<sup>5</sup> Nudus consensus, l. 4 Dig. h. t.

<sup>6</sup> L. 5 Cod. 5. 1, l. 15 Cod. 5, 3, cp. l. 38 pr. Dig. 23, 2.

удержаніи общихъ условій, требуемыхъ для брака, — 7-мъ дѣтъ<sup>1</sup>; согласіе отца — *conditio sine qua non*<sup>2</sup>, которое могло быть дано молчаливо<sup>3</sup>; требуется согласіе обручаемыхъ сыновей<sup>4</sup>, но не дочерей<sup>5</sup>. Воля отца на-столько велика, что и послѣ смерти его дочь не могла отказаться отъ вступленія въ бракъ, развѣ бы женихъ былъ очевидный негодяй<sup>6</sup>, — сынъ, съ достиженіемъ совершеннолѣтія, могъ отклонить обрученіе, заключенное отцемъ.

б) Согласіе отца необходимо на вступленіе его дѣтей въ бракъ<sup>7</sup>, хотя бы шло дѣло о бракѣ сына — солдата<sup>8</sup>, «отцу противъ воли нельзя навязать наслѣдника»; мотивъ этотъ на-столько силенъ, что внукъ долженъ заручиться согласіемъ не только дѣда, но и своего отца, если послѣдній не вышелъ изъ семьи такъ или иначе, потому-что внукъ, вслѣдствіе смерти своего дѣда, подпадетъ во власть своего отца; для внучки же довольно испросить согласіе одного дѣда, потому-что она, выходя замужъ, разрываетъ агнатическую связь съ своею кровною семьей<sup>9</sup>. Безъ согласія отца — бракъ ничтоженъ<sup>10</sup>, и дѣти, рожденныя до полученія этого согласія, будутъ незаконнорожденныя<sup>11</sup>. Свое согласіе отецъ можетъ дать по своему личному усмотрѣнію: онъ можетъ принудить сына, дочь вступить въ бракъ съ лицомъ,

<sup>1</sup> L. 14 Dig. h. t.

<sup>3</sup> L. 7 § 1 Dig. h. t.

<sup>2</sup> L. 11—12 Dig. 23, 1.

<sup>4</sup> L. 13 Dig. h. t.

<sup>5</sup> L. 13 § 1 Dig. h. t.

<sup>6</sup> Ниже, стр. 53, пр. 5; l. 5 Cod. h. t. За непослушаніе она подвергается наказанію, l. 6 Cod. Th. 3, 5; l. 4 Cod. 5, 1.

<sup>7</sup> Ulp. 5, 2, l. 2 Dig. 23, 2, l. 16 § 2, l. 21 *ib.*, l. 12, 14, Cod. 5, 4; общій принципъ: *consistere nuptiae non possunt*, l. 2 Dig. h. t.

<sup>8</sup> L. 35 Dig. h. t. (23, 2); l. 21 Cod. h. t. (5, 4).

<sup>9</sup> L. 3, l. 16 § 1 Dig. h. t. Для ученыхъ XVII—XVIII ст. эти два закона казались противорѣчащими, вотъ почему Matthäi, *Comm. ad Inst.* l. 10, пр. 20 объясняетъ l. 16 *ср.* точкой зрѣнія *aequitas*, между-тѣмъ-какъ Haergrecht, *Comm. ad Inst.* l. c. считаетъ l. 16 *ср.* главнымъ правиломъ, и т. д.

<sup>10</sup> L. 18 Dig. h. t., l. 7 Cod. h. t.

<sup>11</sup> Vat. 102.



которое ему, отцу, нравится<sup>1</sup>, может упорно отказывать въ своемъ согласіи, подвергая дѣтей целібату, — въ этомъ отношеніи только императоры Августъ, Северъ и Антонинъ принимаютъ мѣры противъ упрямства отца, постановляя, что если отецъ упорно не хочетъ дать своему сыну супруги или дочери супруга, — избраніе производитъ магистратъ<sup>2</sup>; съ этого момента право отца согласиться на бракъ принимаетъ характеръ обязанности. Но законъ не коснулся другого большого мѣста: сынъ или дочь могутъ остаться неженатыми въ-случаѣ безвѣстнаго отсутствія отца, его плѣна, умственной болѣзни, предполагая, что въ мѣстѣ жительства отца не осталось дѣда или другого восходящаго, потому-что вопросы о дѣйствительности брака, заключеннаго во время отсутствія отца, его плѣна, его умственной болѣзни, именно тогда и могли возникать, что некому дать согласія. Конечно, согласія дѣда достаточно<sup>3</sup>, но если и его нѣтъ — дѣти должны остаться въ целібатѣ, ибо мать не принималась въ расчетъ, — согласіе на бракъ есть послѣдствіе отцовской власти, которой она не имѣетъ, — здѣсь уже смягченія внесены въ классическій періодъ юриспруденціи<sup>4</sup>. Если отецъ сошелъ съ ума, — опять-таки нужно дѣлать различіе между сыновьями и дочерьми: послѣднія могли выйти замужъ, не дожидаясь выздоровленія отца, въ-слѣдствіе того соображенія, что онѣ, выйдя замужъ, не дадутъ своему отцу наслѣдника. Относительно сыновей указанный принципъ выстуналъ со всею своею робкою силой: они обречены на целібатъ до полнаго выздоровленія отца или должны завязать конкубинатныя отношенія; въ этихъ случаяхъ сыну,

<sup>1</sup> Хотябы это лицо было безчестно, l. 11 § 4 Dig. 3, 2; хотя-бы невеста была конкубиной отца жениха, l. 4 Cod. h. t.

<sup>2</sup> L. 19 Dig. h. t. Магистратъ провѣряетъ причины упорства отца, Noodt, De jurisdictione, l. 8 (opp. l. 102), Glück, 25. 55 f., Zimmermann, l. § 147 n. 159.

<sup>3</sup> L. 9 Dig. h. t.

<sup>4</sup> L. 9—11 Dig. h. t., l. 25 Cod. h. t.

для вступленія въ бракъ, оставался одинъ путь — испрошеніе императорскаго разрѣшенія въ формѣ рескрипта, который не служилъ прецедентомъ для иныхъ аналогичныхъ случаевъ. Только императоръ Маркъ Аврелій принимаетъ подъ защиту интересъ сыновей, позволяя сыну сумасшедшаго жениться «безъ испрашиванія на то позволенія государя»<sup>1</sup>; но конституція Марка Аврелія, по своей общности выраженій, вызвала въ практикѣ сомнѣнія: имѣлъ ли въ виду императоръ однихъ только безумныхъ (*mente capiti*) или же сумасшедшихъ (*fugiosi*), при которыхъ являются «свѣтлые промежутки» (*intervallo lucida*). Въроятно, склонялись къ мнѣнію, что Маркъ Аврелій имѣлъ въ виду только безумныхъ (*dementes*), такъ-какъ сумасшедшій (*fugiosus*) въ одинъ изъ свѣтлыхъ моментовъ можетъ дать согласіе на бракъ, все равно какъ въ одинъ изъ такихъ моментовъ онъ можетъ совершить завѣщаніе. Споръ рѣшенъ только Юстиніаномъ, принявшимъ общій принципъ, что сынъ душевно-больного можетъ обойтись безъ согласія отца подъ условіемъ выполненія извѣстныхъ формальностей: онъ долженъ указать на особу, на которой желаетъ жениться, въ присутствіи попечителя и наиболѣе важныхъ родственниковъ по отцу, при чемъ префектъ въ столицѣ, въ провинціяхъ — губернаторъ или епископъ опредѣляютъ количество приданаго или даренія по поводу брака.

Не скоро былъ рѣшенъ вопросъ о дѣйствительности браковъ дѣтей, отецъ которыхъ находятся въ отсутствіи (*in absentia*): «справедливо сомнѣваются — какъ поступать въ томъ случаѣ, когда отецъ отсутствуетъ и неизвѣстно, гдѣ онъ пребываетъ, и живъ ли онъ еще» — говоритъ юристъ Павелъ и прибавляетъ: «если прошло три года, въ теченіи которыхъ было положительно неизвѣстно, гдѣ находится отецъ и живъ ли онъ еще, тогда его дѣти

<sup>1</sup> *Etiam non adito principe. l. 25 Cod. cit.*

<sup>2</sup> *l. 25 cit.*

могутъ заключать действительные браки»<sup>1</sup>. Но очевидно, это опредѣленіе треклѣтнато слова: есть вставка Трибо-  
ніана; какъ могъ юристъ опредѣлить этотъ срокъ и сдѣлать  
его обязательнымъ? Тотъ-же срокъ вводится и на тотъ случай,  
когда отецъ попалъ въ плѣнъ; слѣд. до Юстиніана въ обоихъ  
случаяхъ для сына открыты только конкубинатныя отношенія.  
Если возвратится отецъ — онъ можетъ дать согласіе на бракъ сына  
съ тою-же женщиной или по-крайней-мѣрѣ отказать ему въ  
совмѣстной жизни съ нею, такъ-какъ во времени, когда жилъ  
Ульпіанъ и Паволь, отецъ уже не могъ принудить его ни обру-  
читься, ни жениться на особѣ, которая ему не нравилась<sup>2</sup>,  
между-тѣмъ-какъ для дочери право отказать отъ выбора  
ограничивалось правомъ отказать отъ брака, если будущій  
супругъ есть негодяй<sup>3</sup>; отецъ можетъ по завѣщанію предписать  
ей выдти замужъ за своего опекуна<sup>4</sup>.

Согласіе отца могло быть дано явно, т. е. словесно или пись-  
менно, и молчаливо, т. е. чтобы онъ не стоялъ въ оппозиціи  
съ намѣреніемъ сына<sup>5</sup>. Вопросъ о формѣ явнаго или молчали-  
ваго согласія можетъ только тогда поднаться, если отецъ на-  
ходится въ физической возможности выразить его; относительно  
дочерей отецъ можетъ напередъ дать свое согласіе на бракъ  
съ тѣмъ лицомъ, которое ей понравится: какъ мужъ своей женѣ  
можетъ отказать по завѣщанію право выбрать себѣ опекуна  
(*tutoris optio*), такъ отецъ можетъ дать специальное порученіе  
(*mandatum*) дочери найдти себѣ мужа, т. е. выдти замужъ за  
пришедшагося ей по сердцу человѣка, лично известнаго ея отцу

<sup>1</sup> L. 10 Dig. h. t.

<sup>2</sup> L. 9 § 1 Dig. h. t.; L. 11 ib. «сынъ можетъ жениться и ранѣе на такой  
особѣ, противъ которой отецъ ничего бы не имѣлъ».

<sup>3</sup> L. 13 Dig. 23, 1, l. 12 Cod. 5, 4.

<sup>4</sup> L. 12 § 1 Dig. 23, 1.

<sup>5</sup> L. 36. 66 Dig. h. t.

<sup>6</sup> Vat. 102, l. l. 2, 4, 5 Cod. h. t.

(*si purtiae contrahuntur*), — въ этомъ случаѣ для дочери нѣтъ надобности вновь испрашивать согласіе отца на вступленіе съ нимъ въ бракъ<sup>1</sup>, но общее — «выйди замужъ за кого хочешь», «*ut cui vellet nuberet*», не имѣетъ значенія, т. е., избравши себѣ жениха, дочь должна «представить» его своему отцу, т. е. должна испросить вновь согласіе отца на свое замужество.

Согласіе отца должно всегда предшествовать<sup>2</sup> браку лица, находящагося въ отцовской власти; если подобное лицо вступило въ бракъ безъ испрашиванія согласія, — это не будетъ бракъ, не будетъ и конкубинатъ, на который также должно получить согласіе, — родившіяся дѣти будутъ незаконнорожденныя<sup>3</sup>; и если отецъ въ послѣдствіи дастъ свое согласіе на продолженіе подобныхъ половыхъ отношеній, но уже въ формѣ брака, все-таки бракъ не станетъ обратнo дѣйствительнымъ<sup>4</sup>, — онъ будетъ дѣйствительнымъ только на будущее время; смерть отца также не оважетъ обратнаго вліянія на дѣйствительность брака; заключеннаго сыномъ безъ его согласія.

с) Выше было указано, что отецъ не могъ принудить сына вступить въ бракъ, но если сынъ поддался угрозамъ отца и женился, то сынъ, пока живъ отецъ, не могъ развестись съ своею женой, — бракъ остается въ силѣ<sup>5</sup>, но самъ отецъ могъ уничтожить бракъ, хотя бы онъ былъ заключенъ съ его согласія, другими словами: продолжительность брака зависѣла отъ каприза отца! Право это признается за нимъ и классическими юристами<sup>6</sup>.

Юристъ Павелъ приписываетъ уничтоженіе этого права императору Цію<sup>7</sup> въ видахъ устойчивости общества<sup>8</sup>, — отнынѣ

<sup>1</sup> L. 34 Dig. h. t.

<sup>2</sup> *Jussus parentis praecedere debet*, Inst. 1, 10.

<sup>3</sup> L. 11 Dig. 1, 5.

<sup>4</sup> См. наше сочиненіе, cit., стр. 208 пр. 2.

<sup>5</sup> L. 21. 22 Dig. 23, 2.

<sup>6</sup> Vat. 116, Ulp. 6. 10, Sent. 5. 6 § 15; 2, 19 § 2. 1. 4 Dig: 24. 2, 1. 5 Cod. 5. 17.

<sup>7</sup> § 15 Sent. cit.; 1. 5 Cod. cit. — Марку Аврелію.

<sup>8</sup> *Bene concordans matrimonium*, § 2 Sent. cit., eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonium jure non contrahuntur; sed con-

отецъ не могъ послать разводное писъмо женѣ своего сына безъ согласія послѣдняго<sup>1</sup>, кромѣ важныхъ мотивовъ, напр. при сумасшествіи супруга<sup>2</sup>, — въ такомъ видѣ удержалось это право у Юстиніана, который, однако, пошелъ еще дальше, постановивши, что дѣти даже не подчиненныя отцовской власти не могутъ развестись безъ согласія отца или матери, подѣ страхомъ потери приданого и даренія, установленнаго ранѣе вступленія въ бракъ<sup>3</sup>. Эманципированные сыновья по древнему праву не имѣли нужды въ испрашиваніи согласія отца на свой бракъ, ибо въ-силу эманципаціи отецъ теряетъ свою отцовскую власть; но дочери, хотя бы онѣ и не состояли въ отцовской власти, на свой бракъ непременно должны испросить согласіе своего опекуна, такъ-какъ онѣ находились въ вѣчной опецѣ<sup>4</sup>, — взглядъ понятенъ: бракъ женщины уменьшитъ ея имущество, слѣд. поидетъ во вредъ ея агнатамъ. Только императорское законодательство посягнуло на этотъ принципъ, проведя ту мысль, что согласіе на бракъ дается въ интересахъ лица, вступающаго въ бракъ, которое въ-силу своего возраста нуждается въ совѣтѣ, —

*tracta non solvuntur*, — первая половина этого параграфа говоритъ о несомнѣнномъ правѣ отца дать или отказать въ своемъ согласіи на бракъ своего сына; во второй половинѣ высказывается положеніе, что бракъ сына не можетъ быть уничтоженъ отцемъ; вотъ почему издавна слова — «*sed contracta.....*» подвергались разнообразнымъ интерпретаціямъ, см. Junghans, § 5, который не принимаетъ толкованія Schulting'a (300, пр 6) и Vinnius'a, ad § 12 (1, 74), предлагавшихъ послѣ слово «*sed contracta*» вставить «*voluntate ejus*»; Junghans предлагаетъ послѣ «*contracta*» внести слова «*sine ejus voluntate*»; Wachter, 151, принимаетъ вставку — «*sine voluntate ejus*», но относитъ ее къ сказуемому *solvuntur*, съ чѣмъ не соглашается Berner, 74; Voit, 22, вмѣстѣ съ Merilliusъ ищетъ объясненія второго принципа въ тѣхъ случаяхъ, когда отецъ не можетъ дать своего согласія. По моему мнѣнію, указанное мѣсто слѣдуетъ дополнить такъ: *sed jure* [т. е. на основаніи конституціи Pia] *contracta non solvuntur*.

<sup>1</sup> L. 18 Cod. 3, 28.

<sup>2</sup> L. 4 Dig. 24, 2, l. 22 § 9 Dig. 24, 3.

<sup>3</sup> L. 4 cit. (выше пр. 3), l. 12 Cod. 5, 17.

<sup>4</sup> Ulp. 11. 22, Steman, Ueber die geschäfte etc., въ Sell's Jahrb. 3. 224 f.

но не въ интересахъ лица, имѣющаго отцовскую власть; вмѣстѣ съ тѣмъ императорское законодательство проводитъ ту точку зрѣнія, что мать, по-крайней-мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда нѣтъ отца семейства, можетъ руководить выборомъ своихъ дѣтей въ такомъ важномъ дѣлѣ, какъ избраніе себѣ супруга. Но сколько потребовалось усилія, чтобы провести эту естественную точку зрѣнія! По классическому праву, отецъ могъ только поручить своей женѣ согласиться на бракъ дочери, не сына...<sup>1</sup> Женщины, достигшія двадцати-пяти лѣтъ, хотя-бы эманципированныя, на вступленіе во второй бракъ должны испросить согласіе отца<sup>2</sup>; это правило вскорѣ сдѣлалось обязательнымъ для всѣхъ дѣвицъ sui iuris, достигшихъ двадцати-пяти лѣтъ<sup>3</sup>, если же отца нѣтъ, — онѣ должны испросить согласіе матери; умерла мать, — онѣ должны заручиться согласіемъ ближайшихъ родственниковъ, а въ томъ случаѣ, если дѣвица имѣла нѣсколькихъ жениховъ выбирала себѣ одного, наиболее ей подходящаго по сердцу, но который не нравится родственникамъ, тогда послѣдніе переносили все дѣло на разрѣшеніе судьи; точно такъ-же поступали и тогда, когда шло дѣло о замужествѣ незаконнорожденной дочери<sup>4</sup>. Такъ смягчается это право на согласіе, принадлежавшее нѣкогда отцу семейства и въ его только интересахъ; мало-по-малу проводится принципъ, что это право хотя и принадлежитъ отцу, но только въ интересахъ дѣтей, достигшихъ опредѣленнаго возраста; дается подобающее значеніе матери въ томъ случаѣ, когда отецъ умеръ, но законодательство не пошло дальше: оно благоразумно не постановило, что мать при жизни супруга также имѣетъ право дать согласіе на бракъ или отказать въ немъ, понимая, что при совмѣстной жизни супруговъ рѣшающее значеніе въ дѣлахъ, касающихся дѣтей, имѣетъ голосъ мужа, какъ человѣка болѣе опытнаго и какъ естественнаго представителя семьи.

<sup>1</sup> L. 62 Dig. h. t.    <sup>2</sup> L. 18 Cod. h. t.    <sup>3</sup> L. 20 Cod. ib.    <sup>4</sup> L. 1. 20 Cod. ib.

## У.

### Дисциплинарная сторона отцовской власти.

Дѣти, подчиняющіяся власти отца семейства, подсудны его юрисдикціи, такъ-какъ общіе суды существовали только для лицъ самостоятельныхъ, а не для женщинъ и не для дѣтей; вотъ почему говорить о «дисциплинарной сторонѣ отцовской власти» нѣсколько странно, такъ-какъ отцовская власть разсматривается въ продолженіи многихъ вѣковъ съ точки зрѣнія юридической, политической и религіозной<sup>1</sup>, но безъ отношенія къ какому бы то ни было обязанностямъ отца къ нарожденнымъ имъ дѣтямъ; власть же отца была на-столько велика, что давала ему возможность «заключать дѣтей въ тюрьму, сѣчь ихъ, заставлять выполнять скванными деревенскія работы и убивать ихъ...»<sup>2</sup>. Подобная власть римскаго отца не можетъ быть разсматриваема съ точки зрѣнія домашней дисциплины, относительно которой каждое законодательство, принимая въ расчетъ обычаи, освящаетъ ее уже тѣмъ, что ставитъ ребенка подъ власть родителей, лишь бы подобная дисциплина не направлялась во вредъ ребенку. Вмѣстѣ съ тѣмъ законодательство въ случаяхъ чрезвычайной важности признаетъ за родителями и болѣе серьезныя средства въ тѣхъ случаяхъ, когда дурное поведеніе дѣтей подрываетъ примѣненіе домашнихъ дисциплинарныхъ мѣръ; напр., во Франціи отецъ можетъ запереть своего неисправимаго сына въ тюрьму, но — съ-вѣдома судебной власти. Во всякомъ случаѣ, въ современномъ быту примѣненіе родителями дисциплинарныхъ мѣръ какъ домашнихъ, такъ и болѣе серьезныхъ обусловливается обязанностью родителей воспитывать своихъ дѣтей; въ Римѣ же

<sup>1</sup> Arnold, Cultur und Recht, 339.

<sup>2</sup> Dio Hal. 2, 26.

отцовская власть разсматривалась съ точки зрѣнія права, вслѣдствіе чего въ каждомъ данномъ случаѣ являлась невозможность сказать: гдѣ же, именно, отецъ принимаетъ свою власть съ цѣлю исправленія порочнаго сына, и гдѣ онъ принимаетъ ту-же власть вслѣдствіе бѣдности, напр. продавая дѣтей, ибо продажа дѣтей есть право отца, которымъ онъ можетъ воспользоваться при плохихъ своихъ финансовыхъ обстоятельствахъ и можетъ прибѣгнуть къ ней какъ къ средству избавиться отъ недостойнаго сына, но тѣмъ-же правомъ продажи дѣтей онъ можетъ воспользоваться и съ цѣлю уничтоженія обязательства, отдавая дѣтей *in* *poena*.... Идея о дисциплинарной сторонѣ отцовской власти у римлянъ выяснилась только тогда, когда отцовская власть стала, наконецъ, допускать возможность обязанности отца къ своимъ дѣтямъ; подъ такимъ угломъ зрѣнія мы и разсмотримъ отреченіе отца отъ своихъ дѣтей, ихъ эманципацію и ихъ убійство.

а) Отреченіе отца отъ своихъ дѣтей (*abdicatione*)<sup>1</sup>. Отецъ отрывается отъ взрослыхъ дѣтей, т. е. выгоняетъ<sup>2</sup> ихъ изъ своей семьи, какъ недостойныхъ быть на его глазахъ, заслужившихъ своимъ поведеніемъ его справедливый гнѣвъ (*ira domestica, fulmen patrum*): такъ изгналъ изъ семьи Манлій Торкватъ своего сына, свомпрометтировавшаго себя въ Македоніи<sup>3</sup>; такъ отрекся императоръ Августъ отъ своего внука, Агриппы, ранѣе имъ усыновленнаго<sup>4</sup>, и т. п., — и все-таки, не смотря на

<sup>1</sup> Монографіи Браунинга, *De abdicatione*, Lipsiae, 1753, мы, къ сожалѣнію, не имѣли подъ руками.

<sup>2</sup> По опредѣленію Виванія, 73: *liberos abdicare eos nudos re omni domo expellere*.

<sup>3</sup> *Val. Max.* 5. 8. 3: *republica et domo mea indignum meum filium judico protinusque conspectu meo abire jubeo*.

<sup>4</sup> *Suet. Aug.* 65; см. еще *Plin. H. n.* VII, 45; примѣры у *Brissonius'a*, V. *abdicatione*, и *Göttling'a*, *Gesch. der röm. Staatsf.* 114. Что касается причинъ ея, то Квинтилианъ, разсматривая *abdicatione* какъ исправительную мѣру, говоритъ, *Inst. orat.* VII, 4, что отецъ отрывается отъ сына или совершившаго преступленіе, или отрывается потому, «*quia non paret patri*».



указанные примѣры, императоръ Діоклитіанъ въ одномъ изъ своихъ рескриптовъ замѣчаетъ, что *abdication* неизвѣстно римскому праву<sup>1</sup>, что оно — греческаго происхожденія<sup>2</sup>. Какъ-же согласить<sup>3</sup> эти слова императора съ вышеприведенными примѣрами отреченія? Безъ сомнѣнія, отреченіе не уничтожало отцовской власти, для уничтоженія которой отецъ долженъ былъ прибѣгнуть къ эманципации дѣтей, т. е. долженъ былъ выполнить извѣстныя формальности, безъ соблюденія которыхъ агнатическая связь, какъ основывающаяся на законѣ, не можетъ быть уничтожена<sup>4</sup>; слѣд. при отреченіи изгнанный сынъ не терялъ права наследованія въ имуществѣ своего потомъ умершаго отца, и это тѣмъ болѣе справедливо, что даже эманципированныя дѣти удерживаютъ въ имуществѣ отца *bonorum possessio unde liberi*, а впоследствии призываются къ наследованію въ имуществѣ отца независимо отъ преторскаго эдикта<sup>5</sup>, такъ-какъ законъ вообще выставляетъ тѣ поводы, изъ-за которыхъ дѣти могутъ быть лишены наследства<sup>6</sup>, — очевидно, что отреченіе отъ дѣтей никоимъ образомъ не предполагаетъ лишенія ихъ наследства<sup>7</sup>; по праву

<sup>1</sup> L. 6 Cod. 8. 47 (46), *romanis legibus non comparatur*.

<sup>2</sup> Примѣръ у *Corp. Ner. Them.* 1, a *patre exheredatus*, — вмѣсто *exheredatus* читаютъ *abdicatedus*, см. сочин. Непота въ изданіи Целларія, 1771, стр. 35, пр. 13. Meier und Schöman, *Attis. Proz.* 432.

<sup>3</sup> Heines., ad *Brisson.* v. *abdication*, согласуетъ такимъ образомъ, что *abdication de facto* была принята римлянами, но *de jure* не одобрялась; изъ примѣра же, приведеннаго выше въ пр. 2, можно сказать, что она и *de jure* одобрялась.

<sup>4</sup> L. 3 Cod. 8. 49 (48). — Scheltinga, *De emancip.* (Fellenb. *Jurisprud.* 2, 474), на основаніи словъ *Quint. Declam.* 260 и *Senec. Consol. ad Marc.* 19, думаетъ, что изгнанныя изъ дому дѣти переходятъ въ новое положеніе; но уже Куяцій, *Observ.* 9, 13 (3-207), замѣчаетъ, что риторы много выдумываютъ, и что дѣйствительно риторы выдумывали выраженія, доказательствомъ тому тотъ-же Квинтиліанъ, VII. 4. 11, замѣчающій, что искн *malæ tractationis, demeritis* и *abdicationis* такъ называются *in scholis*, *in foro* же они называются *actio rei uxoriæ, petendi curatoris, exhereditorum (inoffic. testamenti)*.

<sup>5</sup> Nov. 118.

<sup>6</sup> Nov. 115.

<sup>7</sup> На это указываетъ уже Куяцій, *Com. in tit.* 46, lib. 8 Cod. (т. 9, 1229, 1232).

же императора Юстиниана отречение может даже послужить на пользу изгнанного сына: если отец позволяет (*si dñi jussus est*) своему сыну жить долгое время въ-качествѣ отца семейства, то подобное дозволеніе считается за предположеніе дѣйствительной его эманципаци<sup>1</sup>. Такимъ образомъ отречение отца отъ своего сына являлось средствомъ исправленія послѣдняго, средствомъ, въ которому отецъ прибѣгалъ, не желая порвать окончательно съ нимъ свою связь посредствомъ эманципаци<sup>2</sup>, и такъ-какъ отречение не предполагаетъ лишенія наследства, то понятны становятся слова императора Диоклитіана, — *abdicatio у римлянъ « non comprahatur » съ точки зрѣнія тѣхъ юридическихъ послѣдствій, какія она влекла по греческому праву»<sup>3</sup>.*

<sup>1</sup> См. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности» etc., стр. 147. Huschke, Krit. Tübing. Zeit.: «преторъ допускалъ *jus suum* (все равно такъ допускалъ преторскую свободу), т. е. если отецъ долго обходился съ своимъ сыномъ какъ съ *paterfamilias*’омъ, то преторъ только *causa cognita* допустить вновь возмѣненіе отцовской власти, напр. въ-силу неблагодарности.

<sup>2</sup> Heines. Synt. 2, 9, 23 (стр. 429).

<sup>3</sup> На вопросъ: какія же юридическія послѣдствія влекла *abdicatio*, — отвѣчать не можемъ, за неимѣніемъ данныхъ въ источникахъ. Glück, 2, 427, полагаетъ, что она вызывала потерю *alimenta civilia*, но мы ниже увидимъ, что раздѣленіе *alimenta* на *civilia* и *naturalia* не имѣетъ основанія въ источникахъ; другіе, напр. Schmidt, Lehrb. d. gericht. Klag. § 347, Böhmig, De action. s. 2 с. 1. § 33 и др., основываясь на l. 5 § 11 Dig. 25, 3, полагаютъ, что если *abdicatio* вызвано однимъ изъ тѣхъ проступковъ, совершенныхъ сыномъ, за которые полагается лишеніе наследства (*ex quibus causis potest paterfamilias exheredare, ex iisdem potest eis denegare alimenta et dotem, Bartolus*), то не только сынъ теряетъ права на *alimenta*, но и вообще все родительскія обязанности отпадаютъ; но едва-ли это мнѣніе справедливо: обязанности родителей — прокормить дѣтей и ихъ воспитаніе не могутъ быть уничтожены одностороннею родительскою волей; мнѣ кажется, что въ-силу *abdicatio* отецъ отречается только отъ своихъ привилегій, а такового несомнѣнно является управленіе *adventicia*, такъ что въ-силу отказа сынъ можетъ требовать выдачи этого имущества. Но этия не рѣшается вопросъ о послѣдствіяхъ *abdicatio* для болѣе раннаго времени, а что она была серьезна, видно изъ того, что сынъ Манлія Торватта прибѣгнулъ къ самоубійству (130 г.). Но см. Birkh. Ver. suche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Rom. R. 68—73. 1823.

b) Емансипаціо. Выше было замѣчено, что для уничтоженія отцовской власти отецъ долженъ былъ прибѣгнуть къ емансипаціо, сопровождаемой соблюденіемъ опредѣленныхъ формальностей; но емансипаціо, какъ способъ уничтоженія отцовской власти, явилась въ Римѣ не скоро: до изданія закона XII табл. отецъ не имѣлъ юридическихъ средствъ разорвать связь съ дѣтьми, которыхъ онъ вызвалъ къ жизни, между-тѣмъ какъ въ то-же время господинъ уже имѣлъ возможность освободить своихъ рабовъ на-волю посредствомъ торжественнаго акта «отпущенія» (манципацио); поэтому нисколько неудивительно, если мы прежде всего встрѣчаемся съ правомъ отца признать новорожденнаго ребенка своимъ, такъ-какъ непризнаніе его даетъ отцу возможность выкинуть ребенка, какъ первый способъ избавиться отъ лишняго рта въ семьѣ, отъ котораго впоследствии нѣтъ средствъ избавиться, ибо продажа ребенка только пріостановитъ отцовскую власть: отпустить сегодня покупателя купленнаго ребенка, и онъ, ребенокъ, немедленно подпадаетъ подъ власть своего отца.... Въ законѣ XII табл. встрѣчается постановленіе, что если отецъ три раза продавалъ своего сына, то сынъ послѣ третьей продажи вслѣдъ за отпущеніемъ на свободу послѣднимъ покупателемъ освобождается отъ отцовской власти,— это постановленіе закона, очевидно, было наказаніемъ отца, который злоупотребляетъ физическими силами своего сына; вотъ на основаніи-то этого постановленія явилась для отцовъ возможность освободиться отъ своей отцовской власти: три раза фиктивно производилась продажа, и послѣ послѣдней сынъ эманципировался<sup>1</sup> — онъ отнынѣ становится лицомъ самостоятельнымъ и вполне чуждымъ своему бывшему отцу, онъ свободенъ теперь и имѣетъ возможность нажить себѣ въ будущемъ со-

<sup>1</sup> Unterholzner въ Zeit. für gesch. R. 2. 139 f. Рецензія на него въ Heidelb. Jahrbüch. 1817 г., стр. 1121—1127, Deiters, De mancip. § 87—39, стр. 30—33.

стояніе.... если на первыхъ-же порахъ не прибѣгаль къ благо-творительности.... Весьма долго *emanipatio* была для отцовъ средствомъ избавиться отъ порочныхъ дѣтей<sup>1</sup>, а впоследствии, когда стали выдвигаться обязанности отца, эманципация могла подвергнуться порочныя дѣти противъ своего желанія, но, по предварительномъ изслѣдованіи дѣла (*causa cognita*)<sup>2</sup>, все равно какъ эманципированныя дѣти, вслѣдствіе оказанной ими неблагодарности своему отцу, могли быть вновь подчинены отцовской власти<sup>3</sup>. Но не нужно думать, что эманципации подвергались только порочныя дѣти: эманципация есть право отца, т. е. отецъ, по личному желанію, однихъ могъ удержать въ своей власти, другихъ эманципировать; онъ могъ эманципировать меня, своего сына, а моихъ дѣтей, своихъ внуковъ, оставить въ своей власти; онъ выдаетъ свою дочь замужъ и все-таки имѣлъ право потребовать ее назадъ къ себѣ и тѣмъ разрушить, быть-можетъ, счастье всей ея жизни.... Избавляясь отъ лишняго члена въ семействѣ, отецъ, если шло дѣло, напр., о порочномъ сынѣ, не только ничего не терялъ, но, напротивъ, могъ выиграть: если такому сыну удастся впоследствии нажать себѣ что-нибудь, отецъ все-таки удерживаетъ право пользованія и извлеченія плодовъ (*ususfructus*) въ прибрѣтенномъ сыномъ имуществѣ (*res advent.*), отцу же принадлежать всѣ права господина, отсутствующаго раба на-волю (патрона), всѣ права дарителя, если онъ надѣлялъ сына какимъ-либо имуществомъ (пекуліѣ), всѣ права фидуціарнаго опекуна...<sup>4</sup>, у эманципированнаго же сына остается

<sup>1</sup> Vering, *Geschichte und Pandekten*, 106; примѣръ: эманципация расточительнаго сына, l. 16 § 2. 3. *Dig.* 27. 10.

<sup>2</sup> По аналогіи § 3 *Inst.* l. 11, *Glück*, 2, 417.

<sup>3</sup> *Vat.* 248, l. un. *Cod.* 8. 50 (49); *Hassold*, l. c. § 40, стр. 120 ff., допускаетъ это только по отношенію къ дѣтямъ, эманципированнымъ въ дѣйствительности, но не къ тѣмъ, которые освободились отъ отцовской власти въ-силу достиженія известныхъ *dignitates*, которыя освобождали *ab oneribus curiarum*, напр. *consulatus*, *episcopatus* etc.

<sup>4</sup> *Steman*, *Ueber die fiduciaria tutela*, вь *Jahrb. cit.* 368 f., *Neustetel und Zimmer*, стр. 142 f.

только «свобода», нога, наконецъ, преторъ не сталъ на точку зрѣнія человѣчности и не призналъ за ними, т. е. за отцомъ и эманципированнымъ сыномъ, «кровной связи» (*jura cognationis*), на основаніи которой у эманципированнаго остается надежда со-временемъ быть призвану къ наследованію въ имущество отца и восходящихъ его.

Что эманципація разсматривалась съ точки зрѣнія интересовъ отца, это видно изъ того, что въ теченіи многихъ вѣковъ согласія на эманципацію сына не требовалось, а это все равно, что сказать: она могла быть совершена противъ воли дѣтей, подвергающихся эманципаціи; правда, въ моментъ совершенія *emancipatio* присутствіе на судѣ эманципируемаго ребенка считалось необходимымъ, но — настолько, насколько была необходима наличность на судѣ всякой манципируемой вещи<sup>1</sup>. Такъ было до времени императора Анастасія<sup>2</sup>, который требуетъ согласія на *emancipatio* дѣтей, вышедшихъ изъ періода дѣтства<sup>3</sup>, — послѣднее исключеніе, конечно, съ точки зрѣнія римскаго юриста, объясняется общимъ соображеніемъ, что дѣти вслѣдствіе своей неразвитости не могутъ выразить согласія на свое освобожденіе отъ отцовской власти, слѣдовательно за нихъ обсудить ея пользу ихъ отецъ; съ нашей же точки зрѣнія, *emancipatio*

<sup>1</sup> § 6 Inst. 1. 12, l. 6 Cod. h. t. (8. 49 [48]).

<sup>2</sup> Однако Павелъ, жившій въ началѣ III-го в., въ § 5 Sent. 2. 25, замѣчаетъ, что *filius familias emancipari, invitus non cogitur*, — едва ли это чтеніе правильно, хотя оно и принято Nuschke въ его *Jurispr. Antej.* 371, 1861 г.: Scheltin ga, въ цитированномъ выше сочиненіи, 509 пр. а, 511 пр. а, говоритъ, что въ одномъ древнемъ изданіи Сентенцій было напечатано «*cogendus est*» и что только на поляхъ страницы было внесено измѣненіе «*non potest*»; Шелтинга, между прочимъ, подкрѣпляетъ свое соображеніе аналогіей эманципаціи съ усыновленіемъ, при которомъ согласія усыновляемаго не требовалось, l. 5. Dig. 1. 7. — Wangerow, 403, и Fuchta, P. 628, говорятъ, что эманципируемая не должна противорѣчить отцу, но какъ могли лица *alieni juris* противорѣчить отцу!

<sup>3</sup> Точно такое же постановленіе издалъ импер. Диоклитіанъ, l. 3 Cod. h. t.; но, очевидно, подобное распоряженіе какъ-то не согласуется съ желаніемъ этого императора возсоздать античный міръ и слѣд. древнюю отцовскую власть.

сиратио малолѣтнихъ дѣтей, лишающая ихъ семейнаго крова, могла быть только вредна для нихъ, хотя Анастасій въ пользу эманципированнаго (но не его нисходящихъ) удерживаетъ права наслѣдованія въ имуществѣ его братьевъ и сестеръ, оставшихся въ отцовской власти, т. е. признаетъ семейную связь между эманципированнымъ и его бывшею семьей.... Важно замѣтить, что императоръ Анастасій вообще облегчаетъ для отца эмансипатио дѣтей, вводя такъ-называемую эмансипатио рег гескриптим, по рескрипту, который подвергался инсинуаціи въ присутствіи обоихъ лицъ, т. е. отца и эманципируемаго сына или уполномоченнаго послѣдняго; явля на судъ обоихъ лицъ требовалась для того, чтобы дать судѣ въ рѣшительный моментъ инсинуаціи возможность провѣрить: дѣйствительно ли отецъ, подавая прошеніе государю объ эмансипатио такого-то сына, заручился согласіемъ послѣдняго? Облегченіе, которое получалось на основаніи этого закона, заключалось въ томъ, что, не уничтожая древняго способа эманципаціи, императоръ параллельно вводитъ новый, которымъ могутъ воспользоваться и лица, отсутствующія изъ Рима, и лица, которыя вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ причинъ не могли явиться въ судъ<sup>1</sup>. Императоръ Юстиніанъ уничтожаетъ древнія формы эманципаціи и, удерживая форму, созданную Анастасіемъ, вводитъ еще болѣе простую, — передъ

<sup>1</sup> § 1 Inst. 3. 5, l. 4 Cod. 5. 30, l. 15 § 1 Cod. 6. 58.

<sup>2</sup> Еще при Диоклетианѣ эмансипатио совершалась по-прежнему, т. е. трехкратною продажей — *acti solenni* — въ выраженіи l. 3 Cod. h. t.

<sup>3</sup> Schellinga, l. c. 496 f., думаетъ, что Анастасій издалъ два закона объ эмансипатио, изъ которыхъ ранѣе наданный не занесенъ въ Кодексъ, но на него указываютъ l. 18 Cod. 6. 20; l. 11 Cod. de legat. hered. и § 6 Inst. q. m. j. p. рѣ. на основаніи этого закона требуется явля въ судъ обоихъ сторонъ; закономъ же, позже наданнымъ, l. 5 Cod. h. t., открывается возможность эманципировать и для отсутствующихъ; такого-же мнѣнія Hassold, § 36 стр. 106; Zimmerli, § 225 См. еще Boehmer, Exercit. ad Pand. emet. XVI, ad Pand. lib. 1, lit. VII, p. 924 f.; параллель ея съ арропаціей у Carnegietz's, Observ. стр. 220; Griesinger, 270.

компетентным магистратом<sup>1</sup>; согласие дѣтей — *conditio sine qua* по дѣйствительности *emancipatio*<sup>2</sup>; но отецъ все-таки удерживаетъ награду (*praemium emancipationis*) за уничтоженіе своей отцовской власти, — право пользованія въ половинѣ имущества (*res adventicium*) эманципированнаго сына.

с) *Jus vitae ac potestatis*. Мы выше замѣтили, что римская семья является общественною единицей, приходящею въ соприкосновеніе съ государствомъ посредствомъ отца семейства, въ лицѣ котораго сконцентрированы все права, которыми могли бы воспользоваться члены его семьи; общіе суды въ государствѣ существуютъ только для подобныхъ отцовъ, — ни жена, ни дѣти не могутъ быть преданы общему суду, такъ-какъ ихъ судьей является ихъ отецъ, котораго древніе авторы называютъ съ этой точки зрѣнія магистратомъ, цензоромъ, принципсомъ<sup>3</sup>. Абсолютно управляя своимъ государствомъ, семьей, отецъ располагалъ не только дисциплинарными мѣрами для исправленія порочныхъ членовъ семьи, но и правомъ присудить ихъ къ смерти... И ни чѣмъ инымъ такъ не характеризуется отцовская власть у римлянъ, какъ этимъ правомъ, посредствомъ котораго отецъ могъ расправиться съ каждымъ членомъ своей семьи, оскорбившимъ «его величество» (*majestas patriae potestatis*)... Многочисленные приѣзды, приводимые Ливіемъ, В. Максимомъ и др., не оставляютъ никакого сомнѣнія, что подобное право отца не подвергалось сомнѣнію, не оспаривалось государствомъ, что, напротивъ, непримѣненіе этого права въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ оно должно быть примѣнено, рассматривалось какъ исключительная мягкость! Подобное право отца, конечно, есть древній обычай (*mos majorum*)<sup>4</sup>; потому что при усыновленіи лица самостоя-

<sup>1</sup> L. ult. Cod. h. t.

<sup>2</sup> L. ult. cit. объ этомъ молчать, но Nov., 89, 11, говорить объ этомъ условіи совершенно опредѣленно.

<sup>3</sup> Напр. Senec. de benef. 3. 11, Suet. Claud. 16. Ulp. 4, 1.

<sup>4</sup> Coll. 4. 8, quum patri lex regia dederit in filiam vitam necisque potestatem.

тельного (agrogatio), производившемся въ куриатскихъ собраніяхъ, предсѣдательствующій номиналь усыновляемому, что онъ вслѣдствіе усыновленія подлежитъ «праву жизни и смерти», которымъ можетъ воспользоваться усыновляющій<sup>1</sup>; законъ XII табл. подтверждаетъ уголовное право отца, ставя отцу въ непремѣнную обязанность убить *monstra*...<sup>2</sup>. Какъ относились лучшіе люди и позднѣйшее законодательство къ этому праву отца, — извѣстно. Цицеронъ не находитъ словъ, чтобы достаточнымъ образомъ можно было похвалить законъ XII-ти таблицъ; Сенека<sup>3</sup> смотритъ на это право только какъ на награду, которая дана родителямъ за ихъ заботы относительно дѣтей; императоръ Августъ, который съ такимъ усміемъ добился проведенія своего закона «о безбрачій» (*lex Julia et Papia Poppaea*), преслѣдовавшемъ одну цѣль — увеличеніе населенія, не рѣшился затронуть и ограничить право отца выбрасывать дѣтей новорожденныхъ и убивать взрослыхъ; на-оборотъ, быть можетъ невольно преклоняясь передъ обычаями предковъ, онъ отказывается въ *jus liberorum* тѣмъ изъ женщинъ, которыя народили *monstra*. Но неужели существованіе права «жизни и смерти» только и объясняется однимъ уваженіемъ въ обычаяхъ предковъ? Существуетъ еще одно положеніе римскаго быта, которое всегда нужно имѣть въ-виду. Дѣло въ томъ, что политическая свобода считалась у римлянъ высшимъ благомъ гражданина: отецъ могъ продать своего сына, отдать его въ похл, продавать его трудъ, т. е. могъ временно ограничить его свободу, могъ, наконецъ, убить его, но совсѣмъ отнять свободы не могъ,<sup>4</sup> — въ сынѣ уважался гражданинъ, но не человѣческая личность, способная шататься, колебаться въ своемъ поведеніи,

<sup>1</sup> Gell. 5. 19, Gaj. 1. 97, Cic. pro dom. 29. 77.

<sup>2</sup> Cic. de legg. 3. 8.

<sup>3</sup> Выше пр. 1.

<sup>4</sup> Выше стр. 42 пр. 5.



страстях и привязанностях. « Дѣтей, говоритъ юристъ Павелъ, не только можно лишить наслѣдства, но можно было и убить<sup>1</sup>: преступленіе « сыноубійство » долго было неизвѣстно, между тѣмъ какъ преступленія — « кража чужого сына », « кража свободнаго гражданина » уже въ республиканскій періодъ были опредѣлены. Но что еще болѣе рельефно выдвигаетъ эту сторону отцовской власти, такъ это то, что въ послѣдній вѣкъ римской республики уголовные суды (*quaestiones perpetuae*) не имѣли права осудить преступника на смертную казнь, а отцы неограниченно пользовались этимъ правомъ относительно своихъ дѣтей въ однихъ случаяхъ вслѣдствіе формальнаго приказанія со стороны государства, въ другихъ — по собственному почину.

Разсматривая *jus vitae ac necis* съ точки зрѣнія крайняго логическаго послѣдствія права, принадлежащаго отцу, можно спросить: неужели въ законодательствѣ не было ограниченій этого права? Древнее право возлагаетъ обязанность на отца воспитывать всѣхъ дѣтей мужескаго пола и перворожденныхъ дѣвочекъ до достиженія тѣми и другими трехъ лѣтъ, но это ограниченіе ко времени изданія закона XII табл. было забыто; въ республиканскій періодъ отъ власти отца уходять или добровольно имъ эманципированные или достигшіе званія жреца Юпитера и весталки; отправленіе магистратуры на-время пріостанавливаетъ прижвненіе отцовской власти, хотя не исключаетъ столкновенія ея съ магистратурою, отправляемой сыномъ, — такъ напр. трибунъ Фламиній предлагаетъ аграрный законъ (232 до Р. X.); раздраженный отецъ стаскиваетъ его съ трибуны, за что и предается суду какъ « *reus majestatis* », и все-таки имѣвшій мужество твердить, что онъ примѣнилъ въ Фламинію только свою отцовскую власть<sup>2</sup>.... Цензоръ, если находилъ, что примѣненіе *jus vitae* противно государственнымъ интересамъ, могъ пріостановить это

<sup>1</sup> L. 11 Dig. 28. 2.

<sup>2</sup> Cic. de invent. 2, 17: см. еще Gell. 2. 2.

тѣльнаго (аг  
яхъ, предъ  
вслѣдствіи  
торны  
табл  
ит

... такъ-сказать, столкно-  
... цензора (potestas censoria),  
... Но почему же въ этомъ случаѣ цен-  
... Потому что всякій гражданинъ на-  
... изъ магистратовъ, когда другой  
... старался поразить этого гражда-  
... (intercessio collegae); наконецъ, обществен-  
... моглю нравственно осудить отца, который  
... страстно призывалъ свое ужасное право къ виновному сыну, но  
... не только могло нравственно осудить отца, который  
... за два вѣка до Р. Х. нѣкто Фабій Максимъ (cons. 116 г.),  
... что его сынъ находится въ преступной связи  
... сослать его въ деревню и подослать двухъ рабовъ  
... съ цѣлью убить его; рабы выполнили порученіе, за что и были  
... освобождены на волю<sup>1</sup>.... Помпей добился обвиненія Фабія,  
... изгнавша его изъ Рима<sup>2</sup>; несомнѣнно, что приговоръ этотъ со-  
... стоялся подъ вліяніемъ негодованія, потому что все поведеніе  
... Фабія напоминало поведеніе разбойника<sup>3</sup>, оплатившаго свободой  
... своихъ послушныхъ убійць-рабовъ, а не отца семейства, кото-  
... рый не долженъ былъ увлекаться местию, боязнью возобнове-  
... нія отношеній сына съ мачихой! Еслибъ Фабій убилъ своего  
... сына такъ-сказать «на-виду всѣхъ», онъ, несомнѣнно, вос-  
... пользовался бы только своей властью<sup>4</sup>.... При императорѣ  
... Августѣ нѣкто Трихонъ, всадникъ, засѣкъ своего сына<sup>5</sup>; на-  
... родъ былъ возмущенъ, конечно, тѣмъ способомъ, которымъ отецъ  
... убилъ своего сына, — пытка не примѣняется къ свободному че-

<sup>1</sup> Ср. Val. Max. 2. 6. 2; Dio Hal. frag. 20. 3.

<sup>2</sup> Огров. 5. 16.

<sup>3</sup> Cic. Balb. 11. 23.

<sup>4</sup> L. 5 Dig. 48. 9.

<sup>5</sup> . . . priscorum romanorum et justitiæ et reipublicæ studium et severitas  
notissima sint, A begg. 64.

<sup>6</sup> Sen. de clem. 1. 14.

львѣку, отчего не убить сына, такъ сказать, гражданскимъ способомъ, на примѣръ отсѣченіемъ головы? Существовалъ еще обычай<sup>1</sup>, чтобы отецъ, собирающійся судить своего сына, призывалъ въ качествѣ свидѣтелей своего безпристрастія родственникововъ, которые въ моментъ суда являются десогитомъ отца. . . . Многие изслѣдователи заходили такъ далеко, что полагали, будто призывъ этихъ судей имѣлъ въ основаніи твердыя правила, что отношенія въ этомъ судѣ были такъ-же опредѣленны, какъ въ судѣ присяжныхъ, т. е. мужъ или отецъ составляетъ приговоръ, а призванные имъ родственники — признають или нѣтъ вину сына<sup>2</sup>. Но древній міръ не зналъ подобной регламентаціи, — ни обычай, ни законодательство не рѣшались поставить отца въ зависимость отъ семейнаго совѣта въ тѣхъ случаяхъ, когда отецъ примѣняетъ надъ своими дѣтьми отцовскую власть; семейные совѣты выступаютъ тогда, когда нѣтъ отца, т. е. когда дѣти вслѣдствіе смерти отца не подпадаютъ во власть дѣда, — въ этомъ случаѣ позднѣйшее римское законодательство передаетъ заботу о воспитаніи сироты родственникамъ, точно такъ-же какъ современное французское законодательство ставитъ въ обязанность семейнаго совѣта прежде всего назначеніе опекуна сиротѣ<sup>3</sup>. Можно, однако, замѣтить, что, вѣдь, въ Римѣ они призывались въ тѣхъ случаяхъ, когда сыну за проступокъ грозило убійство, но не слѣдуетъ забывать, что право отца убить сына есть наиболѣе рельефная сторона его власти, которая много бы потеряла въ своемъ значеніи, если-бы виновныя дѣти знали напередъ, что ихъ будутъ судить передъ совѣтомъ, въ глазахъ котораго, быть можетъ, проступокъ виновнаго сына не окажется столь важнымъ, какъ въ глазахъ его отца. Призвать или нѣтъ родственникововъ — дѣло доброй воли

<sup>1</sup> Принимавшій Ромулу. Dio. 2. 25.

<sup>2</sup> Kleuze, 24—5; Wächter, 62—4, 103 f.

<sup>3</sup> Code Civ. 142. 405.

отца. Если отец считаетъ нужнымъ произвести судъ и расправу надъ виновнымъ сыномъ, такъ сказать, съ ббльшею торжественностью, — онъ самъ опредѣляетъ составъ совѣта, т. е. призываетъ въ качествѣ свидѣтелей<sup>1</sup> кровныхъ родственниковъ<sup>2</sup>, или друзей<sup>3</sup>, или и совсѣмъ постороннихъ лицъ<sup>4</sup>; конечно, при такой обстановкѣ судъ надъ виновнымъ сыномъ произведетъ сильное впечатлѣніе на остальныхъ дѣтей, жену, рабовъ, присутствующихъ тутъ-же въ *atrium*'ѣ... Лукреція, оплакавши нанесенное ей оскорбленіе, прибѣгла къ самоубійству, страшась одной мысли подвергнуться суду своихъ родственниковъ, т. е. засвидѣтельствовать свой позоръ передъ столькими свидѣтелями, которыхъ она знала съ дѣтства, какъ своихъ родственниковъ, и съ дѣтьми которыхъ она быть можетъ не разъ играла!<sup>5</sup> Еще съ ббльшею торжественностью производилъ судъ гражданинъ Тарій, призвавшій въ «совѣтъ» даже императора Августа. Тарій произвелъ изслѣдованіе дѣла, далъ возможность своему сыну защищаться и за-тѣмъ предложилъ каждому изъ присутствующихъ написать мнѣніе свое о виновности его сына.... По-истинѣ странный отецъ семейства, допускающій баллотировку вопроса о виновности своего сына! Но *de jure* отецъ не обязанъ былъ производить подобныхъ изслѣдованій дѣла; онъ могъ распра-

<sup>1</sup> A begg. 62; Dirkse n, Versuche etc. 88—95.

<sup>2</sup> Главными участниками этихъ *consilia* были когнаты, которые являются всегда свидѣтелями при всѣхъ важнѣйшихъ событіяхъ, происходящихъ въ семействѣ, напр. при бракѣ, разводѣ, рожденіи. Inegin g. 2 208 f., Kleuze, 25; Geib, 84. Такимъ образомъ призывъ когнатовъ въ качествѣ свидѣтелей въ указанныхъ случаяхъ есть не что иное какъ неюридическое значеніе кровной связи по древнему праву, — въ указанныхъ случаяхъ *agnati* не призываются, исключеніе въ томъ случаѣ, если *agnatus* былъ въ то-же время и *cognatus*, напр. при усыновленіи, l. 23, Dig. 1. 7.

<sup>3</sup> Liv. 2. 41.

<sup>4</sup> Val. Max. 5. 9. 1 — призывается сенатъ, Sen. de Clem. 15 — приглашается императоръ Августъ.

<sup>5</sup> Val. Max. 6. 1. 1.

виться съ сыномъ безъ призыва даже свидѣтелей<sup>1</sup>.... Валерій Максимъ сопоставляетъ двухъ отцовъ, судившихъ своихъ сыновей; одинъ отецъ расправился съ своимъ сыномъ въ-силу своей отцовской власти безъ призыва какихъ бы то ни было свидѣтелей, другой — призвалъ совѣтъ<sup>2</sup>, и историкъ хвалитъ послѣдняго, называя его строгимъ и справедливымъ судьей... Устами Валерія Максима говоритъ римлянинъ, который въ каждомъ наказаніи видитъ «примѣръ и устрашеніе другимъ», все равно какъ Моисей совѣтуетъ родителямъ вывести несправнаго сына къ старѣйшинамъ и сказать — «сей сынъ нашъ бунтъ и непокоренъ...; тогда всѣ жители города его пусть побьютъ его камнями до смерти»<sup>3</sup>, — наказаніе такого сына, производимое старѣйшинами, сдѣлаетъ для дѣтей его еще болѣе примѣрнымъ.

Дисциплинарная сторона отцовской власти весьма долго не подвергалась регламентаціи со стороны законодательства. Съ точки зрѣнія уголовного закона, иногда эта неопредѣленность отцовской власти составляла прямой выигрышъ, именно въ тѣхъ случаяхъ, когда не находилось обвинителя, который поднялъ бы уголовное обвиненіе противъ лица, находящагося въ отцовской власти, за совершонное имъ преступленіе<sup>4</sup>; иногда она была излишня, такъ-какъ домашняя расправа не исключала общей уголовной подсудности<sup>5</sup>. Существуютъ примѣры, изъ которыхъ видно, что домашняя расправа то предшествуетъ суду публичному<sup>6</sup>, то, на-оборотъ, виновный сынъ предается сначала суду общему, а потомъ домашнему<sup>7</sup>, въ которомъ верховнымъ вершителемъ судьбы виновнаго сына все-таки оставался отецъ не

<sup>1</sup> Примѣры: Sall. Cat. 39; Val. Max. 6. 3. 8 и проч. Abegg, 64.

<sup>2</sup> Val. Max. 5. 8. 2 и 3.

<sup>3</sup> Второзак. 21. 18 — 21.

<sup>4</sup> Примѣры: Suet. Tib. 35; Tac. Ann. 2. 50. 85.

<sup>5</sup> Abegg, 67; Val. Max. 5. 8. 5, Sall. Cat. 40, Dio Cass. 37. 36.

<sup>6</sup> Val. Max. 6. 3. 8.

<sup>7</sup> Liv. 8. 18, 10. 31.

только въ теченіи республиканскаго періода, — доказательствомъ тому служить законъ объ отцеубійствѣ, проведенный Помпеемъ, на основаніи котораго за убійство сына наказывалась только виновная мать, потому что она не имѣетъ отцовской власти на то, — но весьма долго и въ теченіи императорскаго періода, — доказательствомъ того служить Тарій, призванный въ свидѣтели императора Августа, и Помпонія Грецина, судившаяся въ царствованіе императора Тиберія домашнимъ судомъ за какія-то суевѣрія (*superstitiones*), быть можетъ за исповѣданіе христіанства....

Такъ долго римскій «домъ»<sup>1</sup> былъ неприкосновенною территоріей для центральной государственной власти. Но ко времени замѣны одного государственнаго строя другимъ, республиканскаго — императорскимъ, всё основаніе, на которомъ зиждился римскій домъ, были подкопаны.... Религіозныя вѣрованія, которыя составляли главнѣйшее основаніе отцовской власти, оказались излишними для того общества, которое ознакомилось съ азіатскою вѣрой и вакханаліями, и бракъ, который нѣкогда давалъ необходимаго наследника для поддержанія семейнаго культа и передачи святыхъ обычаевъ предковъ, теперь сталъ средствомъ для того, чтобы избѣжать тяжелой обязанности молиться за души умершихъ предковъ.... Но съ упадкомъ религіозныхъ вѣрованій исчезло единственно сильное въ древнемъ обществѣ ограниченіе отцовской власти — «ответственность передъ божествомъ», вслѣдствіе чего право отцовской власти, съ его логическими послѣдствіями — продать, убить сына и т. д., рѣзко вырвалось на тельножъ фонѣ разлагающейся семьи.... Вотъ это-то пробѣлъ — напомнить отцу, чтобы онъ не злоупотреблялъ своимъ правомъ надъ дѣтьми, мало-по-малу пополняютъ въ качествѣ цензоровъ императоры; такъ, императоръ Траянъ принуждаетъ одного отца эманципировать своего сына за слишкомъ звѣрское обращеніе съ нимъ и отказываетъ этому отцу въ правѣ наслед-

<sup>1</sup> Въ смыслѣ «*sedes et tabulas*», I. 203, Dig. 50. 16.

дованія въ имуществѣ его сына, въ качествѣ *patens manus-rog'a*<sup>1</sup>; императоръ Адріанъ приговариваетъ отца къ ссылке (*deportatio*) за убійство своего сына на охотѣ, котораго отецъ подозрѣвалъ въ связи съ своею женой: «отцовская власть, замѣчаетъ по этому поводу юристъ, должна состоять въ *pietas*, а не въ жестокости»<sup>2</sup>, — но еще нѣтъ ни слова о безусловномъ запрещеніи отцу убивать своихъ дѣтей! Однако, вышеуказанныя императорскія рѣшенія должны были вліять на смягченіе отцовской власти съ точки зрѣнія *jus vitæ, ac necis*; такому смягченію много помогали просвѣщенный умъ римскихъ юристовъ, какъ наприм. Аристонъ и Нерація, на основаніи мнѣнія которыхъ Траянъ лишилъ наслѣдства жестокаго отца. Параллельно съ этимъ развивался принципъ, намѣченный преторомъ, о возможности для сына предъявить уголовный искъ объ обидѣ самому, если его отецъ отсутствуетъ и не оставилъ представителя (*procurator ad litem*), а извѣстно, что по древнему праву сынъ потому не могъ искать на судѣ, что ничего не могъ вообще для себя приобрести; юристы даютъ ту-же возможность сыну, отецъ котораго сумасшедшій<sup>3</sup>, а во II ст. этотъ-же принципъ былъ приложенъ ко всѣмъ уголовнымъ искамъ. Неудивительно поэтому, что юристъ Гай въ своихъ «Комментаріяхъ» говоритъ о *jus vitæ*, какъ примѣняющемся только къ рабамъ, указывая вмѣстѣ съ тѣмъ на господствующій въ законодательствѣ принципъ, что «излишняя жестокость господъ обуздывается постановленіемъ императора Пія Антонина». Императоръ Александръ Северъ въ 228 году на запросъ нѣкоего Артеמידора о наказаніи непослушныхъ дѣтей отвѣчалъ: «если очевидно, что сынъ забылъ рѣшительно свои обязанности передъ отцомъ и совершилъ такіе поступки, которые могутъ повлечь смертную казнь, — отецъ

<sup>1</sup> L. 5 Dig. 37. 12.

<sup>2</sup> L. 5 Dig. 48. 9; ср. l. 2 Dig. 48. 8.

<sup>3</sup> L. 10. 17 Dig. 47. 10.

долженъ подать жалобу на такого сына губернатору»<sup>1</sup>.... Такъ мало-по-малу выясняется принципъ, что даже дѣтей, подчиненныхъ отцовской власти, надо судить за совершенныя ими преступленія, что только судъ можетъ осудить ихъ на смертную казнь, но не отецъ, и все-таки нѣтъ формальнаго запрещенія отцу пользоваться *jus ac pecis*! Это право мало-по-малу выходило изъ употребленія, чему много способствовала и постепенная эманципация сыновей въ имущественномъ отношеніи, такъ-что декретъ императора Александра Севера только открываетъ новые пути для отцовъ, желающихъ расправиться съ своими дѣтьми, но уже не рѣшающихся воспользоваться своимъ *jus vitæ*. Рѣшеніе императора Александра Севера юристы приняли за принципъ; такъ, Ульпіанъ, его современникъ, прямо уже говоритъ, что «безъ суда сынъ не можетъ быть наказанъ, иначе отецъ подвергается ссылкѣ»<sup>2</sup>. Другой современникъ Александра Севера — юристъ Павелъ говоритъ вообще, что «отцу было позволено нѣкогда убивать своихъ дѣтей»<sup>3</sup>; конечно, Павелъ не хотѣлъ сказать, что *jus vitæ* давно уже вышло изъ употребленія, какъ это обыкновенно полагаютъ, — Павелъ хотѣлъ только сказать, что, въ виду изданныхъ конституцій императоровъ Траяна, Адриана и, въ-особенности, Александра Севера, за воспользованіе отцемъ *jus vitæ ac pecis* ему грозитъ наказаніе, и что, дѣйствительно, Павелъ не могъ иначе думать, это доказывается тѣмъ, что еще въ его время отецъ совершенно свободно могъ убить свою дочь, которую онъ засталъ въ моментъ прелюбодѣвія (*in rebus venereis*, по выраженію Ульпіана). Наконецъ, императоръ Константинъ наноситъ рѣшительный ударъ *jus vitæ*, постановляя, что впредь отцы за убійство своихъ взрослыхъ дѣтей подвергаются не ссылкѣ, — наказанію слишкомъ незначительному съ его точки

<sup>1</sup> L. 3 Cod. 8. 46.

<sup>2</sup> L. 2 Dig. 48. 8.

<sup>3</sup> Выше стр. 67 пр. 1.



зрѣнія, а наказанію, установленному за отцеубійство, т. е. утопленію<sup>1</sup>, хотя за выбрасываніе дѣтей новорожденныхъ Константинъ только лишаетъ виновнаго отца принадлежащей ему отцовскоѣ власти. Оба эти постановленія императора Константина были приняты императоромъ Юстиніаномъ; но ни Юстиніанъ, ни Константинъ не рѣшились измѣнить тѣ параграфы закона Юлія «о прелюбодѣянніи»<sup>2</sup>, въ которыхъ признается за отцомъ, т. е. за лицомъ стоящимъ во главѣ семейства, право убить свою дочь и ея любовника, если онъ захватилъ ихъ *in tebus venereis*<sup>3</sup>; «для скорой расправы»<sup>4</sup>. Но мужъ не имѣетъ права убить ни свою виновную жену, иначе онъ подвергается наказанію<sup>5</sup>, ни ея любовника, — исключеніе только въ томъ случаѣ, если любовникъ его жены — человекъ низкаго происхожденія, напр. рабъ, вольноотпущенникъ мужа, жены или ихъ родственниковъ первой степени<sup>6</sup>. Однако право отца убить виновную въ прелюбодѣянніи дочь подвергается нѣкоторымъ ограниченіямъ, выставленнымъ уже закономъ Юлія

<sup>1</sup> L. un. Cod. Th. 9. 15, l. un. Cod. 9. 17. Отъ этого общепринятаго мнѣнія. A Begg, 66, уклоняется Моэер, Beiträge, стр. 32 (Von dem impetium domesticum), который слова конституціи *si quis filium* перефразируетъ такъ: *filium qui adhuc in avi potestate est*, слѣд. если сынъ, находящійся во власти своего отца, убьетъ своего сына, то онъ этимъ нарушаетъ право своего дѣда; что удержавъ законъ Помпея *de parricidiis*, въ которомъ отецъ не причисляется къ тѣмъ лицамъ, которыя могутъ совершить *parricidium*. Какъ-же могъ императоръ Юстиніанъ принять этотъ законъ, если уже Константинъ наказывалъ за убійство сына? Наконецъ, Юстиніанъ, въ § 2 Inst. de pp., говоритъ, *ejus potestatis, quod in liberis habetis*, — послѣднее выраженіе указываетъ, что *impetium domesticum* существуетъ. Моэеръ въ своемъ возраженіи имѣетъ въ виду мнѣніе Бенкесгука, Opusc. 2. 129, который, на основаніи l. un. Cod. cit., полагалъ, что императоръ Константинъ уничтожилъ абсолютное господство отца надъ дѣтми.

<sup>2</sup> О характерѣ этого закона мы высказали наше мнѣніе въ сочиненіи «Ученіе о законнорожденности» etc., стр. 225 f.

<sup>3</sup> L. l. 20. 21 Dig. 48. 5, Coll. 4. 7—8.

<sup>4</sup> Coll. 4. 2—3, l. 22 § 4 Dig. ib.

<sup>5</sup> Coll. 4. 10.

<sup>6</sup> L. 24 Dig. ib., Coll. 3, §§ 2—4.

de adulteriis; но здѣсь прежде всего нужно имѣть въ-виду, что въ законѣ говорится о дочери замужней, такъ-какъ въ періодъ изданія закона Юлія отецъ вполне еще могъ пользоваться *ius vitæ* надъ дочерью незамужней, между-тѣмъ-какъ замужняя дочь могла, если бракъ былъ заключенъ *cum manu*, отойти во власть своего мужа и, слѣдовательно, подчинялась юрисдикціи послѣдняго, а не своего отца; извѣстно же, что мужъ надъ своею женой, стоящею въ его *manu*, имѣлъ неограниченное право, т. е. онъ могъ ее убить<sup>1</sup>, такъ-какъ она считалась его дочерью, хотя мужъ, производя судъ надъ женой, долженъ былъ призвать въ качествѣ свидѣтелей ея когнатовъ, т. е. главнымъ образомъ ея отца. Въ послѣдніе вѣка римской республики семья вполне деморализовалась: безграничная свобода разводовъ подтачиваетъ власть мужа надъ женой; право мужа убить свою жену является анахронизмомъ, и самый законъ Юлія ставитъ въ обязанность мужа немедленно развестись съ виновною женой и предъявить противъ нея публичное обвиненіе въ прелюбодѣяннн. Въ исключительныхъ же случаяхъ законъ признаетъ право за отцемъ убить свою дочь; но, принимая въ соображеніе, что, при бракѣ *cum manu*, женщина выходитъ изъ семьи своего отца, законъ и долженъ былъ допустить исключительные случаи, когда власть отца какъ-бы оживаетъ, — это именно тогда, когда онъ застаётъ свою замужнюю дочь въ моментъ совершенія преступленія въ своемъ ли домѣ, въ домѣ ли зятя, — въ этотъ моментъ (*in continenti*) отецъ можетъ убить свою дочь вмѣстѣ съ ея любовникомъ, непременно вмѣстѣ — въ доказательство того, что, убивая ихъ, онъ поступилъ подъ вліяніемъ чувства справедливости ...<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Это право — одинъ изъ древнѣйшихъ обычаевъ, см. стр. 69 пр. 1; примѣръ Val. Max. 6. 3. 9, A Begg, § 37.

<sup>2</sup> A Begg, l. c., Val. Max. 2. 9. 2; мужъ, судившій жену безъ призыва когнатовъ, выводитъ подозрѣніе въ собственной винѣ, ср. Ulp. 6. 10, Cic. Top. 4.

<sup>3</sup> Coll. 4. 9.

Пока отецъ имѣлъ неограниченное право надъ жизнью своихъ дѣтей, до тѣхъ поръ въ законодательствѣ не могло быть и рѣчи о тѣхъ дисциплинарныхъ мѣрахъ, посредствомъ которыхъ отецъ могъ обуздывать своихъ непослушныхъ сыновей, потому что тотъ, кто имѣетъ наивысшее право — *jus vitae*, тотъ, конечно, имѣлъ право подвергнуть своего сына тѣлесному наказанію, запретить его въ тюрьму, съечь...<sup>1</sup>. И мы увидимъ (въ слѣдующей главѣ), что право отнимало у сына всякую возможность жаловаться на жестокое съ нимъ обращеніе<sup>2</sup> между прочимъ и потому, что «особа отца для него всегда священна...». По мѣрѣ того, какъ *jus vitae ac pecis* приходитъ въ *desuetudo*, и по мѣрѣ того, какъ развивается сознание, что отцовскою властью нельзя злоупотреблять до такой степени, чтобъ забыть свои обязанности къ дѣтямъ (*pietas*), законодательство такъ-же начинаетъ считаться и съ чисто дисциплинарною стороною отцовской власти, по-скольку она переходитъ за границы *pietas*, — при мѣрѣ былъ указанъ выше: императоръ Траянъ заставилъ отца, жестоко обращавшагося съ своимъ сыномъ, эманципировать его. Въ вышеуказанной конституціи императора Александра Севера впервые высказывается, что «отецъ въ-силу отцовской власти можетъ наказывать того сына, который забываетъ свои обязанности къ отцу», конечно, наказывать за совершеніе тѣхъ обыкновенныхъ проступковъ, которые только и могутъ быть рассмотрѣны отцомъ съ точки зрѣнія рѣзвости сына, его наклонностей, общаго его поведенія и т. д., такъ-какъ на основаніи той-же конституціи за проступки, совершенные дѣтьми, которые указываютъ, что они рѣшительно выбиваются изъ-подъ власти отца и что мѣры домашней дисциплины ни къ чему больше не поведутъ, какъ развѣ только къ большому дискредитованію отцовской власти, отецъ наложить на своего

<sup>1</sup> Напр. Liv. 7. 4, l. 16 § 2 Dig. 48. 19.

<sup>2</sup> L. 7 § 3 Dig. de injuriis (47. 10).

сына болѣе серьезное наказаніе хотя бы приговорилъ его къ смерти, но — съ согласія судьи<sup>1</sup>. Впослѣдствіи императоры Валентиніанъ и Валенсъ признають ту-же коррекціонную власть надъ сиротами за ихъ родственниками, которыхъ законъ называетъ «дѣвчарами» шаловливаго ребенка и которые лучше всѣхъ должны знать его характеръ; но тяжкія преступленія, совершенныя ими (*enorme delictum*), должны быть разсмотрѣны судомъ<sup>2</sup>. Но чѣмъ объяснить стремленіе законодателя передать коррекціонную власть кровнымъ родственникамъ (*propinqui*) сироты? Тѣмъ, что законодательство христіанскихъ императоровъ стремилось образовать вокругъ сироты семейный совѣтъ изъ его родственниковъ, который бы слѣдилъ какъ за воспитаніемъ ребенка, такъ и за положеніемъ его имущества. Уже и преторъ, при рѣшеніи вопроса — кому довѣрить воспитаніе малолѣтняго ребенка, спроситъ мнѣніе его родственниковъ<sup>3</sup>, а императорское законодательство предвидитъ споръ относительно этого вопроса между матерью сироты, его опекуномъ и кровными родственниками<sup>4</sup>; кровные же родственники оказываютъ вліяніе на выдачу замужъ несовершеннолѣтней дѣвушки на-столько серьезное, что при ихъ несогласіи дѣло можетъ быть передано на усмотрѣніе губернатора<sup>5</sup>. При выходѣ вторично замужъ вдовы, императоры Валентиніанъ, Валенсъ и Граціанъ предвидятъ случай, когда «выборъ ея жениха противорѣчатъ волѣ ея отца и родственниковъ...»<sup>6</sup>. Если отвѣтчикъ сходитъ съума, то ему немедленно назначается попечитель заботой (*cura et provisione*) какъ судья, у котораго раз-

<sup>1</sup> L. 3 Cod. cit. (8. 47 [46]), l. 9 § 3 Dig. 1. 16, l. 2 Dig. 48. 8 — въ последнемъ текстѣ Ульпіанъ говоритъ, что отецъ долженъ обвинить, т. е. убѣдить судью въ своей жалобѣ на сына, явка котораго на судъ не требовалась, ибо въ l. 9 § 3 cit., принадлежащемъ также Ульпіану, два эти рѣшаются *de plano*, т. е. безъ допроса сторонъ (ср. l. 2 § 1 Dig. 38. 15 [16] и l. 3 § 8 Dig. 37. 1).

<sup>2</sup> L. un. Cod. Th. 9. 13; l. un. Cod. 9, 15, Klentze, 30.

<sup>3</sup> L. 1 § 1 Dig. 27. 2.

<sup>4</sup> L. 1 Cod. 5, 4.

<sup>4</sup> L. 1 Cod. 5. 49.

<sup>6</sup> L. 18 Cod. ib.

бирается дѣло, такъ и его (сумасшедшаго) родственниковъ...<sup>1</sup>. Право добиваться смѣщенія подозрительнаго опекуна и попечителя принадлежить не только восходящимъ, но и кровнымъ родственникамъ...<sup>2</sup>. Въ нѣкоторыхъ случаяхъ законъ лишаетъ кровныхъ родственниковъ права засѣдать въ семейномъ совѣтѣ, напр. если есть подозрѣніе, что они противятся выходу въ замужество вдовы, рассчитывая на ея наслѣдство<sup>3</sup>; наконецъ, при разногласіи, рѣшающее значеніе имѣетъ голосъ губернатора или судьи, которые, быть можетъ, считались предсѣдателями этихъ совѣтовъ<sup>4</sup>.

Въ такомъ видѣ дисциплинарная сторона отцовской власти была признана и императоромъ Юстиніаномъ, т. е. было признано, что отецъ имѣетъ право примѣнять къ своему сыну мѣры домашней дисциплины съ цѣлю его исправленія; и хотя сынъ не имѣлъ возможности жаловаться на жестокое обращеніе съ нимъ отца<sup>5</sup>, но если было очевидно, что отецъ забываетъ свои обязанности относительно дѣтей, что онъ примѣняетъ дисциплинарныя мѣры не въ интересахъ воспитанія; то дѣти могли быть эманципированы противъ его воли. Постановленія закона Юлія объ убійствѣ дочери, застигнутой отцемъ въ моментъ прелюбодѣянія, удержаны императоромъ Юстиніаномъ.

---

<sup>1</sup> L. 28 §. 1 Cod. 5, 38.

<sup>2</sup> L. 6. Cod. 5, 43.

<sup>3</sup> L. 18 cit.

<sup>4</sup> L. 1. 18, 20 Cod. cit.

<sup>5</sup> Выше стр. 77 пр. 2.

## VI.

### ЮРИДИЧЕСКАЯ ОБЯЗАННОСТЬ ДТЕЙ ОКАЗЫВАТЬ СВОИМЪ РОДИТЕЛЯМЪ ПОЧТЕНІЕ (reverentia).

Комуль Манлій Торевать, присуждая своего сына къ смертной казни за нарушеніе военной дисциплины (340 г. до Р. Х.), мотивировалъ свой приговоръ, между прочимъ, и тѣмъ, что его сынъ «не оказалъ должнаго благоговѣнія передъ его отцовскою властью»<sup>1</sup>, а на какой поступокъ могло побудить сына подобное благоговѣніе, это видно, между прочимъ, изъ слѣдующаго факта той-же семейной хроники. Въ 362 г. до Р. Х. трибунъ Помпоній вызываетъ на судъ Манлія Имперіоза, обвиняя его въ злоупотребленіи диктатурой, но Помпоній долженъ былъ отказаться отъ обвиненія, испугавшись угрозы сына Манлія убить его, если онъ будетъ упорствовать....<sup>2</sup> Римскій преторъ только формулируетъ это «благоговѣніе», говоря въ эдиктѣ, что «для сына особа отца священна»<sup>3</sup>. Правило это коренится въ естественномъ правѣ (jus naturale)<sup>4</sup>, съ точки зрѣнія котораго сынъ не только долженъ оказывать почтеніе отцу, но и всякому восходящему<sup>5</sup>; онъ обязанъ оказывать почтеніе не только какъ сынъ, но даже и въ тѣхъ случаяхъ если онъ приходитъ въ столкновеніе съ отцемъ въ качествѣ другого лица; напр. сынъ долженъ предъявить къ своему отцу искъ въ качествѣ опекуна малолѣтняго, совершенно чуждаго имъ семейства; а если отецъ не явится на судъ, если онъ пошлетъ вмѣсто себя представителя, что-же, свободенъ ли въ этомъ случаѣ сынъ отъ обязанности оказывать почтеніе?

<sup>1</sup> Liv. 8 3, Cic. off. 3 31, Sal. Cat. 32.

<sup>2</sup> Liv. 7. 4.

<sup>3</sup> L. 9 Dig. 37. 15.

<sup>4</sup> Ср. l. 4 § 3 и l. 6 Dig. 2. 4 [De in jus vocando].

<sup>5</sup> L. 7 § 5 Dig. 37. 15.

Нѣтъ! Оскорбленіе, нанесенное сыномъ представителю своего отца, считается безчестнымъ<sup>1</sup> поступкомъ, столько-же нарушающимъ обязанность reverentia, какъ и непосредственное оскорбленіе отца.

Этотъ принципъ — «для сына особа отца священна», хотя и кажется съ перваго взгляда нравственнымъ афоризмомъ, даетъ себя знать въ цѣломъ рядѣ практическихъ послѣдствій:

а) Призывъ отца въ судъ (in jus vocatio)<sup>2</sup>. Преторъ постановилъ въ своемъ эдиктѣ правиломъ, что сынъ никогда не можетъ предъявить къ отцу иска безъ предварительнаго на то согласія его, претора<sup>3</sup>; слѣдовательно, если преторъ отказывается въ такомъ согласіи, — сынъ не имѣетъ никакого средства предъявить къ своему отцу искъ. Но такъ-какъ «почтеніе» должно быть оказываемо всѣмъ восходящимъ, то указанное правило соблюдается вообще во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда сынъ предъявляетъ искъ къ кому-нибудь изъ восходящихъ, будетъ ли это мужчина или женщина, будетъ ли это дѣдъ или прабабка и проч. — все равно<sup>4</sup>; съ другой же стороны, такъ-какъ обязанность оказывать почтеніе предписывается jus naturale, то указанное правило преторскаго эдикта примѣняется и въ тѣхъ случаяхъ, когда объ отцовской власти не можетъ быть и рѣчи, т. е. при родствѣ, возникшемъ еще во время нахождения въ рабствѣ восходящаго ли<sup>5</sup> или сына<sup>6</sup>, при конкубинатѣ<sup>6</sup> и между

<sup>1</sup> Ср. l. 2 сь l. 7 Dig. ib

<sup>2</sup> Rudorf, Edictum perpet., 36 f.; его-же. Die Prozessöffnung etc., Zeit. für Rechtsgesch. Bd. IV, 41 f.

<sup>3</sup> Gaj. 4 46, § 12 Inst. 4. 6 l. 1. 4 §. 1, 6, 13 Dig. h. t. l. 3 Cod. 2 2 [de in jus vocando].

<sup>4</sup> L. 4 § 3 Dig. h. t., l. 3 Cod. h. t.; выраженіемъ maiores обозначаются самыя отдаленныя восходящія: l. 4 § 2 Dig. h. t., l. 51 Dig. 50 16, l. 1 § 1 Dig. 37, 5, а чѣ болѣе тѣснымъ значеніемъ: l. 10 § 7 Dig. 38. 10.

<sup>5</sup> См. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности» etc., стр. 255.

<sup>6</sup> Ib. стр. 198 и слѣд.

матерью и ея незаконнорожденнымъ ребенкомъ<sup>1</sup>; при родствѣ, возникающемъ вслѣдствіе усыновленія, усыновленный, конечно, не можетъ предъявить иска къ усыновителю, но не можетъ предъявить его къ своему бывшему отцу; послѣднее объясняется тѣмъ, что указанное правило преторскаго эдикта коренится въ *ius naturale*<sup>2</sup>. За предъявленіе снмномъ иска къ отцу безъ испрошенія предварительнаго на то согласія претора, сынъ подвергается штрафу въ пятьдесятъ солидовъ<sup>3</sup>, исключенію изъ службы<sup>4</sup>, уничтоженію *emancipatio*<sup>5</sup>, домашнимъ исправительнымъ наказаніямъ и прч., и такъ-какъ несоблюденіе правилъ объ *in jus vocatio* вызываетъ для отца возможность предъявить нѣчто въ-родѣ иска объ обидѣ (*actio de injuriis, actio ingratii*), то искъ этотъ не переходитъ къ наследникамъ обѣихъ сторонъ, подлежитъ годовой давности<sup>6</sup> и принадлежитъ къ числу исковъ *in factum*<sup>7</sup>. Позволительно спросить — всѣ эти правила объ *in jus vocatio* на-сколько удержали свое значеніе въ правѣ императора Юстиніана? Уже во время пріета Павла допускалась возможность для либерта подавать губернатору или государю прошеніе, содержащее въ себѣ жалобу на патрона (*libellum*), что не вызвало для либертовъ штрафа, предписываемаго преторскимъ эдиктомъ за несоблюденіе либертами правилъ объ *in jus vocatio*; подача исковыхъ прошеній мало-по-малу вытѣсняетъ древнее *in jus vocatio* со всѣми его ограниченіями для опредѣленной группы лицъ, такъ-что принятіе судомъ подаваемого прошенія есть уже надлежащее позволеніе вести искъ либерту съ патрономъ, нисходящему съ восходящимъ<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Иб. стр. 300 и слѣд.

<sup>2</sup> L. 7. 8 пр. Dig. h. t.

<sup>3</sup> L. 11, 12 15. 24—5, Dig. h. t.

<sup>4</sup> L. 1 Dig. 37, 15.

<sup>5</sup> L. un. Cod. 8, 50 [49].

<sup>6</sup> L. 24 Dig. h. t.

<sup>7</sup> § 12 Inst. cit. (выше стр. 81 пр. 3).

<sup>8</sup> Glück, 3. 350, Windscheid, § 514 пр. 5.



Конечно, правила, выставляемые эдиктомъ, о предъявленіи сыномъ къ отцу иска, предвидѣли тѣ случаи, когда сынъ, находясь въ отцовской власти, предъявляетъ къ своему отцу искъ; но эти случаи намѣтились именно тогда, когда тотъ-же преторъ ставъ въ отцовской власти видѣть не одни права, но и нѣкоторыя обязанности, такъ-же коренящіяся въ *jus naturale*, наприм. обязанность пропитанія (*alimenta*) отцемъ своихъ дѣтей, обязанность надѣленія дочери приданымъ. Въ другихъ же случаяхъ эта возможность сына предъявить искъ къ отцу съ предварительнаго согласія претора объясняется тѣмъ соображеніемъ, что предъявляемый искъ къ отцу имѣетъ въ-виду заставить его совершить такой поступокъ, который является необходимою формальностью въ интересахъ сына, но который для отца, какъ для отвѣтчика, не влечетъ никакихъ дурныхъ послѣдствій; наприм. въ томъ случаѣ, когда отецъ назначается наследникомъ съ тѣмъ, чтобы онъ принятое имъ наследство передать бы своему сыну фиденкоммиссарно, но отецъ не хочетъ почему-либо выполнить подобный фиденкоммисъ.

б) Обязанность дѣтей оказывать родителямъ вѣчное почтеніе сказывается также въ томъ, что дѣти не могутъ предъявлять опредѣленныхъ исковъ къ своимъ родителямъ, именно — исковъ уголовныхъ вообще и гражданскихъ, влекущихъ для отвѣтчика *infamia*; въ числу послѣднихъ относятся: искъ, принадлежащій сыну, вслѣдствіе совершенной у него кражи (*actio furti*) или грабежа (*vi bonorum raptozum*) или причиненной ему обиды (*actio injuriarum*), его омана (*de dolo*); также искъ, вытекающій противъ отца, какъ опекуна (*actio tutelae*), искъ, обусловливаемый недобросовѣстнымъ исполненіемъ поруче-

<sup>1</sup> L. 16. §§ 11, 12 Dig. 36. 1.

<sup>2</sup> L. 10 § 12 Dig. h. t., l. 2 Dig. 37. 15. l. 5 § 1, 7 pr. § 2 Dig. ib. l. 11 § 1 Dig. 4. 3. l. 11 § 1 Dig. 48. 2. l. 1 § 43 Dig. 43. 16. l. 4 § 16 Dig. 44. 4. l. 5 Cod. 2. 20. l. 5 Cod. 9. 22.

нія (*acti mandati*), несоблюденіємъ обязанностей контрагента, принявшаго вещь на сохранение (*actio depositi*), искъ, принадлежащій товарищу при договорѣ товарищества (*actio pro socio*) и искъ противъ лица, развратившаго чужого раба (*servi cogrupti*)<sup>1</sup>; первые четыре иска всегда влекутъ безчестіе (*infamia*), хотя-бы судебное рѣшеніе было предупреждено мировою сдѣлкой тяжущихся; иски *tutelae*, *mandati* и *depositi* влекутъ *infamia* въ качествѣ прямыхъ исковъ, потому, что въ этомъ случаѣ посредствомъ ихъ преслѣдуется *dolus*<sup>2</sup>, но всѣ они вмѣстѣ съ *actio pro socio*, который также преслѣдуетъ нарушение добросовѣстности, допускаютъ возможность избѣжать *infamia* до постановленія судебного приговора посредствомъ мировой сдѣлки. Вліяніе обязанности оказывать почтеніе сказывается, именно, въ томъ, что дѣти, не будучи въ состояніи предъявить къ отцу указанныхъ исковъ, предъявляютъ ихъ въ качествѣ исковъ *in factum*, не влекущихъ безчестія для отвѣтчика<sup>3</sup> и въ формулѣ которыхъ возможно избѣжать оскорбительныхъ для отвѣтчика выраженій, безъ извращенія существенныхъ фактовъ, которые являются основаніемъ иска, такъ наприм. предъявить къ отцу *actio de dolo* по такой формулѣ: «если очевидно, что Немирій Негидій поступалъ въ такомъ-то дѣлѣ злоумышленно (*dolo malo*)» невозможно, потому что выраженіе «*dolo malo*» оскорбительно для отца, но тотъ-же искъ можно предъявить въ качествѣ *in factum*, т. е. по такой формулѣ: «если очевидно, что такое-то дѣло было ведено недобросовѣстно (*non ex bona fide gestam esse*)»<sup>4</sup>; вотъ почему Цицеронъ справедливо замѣчаетъ, что всѣ *actiones in factum* иносказательны, хотя и имѣютъ одинаковую силу съ тѣми, которыхъ они замѣняютъ.

<sup>1</sup> L. 56 Dig. 17, 2.

<sup>2</sup> Но эти-же иски не влекутъ *infamia*, если они являются *actiones contra rem*, потому что при такихъ искахъ идетъ дѣло *de calculo*, l. 6 § 7 Dig. 3, 2.

<sup>3</sup> L. 11 Dig. 4, 3.

<sup>4</sup> Cic. ad Att. 6. 1.

Но существуют иски и возраженія, которые хотя и не угрожают отвѣтчику безчестьемъ, но которые все-таки не могутъ быть предъявлены сыномъ къ отцу<sup>1</sup>; такъ наприм.: иски, которые влекутъ infamia, въ томъ случаѣ, если отвѣтчикъ является лично (suo nomine), не влекутъ ея, если онъ отвѣчаетъ черезъ прокуратора, своего представителя, и все-таки сынъ не можетъ предъявить къ прокуратору своего отца иска de dolo или de injuriis, потому-что оба эти иска въ-силу общественнаго мѣста всегда на отвѣтника кладутъ позорное пятно<sup>2</sup>. Приказъ претора объ уничтоженіи насильственныхъ поступковъ (interdictum unde vi) по своей природѣ не влечетъ infamia, но онъ не можетъ быть предъявленъ сыномъ къ отцу, потому что употребленіе только выраженія «насиліе» уже оскорбляетъ pietas<sup>3</sup>; точно такъ-же всѣ отводы, отвѣчающіе искамъ, которые не могутъ быть предъявлены къ отцу, не даются сыновьямъ, хотя отводы не вызываютъ для тяжущагося infamia<sup>4</sup>; сынъ не можетъ предъявить къ отцу actio segui cogrupti<sup>5</sup>; искомъ, который направляется противъ лицъ, получившихъ деньги съ цѣлію сдѣлать что-либо или не сдѣлать, онъ такъ-же не можетъ воспользоваться, хотя бы подъ формой in factum<sup>6</sup>; сынъ не можетъ воспользоваться actio de calumnia<sup>7</sup>, и отецъ, приносящій присягу, не обязанъ присягать de calumnia<sup>8</sup>. Во всѣхъ этихъ случаяхъ невозможный къ предъявленію искъ замѣняется actio in factum<sup>9</sup>, и только въ случаѣ важныхъ проступковъ, совершенныхъ отцомъ и которые

<sup>1</sup> Dig. 37. 15, Unterholzner, 1. 172.

<sup>2</sup> L. 2 Dig. ib.

<sup>3</sup> L. 2 § 1, l. 7 § 2 Dig. ib.

<sup>4</sup> Напр. vis metusve causa l. 7 § 2 cit.

<sup>5</sup> L. 6 ib.

<sup>6</sup> L. 5 pr. ib.

<sup>7</sup> L. 7 § 4 ib.

<sup>8</sup> L. 7 § 3 ib., l. 34 Dig. 12. 2; Arndt, § 437 пр. 1.

<sup>9</sup> Напр. Interdictum unde vi, l. 1 § 43 Dig. 43. 16.

разсматривались съ точки зрѣнія государственной<sup>1</sup>, преторъ выдавалъ сыну желаемый имъ искъ послѣ предварительнаго изслѣдованія дѣла (*causa cognita*)<sup>2</sup>.

Разъ предъявленъ искъ къ отцу, — онъ будетъ отвѣчать на столько, на сколько онъ обогатился *dolo*, совершая тотъ или иной проступокъ<sup>3</sup>, такъ-что искъ, предъявляемый сыномъ къ отцу, только и направляется на уничтоженіе этого обогащенія<sup>4</sup>; исключеніе сдѣлано на тотъ случай, когда отецъ обвиняется сыномъ *suū juris* въ нанесеніи ему «тяжкой обиды»<sup>5</sup>. Наконецъ, отецъ по всѣмъ искамъ, предъявленнымъ къ нему сыномъ, пользуется такъ-называемою *beneficium competentiae*<sup>6</sup>, т. е. долженъ быть принужденъ къ исполненію въ мѣру возможности.

Таковы юридическія послѣдствія указаннаго правила, что «особа отца священна для дѣтей»: «смирненіе передъ отцомъ (*verecundia*)» было на-столько важно, что казалось болѣе желательнымъ, чтобы сынъ не могъ предъявить иска къ отцу, чѣмъ дать ему юридическую возможность обвинить отца въ совершеніи неблагоприятнаго дѣйствія. Если преторъ санкціонировалъ указанную обязанность страхомъ взыскапія штрафа, то императоръ Юстиніанъ санкціонировалъ ее постановленіемъ, что всѣ дѣти, обвиненныя въ неблагодарности къ своему отцу, могутъ быть лишены имъ наслѣдства, и поводы лишенія наслѣдства исчислены законодателемъ, именно, съ точки зрѣнія общаго правила, что дѣти должны оказывать своимъ родителямъ почтеніе и что, слѣдовательно, они не могутъ предъявлять къ отцу ни уголовного иска, ни гражданскаго, который для отвѣтчика грозитъ *infamia*<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Какъ это видно изъ упоминанія *vis armata* въ l. 1 § 43 Dig. сд.

<sup>2</sup> L. 10 § 12 Dig. h. t.

<sup>3</sup> L. 11 § 1, l. 12 Dig. 4. 3.

<sup>4</sup> Выше, стр. 85 пр. 3—6.

<sup>5</sup> Выше, стр. 77 пр. 2; Windscheid, 514. пр. 3.

<sup>6</sup> L. 7 § 1 Dig. 37. 15.

<sup>7</sup> Nov. 115, 3.

## VII.

### ОТЦОВСКАЯ ВЛАСТЬ У ГАЛАТОВЪ И ГАЛЛОВЪ.

Если мы будемъ имѣть въ виду, хотя-бы на-время, всѣ тѣ права, которыя могъ примѣнить отецъ семейства къ своимъ дѣтямъ, для насъ становится понятнымъ, почему при усыновленіи самостоятельнаго гражданина (аггогатіо) предсѣдательствующій куриатныхъ комицій напоминалъ ему, что, съ момента усыновленія его, отецъ имѣетъ надъ нимъ *jus vitæ ac necis*, конечно, какъ наиболее выражающее «величіе» отцовской власти и которымъ отецъ воспользуется въ крайнихъ случаяхъ, именно въ тѣхъ, когда, по выраженію Сенеки, «обыкновенныя средства исправленія напрасно потрачены»<sup>1</sup>. Точно такъ-же и впоследствии, когда для иностранцевъ явилась возможность испросить себя за тѣ или иные услуги, оказанныя ими римскому государству, права римскаго гражданства, пожалованіе этихъ правъ все-таки не предоставляло иностранцу правъ отцовской власти, — законодательство изысканныхъ императоровъ въ этомъ отношеніи было на столько ригористично, что всякій разъ подвергало самому серьезному обследованію вопросъ: выгодно ли для дѣтей иностранца, которому жалуются права римскаго гражданства, подчиниться его отцовской власти, и результатъ такого изслѣдованія дѣла могъ быть отрицательный, т. е. отецъ — иностранецъ и его семья получаютъ права римскаго гражданства, и все-таки дѣти его, хотя бы шло дѣло о ребенкѣ, котораго мать носитъ еще въ утробѣ, не подчиняются его отцовской власти<sup>2</sup>. . . . Нисколько не удивительно поэтому, если юристъ Гай говоритъ, что ни одинъ изъ народовъ не знаетъ отцовской власти въ такомъ объемѣ, въ ка-

<sup>1</sup> Senec. de clem. 1. 14.

<sup>2</sup> Gaj. 1. 93—4.

комъ она признавалась въ Римѣ<sup>1</sup>, — юристъ, конечно, имѣлъ въ виду и совокупность правъ, принадлежащихъ отцу, и, главнымъ образомъ, безконечность отцовской власти<sup>2</sup>, потому что самъ-же Гай замѣчаетъ, что галаты также пользуются властью надъ своими дѣтьми<sup>3</sup> и — въ объемѣ довольно широкомъ, ибо Юлій Цезарь говоритъ, что у галловъ отцамъ принадлежитъ право жизни и смерти надъ дѣтьми<sup>4</sup>, а извѣстно, что галаты были галлы, переселившіеся нѣкогда на востокъ<sup>5</sup>. Объ отцовской власти у галатовъ говоритъ также апостоль Павелъ въ посланіи къ этому народу<sup>6</sup>:

<sup>1</sup> Ib. I. 55 и 189 in f.

<sup>2</sup> Въ латинскихъ колоніяхъ отцовская власть была известна въ томъ-же объемѣ, см. наприм. *tabula Salpens. Rubr. XXI—XXII* (*Vgl. ins. Fontes, 96, ed. 1871 г.*); ср. *Liv. 41. 8*, примѣръ изъ VI стол.

<sup>3</sup> Гуссакъ въ своемъ изданіи *Gaji Institutionum, 1878 г.*, заключаетъ эти слова Гая въ кавычки «*nes sine praeterit, ait, Galatarum gentem credere, in potestatem parentum liberos esse*», приписывая это замѣчаніе не Гаю, а императору Адриану; вотъ почему Гуссакъ вставляетъ глаголь *ait*; однако *Studemus in d, Gaji Institutiones, 1877*, не вставляетъ кавычекъ и следовательно не нуждается и въ глаголь *ait*, т. е. принимаетъ такое-же чтеніе, котораго держался и Гуссакъ въ изданіи институцій Гая, 1861. См. *Dubois, Institutes de Gajus, стр. 35 нр. 156, 1881 г.*

<sup>4</sup> *Caes. Com. de bell. gal. VI. 19.*

<sup>5</sup> *Galatia, Gallo-Graecia* — въ Малой Азіи; ея границы: N — Визонія и Пафлагонія, W — Фригія, O — Каппадокія; называется она отъ имени галатовъ, галлогрековъ (отъ смѣшенія грековъ и галловъ); галлы напали на Азію въ 278 г. до Р. X. послѣ долгихъ скитаній, пройдши черезъ область, подчиненную аталійскимъ царямъ и визоніямъ, пока црѣ не была отдана по доброй волѣ царемъ Визоніи Никомедомъ I визоніиня Галатія или такъ-называемая Галлогреція; виновникомъ ихъ перехода въ Малую Азію былъ Леонарій, а причины переселенія изъ Галліи — изгнаніе (Страбонъ, IV. 1. 13, стр. 186—7); были и въ Трою, но покинули ее вслѣдствіе того, что она не была укрѣплена, Страбонъ XIII. 1. 27, стр. 606. Галаты увеличили уступленную имъ территорію своими завоеваніями, но послѣ пораженія Антиоха III Великаго, котораго войска были разбиты римлянами при Фермопилахъ и Магнезій въ 191 г., они были атакованы римскимъ консуломъ Манлиемъ Вулсо и покорены въ 189 г. до Р. X.; инкорпорированы же въ римскую имперію были при императорѣ Августѣ, при которомъ Галатія вѣвствъ съ Пафлагоніей получила одного правителя. *Tac. Hist. 2. 9. 1.*

<sup>6</sup> *Посланіе къ галатамъ, 4. 1—2.*

1) Еще скажу: наследникъ, доколѣ въ дѣтствѣ, ничѣмъ не отличается отъ раба, хотя и господинъ всего.

2) Онъ подчиненъ попечителямъ и домоправителямъ до срока, отцомъ назначеннаго.

Первый стихъ понятенъ: дѣти, послѣ смерти своего отца, вступаютъ въ наследственные права, но ихъ дѣеспособность ограничена, потому что, въ силу своего малолѣтства, они состоятъ въ опекѣ, они не свободны какъ рабы съ точки зрѣнія распоряженія своимъ наследствомъ, хотя и считаются господами всего того имущества, которое оставилъ имъ отецъ; слѣдовательно этотъ параграфъ апостольскаго посланія не представляетъ затрудненія. Но вотъ — второй параграфъ говоритъ о правѣ отца назначить тотъ срокъ, до котораго можетъ длиться опека надъ ребенкомъ; однако, всякое законодательство опредѣляетъ тотъ періодъ времени, въ теченіи котораго человекъ считается малолѣтнимъ, такъ-что опредѣленіе срока, до котораго отецъ можетъ назначить опекуна, не можетъ быть предоставлено усмотрѣнію отца, который въ однихъ случаяхъ могъ бы или сократить тотъ періодъ малолѣтства, который опредѣляетъ законъ, а въ другихъ случаяхъ могъ бы и продлить его; но такого права отецъ не имѣлъ и по древнему римскому праву, на основаніи котораго малолѣтство оканчивалось въ тотъ моментъ, когда юноша принималъ *toga virilis*<sup>1</sup>. Такимъ образомъ объясненіе этого параграфа «Посланія къ галатамъ» римскимъ правомъ невозможно<sup>2</sup>; но невозможно объясненіе его искать и въ древнемъ правѣ галловъ, на основаніи котораго отцовская власть прекращалась съ достиженіемъ того возраста, когда возможна была инвестира оружіемъ<sup>3</sup>, — галаты были народъ, приученный къ стран-

<sup>1</sup> *Regnice*, I, 206 f., см. наше сочиненіе «Ученіе etc.» стр. 122.

<sup>2</sup> Какъ это дѣлалъ *Stryk*, *De jurisprudence ap. Pauli*, 1730 cap. 1 (ошибка *Stryk'a* была замѣчена *Leysser'омъ*, *Specimen jurisprudentiae Pauli quoad rem tutelarem*, 1736), *Laferrière*, 2. 70 pp. 19; см. также *Азиревичъ*, 34.

<sup>3</sup> *Caes. l. c. 6. 18*, *Laferrière*, *ib.* 71.

ствующей и военной жизни. Вотъ почему полное проведеніе ассимиляціи между правомъ галловъ и галатовъ невозможно; аналогія, конечно, существуетъ до известной степени, но не ассимиляція: переселеніе на чужую почву, ознакомленіе съ чуждыми обычаями — не могло ли измѣнить до нѣкоторой степени обычан и идеи того народа, котораго Леонарій нѣкогда вывелъ изъ Галліи? Нельзя ли поэтому сказать, что апостоль Павелъ въ своемъ посланіи имѣлъ въ-виду специальное право, которымъ управлялась семья у галатовъ и которое, согласно римской политикѣ<sup>1</sup>, не вытѣснялось римскимъ правомъ?

Юлій Цезарь въ своемъ сочиненіи «De bello gallico» даетъ нѣкоторыя свѣдѣнія о семьѣ у кельтовъ (галловъ), которыя, конечно, относятся къ тому времени, когда Галлія была имъ завоевана (58 — 51 гг. до Р. X.). Заключение брака сопровождалось соблюденіемъ различныхъ религіозныхъ обрядовъ<sup>2</sup>; бракъ былъ моногаміей<sup>3</sup>, но исключавшей ни полигамію<sup>4</sup>, ни конкубината<sup>5</sup>; жена находилась во власти своего мужа, который стоялъ во главѣ семьи<sup>6</sup> и слѣд. имѣлъ отцовскую власть надъ своими дѣтьми, это — рѣзкое различіе семьи у кельтовъ отъ семьи у римлянъ, у которыхъ во главѣ семьи могъ быть и дѣдъ, и пра-дѣдъ и т. д. По свидѣтельству Цезаря, мужъ у галловъ имѣлъ неограниченное право жизни и смерти какъ надъ женой, такъ и надъ прижитыми отъ нея дѣтьми, а въ томъ случаѣ, если мужъ

<sup>1</sup> На мѣстные туземныя обычаи указываетъ и Гай, I. 189. 193, — въ послѣднемъ параграфѣ говорится о правѣ женщины въ Виеннѣ, граничащей съ Галліей, заключать съ согласія мужа или сына обязательства; см. еще I. 1. 9 Dig. 14. 2; I. 13 Dig. 10. 1. 1. 4 Dig. 47. 22. См. Hirschke, *Zem. f. g. Rw.* 10. 321, Dirksen, *Versuche etc.* 145.

<sup>2</sup> Humbert, *Revue hist. du dr. fr. et etr.* IV 527. 1858, Laferrere, 2. 66, Карасевичъ, 116.

<sup>3</sup> Caes. 7, 66.

<sup>4</sup> Caes. 5, 14, см. однако Beaune, *Introduction*, p. 44, Карасевичъ, 117.

<sup>5</sup> Caes. 6, 19; Tac. *German.* 18; Карасевичъ, *ib.* <sup>6</sup> Caes. 6, 19.



умиралъ неожиданно, такъ-что являлось подозрѣніе въ убійствѣ его женой, то родственники (proinqui) мужа подвергали ее пыткамъ, какимы обыкновенно подвергались рабы, и если она была изобличена въ чемъ-нибудь, то она предавалась сожженію<sup>1</sup>. Конечно, это право родственниковъ мужа казнить вдову ограничивалось тѣмъ случаемъ, когда для семейнаго совѣта, если такъ можно выразиться, стало очевиднымъ, что она убила мужа своего; но въ какиихъ случаяхъ мужъ могъ убить свою жену,— этого изъ словъ Цезаря невидно: не въ случаѣ ли покушенія съ ея стороны на жизнь своего мужа? У кимвровъ, отрасли кельтискаго племени, уцѣлѣвшихъ во французской Бретани и въ княжествѣ валисскомъ<sup>2</sup>, на право которыхъ охотно ссылаются съ дѣлю пополненія скудныхъ свѣдѣній, даваемыхъ Цезаремъ о семейной жизни у галловъ<sup>3</sup>, мы не видимъ, чтобы мужъ имѣлъ jus vitae ac necis надъ женой<sup>4</sup>, при-томъ же женщина у галловъ пользовалась извѣстною самостоятельностью; такъ напр. Страбонъ, знаменитый географъ, начавшій редактировать свое сочиненіе въ 18 г. до Р. Х., въ немногихъ словахъ характеризуетъ положеніе галльской женщины: «обычай, говоритъ онъ, въ силу котораго занятія распредѣлены между мужчинами и женщинами обратно нашему, свойственъ имъ наравнѣ со многими другими варварами»<sup>5</sup>. Но, вѣдь, это все равно, что сказать: женщины принимали участіе въ публичныхъ дѣлахъ, работахъ и опасностяхъ своихъ мужей,— и дѣйствительно мы видимъ, что галльская женщина можетъ быть жрицей, друидессой<sup>6</sup>, участвовать въ народныхъ собраніяхъ<sup>7</sup>, посредницей,

<sup>1</sup> Caes. ib.

<sup>2</sup> Walter, Das alte Wales, 68 ff.

<sup>3</sup> Карасевичъ, 103, 118. Königswarter, 43 ss.

<sup>4</sup> Walter, l. c. 411, ср. 442 и 449.

<sup>5</sup> Страбонъ, IV, 4. 3 in f. стр. 198.

<sup>6</sup> Pomp. Mela, 3, 6. Tac. Hist. 4, 63.

<sup>7</sup> Plut. de virt. mul.; Reiske, 7. 50 ss.; Polyen, Strat. 7, 35. Martin, Hist. de France, 1, 36.

удаживающей несобласія между галлами и борзниками, которые могут повести къ войнѣ; напр. по договору, заключенному между Аннибаломъ и кельтами, было постановлено, что всѣ ждлобы кароагенянъ на кельтовъ должны быть разрѣшаемы кельтскими женщинами<sup>1</sup>; во время войны онѣ или сопровождали своихъ мужей, поддерживая ихъ мужество, или оставались дома и воспитывали дѣтей своихъ, до достиженія послѣдними совершеннѣтвiя<sup>2</sup>. Нельзя ли поэтому сказать, что рассказъ Юлія Цезаря о правѣ мужа убить свою жену во полонѣ, что авторъ позабылъ назвать то преступленіе, за совершеніе котораго женщина подлежала смертной казни вслѣдствіе приговора своего мужа. То-же самое замѣчаніе мы можемъ сдѣлать и относительно отцовской власти у галловъ, — дѣйствительно ли она была у нихъ такого объема, какъ у римлянъ<sup>3</sup>. Цезарь прежде всего говоритъ, что «у галловъ сынъ не можетъ являться публично (*in publico*) вмѣстѣ съ отцемъ ранѣе того возраста, когда сынъ будетъ въ силахъ носить оружіе; достигши этого возраста, сынъ становится равнымъ отцу»<sup>4</sup>. Изъ этого рассказа непредубѣжденный читатель выводитъ то заключеніе, что у галловъ подчиненность сыновей отцовской власти обусловливалась физическою слабостію сыновей бросать «дротикъ»; лишь только сынъ достигаетъ возраста, при которомъ онъ можетъ быть воиномъ, — онъ эманципируется при жизни своего отца, независимо отъ желанія его, между-тѣмъ-какъ въ Римѣ эманципировать дѣтей или нѣтъ зависитъ отъ усмотрѣнія отца<sup>5</sup>. За-тѣмъ, мы читаемъ у

<sup>1</sup> Polyen, 7, 50.

<sup>2</sup> Plut. *ib.*

<sup>3</sup> Стр. 6. *ib.*

<sup>4</sup> Такъ думаетъ, напр., Chambellan, *Etudes sur l'histoire du droit français*, 284, стр. 98—3, на основаніи Gaj. 1, 55.

<sup>5</sup> Caes. 6, 18.

<sup>6</sup> Въ наукѣ споръ: эманципируется ли сынъ съ достиженіемъ опредѣленнаго возраста, какъ это принимаетъ, напр., Koenigswarter, 44, или же — вслѣдствіе

Цезаря, что отец имѣеть «*jus vitae*» надъ своими дѣтьми, но въ какихъ случаяхъ — авторъ не говоритъ. Не имѣлъ ли въ-виду Юлій Цезарь тотъ обычай, на основаніи котораго, вслучаѣ сомнѣнія отца семейства относительно законнорожденности ребенка, послѣдняго бросали въ Рейнъ, полагая, что законнорожденный не потонетъ, а незаконнорожденный пойдетъ ко дну, — въ послѣднемъ случаѣ жена подлежала смертной казни. Обычай этотъ наблюдалъ еще императоръ Юліанъ Отступникъ.

И такъ, строй семьи у галловъ совсѣмъ иной, чѣмъ у римлянъ: у галловъ во главѣ семьи стоитъ всегда отецъ; отцовская власть основывается на кровной связи<sup>3</sup>, вслѣдствіе чего галльскіе обычай ничего не говорятъ объ усмновленіи и, что всего любопытнѣе, отцовской власти подлежать и дѣти вѣтробачныя, даже рожденныя отъ прелюбодѣйной связи<sup>4</sup>. Отецъ имѣеть право признать своимъ незаконнорожденнаго и даже обязанъ къ тому, если давалъ ему средства пропитанія; послѣ смерти отца признать такого ребенка можетъ отцовская семья; наконецъ, мать ребенка можетъ добиваться, чтобъ отецъ призналъ его своимъ<sup>5</sup>.

---

женитьбы, *Laferrière*, 2, 72 в. Мы принимаемъ первое мнѣніе, полагая, что до достиженія того возраста, когда сынъ можетъ владѣть оружіемъ, онъ не можетъ жениться, и съ достиженіемъ котораго онъ и безъ женитьбы эманципируется. У кимвровъ совершеннолѣтіе, своб. и освобожденіе отъ отцовской власти, для дѣтей обоюбого пола было определено въ 14 лѣтъ, *Walter*, op. cit. 145, *Humbert*, I. . 525. *Chambellan*, I. с., полагаетъ, что у галловъ, какъ и у римлянъ, отцовская власть была вѣчна; *Dubois*, 2, 15, еще болѣе оригинально поминуетъ *Caes.* 6, 18.

<sup>1</sup> Ib. 6, 19.

<sup>2</sup> *Julian. Imp. Epist.* 16, *Maximo Philosopho*. [Opera quae supersunt omnia, 1696 an. стр. 383]. Sic certe Gallis injuriam nullam facit Rhenus, qui spurios i fontes undis abripit, tanquam impuri lecti vindex: quos autem ex puro semine ortos agnovit, in summa aqua suspendit, matrisque tremantis manibus reddit, et quasi verum incorruptumque casti et laudabilis conjugii testimonium servato infante persolvit.

<sup>3</sup> *Caes.* 7, 66; *Humbert*, 526.

<sup>4</sup> *Koenigswarter*, *Essai sur la législ.* 49.

<sup>5</sup> *Michelet*, *Origines*, 12, 49. *Morillot*, 190.

## VIII.

### ОТЦОВСКАЯ ВЛАСТЬ У ГАЛЛО-РИМЛЯНЪ.

Со времени покоренія Галліи до нашествія варваровъ, когда галлы и римляне въ враговъ сдѣлались союзниками въ-виду общей опасности — нашествія варваровъ, римское право мало-по-малу распространяется: на югѣ Галліи оно поглощаетъ обычное галльское право, между-тѣмъ-какъ на сѣверѣ обычное право не такъ скоро поддавалось вліянію принциповъ римскаго гражданскаго права. Ко времени нашествія франковъ, вестъ-готовъ, бургундовъ, когда болѣе или менѣе ясно опредѣлилось раздѣленіе Франціи на страну права писаннаго и страну права обычнаго<sup>1</sup>, мы видимъ, что на югѣ Франціи, находившейся издавна подъ властью римлянъ, рѣшительно развивается принципъ отцовской власти согласно римскому гражданскому праву въ его послѣдовательномъ развитіи<sup>2</sup>: такъ, во главѣ семьи стоитъ восходящій въ римскомъ смыслѣ; отцовской власти подлежатъ дѣти законнорожденныя и усыновленныя, хотя усыновленіе не получило такого широкаго развитія какъ въ Римѣ, потому что галло-римская семья основана на кровномъ родствѣ, которое обхватывало

<sup>1</sup> Еще императоръ Августъ, раздѣляя Галлію на провинціи, принявъ реку Лоару за границу между югомъ и сѣверомъ Франціи. Laferrière, 2. 218.

<sup>2</sup> Вотъ почему источниками для изученія галло-римскаго права служатъ институты Гаия; сентенціи Павла, которыя были рекомендованы императоромъ Константиномъ въ 337 г. преторіанскіи префектаиъ какъ судебныя уставы; а которыя еще императоръ Валентиніанъ признавалъ въ 426 г. въ полной силѣ; кодексъ герменгиданскій<sup>1</sup> и грегорианскій; законъ о цитатахъ императоровъ Феодосія и Валентиніана; кодексъ Феодосія; *Bréviaire des Anâni*, опубликованный въ 506 г. Аларихомъ II, вестготскимъ королемъ; этотъ кодексъ, толковавшій слово институты Гаия, сентенціи Павла, былъ *jus commune Gothis et Romanis*. Для бургундскихъ римлянъ былъ составленъ въ 517 г. *Lex burgundionum* (*Gundobada*). Laferrière, 2. 384; *Königswarter*, 54.

широкий кругъ лицъ<sup>1</sup>, слѣдовательно было менѣе причинъ прибѣгать къ созданію фиктивнаго сыновства. Благодаря пропагандѣ епископовъ, которая имѣла въ виду уничтоженіе конкубината, галло-римляне приняли узаконеніе незаконнорожденныхъ дѣтей бракомъ ихъ родителей; до нѣкоторой степени было принято узаконеніе *per oblationem curiae*<sup>2</sup>; наконецъ, сынъ, хотя-бы женатый, остается въ отцовской власти. На сѣверѣ же Франціи, въ центрѣ и западѣ, гдѣ римское право не оказало такого поглощающаго вліянія, удержался національный строй семьи, т. е. отцовская власть принадлежитъ только отцу; сынъ, послѣ своей женитьбы, освобождается отъ отцовской власти, — принципъ эманципации бракомъ долженъ былъ еще рѣзче развиться, такъ-какъ инвеститура оружіемъ вѣвствъ съ древнею военною организаціей мало-по-малу выходить изъ употребленія.

Таково различіе между обѣими странами Франціи съ точки зрѣнія происхожденія и продолжительности отцовской власти; но объемъ отцовской власти былъ одинаковъ въ обѣихъ странахъ и отъвѣчалъ тому типу отцовской власти, который былъ выработанъ конституціями Александра Севера, Константина, Валентиніана I, Феодосія Великаго и Валентиніана III. Но дѣло въ томъ, что гуманныя стремленія императоровъ часто должны были приостанавливаться въ виду различныхъ бѣдствій, постигавшихъ Галлію; такъ, хотя въ кодексѣ Алариха мы и видимъ конституцію императора Константина, отъ 329, о продажѣ родителями новорожденныхъ дѣтей и о правѣ послѣднихъ отыскивать свою свободу подъ условіемъ уплаты опредѣленной суммы своему

<sup>1</sup> У валийцевъ родство считалось до 18 степени, Карасевичъ, 132.

<sup>2</sup> Въ *Breviarium Aniani* есть конституція Феодосія и Валентиніана, которые взяли эту способъ узаконенія, но зато есть конституція отъ 443 г., на основаніи которой незаконнорожденные, хотя и не узаконяются посредствомъ *oblatio*, но *curialis . . . si voluerit eos (i. e. naturales liberos) curiae jungere et heredes scribere . . . faciendi habeat potestatem. Lex rom. Visig. ed. Haenel, p. 274, Laferiere, 2. 488, Königswarter, 92.*

господину или предоставленіемъ взаи́мнъ раба, но вслѣдствіе печальнаго положенія Галліи эта конституція парализовалась: обстоятельство, непредвидѣнное Константиномъ, — голодные годы и обѣдненіе населенія вызвало торговлю дѣтьми: купившіе дѣтей перепродавали ихъ вандаламъ въ Африку<sup>1</sup>. Еще болѣе роковое вліяніе на дѣтей оказала конституція Феодосія Великаго, на основаніи которой проданный ребенокъ безусловно могъ отыскивать права свободнорожденнаго гражданина. Понятно, что вслѣдствіе этого постановленія цѣнность ребенка на рынкѣ пала, такъ-какъ ребенокъ всегда по своему желанію могъ избавиться отъ власти господина, безъ всякаго вознагражденія, а результатомъ этого было увеличеніе въ ужасающихъ размѣрахъ выбрасыванія дѣтей, въ-особенности въ години бѣдствій, какъ напр. въ 449 году, годъ страшнаго голода для Галліи и Италіи.... Желая парализовать выбрасываніе дѣтей, императоръ Валентиніанъ III издалъ свою конституцію, на имя галльскаго патриція Эція, на основаніи которой проданный своими родителями ребенокъ, хотя и удерживаетъ право отыскивать свою свободу, но обязанъ уплатить покупателю покупную сумму и одну пятую оной.... Церковные соборы не оставались равнодушными передъ этимъ страшнымъ бѣдствіемъ — выбрасываніемъ дѣтей или эманципаціей ихъ въ томъ возрастѣ, когда для ребенка прежде всего необходимъ физическій уходъ. Бѣдность заставляла забывать свои обязанности отца въ томъ сословіи, въ которомъ «любовь и милосердіе» должны быть болѣе интенсивны, именно — въ духовенствѣ; такъ, наприм., еще въ 397 г. на карфагенскомъ соборѣ (*Concilium Carthaginense III*) постановляется, чтобы никто изъ принадлежащихъ къ клиру не эманципировалъ тѣхъ своихъ дѣтей, которыя по своему возрасту не могутъ сознавать грѣха<sup>2</sup>...

<sup>1</sup> Lebeau, Histoire du Bas-Empire, VI, 179. 1827.

<sup>2</sup> Can. XXXV. Ut episcopi vel clerici filios suos a sua potestate per emancipationem exire non sinant: nisi de moribus eorum fuerint et de aetate se-

Въ концу V вѣка Галлія находилась на послѣдней степени объединѣнія и принижѣнія... Народное благосостояніе подтачивается непомерными требованіями фиска, войнами и контрибуціями... Оумья въ наиболѣе обезпеченномъ классѣ галло-римскаго общества разложилась: «богачи — припущенные жеребцы; ограничиться немногочисленнымъ количествомъ женъ считается цѣломудріемъ.... Кто изъ нихъ сохранилъ супружескую вѣрность? Не низвели ли они своихъ женъ на степень рабынь.... Когда рабыни раздѣляются съ супругой сердце и ложе мужа, — жена не очень высоко стоитъ надъ рабыней»<sup>1</sup>.... При такомъ положеніи семейной жизни о вниманіи родителей къ дѣтямъ едва-ли можно говорить.... Неудивительно, что параллельно такой распущенности развивается не только аскетизмъ, но и воздержаніе супруговъ отъ брачной жизни. Но не лучше было положеніе семьи въ низшихъ слояхъ галло-римскаго общества, которые у варваровъ искали «римской человѣчности, такъ-какъ у римлянъ не могли снести варварской жестокости»<sup>2</sup>. Одни попадали въ рабство, оставивши сиротъ и вдовъ, другіе бросали семьи, передавались варварамъ, не будучи въ силахъ переносить тяжести наборовъ и налоговъ<sup>3</sup>; церковные соборы увѣщаваютъ христіанъ подбирать выброшенныхъ «собакамъ» дѣтей во имя христіанской любви и надежды на царствіе небесное, указывая имъ и на то, что они этихъ дѣтей могутъ разсматривать или какъ усмысленныхъ или какъ рабовъ, согласно своему заявленію...<sup>4</sup>.

curi ut possint ad eos jam propria pertinere peccata. Justelli. Codex canonum ecclesiae Africanae. Par. 1655. стр. 114. Вг. u. s. Biblioth. eccles. I. 125, 106.

<sup>1</sup> Salv. De gub. Dei. 4. 5 7 3—4 [Monum. Germ. Hist. I. 1. Salviani lib. recens. Car. Halm, MDCCCLXXVII, p. 40. 86—7]

<sup>2</sup> Ib. 5. 5 [p. 59].

<sup>3</sup> Simonde-de-Sismondi, 23.

<sup>4</sup> Церковный соборъ въ Базель, 442 г. (Concilium Vasense 1), can. IX de expositis collectis qui sit observandum.... Quisquis expositum colligit, ecclesiam contestetur, contestationem colligat.... de altario dominico die mi-

Епископы увѣщаютъ родителей нести бремя воспитанія дѣтей, добровольно принятое, а послѣднимъ ставятъ въ обязанность уважать родительскія права. Мы увидимъ ниже, что эти увѣщанія вполнѣ получили законодательную санкцію.

---

nister annuntiet, ut sciat ecclesia expositum esse collectum.... Collectori pro ipsorum decem dierum misericordia, prout maluerit, aut ad praesens ab homine aut in perpetuum cum deo gratia persolvenda. — Церковный соборъ въ Агдѣ, 506 г. (Concilium Agathense), can. XXIV: de expositis inventis, . . . id observandum quod jam dudum synodus sancta constituit. B r u s , l. c. 2. 129. 130, 151.



## ГЛАВА ВТОРАЯ.

### ОБЯЗАННОСТИ ОТЦА ОТНОСИТЕЛЬНО СВОИХЪ ДѢТЕЙ.

#### I.

ХАРАКТЕРЪ «ОБЯЗАННОСТИ ОТЦА» (*pietas, officium*).

Выше мы воснулись *обязанности* дѣтей оказывать своимъ родителямъ почтеніе и мы видѣли, что юридическій характеръ этой обязанности объясняется «природой» (*natura*), т. е. тою естественною связью, которая существуетъ между отцомъ и имъ рожденными дѣтьми, но та-же самая естественная связь, вызывающая между отцомъ и дѣтьми, между восходящими и нисходящими тѣ, что римляне образно называли *caritas sanguinis*, любовью, объясняетъ намъ и всѣ обязанности, которыя лежатъ на отцѣ, т. е. обязанность *содержанія* (*alimenta*) дѣтей, обязанность ихъ *воспитанія* (*disciplina*) и со времени императора Августа обязанность надблєнія дочерей *придаными* при выходѣ ихъ замужъ. Съ точки зрѣнія историческаго развитія идеи объ «обязанности отца» въ отношеніи своихъ дѣтей, нужно все-таки имѣть въ виду, что весьма много всѣ обязанности, лежащія на отцѣ, все равно какъ и обязанность вѣчнаго почтенія, которая лежала на дѣтяхъ, отличаются эгоизмомъ<sup>1</sup>, т. е. онѣ укрѣпляютъ отцов-

<sup>1</sup> По мнению Кивинго, Веллингъ совершенно утверждаетъ, что «religieus smagчала отцовскую власть en mettant toujours le devoir en face du droit», см. «Du fondement et de la nature de l'autorité paternelle en droit romain» въ Revue Catholique etc. 1881. v. XVI. 3, стр. 204.

скую власть больше, чѣмъ сколько это нужно въ интересахъ ребенка. «Послушаніе дѣтей» и «обязанность почтенія», которыя родители могли вынудить отъ дѣтей, объясняются иногда обязанностью родителей воспитывать своихъ дѣтей; но дѣло въ томъ, что воспитаніе дѣтей разсматривалось не какъ обязанность, а какъ право, исключительно принадлежащее отцу, что обязанность кормить дѣтей равнымъ образомъ разсматривалась съ точки зрѣнія права отца, безъ всякаго вниманія на то, что юридическія отношенія между родителями и дѣтьми взаимны, что родители и дѣти имѣютъ право и вмѣстѣ съ тѣмъ несутъ въ отношеніи другъ друга опредѣленныя обязанности. Что дѣйствительно весьма долго не было рѣчи объ обязанности отца содержать своихъ дѣтей, — это доказывается правомъ отца выбросить ихъ, эманципировать въ нѣжномъ возрастѣ и т. д. И если-бы мы спросили римлянина: «какую цѣль преслѣдуешь ты, прокармливая своихъ дѣтей?», — онъ отвѣтилъ бы, какъ отвѣчалъ Сенека: «прокармливаю для того, чтобы самому подъ старость было отъ кого кормиться»<sup>1</sup>; но ту-же самую мысль высказалъ много вѣковъ раньше Ксенофонтъ...<sup>2</sup>. Съ того момента, когда государство начинаетъ заботиться объ увеличеніи населенія, предоставляя родителямъ, народившимъ опредѣленное количество дѣтей, тѣ или иные привилегіи, сохраненіе дѣтей, ихъ прокормъ объясняется надеждою родителей получить премію... или вызываетъ для родителей освобожденіе отъ извѣстныхъ обязанностей, наприм. отъ опеки, либертъ, имѣя 5-лѣтняго сына, можетъ избавитися отъ обязанности работать на своего патрона<sup>3</sup>, и т. д. Точно такъ-же главная обязанность, лежащая на отцѣ — воспитаніе дѣтей, у римлянъ разсматривалась съ точки зрѣнія права отца: только отецъ предрѣшаетъ назначеніе своихъ дѣтей, онъ отдаетъ своихъ

<sup>1</sup> Senec. Fragm. 13. 58.

<sup>2</sup> Oeconomicus, 465, 1530 г. Matrimonium institutum est... ut haberemus, quibus conectus rostra alerefur.

<sup>3</sup> L. 37 pt. Dig. 38. 1.

дочерей въ весталки<sup>1</sup>, безъ его согласія принесенный обѣтъ недействителенъ<sup>2</sup>, постояннымъ наймомъ сямъ сына отецъ можетъ уничтожить всякую возможность для него получить хоть какое нибудь воспитаніе. Какимъ-бы негодяемъ ни являлся отецъ въ семьѣ, — отнять у него право воспитанія дѣтей и передать ихъ, напр., матери невозможно, потому что отецъ имѣетъ право вытребовать своего сына у всякаго держателя и, въ-силу своей отцовской власти, указать ему мѣстопробываніе, — мы уже выше указали, что право отца торговать тѣломъ своей дочери было отнято только въ V в. послѣ Р. X.....<sup>3</sup>. Съ точки зрѣнія воспитанія дѣтей древній Римъ представляетъ полную противоположность Греціи и современнымъ законодательствамъ: греческія государства преслѣдовали задачу реализаціи этического элемента, такъ-что они воспитаніе подростяющаго поколѣнія считали дѣломъ государства, между-тѣмъ-какъ по римскимъ понятіямъ воспитаніе дѣтей прежде всего есть дѣло отца, ибо государство само не преслѣдуетъ никакой нравственной идеи<sup>4</sup>; только поддержаніе политическаго могущества было стимуломъ для патриціа древняго Рима воспитывать своихъ дѣтей, и съ этой точки зрѣнія вънцомъ образованія считалось путешествіе за границей.... О древнемъ богатомъ патриціи можно сказать словами колыбельной пѣсни человечества:

«Видѣлъ города многихъ народовъ и зналъ ихъ нравы»<sup>5</sup>.

Наука въ Римѣ весьма долго была монополіей патриціевъ: когда въ Римѣ явились греческіе философы, которые открыли общедоступныя школы, — они были немедленно изгнаны изъ Рима, на основаніи особаго постановленія римскаго сената [593 а. у. с.]. Съ того времени, когда плебеи добились уравнинія въ правахъ, политическая необходимость воспитанія дѣтей исчезаетъ: подкуны

<sup>1</sup> Gaj 1. 130; Gell. 1. 12.    <sup>2</sup> L. 2 Dig. 50. 12.    <sup>3</sup> См. выше стр. 38, пр. 4.

<sup>4</sup> Напр. о воспитаніи дѣтей въ Спартѣ см. Fustel-de-Coulange, Étude sur la propriété à Sparte, вь Séances etc. 1880 г. 5. 649—50; Schmidt, Der principielle Unterscheid. etc. стр. 200 пр. 4.    <sup>5</sup> Одисс. 1. 3.

является наиболее действительнымъ средствомъ для достиженія магистратуры; римскій гражданинъ стремится къ лѣни, театральнымъ представленіямъ, даровому хлѣбу.... Въдѣ Цезарь, по замѣчанію Тацита, прельстилъ народъ «*dulcidine otii*», при которомъ, конечно, объ обязанности воспитанія нечего было и думать, такъ-что юристы сочли необходимымъ напомнить, что всѣ животныя воспитываютъ дѣтей.... И когда впоследствии законодательству пришлось считаться съ правомъ отца, оно все-таки не указало ни того возраста ребенка, съ котораго отецъ можетъ пользоваться его физическимъ трудомъ, и не поставило въ обязанность отцу отдавать своихъ дѣтей въ школу, — два пункта, которые рѣзко выдвинуты современными законодательствами подъ рубриками «работа дѣтей на фабрикахъ» и «обязательное обученіе».

Конечно, пока всѣ отношенія отца къ своимъ дѣтямъ обсуживались съ точки зрѣнія власти отца, до-тѣхъ-поръ не могло быть и рѣчи ни о правѣ дѣтей на прокормъ и воспитаніе своими родителями, ни о лишеніи отца его отцовской власти въ тѣхъ случаяхъ, когда это требовалось благомъ ребенка, и о передачѣ права воспитанія матери ребенка, не могло быть такъ же рѣчи и о томъ, чтобы государство могло требовать отъ отца прокорма своихъ дѣтей въ тѣхъ видахъ, чтобы не увеличивать, по-крайней-мѣрѣ, количества гунядцевъ, жившихъ уже съ половины VII в. на государственный счетъ. Только римскій преторъ, которому предстояла великая задача борьбы съ исключительностью древняго законодательства, рѣшился провозгласить, что хотя отношенія между отцомъ и дѣтьми и основываются на власти, принадлежащей первому, но что между ними кромѣ того существуетъ «*caritas sanguinis*». Не затрогивая правъ, принадлежащихъ отцу, преторъ создаетъ и рядъ институтовъ, которые объясняются *caritas*, и въ уже существующіе институты, основывающіеся на отцовской власти, онъ вкладываетъ

важь «дучиу жыву» і Клео о любви, сказывающуо родителям и дѣтей, применяя въ своей великой творческой дѣятельности въ институту гражданскаго права «браку» (matrimonium juris civilis, civile). Претору представляется такой случай. Мужъ умеръ; жена рождаеть ребенка, но въ суокъ, отъчаюцимъ требованиимъ законнорожденности, и все-таки родственники отца отрицають подъ тѣмъ или инымъ предлогомъ въ средствахъ на провордженіе такого ребенка. Преторъ размышляетъ: между тѣмъ-то лицами существовалъ бракъ; нѣтъ брака — народдо-ніе дѣтей, поддержаніе рода; таь-что содержание рожденнаго ребенка есть юридическое послѣдствіе зачатія, завершеніе зачате гонеркии, съдѣлатьгько на оубѣ..... Желеть оба-зынелють корчичѣть своеть дѣтей? Нѣтъ, такую принципа преторъ проворотъ не мѣтъ, убѣдъ оубѣ — но законодатель, етъ санов-наиъ, судья, я мѣтоицъ провордуть иронесудальниимъ цѣтѣмъ претѣнпшь оубѣтъ, т. е. въ дѣлѣтъ елучѣвъ, когда родственники отца не хотеть корчичѣть рожденнаго нѣовой ребенка, преторъ оубѣтъ: « вы говорите, что уубѣтъ ребенокъ незаконнорожденный или подчужденный; вы должны дѣлатьтъ это, и возможность дока-затъ оубѣ для оубѣ отпѣрѣтъ рѣчьѣ оубѣ, когда ребенокъ достиг-наеть такого возраста, при которомъ оубѣтъ ивѣтъ возможность дѣлатьтъ жпѣнпшь оубѣ епѣрѣдѣ, а до-тѣхъ-порѣ въ-силу «сагі-тасъ» вы должны корчичѣть оубѣ предпѣдѣлѣтѣ оубѣ, дочь? ... Подобенъ прѣпѣлъ преторѣ оубѣтъ нѣтъ оубѣ найонъ, что преторъ не мѣтъ застѣпуть отца при отсутствованніи брака (оубѣнптъ прѣдѣпѣтѣ) ивѣрѣтъ оубѣтъ дѣтей; но оубѣ требо-вать выпѣнпшь оубѣ оубѣнптъ, когда оубѣтъ нѣтъ прѣдѣ-пѣтъ оубѣтъ и когда рѣдѣтѣнптъ отца, оубѣтъ мѣтъ, нѣтъ оубѣтъ нѣтъ, оубѣнптъ оубѣнптъ рѣдѣтѣнптъ ребенка. Мы дубѣнптъ,

*Литература.*

1 ... prima de animantium genera defecere. Xenoph. ib.

2 Подробности см. въ нашей сочиненіи «Ученіе о законнорожденности», стр. 60—67, 77, 146—163

что указанный принцип преторского права был первоначальным шагом в развитии идеи об обязанности отца; къ этому принципу преторъ долженъ былъ обратиться и въ тѣхъ случаяхъ, когда бракъ былъ прекращенъ смертью отца, который своимъ духовнымъ завѣщаніемъ нарушилъ «*officium pietatis*», — и имѣю въ-виду искъ объ оспариваніи духовнаго завѣщанія (*querela inofficiosi testamenti*), которыми въ случаяхъ варушенія *pietas* могли воспользоваться прямые наследники. Известно, что по закону XII таблицъ завѣщатель могъ неограничано распорядиться своимъ имуществомъ, — онъ могъ лишить наследства свою жену и дѣтей и имѣлъ права завѣщать свое имущество совершенно постороннему лицу; онъ не былъ даже обязанъ поименовать въ завѣщаніи тѣхъ лицъ, которыхъ лишаетъ наследства, онъ могъ «пройти ихъ молчаніемъ». Но преторское право, не посягая на принципъ воли завѣщателя, признаетъ, между прочимъ, что прямые наследники, которыхъ завѣщатель лишилъ наследства по формѣ правильно, но безъ серьезныхъ мотивовъ, могутъ добиваться уничтоженія завѣщанія<sup>1</sup> подъ тѣмъ предлогомъ, что завѣщатель въ моментъ составленія завѣщанія былъ сумасшедшій, вследствие чего позабылъ свои обязанности къ дѣтямъ (*officium pietatis*). Преторъ, конечно, понималъ всю несостоятельность съ точки зрѣнія права, этого мотива: вѣдь сумасшествіе завѣщателя вполне уничтожаетъ составленное имъ завѣщаніе, а съ другой стороны — нарушеніе *officium pietatis* не всегда можетъ сдѣлать завѣщаніе ничтожнымъ<sup>2</sup>, такъ что преторъ, допуская для наследниковъ возможность обосновать искъ объ уничтоженіи духовнаго завѣщанія вышеуказаннымъ мотивомъ, руководствовался необходимою указать завѣщателямъ на то, чтобы они не забывали своихъ обязанностей, основывающихся на взаимной любви, къ прямымъ наследникамъ. Впослѣдствіи преторъ пошелъ

<sup>1</sup> Inst. 2. 18.

<sup>2</sup> Inst. 1. c., l. 1. 2. 5. 17, § 1, Dig. 5. 2.

дальше: онъ предоставляет вышеуказанный искъ воѣмъ лицамъ по мужескому колѣну (*per masculos*), которые вопреки требованія его здѣять, не были ни назначены наследниками, ни лишены наследства, — чѣмъ же въ этомъ случаѣ оправдывался искъ, какъ не соображеніемъ претора, что въ отцовской власти существуютъ обязанности? Эта идея объ обязанности оказалась настолько благодарнымъ полемъ для дѣятельности претора, что онъ рѣшается напоминать о ней отцамъ въ такихъ случаяхъ, когда съ точки зрѣнія права и говорить-то объ отцовской власти невозможно; такъ, напр., между отцемъ и эманципированнымъ имъ сыномъ нѣтъ никакой гражданской связи и отецъ въ отношеніи такого сына пріобрѣтаетъ права аналогичныя тѣмъ, какія пріобрѣтаетъ господинъ, отпускающій своего раба на волю; но такой господинъ, патронъ, имѣлъ, между прочимъ, право требовать отъ своего либерта, вольноотпущенника, выполненія профессиональныхъ услугъ; — право не маловажное, имѣющее цѣнность, могущее быть предметомъ требованія, могущее быть переступлено и т. д. По аналогіи, отецъ долженъ былъ имѣть тоже право по отношенію къ своему эманципированному сыну, но онъ его не имѣлъ, потому что «отцовская власть состоитъ въ любви»; эманципированный обязанъ оказывать своему бывшему отцу только нравственныя услуги (*officiales*), т. е. такія, которыя на рынкѣ не имѣютъ никакой цѣнности, такъ-какъ онѣ обсуживаются съ точки зрѣнія высшаго принципа — «любви отца» къ своимъ дѣтямъ и «вѣчнаго почтенія» послѣднихъ къ первому<sup>1</sup>. Точно такъ-же отношенія между боковыми родственниками обсуживаются съ точки зрѣнія «*caritas*»; напр., опекунъ малолѣтняго выдавалъ на содержаніе и воспитаніе его сестры такія-то суммы изъ его-же имущества: можетъ ли малолѣтній, достигши совершеннолѣтія, вытребовать отъ опекуна эти суммы? Нѣтъ! Такой искъ нарушить принципъ «*caritas sanguinis*».

<sup>1</sup> L. 6. 9. § 1 Dig. 38. 1.

Мы ограничиваемся указанными примѣрами иъ преторскаго эдикта, которые, по нашему мнѣнiю, довольно отчетливо иллюстрируютъ положенiе, что преторъ во всѣхъ случаяхъ, гдѣ было возможно, выдвигалъ идеи объ обязанностяхъ отца, — этого требовала справедливость, а известно, что справедливость (*aequitas*) есть руководящiй принципъ новой, т. е. преторской, системы гражданскаго права и на основанiи котораго преторъ стремится возвести естественныя, т. е. родственныя, отношенiя, на степень юридически обязательныхъ и нравственныхъ обязанностей придать, по скольку онѣ это допускаютъ, юридическiй характеръ. Но на развитiе идеи объ обязанности отца, при удержанiи все-таки его правъ надъ личностью дѣтей, могущее влiяние оказала философская мысль, стоящая, которой считался умомъ философски образованными источникомъ юридической науки<sup>1</sup>. Еще въ VI в. а. н. с. стоялъ Панаециусъ обучалъ римскую молодежь, — изъ его школы вышли знаменитые юристы — Муций Сцевола, Элий Туберонъ и Рутилiй Руфъ, благотворное влiяние которыхъ на науку мы можемъ и теперь оценить, благодаря ссылкамъ на ихъ творенiя, хотя и не многочисленнымъ, которыя мы встрѣчаемъ у позднѣйшихъ писателей; въ VII в. ученикомъ стояка Асенадора былъ Катонъ, а Носидонiа — Цицеронъ<sup>2</sup>, который охотно посѣщалъ также лекцiи эпикурейца Зенона<sup>3</sup>. Незабвенная услуга, оказанная стояцизмомъ древнему миру, заключается въ томъ, что онъ стремился отщипывать человеческую личность отъ государства, такъ-какъ въ древнемъ мирѣ единичное лицо имѣетъ значенiе только потому, что оно какъ лицо играетъ опредѣленную роль, назначенную ему государствомъ, въ жертву которому приносится счастье,

<sup>1</sup> Cic. de legg. 1. 5: non ergo a praetoris edicto, ut plerique nunc, neque a XII tabulis, et superiores, sed penitus ex intima philosophia etc.

<sup>2</sup> Cic. De nat. deor.: 1. 3; отношенiе свое къ стояцизму Цицеронъ самъ характеризуетъ въ de off. 1. 2.

<sup>3</sup> Cic. Brut. 91.



свобода и нравственное совершенство человека, и Цицеронъ не задумывается признать за человекомъ естественныя права, которыя не должны быть приносимы въ жертву государству<sup>1</sup>. По учению стоиковъ, добродѣтель высказывается въ четырехъ видахъ: мудрости, умеренности, мужества и справедливости, недѣ которому они разумѣли умѣнье воздавать каждому свое по его достоинству, какъ этого требуетъ согласіе съ самимъ собою<sup>2</sup>, а Цицеронъ провозглашаетъ принципъ, что право—тождественно справедливости, «иначе оно не есть право»<sup>3</sup>; правосудіе, законъ, справедливость, гражданское и общенародное право итѣютъ общимъ источникомъ законъ природы (*lex naturae*), «общій роду человѣческому, законъ вѣчный, который предписываетъ исполненіе обязанности (*officium*)», но по учению стоиковъ «жизнь согласно природѣ» есть добродѣтель, которая есть высшее благо человека<sup>4</sup>. Что Цицеронъ ставилъ на первый планъ выполненіе обязанностей,—это видно между прочимъ изъ его письма къ Требацію, эмигранту и другу Юлія Цезаря: «удивительную науку вы избрали для изученія (*castra graecorum*), какъ же вы будете защищать гражданское право, если вашъ интересъ есть единственный стимулъ для васъ, что станется съ формулой fiducia «*ut inter bonos bene agere oportet*»?<sup>5</sup>. Не въ эдиктахъ преторовъ и не въ законѣ XII таблицъ должно искать первоначальнаго источника права, но во внутренней природѣ человека<sup>6</sup>; вотъ почему ни повелѣнія народовъ, ни декреты государей, ни приговоры судей не могутъ быть вѣрныиъ масштабомъ справедливаго<sup>7</sup>. Многое, не будучи почитаемо позорнымъ въ общественномъ мнѣніи и не будучи запре-

<sup>1</sup> De rep. 3. 4: quae virtus praeter caeteras, tota se ad alienas utilitates porrigit atque explicat.

<sup>2</sup> Diog. Laert. 7. 108.

<sup>3</sup> Cic. epist. 7. 12.

<sup>4</sup> De off. 2. 12.

<sup>5</sup> De legg. 1. 5.

<sup>6</sup> Diog. Laert. 1. c.

<sup>7</sup> De rep. 1. 15. 16.

щаемо закономъ гражданскимъ, запрещается высшимъ закономъ природы; справедливо различаемъ гражданское право отъ общенароднаго, ибо гражданское право есть только «тѣнь» естественнаго права<sup>1</sup>. Въ глазахъ Цицерона справедливость есть основаніе «закона природы». Справедливость, говоритъ онъ, повелѣваетъ щадить всѣхъ, печется о родѣ человѣческомъ, воздавать каждому свое не присвоить чужого имущества<sup>2</sup>; общественная жизнь и любовь къ человѣчеству составляютъ самую обширную сферу примѣненія справедливости, слѣд. воздаваніе каждому должного и любовь, которая начинается въ человѣкѣ съ момента его рожденія, характеризуетъ человѣка<sup>3</sup>; но такъ-какъ, по мнѣнію Цицерона, первоначальный источникъ права есть природа человѣка, а законъ (*gesta ratio*) всегда согласенъ съ природою<sup>4</sup>, то понятнымъ становится окончательный его выводъ — «кто не хочетъ повиноваться этому закону, тотъ долженъ будетъ отказаться отъ самого себя и, попирая, такимъ образомъ, человѣческую природу, подвергаться величайшимъ наказаніямъ<sup>5</sup>. Этотъ принципъ Цицеронъ строго выдерживаетъ, когда ему приходится говорить объ отцовской власти. Хотите знать — почему отецъ обязанъ кормить своихъ дѣтей, а не выбрасывать ихъ какъ щенятъ? Всѣ животныя заботятся о своихъ дѣтяхъ, тѣмъ болѣе долженъ заботиться о нихъ отецъ<sup>6</sup>; отецъ изыскиваетъ всякія средства для прокормленія своей жены, дѣтей и всѣхъ тѣхъ, кого онъ любитъ<sup>7</sup>; было бы странное противорѣчіе, еслибы природа, благопріятствуя рожденію дѣтей, не внушала бы отцу любви къ своимъ дѣтямъ<sup>8</sup>. Но обязанности эти взаимны<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> De off. 3. 17.

<sup>2</sup> De rep. 3. 8.

<sup>3</sup> De invent. 2. 53, de finib. 5. 23, de off. 1.

<sup>4</sup> De leg. 1. 6, de rep. 3. 22.

<sup>5</sup> De rep. 3. 22.

<sup>7</sup> Ib. 1. 1.

<sup>6</sup> De off. 1. 4.

<sup>8</sup> De finib. 19.

<sup>9</sup> Ad Att. 9. 11. *Nefarium et iniquissimum parente egenos non alere.*

Такииъ образомъ на развитіе идеи объ обязанности отна-  
сительно своихъ дѣтей оказали влияние преторское право,  
которое въ своемъ первоначальномъ видѣ было не чѣмъ инымъ,  
какъ только *jus gentium*, т. е. собственное иностранцамъ, и—  
философская мысль, которая взывала къ закону природы и слѣ-  
довательно не различала права естественнаго (*jus naturale*) отъ  
права общенароднаго (*jus gentium*), такъ-какъ, по мнѣнію  
Цицерона, право, которое основывается на самой природѣ людей,  
является общимъ правомъ для всѣхъ народовъ. Во времени  
классическихъ юристовъ *jus gentium* сдѣлалось общимъ правомъ  
для жителей римскаго государства; замѣтивши общность че-  
ловѣчеству институтовъ *jus gentium*, римскіе юристы задались  
научнымъ вопросомъ: чѣмъ можно объяснить эту общность?  
Юристъ Гай, который не отдѣляетъ *jus naturale* отъ *jus gentium*,  
объясняетъ общность институтовъ *juris gentium* «естественнымъ  
разумомъ» (*naturalis ratio*); но Ульпіанъ, который называетъ  
себя послѣдователемъ истинной философіи<sup>1</sup>, противопоставляетъ  
право естественное праву общенародному. По его понятію, *jus  
naturale* регламентируетъ отношенія, которыя общи всѣмъ су-  
ществамъ, «живущимъ на землѣ и въ морѣ», а *jus gentium* и  
*jus civile* регламентируетъ отношенія юридическія, т. е. такія,  
которыя могутъ существовать только между людьми; можно только  
спросить: почему-же *jus naturale* считается Ульпіаномъ источ-  
никомъ права гражданскаго? Вотъ почему. «*Jus*» означаетъ  
повелѣніе, слѣдовательно *jus naturale* есть совокупность велѣній,  
возлагаемыхъ на всѣхъ живыхъ существъ природой, инстинктомъ,  
наприм. рожденіе и воспитаніе дѣтей, *jus civile* и *jus gentium*—  
совокупность приказаній, возлагаемыхъ совѣтью челоѣка, на-  
рода и ихъ социальными нуждами. Но тогда какъ *jus naturale*  
всегда «справедливо и добро»<sup>2</sup>, *jus civile* можетъ быть ini-

<sup>1</sup> L. 1 § 1. Dig. 1. 1.

<sup>2</sup> L. 11 ib.

цизм, т. е. нарушать простѣйшія требованія справедливости, точно такъ-же какъ *ius gentium*, допускала многое, необходимое для человечества<sup>1</sup>, вѣсть съ тѣмъ въ нѣкоторыхъ своихъ институтахъ нарушаетъ *naturalis ratio*, какъ наприм. — рабство<sup>2</sup>. Ульпианъ не напрасно въ примѣрѣ *ius naturale* приводитъ «нарожденіе и воспитаніе дѣтей»: всякое живое существо стремится удовлетворить свои половыя побужденія; результатомъ этого удовлетворенія является нарожденіе дѣтей, которыя вызываютъ заботу у родителей о своемъ существованіи; — следовательно «воспитаніе дѣтей» есть послѣдствіе обязанности, возлагаемой на мать ея беременностью<sup>3</sup>. Такимъ образомъ въ животномъ царствѣ между родителями и дѣтьми наблюдается, такъ сказать, связь естественная (*naturalis iuris vinculum*), т. е. тотъ законъ природы, который, по словамъ Плинія<sup>4</sup>, подчиняетъ слабымъ силѣ дѣтей — отцу, такъ-что основаніе отцовской власти нужно искать не въ законѣ, а въ необходимости существованія. На этомъ заканчивается область *ius naturale*: законъ «необходимости существованія» годенъ только для нарождающихся обществъ; затѣмъ начинается область *ius civile*, т. е. отцовская власть становится институтомъ строго гражданского права: увидѣть, что «единствіе» дѣтей нарожденныхъ отцомъ есть законъ природы, т. е. что каждый человекъ долженъ дѣлать по обязанности и по чувству то, что животныя дѣлаютъ по инстинкту, и составило задачу Ульпиана, который могъ бы сказать: «существуетъ родъ человеческій, а не изолированныя индивидуумы по природѣ нѣтъ ничего человеческого чуждаго человеку<sup>5</sup>, связью же (*consuetudinibus*) человечества является члѣнораздѣльность рѣчи»<sup>6</sup>.

Въ своемъ стремленіи обособить естественное право отъ общенароднаго, Ульпианъ не нашелъ себя послѣдователемъ среди юри-

<sup>1</sup> L. 5 ib.

<sup>2</sup> § 2 Inst. 1. 2, § 2 Inst. 1. 3, l. 64 Dig. 12. 6.

<sup>3</sup> Превосходно у Gell. 12. 1.

<sup>5</sup> Cic. de legg. 1. 16, l. 12.

<sup>4</sup> См. выше стр. 5 пр. 1.

<sup>6</sup> Ib. 1. 9.

товъ'; къ этому мы, конечно, можемъ относиться совершенно равнодушно, такъ-какъ раздѣленіе гражданскаго права на *jus civile*, *gentium* et *naturale* есть научная систематика положительныхъ права, между-тѣмъ какъ другіе юристы держались иной систематикъ, видя источникъ дѣйствующаго въ ихъ время законодательства въ *jus civile* и *jus gentium*, основаніемъ же послѣднѣе они считали «*naturalis ratio*». Но для насъ важно то, что всѣ юристы при обсужденіи тѣхъ случаевъ, когда заходило дѣло объ обязанностяхъ отца, держались одного общаго принципа «закона природы» (*lex naturæ*), — что же это за законъ? Кровное родство, связующее родителей и дѣтей, восходящихъ и нисходящихъ.... Кровное родство уже и преторомъ было положено въ основаніе многихъ институтовъ, а юристы поставили его выше всякихъ бы то ни было опредѣленій гражданскаго права: «кровная связь не можетъ быть уничтожена постановленіемъ гражданскаго закона»<sup>2</sup>; вотъ почему «ни законъ, ни мировая сдѣлка не могутъ уничтожить то естественное обязательство, которое возлагается на родителей и дѣтей рожденіемъ послѣднихъ отъ брака»<sup>3</sup>, — на родителей, такъ-какъ обязанности pietetas не могутъ быть обсуживаемы съ точки власти<sup>4</sup>. Таковъ конечный результатъ, по нашему мнѣнію, дѣятельности юристовъ при обсужденіи обязанностей отца, и, такъ-сказать, послѣдній камень въ эту дѣятельность вложилъ юристъ Павелъ, поставившій

<sup>1</sup> *Rein*, 112, не совсемъ правильно считаетъ юриста Трибуниана по-л-дователемъ Ульпиана, I. 64 cit. (выше стр. 110 пр. 2); но см. I. 31 pr. *Dig.* 16, 8.

<sup>2</sup> I. 34. *Dig.* 2, 14.

<sup>3</sup> Но юристы расходились при рѣшеніи вопроса: кровный отецъ, ничего не оставившій во завѣщаніи своему сыну, ранне отданному имъ въ усыновленіе, нарушаетъ ли обязанности pietetas, можетъ ли этотъ сынъ осмѣливать дурное завѣщаніе своего отца? I. 10 pr. *Cod.* 8. 48 [ 47 ].

<sup>4</sup> I. 4. *Dig.* 27, 10; I. 4. *Dig.* 22, 5 о неспособности свидѣтельствовать дѣтей противъ родительской личности, I. 4. *Dig.* 22, 5, I. 6. *Cod.* 4, 29. *Bayet, Vorg.* träge, 795, *Wetzell, Civilprozess*, стр. 182 стр. 12.

на-ряду съ религіею исполненіе родительскихъ обязанностей<sup>1</sup>: отнынѣ дѣятельность отца не ограничивается исключительно исполненіемъ предписаній, возлагаемыхъ религіею и государствомъ, какъ это было некогда, но направляется вмѣстѣ съ тѣмъ и на выполнение того, что предписываетъ pietas... милосердіе къ дѣтямъ, по выраженію того-же Павла: «не только тотъ убійца, кто удушаетъ своихъ дѣтей, но и тотъ, кто выбрасываетъ ихъ на дорогу, разчитывая на милосердіе прохожихъ, котораго самъ не имѣетъ...»<sup>2</sup>.

Законодательству пришлось считаться съ другою стороною отцовской власти, — «правомъ» отца убить своего сына, продать его и т. д. Обязанности «пропитанія» своихъ дѣтей и ихъ «воспитанія», на которыя такъ настойчиво указывала юриспруденція, придали неопредѣленной области «плетета» хоть какой-нибудь юридическій характеръ<sup>3</sup>; но у отца оставалась все-таки власть надъ личностью дѣтей, власть своекорыстная, обуславливаемая единственно интересомъ отца<sup>4</sup>. И въ этомъ отношеніи императорское законодательство прежде всего напоминаетъ зарвавшимся въ примѣненіи своей власти отцамъ, что «любовь къ дѣтямъ» есть основаніе отцовской власти. «Не плохи ли тотъ отецъ,

<sup>1</sup> L. 2 Dig. 1. 1. *de officio patris* § 1. *de officio patris* § 1.

<sup>2</sup> L. 4 Dig. 25, 3. *Super Quint. Decl.* 5. 7: *non est beneficium, quod pascitis, sed est facinus, quod negatis*; между-тѣмъ-какъ Сепека, *de benef.* 1. 6, опредѣляетъ *beneficium* какъ *benevola actio tribuens gaudium carpiensque tribuendo, in id quod facit prona et sponte sua parata*, — два противоположныя точки зрѣнія!

<sup>3</sup> Характерныя черты *officium* рельезно выставлены Врингемъ, стр. 1153: право вытекающее изъ *officium* есть право чисто человѣческое; возмездіе за нарушеніе *officium* направляется на личность обязаннаго, его честь, разумъ и т. д. Въ предшествующихъ страничкахъ настоящей главы мы старались указать еще на взаимность обязанностей, вытекающихъ изъ *officium*, на ихъ независимость отъ подчиненія «большей-меньшей» власти, на ихъ невозможность сближаться съ тѣмъ *potestas*, которыя могли бы допускать на дѣль власть освобожденія послѣднихъ отъ отцовской власти.

<sup>4</sup> Windscheid, *Pand.* § 513.

который колотушками укрощает своих дѣтей!»<sup>1</sup>. Не слѣдуетъ жестоко расправляться съ своими дѣтьми: «подумай.... сынъ твой — ребенокъ, но ребенкомъ, вѣдь, и ты былъ.... Помни, примѣняя свою отцовскую власть, что ты — человекъ, и что ты — отецъ человека»<sup>2</sup>.... На эту гуманную точку ставится законодательство: императоръ Траянъ заставляетъ отца, поправшаго въ своихъ личныхъ отношеніяхъ къ сыну «чувство pietas», эманципировать его<sup>3</sup>; отца, убившаго своего сына за связь съ мачихой, императоръ Адрианъ присуждаетъ къ ссылке, «такъ-какъ отецъ расправился съ нимъ разбойнически, — отцовская власть есть любовь, а не жестокость,.... виновнаго сына нужно судить у префекта, а не убивать безъ суда<sup>4</sup>....». Только при нарушении домашней дисциплины, если сынъ попираетъ чувства pietas, которыя онъ долженъ оказывать отцу, отецъ можетъ примѣнять къ нему средства дисциплинарныя<sup>5</sup>.... говоритъ Александръ Серверъ. Такъ, въ общемъ результатъ мысли юридической, философской и законодательной дѣятельности императоровъ беретъ перевѣсъ принципъ, что власть отца и его обязанности нераздѣльны: «отецъ называется такъ потому, что онъ намъ многое даетъ; онъ — господинъ потому, что имѣетъ власть насъ наказывать.... Но если отецъ наказываетъ насъ какъ господинъ, за-то онъ въ качествѣ отца долженъ снисходительно относиться къ намъ»<sup>6</sup>.

Быть можетъ, законодательство языческихъ императоровъ безсознательно подчинялось влиянію христіанства, которое согрѣло человѣческія отношенія, основывавшіяся у римлянъ на началахъ власти, неравенства и подчиненія, «любовью, взаимопомощью и милосердіемъ», милосердіемъ.... котораго древній міръ не по-

<sup>1</sup> Sen. de clem. 1. 15.

<sup>4</sup> Выше стр. 73 пр. 2.

<sup>2</sup> Plin. Ep. 9. 12.

<sup>5</sup> Выше стр. 74 пр. 1.

<sup>3</sup> Выше стр. 73 пр. 1.

<sup>6</sup> Lactant. Div. inst. IV. 3.

нималь, и съ точки зрѣнія этой добродѣтели не лучшею ли характеристикой отношеній отца къ дѣтямъ служатъ слова апостола Павла: «не дѣти должны собирать ижевіе для родителей, но родители для дѣтей»<sup>1</sup>...

Подводя, такъ сказать, къ одному знаменателю дѣятельность юристовъ, философовъ и вліяніе законодательства на занимающій насъ вопросъ, мы должны сказать, что римское законодательство довольно удачно разрѣшило проблему о вліяніи законодательства на семейныя отношенія. Извѣстно, что семейныя отношенія не поддаются строгому нормированію со стороны законодательства: душа этихъ отношеній — взаимная любовь, можно ли «поставить любовь подъ надзоръ полиціи?»<sup>2</sup>. Уголовному закону, т. е. опредѣленію наказаній за нарушеніе нравственнаго правила, здѣсь и быть не можетъ мѣста, потому что уголовный законъ перейдетъ свою задачу: если нравственный законъ возвышается на степень юридической нормы, то въ результатѣ получатся обратныя желаемому послѣдствія; извѣстно, напримѣръ, что въ Германіи за виѣбрачныя сожитія налагались и церковныя и полицейскія наказанія, а въ результатѣ получилось увеличеніе дѣтоубійствъ... Но та сторона личныхъ отношеній между родителями и дѣтьми, въ которой въ одинаковой степени заинтересовано государство, непременно должна получить юридическую формулировку; иначе права дѣтей, будущихъ гражданъ того-же общества, останутся, такъ сказать, «виѣ закона». Мы выше показали на-сколько нравственный принципъ — «особа отца священна для дѣтей», «дѣти должны оказывать вѣчно почтеніе своимъ родителямъ», получилъ юридическую формулировку; законодательство такъ-же предвидѣло случаи, когда родители чрез-

---

<sup>1</sup> 2 Коринт. 12. 14.

<sup>2</sup> Ihering, 2. 190.



и́брыми наказаніями будутъ вызывать отъ своихъ дѣтей «любовь и послушаніе», — законодательство не могло относиться равнодушно къ примѣненію родителями такихъ наказаній, которыя могутъ отразиться роковымъ образомъ на душевномъ и тѣлесномъ здоровьи дѣтей; можно, однако, возразить, что и по праву императора Юстиніана дѣти все-таки не могутъ предъявить къ отцу иска о личной обидѣ; да! но нужно помнить, что римскій судья имѣлъ право отнять у отца принадлежащую ему отцовскую власть, если примѣненіе отцемъ тѣхъ или иныхъ наказаній не оправдывалось цѣлью воспитанія дѣтей, — послѣдній пунктъ въ-особенности важенъ: государство имѣетъ право требовать, чтобы родители дали дѣтямъ своимъ надлежащее воспитаніе, соответствующее социальному ихъ положенію, которое, слѣдовательно, въ конкретныхъ случаяхъ указываетъ на объемъ, если такъ можно выразиться, обязанности воспитанія дѣтей. Коль-скоро эта обязанность будетъ формально признана, объясняется вмѣстѣ съ тѣмъ и другое право государства — требовать отъ родителей, чтобы они содержали дѣтей до окончанія ихъ воспитанія, т. е. до достиженія дѣтьми того возраста, когда они сами будутъ въ силахъ заботиться о своемъ содержаніи. Конечно, обязанность пропитанія взаимна. Обязанность воспитанія дѣтей объясняетъ обязанность ихъ послушанія и почтенія къ родителямъ.

При разрѣшеніи указанныхъ пунктовъ неопредѣленная область «*pietas*» получаетъ юридическій характеръ.

## II.

### Обязанность воспитанія (disciplina) дѣтей.

При совмѣстной жизни обоихъ родителей (*constante matrimonio*) право и обязанность воспитанія дѣтей принадлежитъ отцу, какъ лицу, стоящему во главѣ семьи, ибо право воспитывать своихъ дѣтей въ томъ или иномъ направленіи обуславливается отцовскою властью, которой мать не имѣетъ: мать оказываетъ вліяніе только совѣтами и убѣжденіями, т. е. вліяніе нравственное, которое съ точки зрѣнія закона не можетъ подорвать принятаго рѣшенія отца по вопросу какъ и гдѣ воспитывать ребенка. И только въ томъ случаѣ, когда родители расходятся по вопросу о религіозномъ воспитаніи дѣтей, законодательство придаетъ голосу матери рѣшающее значеніе въ томъ случаѣ, если она принадлежитъ къ православному исповѣданію<sup>1</sup>, такъ-какъ законодательство стремится привить общій принципъ, что дѣти, одинъ изъ родителей которыхъ — еретикъ, а другой — православный, должны быть православными<sup>2</sup>, слѣд. вопросъ о религіозномъ воспитаніи дѣтей былъ поставленъ, такъ-сказать, внѣ сферы вліянія отцовской власти, все равно какъ впоследствии отцовская власть была безсильна заставить сына или дочь отказаться отъ намѣренія поступить въ монахи<sup>3</sup>. Вместе съ тѣмъ, разрѣшая вопросъ о религіозномъ воспитаніи дѣтей, законодательство, очевидно, возлагало юридическую обязанность на православнаго супруга дать своимъ дѣтямъ религіозное воспитаніе; это — единственный случай, когда право формулируетъ понятіе объ обязанности отца воспитывать своихъ дѣтей, такъ-какъ общій вопросъ: воспитываетъ ли отецъ своихъ дѣтей

<sup>1</sup> L. 12 § 1 Cod. 15.

<sup>2</sup> L. 18 § 1 Cod. ib.

<sup>3</sup> Nov. 123, 4, 41; Nov. 81, 3.

или нѣтъ — завододательствомъ не затрогивался, т. е. оставался на усмотрѣніи отца<sup>1</sup>.

Пользуясь правомъ воспитывать такъ или иначе своихъ дѣтей, отецъ слѣд. разрѣшаетъ вопросъ: воспитывать ли дѣтей при себѣ (*custodia*), или же отдать ихъ для обученія на сторону, постороннему лицу или родственнику, безмездно или за вознагражденіе по договору, который разсматривается съ общей точки зрѣнія найма услугъ учителя и подчиняется общимъ правиламъ о договорѣ<sup>2</sup>. Понятно, что подобный договоръ, въ силу котораго отецъ указываетъ опредѣленное мѣстопробываніе для своего сына на болѣе или менѣе продолжительный срокъ, нисколько не ограничиваетъ правъ отца, который можетъ каждую минуту вытребовать ребенка назадъ къ себѣ<sup>3</sup>, такъ-что учитель или хозяинъ не могутъ задерживать ребенка, напр., влѣдствіе того, что за его обученіе не получена условленная плата. Правило это объясняется общими соображеніемъ, что отъ отцовской власти можно отказаться только добровольно, путемъ эманципаціи дѣтей, или терять ее въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ<sup>4</sup>; ибо договоръ, въ силу котораго отецъ отказывается отъ отцовской власти, разсматривается какъ договоръ, нарушающій общественный интересъ (*contra jus publicum*)<sup>5</sup>, при томъ-же вос-

<sup>1</sup> Ссылка на I. 5 § 12 Dig. 25. 3 и I. 6 § 5 Dig. 37. 10 не подтверждаетъ противоположнаго мнѣнія. Glück, 2. 262, выставляетъ различныя правила по вопросу «какъ и гдѣ» отецъ обязанъ воспитывать своихъ дѣтей; но эти правила — только *pro disiderio* ученаго.

<sup>2</sup> Ср. I. 192 Dig. 45. 1.

<sup>3</sup> Учители весьма долго не имѣли иска, посредствомъ котораго они могли бы принудить родителей ребенка заплатить слѣдующій имъ гонораръ; но за-то уже преторское право предоставляетъ отцу *utilis actio de servo corrupto* въ томъ случаѣ, если учитель развратилъ сына. Искъ этотъ — личный, perpetua, переходитъ къ наследникамъ отца, но не можетъ быть предъявленъ противъ наследниковъ учителя, I. 14 § 1 Dig. 11. 3; Noodt, Comm. 2. 253.

<sup>4</sup> Напр., въ-случаѣ развращенія своей дочери, см. выше стр. 38 пр. 4, или вступленія въ incestуозный бракъ, Nov. 12, 2.

<sup>5</sup> Burchardi, 188.

питаніе дѣтей облегчается для отца его правомъ удерживать ихъ при себѣ (*custodia*)<sup>1</sup>, — и вотъ, съ точки зрѣнія этого права, законодательство занимается главнымъ образомъ правовымъ характеромъ обязанности воспитанія. Лицо, которому принадлежит отцовская власть, располагаетъ извѣстными юридическими средствами для того, чтобы парализовать желаніе другихъ лицъ, хотя-бы родственниковъ, хотя-бы это была мать, удерживать при себѣ малолѣтнихъ дѣтей, — отецъ можетъ вытребовать ихъ или посредствомъ вещнаго иска (*actio rei vindicatio*) или посредствомъ исковъ о нарушеніи владѣнія (*interdictum de liberis exhibendis, interd. de liberis ducendis*).

а) Въ періодъ «законныхъ исковъ» (*actiones legis*) отецъ несомнѣнно могъ воспользоваться вещнымъ искомъ для отысканія своей отцовской власти, все равно какъ съ помощью того же иска онъ отыскивалъ свое право собственности на ту или иную вещь (*res cogitatis*)<sup>2</sup>, т. е. отецъ виндигировалъ въ судѣ владычество надъ опредѣленнымъ лицомъ: «этотъ человѣкъ — мой на основаніи квинтискаго права.» (*hunc hominem meum esse ex jure Quiritium*); на подобной виндикаціи, между прочимъ, былъ построенъ институтъ усыновленія (*adoptio*)<sup>3</sup>, такъ-какъ усыновляющій виндигируетъ ребенка какъ своего сына; отпущеніе раба на волю такъ-же основывалось на виндикаціи

<sup>1</sup> Невозможность для воспитателя сослаться на какой-либо отводъ (*exceptio*) Strippeiman, *Entscheidungen*, 96, объясняется тѣмъ, что въ указанныхъ случаяхъ идея о владѣніи надъ свободнымъ человекомъ не имѣетъ мѣста. Strippeiman упустилъ изъ виду, что отцовская власть вообще не допускаетъ отводовъ. Что-же касается ссылки на владѣніе, то и здѣсь нужно замѣтить, что по вопросу: можно ли владѣть свободнымъ человекомъ — въ римскомъ правѣ замѣтны колебанія. Sagwey, *Arch.* 32, стр. 24 f. 53.

<sup>2</sup> Du-Roi, *Noch einige Bemerkungen etc.* *Arch. f. civ. Pr.* VI. 258—60, 293—4. Schröter, 190, Pernice, 1. 319, нр. 13.

<sup>3</sup> Gaj. I. 134 *is qui adoptat vindicat apud praetorem filium esse.* Ср. Mayer, въ *Zeit. f. g. R.w.* VIII, 19 f.; B.-Hollweg, 1 § 41 стр. 136; относительно Gaji § 134 см. Scheurl, *De modis liberos etc.* § 3, его же *Beiträge*, 268.

свободы для него постороннимъ лицомъ. Преторское право, создавшее особую формулу для виндикаціи вещей (*formula petitoria*<sup>1</sup>), приняло за основаніе<sup>2</sup>, что по указанной формулѣ можно отыскивать лишь право собственности на вещи, но не отцовскую власть, ибо дѣти суть лица; отцовскую же власть можно отыскивать путемъ указанной формулы только тогда, если истецъ укажетъ на особыя основанія своего иска (*adjecta causa*<sup>3</sup>), т. е. отецъ, являющійся въ процессѣ истцомъ, долженъ указать на филіаціонныя отношенія (*filium suum, filium suum in potestate*), существующія между нимъ и лицомъ, котораго онъ виндицируетъ. Подобное указаніе должно быть сдѣлано изъ уваженія къ свободѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ оно укажетъ, что истецъ добивается права не въ качествѣ господина, какъ это было въ періодъ законныхъ исковъ, а въ качествѣ отца, которому только и принадлежитъ отцовская власть<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Rudolf, *Röm. Rg.* 2. 127 f. 135 f.

<sup>2</sup> L. 1 § 2 Dig. 6, 1.

<sup>3</sup> Куяцій, *Com. in Dig. lib. 6 tit. 1. h. l.* (7. 225); NooDt, *Comm. ad Pand. tit. de rei vindic.* (2. 192); Pothier, t. 4, p. 4, и Hefter, *Ueber die causa adjecta*, *Rhein. Mus.* 3. 224, полагаютъ, что *adjecta causa* есть указаніе на «*ex jure Quiritium*», потому что отцовская власть можетъ принадлежать лицу только на основаніи квинтерского права; но это положеніе неверно уже потому, что *intentio* формулы виндикаціи всегда удерживаетъ выраженіе «*ex jure Quiritium*», слѣд. *intentio* виндикаціи отцовской власти будетъ такова: «*si paret Lucium Titium Nemirii Negidii in patria potestate [или filium] ex jure Quiritium esse*», ср. l. 2. 11 § 1 Dig. 44. 2. Основываясь на выраженіи «*adjecta causa*» въ l. 1 § 2 cit. Meerman, *De rebus mancipi etc.*, стр. 63—71, опариваетъ положеніе, что отцовская власть есть *dominium*, ибо, говоритъ онъ, для виндикаціи дѣтей нужно прежде всего описатьъ мѣсто *adjecta causa* и т. д., но не опредѣляетъ точно, что онъ разумѣетъ подъ *adjecta causa*, ограничиваясь замѣчаніемъ, что сынъ «*respectu potestatis*» не есть вещь. См. еще Sav. *Syst.* 5 § 207 пр. m; Puchta, *Ueber die expressa causa*, 180 f., и Muther, *Sequestration und Arrest*, *Beil.* 5, 391—404.

<sup>4</sup> Pella, *Exposé des principes généraux de la propriété*, 113—115. Однако тотъ принципъ, что отецъ можетъ украденнаго у него сына отыскивать путемъ *actio furti*, остался безъ измѣненія, и это понятно: отцовская власть или принадлежитъ опредѣленному лицу или никому не принадлежитъ, — въ этомъ заключается сходство ея съ вещнымъ правомъ, между тѣмъ при *condictiones*

питаніе дѣтой обл  
ихъ при себѣ (сис  
законодательст  
ракторомъ об  
отцовская  
ствами  
хотя-с  
при  
м?

предполагается въ тѣхъ  
кому принадлежит совокуп-  
отцовской власти, истцу или  
отвѣтчику<sup>1</sup>, слѣд. по общему правилу  
свои филиационныя отношенія  
котораго онъ добивается призна-  
что доказать это очень и очень  
известно, а извѣстно, что доказать это очень и очень  
нужно имѣть при томъ въ-виду, что въ for-  
мулы *in iudicio* записано выраженіе: «*in iudicio*», слѣд.  
хотя по этой формулѣ истецъ и требуетъ свою вещь, но истецъ  
не гарантированъ въ томъ, что бы ему вещь была реституирована;  
потому-то до времени классическихъ юристовъ судебное рѣшеніе  
не приводилось въ исполненіе силой, такъ-что если отвѣтчикъ ослу-  
шался, не обратилъ вниманіе на «*in iudicio*», истецъ могъ толь-  
ко опредѣлить *condemnatio*, т. е., отыскивая путемъ виндикаціи от-  
цовскую власть, истецъ могъ добиться одного результата — возна-  
гражденія вреда и убытковъ, причиненныхъ ему нарушеніемъ его  
отцовской власти. Преторское право дало возможность отцу до-  
биваться немедленно [*in iudicio*] признанія за нимъ отцовской  
власти, посредствомъ исковъ о нарушеніи владѣнія (*interdicta  
de liberis exhibendis et ducendis*)<sup>2</sup>.

[въ данномъ случаѣ *condictio furtiva*] и за отвѣтникомъ признается такое-же  
право какъ за истцемъ, требуется только перенесеніе этого права истцу (*date  
oportere*); вотъ почему *condictio furtiva* не можетъ имѣть объектомъ свобод-  
ное лицо, *Gaj. 3. 199, § 9 Inst. 4, 1; 1. 38 [39] § 1 Dig. 47, 2.*

<sup>1</sup> Если отвѣтникомъ или истцемъ въ процессъ является сынъ, который до-  
бивается признанія себя лицомъ *sui juris* или относительно котораго отыски-  
ваетъ отцовскую власть отецъ, тогда дѣло рѣшится посредствомъ *praescriptio*,  
т. е. по формулѣ, содержащей *intentio*, но безъ *condemnatio*, — въ первомъ слу-  
чавъ: «*si paret illum patrefamilias или sui juris*», во второмъ, — «*si paret il-  
lum in hujus potestate esse*», *Neuner, 164*, или путемъ *cognitio praetoria*,  
см. *Heffter, Institutionen, 401 f. Linde, Lehrbuch, § 325, стр. 405; Kel-  
ler, Inst. § 237.*

<sup>2</sup> *Dig. 43. 30 [29] Cod. 8. 8. Muther, l. c. 213 — 225, Schmidt, Inter-  
dictenverfahren, 9, 47, 55, Demelius, Exhibitionspflicht, 244 ff., Keller,  
l. c. § 237.*

За интердикта, принадлежа лицу, обладающему отцовскою властью<sup>1</sup>, находится между собой в томъ отношеніи, что пер-  
 . иногда подготовляетъ путь для второго, такъ-какъ *interd. de lib. exhibendis* имѣетъ въ виду *exhibitio*, т. е. немедленное предъавленіе отцу его сына съ тою цѣлю, чтобы отецъ убѣдился въ его тождественности<sup>2</sup>; но почему съ тою-же цѣлю нельзя провести *actio ad exhibendum*? Потому, что *actio ad exhibendum* предоставляется тому, кто при *exhibitio* преслѣдуетъ денежную цѣль; но коль-скоро затронуть иной интересъ, который не можетъ быть оцѣненъ, — такъ только возможенъ *interd. de liberis exhibendis*<sup>3</sup>; вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ интердиктъ какъ нельзя лучше поясняетъ мысль, что при выдѣвкѣ интересы отца не вполнѣ были обезпечены. Отецъ не могъ предъавить реституторнаго интердикта: потому-что свободный человѣкъ не можетъ разсматриваться объектомъ реституціи; понятно, почему отецъ, предъавляя одинъ изъ этихъ интердиктовъ, долженъ доказать, что онъ имѣетъ и отцовскую власть, такъ-какъ они «*proprieta-tem causam continent*»<sup>4</sup>, въ этомъ — отличіе обоихъ названныхъ интердиктовъ отъ всѣхъ остальныхъ. Истецъ долженъ доказать свою отцовскую власть, потому-что оба *interdicta* даются противъ лицъ, удерживающихъ дѣтей у себя насильно, или въ-силу того, что удерживающій считаетъ за собой отцовскую власть, или если сынъ у него добровольно остается<sup>5</sup>; въ послѣднемъ случаѣ интердиктъ не примѣняется противъ третьяго лица, если оно не принимаетъ такого положенія, которое имѣшаетъ отцу предъавлять его права, ибо простое доставленіе сыну мѣстопробыванія не можетъ быть разсматриваемо какъ дѣйствіе, направленное противъ отца, — сынъ удерживаетъ *libera facultas abeundi vel remanendi*<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> L. 1 § 1, l. 2 § 1 h. t.    <sup>2</sup> L. 3 § 8 Dig. 43, 29 [28].    <sup>3</sup> L. 13 Dig. 10, 4.

<sup>4</sup> L. 2 § 2 Dig. 43. 1, Schmidt, Prakt. Lehrbuch, § 410, Schmidt, Interdicten v. 84 f.

<sup>5</sup> L. 5 Dig. 43, 1.

<sup>6</sup> Strippelman, l. c. 92.

Отду принадлежит право выбора одного изъ интердиктовъ<sup>1</sup>, но въ томъ случаѣ, когда лицо *alieni juris* скрыто, для него необходимо предъявленіе сначала *interd. de liberis exhibendis*, который очиститъ мѣсто для *interd. de liberis ducendis*<sup>2</sup>; послѣдній гарантируетъ отцу право увести къ себѣ сына, по формулѣ — «если Луціи Тиціи находится во власти Немира Негидія, запрещаю всякія насильственныя мѣры, предпринимаемыя съ тою цѣлію, чтобъ помѣшать [отцу] увести къ себѣ Луція Тиція<sup>3</sup>, между-тѣмъ-какъ формула перваго была такова: «если сынъ или дочь находятся во власти Л. Тиція, и если этотъ сынъ или дочь находятся у тебя, или если, вслѣдствіе твоего умысла, ихъ притебѣ нѣтъ, имѣешь право вытребовать ихъ къ себѣ»<sup>4</sup>. Искъ предъявляется къ ретиненту, который не можетъ сослаться ни на какую причину (*justa causa*)<sup>5</sup> ретенціи; въ случаѣ ослушанія отвѣтчика будетъ составлена *condemnatio*, въ которой можетъ быть принятъ въ соображеніе имущественный вредъ, причиненный задержаніемъ ребенка имущественнымъ или личнымъ правамъ отца<sup>6</sup>. *Interd. de liberis ducendis* есть прогибиторный, ибо онъ направляется на то, чтобы помѣшать кому бы то ни было произвестъ уводъ отцемъ сына, что составляетъ атрибутъ права воспитанія<sup>7</sup>; но *interdictum* этотъ опять-таки примѣняется противъ третьяго лица, въ интересѣ котораго помѣшать этому уводу<sup>8</sup>, напр.: противъ опекуна, претендующаго, что подопечный есть лицо *sui juris*<sup>9</sup>, противъ отца, удерживающаго

<sup>1</sup> L. 1 § 2 h. t. omnimodo restituendum, l. 1 § 1 Dig. 25. 4 aut exhiberi aut ducere, l. 3 § 2 h. t. ex iisdem causis... competere.

<sup>2</sup> L. 3 § 1 h. t., Windscheid, § 520 nr. 6.

<sup>3</sup> L. 3 pr. h. t.

<sup>4</sup> L. 1 pr. h. t.

<sup>5</sup> L. 1 § 2 h. t.

<sup>6</sup> L. 1 pr. § 1. h. t.; Unterholzner, 2, 215.

<sup>7</sup> L. 3 §§ 1, 3 h. t.

<sup>8</sup> L. 3 § 3 h. t., l. 8 Dig. 22, 3.

<sup>9</sup> L. 3 § 4 h. t.



дочь, которая находится замужемъ за истцемъ<sup>1</sup>, вообще противъ всякаго, кто мѣшаетъ *exhibitio*<sup>2</sup>. Если требуемое дитя — малолѣтнее, оно подвергается секвестру на все время до окончания процесса; но судья свободенъ въ видахъ пользы ребенка отложить разборъ до достиженія ребенкомъ совершеннолѣтія<sup>3</sup>.

Можно сказать, что, кромѣ *exsertio rei judicatae*<sup>4</sup> и *exsertiones*, обусловливаемыхъ эманципаціей, отецъ не стѣснялся въ своемъ правѣ удержанія дѣтей при себѣ на-столько, что выданную замужъ дочь онъ могъ потребовать обратно; такъ-что еще въ началѣ III-го вѣка послѣ Р. Х. Ульпіанъ напоминаетъ отцамъ, чтобы они въ этомъ отношеніи примѣняли отцовскую власть «не слишкомъ жестоко», и Антонинъ Пій ограничиваетъ право отца отнять у мужа жену, т. е. свою дочь, ибо, говоритъ императоръ, «отцовская власть разрушаетъ счастливые браки»<sup>5</sup>, — вотъ почему мужу дается противъ отца его жены особый искъ на уводъ къ себѣ жены на тотъ случай, если-бъ отецъ захотѣлъ ее удержать при себѣ (*interd. de uxore ducendo*<sup>6</sup>). Это былъ первый формальный отводъ, оправдываемый *justissima causa* и который могъ быть противопоставленъ противъ требованія *exhibitio* дочери отцомъ. Тотъ-же императоръ допускаетъ и за матерью право удерживать дѣтей при себѣ, давая ей отводы противъ интердикта, который предъявляетъ отецъ. Безъ сомнѣнія, мать въ теченіи брака оказывала вліяніе на воспитаніе дѣтей; до извѣстнаго момента жизни сама природа отдаетъ ребенка матери<sup>7</sup>; но лишь только являлись разногласія относительно дальнѣйшаго воспитанія дѣтей, тогда голосъ отца, какъ главы

<sup>1</sup> L. 1 § 5 h. t.

<sup>2</sup> L. 1 § 1, l. 3 § 3, h. t.

<sup>3</sup> L. 3 § 4 h. t.

<sup>4</sup> L. 1 § 4 h. t.

<sup>5</sup> L. 1 § 5 h. t., § 15 Sent. 5, 6; см. выше стр. 54 и слѣд.

<sup>6</sup> Который обсуживается по аналогіи съ *interd. de liber. exhibendis*, l. 2 h. t., l. 11 Cod. 5. 4.

<sup>7</sup> На основаніи l. 9 Cod. 8. 47 ученые полагали, что ребенокъ до достиженія трехлѣтняго возраста долженъ находиться при матери; см. наше соч. «Ученіе» etc. стр. 101.

семьи, по закону имѣлъ превѣшнвающее значеніе, и въ томъ случаѣ, если мать напр. скрывала ребенка, передавала его въ чужія руки, — отецъ противъ нея могъ предъявить *interd. de liberis exhibendis*, все равно какъ и противъ всякаго посторонняго лица. Очевидно, что, съ этой точки зрѣнія, воспитаніе ребенка являлось для отца правомъ, не обращалось никакого вниманія на благо ребенка: могли явиться различныя обстоятельства, которыя дѣлаютъ вполне нежелательнымъ, чтобы отецъ воспитывалъ дѣтей, слѣд. являлась необходимость парализовать его право удерживать дѣтей при себѣ, — вотъ почему декретомъ Антонина Пія<sup>1</sup> постановляется: «если мать удерживаетъ своего ребенка, для котораго лучше находится при ней чѣмъ при отцѣ, то искъ, предъявленный отцомъ, мать можетъ парализовать отводомъ; при предположеніи, что она удерживаетъ ребенка вслѣдствіе вполне юридическаго основанія (*ex justissima causa*)», а юридическимъ основаніемъ являлась «негодность» отца, напр. его распутная жизнь и т. д. (*pequitia*). Но законодательство на этомъ не остановилось<sup>2</sup>: было признано, что мать, хотя и не имѣетъ отцовской власти, можетъ предъявить къ отцу, вслѣдствіе его *pequitia*, интердиктъ на истребованіе къ себѣ дѣтей..... Почему выставлено условіе «негодность отца», — понятно; допустить свободное противорѣчіе матери противъ мѣръ отца, которыя онъ считаетъ нужными для воспитанія ребенка, оказалось бы въ результатѣ вреднымъ для ребенка: изъ-за вснипки, каприза, изъ одного упорства мать доводила бы дѣло до суда; вотъ почему она, если желаетъ парализовать мѣры воспитанія, которыя отецъ принимаетъ, должна доказать каждый разъ *pequitia*. Опредѣлить точно — какіе случаи нужно разумѣть подъ

<sup>1</sup> L. 1 § 3 h. t.

<sup>2</sup> Декретъ Ант. Пія былъ генерализованъ рескриптами Мерка Авреліа и Севера, L. 1 § 3 cit.

peccitia, невозможно; можно сказать только, что всякій разъ, когда распоряженія отца являются вредными для блага ребенка, когда онъ забываетъ «обязанность любви къ нимъ» и является неспособнымъ къ воспитанію, значить, что тогда нужно отнять об peccitiis его право воспитанія; будутъ ли распоряженія вредны въ-силу дурного поведенія отца, его физической и нравственной болѣзни, все равно<sup>1</sup>. Отсутствие отца изъ дому (absentia) вполне оправдываетъ (justissima causa) необходимость передать воспитаніе дѣтей матери; но peccitia отца или кака-нибудь justissima causa, напр. нѣжный возрастъ ребенка<sup>2</sup>, его болѣзнь, дурное обращеніе съ нимъ отца, — должны быть доказаны матерью.

Такъ впервые былъ поставленъ вопросъ о благѣ ребенка съ точки зрѣнія воспитанія при совмѣстной жизни супруговъ; но на случай развода вопросъ и не затрогивался: послѣ развода дѣти въ-силу отцовской власти оставались у своего отца; имѣть съ тѣмъ не затрогивался и вопросъ о вѣнательствѣ суда въ дѣло воспитанія, такъ-какъ по римскому понятію воспитаніе дѣтей есть прежде всего дѣло отца. Но вотъ въ 294 г. императорамъ Діоклитіану и Максиміану представился на разрѣшеніе вопросъ: «при разводѣ супруговъ кто изъ нихъ удержитъ при себѣ дѣтей и будетъ ихъ воспитывать?». Сознаваясь, что на этотъ вопросъ законодательство не обращало вниманія въ томъ смыслѣ, что при разводѣ супруговъ дѣти должны быть раздѣлены между ними по-полу, императоры постановляютъ, что судья имѣетъ право каждый разъ рѣшить вопросъ: у кого изъ разведшихся супруговъ должны остаться дѣти и къ жъ изъ супруговъ они должны быть воспитываемы<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> L. 1 § 3 cit., l. 3 § 5 h. t., ср. l. 17 § 13, 14 Dig. 47. 10, l. 22 § 6 Dig. 24. 3, l. 13 § 2 Cod. 9, 51. Strippelmann, Ehescheidung, 410. Но мать не имѣетъ actio furti, l. 38 pr. Dig. 47, 2.

<sup>2</sup> См. выше стр. 123 пр. 7.

<sup>3</sup> L. 1 Cod. 5, 24.

Изъ этой любопытной конституціи мы видимъ, что императорамъ, между прочимъ, былъ предложенъ вопросъ — нельзя ли послѣ развода супруговъ подѣлить между ними дѣтей по-полу? Императоры не только принимаютъ этотъ принципъ, но параллельно принимаютъ и иной болѣе общій: въ случаѣ развода супруговъ, предоставляется судья право отступить отъ общаго принципа, что при разводѣ дѣти остаются во власти отца и слѣд. подлежали его праву воспитанія, т. е.: а) или раздѣлить дѣтей по-полу между супругами; б) свобода судьи слѣдовать ли этому принципу или оставить всѣхъ дѣтей матери, если онъ найдетъ ее болѣе способною къ воспитанію дѣтей чѣмъ отца<sup>1</sup>. Оба принципа удержаны Юстиніаномъ. Онъ говоритъ: интересы дѣтей не могутъ быть нарушены вслѣдствіе развода ихъ родителей, а потому они признаются къ наслѣдству отца, который несетъ обязанность ихъ алиментировать; если отецъ далъ поводъ къ разводу<sup>2</sup>, дѣти остаются при матери, но обязанности алиментовъ несетъ все-таки отецъ; если мать дала поводъ къ разводу<sup>3</sup>, они остаются при отцѣ, имъ-же и алиментируются. Изъ текста этой главы видно, что императоръ какъ будто говоритъ не о правѣ воспитанія, а объ алиментарной обязанности; за это мнѣніе говоритъ окончаніе той-же главы<sup>4</sup>, въ которой императоръ повторяетъ требованіе алиментировать не только дѣтей, но и всѣхъ нисходящихъ, не только родителями, но и всѣми восходящими. Однако, нельзя эту новеллу разсматривать съ точки зрѣнія алиментарной обязанности: алиментарная обязанность шире обязанности воспитанія съ точки зрѣнія продолжительности; императору не зачѣмъ было бы входить въ

<sup>1</sup> Судья руководствовался постановленіями тѣх-же императоровъ о разводѣ I. 1. 3—6 Cod. 5. 17.

<sup>2</sup> Примеры, Nov. 117. 9.

<sup>3</sup> Примеры, Nov. 117. 7. Auth. ut liceat matri et avise § illud. Cod. 5. 24.

<sup>4</sup> Ср. Fritz, въ Groll. Mag. IV. 246—7.

подробную регламентацію этой обязанности при разводѣ, такъ-какъ дѣти, нуждающіяся въ средствахъ пропитанія, всегда могутъ требовать отъ отца и его восходящихъ средствъ пропитанія и *in subsidium* отъ матери, безъ вниманія на то — существуетъ ли бракъ или онъ уничтоженъ смертью или разводомъ. Императоръ имѣетъ въ-виду обязанность воспитанія, и это видно изъ того, что онъ, держась точки зрѣнія блага дѣтей, указываетъ на два исключенія: а) если отецъ бѣденъ, а мать богата, дѣти останутся у нея; на ней-же лежитъ и обязанность алиментировать ихъ, хотя бы она была виновницею развода. Понятно, почему императоръ упоминаетъ объ алиментахъ: дѣло идетъ о такихъ дѣтяхъ, относительно которыхъ можно сказать, что ихъ воспитаніе не можетъ быть отдѣлено отъ ихъ алиментирования<sup>1</sup>, — иначе было бы понятно, какъ матери, подавшей поводъ къ разводу, оставляется воспитаніе дѣтей; б) другое исключеніе — если мать вторично выходитъ замужъ, — у ней будетъ отнято право воспитанія, хотя бы она и не была виновна въ разводѣ, дѣти вернутся къ отцу<sup>2</sup>, — и весьма важно, что новелла не прибавляетъ, что въ томъ случаѣ, когда отецъ, удерживающій при себѣ дѣтей, имѣетъ независимое состояніе, мать обязана ихъ алиментировать: императоръ руководился не принципами этой обязанности, ни точкой зрѣнія наказанія виновнаго супруга, а естественно — только благомъ дѣтей. Указанныя постановленія новеллы имѣютъ въ-виду только тотъ случай, когда судья станетъ ясно, кто изъ супруговъ подалъ своимъ поведеніемъ поводъ къ разводу; во всѣхъ иныхъ случаяхъ, когда напр. оба супруга своимъ поведеніемъ дѣлаютъ совмѣстную жизнь ненавистною, или

<sup>1</sup> L. 1 Dig. 27 2, l. 1 Cod. 5. 49, Burchardi, 180.

<sup>2</sup> Постановленіе это объясняется перасположеніемъ законодателя ко вторымъ бракамъ (*secundae nuptiae*), см. наше сочиненіе — «Ученіе о законнорожденности», 85, и боязнь появленія въ семьѣ отчима, Nov. 22. 38, Nov. 94, 2, l. 1 Cod. 5. 49, ср. l. 2 Cod. 5. 35, Voet, Tit. de agn. et al. § 20.

Когда одинъ изъ супруговъ оказывается болѣе годнымъ къ воспитанію дѣтей, хотя-бы напр. мать вышла вторично замужъ, судья руководствуется постановленіемъ императора Діоклитіана, т. е. можетъ раздѣлить дѣтей по-полю между супругами, или оставить ихъ одному изъ супруговъ, преслѣдуя при рѣшеніи вопроса единственную цѣль — благо дѣтей.

Въ томъ случаѣ, если отецъ умираетъ, опеку надъ малолѣтними дѣтьми можетъ испросить мать; но это не значитъ, что она въ то-же время будетъ и воспитателемъ ребенка, и, слѣдовательно, будетъ имѣть право удерживать его при себѣ, такъ какъ съ точки зрѣнія римскаго права *impubes* не пользуется *domicilium* своего опекуна<sup>1</sup>; опекунъ вообще не имѣетъ ни права, ни обязанности воспитывать его. Опекунъ или кто-нибудь изъ когнатовъ, свойственниковъ, друзей умершаго отца долженъ обратиться къ претору или губернатору, съ просьбою о назначеніи изъ тѣхъ-же когнатовъ и свойственниковъ лица, на обязанности котораго будетъ *custodia* ребенка, содержаніе и воспитаніе его; безъ сомнѣнія, ближайшій когнатъ ребенка есть мать, которая можетъ вмѣстѣ съ опекой принять и обязанность воспитанія, и въ послѣднемъ случаѣ она должна обязаться не выходить замужъ<sup>2</sup>, и если оказывается способною къ воспитанію. Но преторъ не обязанъ непремѣнно избрать мать воспитательницей, все равно какъ и мать не обязана непремѣнно принять опеку; онъ можетъ передать воспитаніе ребенка третьему лицу, согласно указаніямъ совѣта родственниковъ, и тогда роль матери, какъ опекуни, по отношенію къ воспитанію ребенка, явится только отрицательною: она не должна ни въ какихъ видахъ мѣшать своему сыну получить образованіе, согласное съ его имуществомъ, она должна была періодически да-

<sup>1</sup> Zoerfl, Vergleichung etc. 23; но незаконнорожденные пользуются *domicilium* своей матери, Keller, § 32.

<sup>2</sup> L. 1. Cod. 5, 49. Nov. 22, 38. Glück, 24, 206, Rudorf, Vormund. 2, 253.

мать воспитателю определенным сумм на его воспитание. Точно в таких-же отношениях будет находиться посторонний назначенный опекун ребенка в том случае, если мать удерживает право воспитания; но и от матери можно отнять право воспитания и передать его одному из попечителей ребенка, если она окажется негодной; потому что нет оснований не прилагать к ней вышеуказанных постановлений<sup>1</sup>. Если сравнить вообще положение детей sui iuris, но находящихся в опеке, с детьми, состоящими в отцовской власти; то мы видим разницу между ними с точки зрения воспитания, — способ и родъ воспитания последних определяется самими отцами. Ошибочно думать, что при существовании отцовской власти магистратъ могъ вмешиваться въ эти дѣла независимо отъ воли матери,<sup>2</sup> вѣдь вся отцовская власть по Юстинианову праву сведена, именно, до права воспитанія и наказанія, и только самъ отецъ въ тѣхъ-же дѣлахъ воспитанія можетъ призвать судью. Въ иныхъ положеніяхъ находятся дѣти sui iuris, но находящейся подъ вѣдѣніемъ смерти ихъ отца въ опеку; въ этомъ случаѣ, хотя естественныя права матери и выступаютъ рельефно, но смерть дѣйствительно является предметомъ особаго вниманія законодателя: законныя дѣти должны быть воспитываемы согласно правамъ собственности и имуществу своего отца; отчеты по опеке подлежатъ контролю семейнаго совѣта; опекунъ обяванъ призывать магистрата всякій разъ, когда условія воспитанія и содержанія ребенка идутъ въ разрѣзъ съ его имуществомъ<sup>3</sup>. По обычаю, издержки на воспитаніе опредѣляются преторомъ приблизительно согласно сословію ребенка и его имуществу; но онѣ могутъ увеличиваться

<sup>1</sup> Выше, стр. 124—5.

<sup>2</sup> Какъ думаетъ Burchardi, 174—5, 165—6, на основаніи постановленій о сумасшедшемъ, отсутствующемъ и больномъ.

<sup>3</sup> L. 2 Cod. 5, 50, l. 13 § 3 Dig. 26, 7. Burchardi, 137. Bayer, § 9.

или уменьшаться, смотря по измѣненію актива имущества. Это внимательство магистрата важно для самого опекуна не только съ той точки зрѣнія, что, съ окончаніемъ опеки, его не упрекнутъ въ бесполезныхъ или излишнихъ издержкахъ. въ томъ случаѣ, если опекунъ совмѣщаетъ въ себѣ и обязанности воспитателя, — но и съ той, что если *custodia* принадлежитъ другому лицу, напр. матери ребенка, онъ призываетъ магистрата обезопасить себя отъ излишнихъ требованій, которыя ему можетъ предъявить мать. Вотъ почему, при составленіи бюджета преторомъ и родственниками<sup>1</sup> на воспитаніе и содержаніе ребенка, присутствіе опекуна необходимо; если опекунъ заявитъ въ совѣтъ, что имущества малолѣтняго недостаточно, и докажетъ это, — бюджетъ уменьшится; но если увѣрванія опекуна окажутся ложными, — онъ будетъ отосланъ къ губернатору для наказанія (какого — мы не знаемъ) и присужденъ къ уплатѣ законнаго % со всей той суммы, которую онъ хотѣлъ утаить<sup>2</sup>. Если опекунъ не явится въ засѣданіе семейнаго совѣта въ-силу одной изъ законныхъ причинъ (*justa causa*), — имущество сиротъ получаетъ куратора съ цѣлію безостановочнаго воспитанія дѣтей<sup>3</sup>. Если неявка опекуна умышленна, — онъ разсматривается какъ должникъ, скрывающійся отъ преслѣдованія кредиторовъ, вслѣдствіе чего въ пользу малолѣтняго совершается ввѣдъ во владѣніе его въ имущество опекуна и назначеніе куратора съ цѣлію продать то имущество опекуна, что можетъ погибнуть<sup>4</sup>. Очевидно, что всѣми этими постановленіями управляетъ одинъ общій принципъ:<sup>5</sup> благо

<sup>1</sup> L 1 Dig. 27, 2, l. 6 Dig. ib. « преторъ evocatis affinis atque amicis tutoris. — невѣроятно, чтобы въ совѣтъ входили друзья опекуна, вотъ почему Klenze, 75, замѣняетъ слово «tutoris» словомъ «pupilli».

<sup>2</sup> § 10. Inst. 1, 26, l. 7 § 8 Dig. 26, 7.

<sup>3</sup> Ср. l. 3 § 14 Dig. 26, 10, l. 6 Dig. 27, 2.

<sup>4</sup> § 9 Inst. ib., l. 1 pr. 2, 3, 5, 6, Dig. 27, 2, l. 1, 2 Cod. 5, 49.

<sup>5</sup> Glück, 24, 163, 30, 217, 32, 156.



ребенка. Вотъ почему даже указаніе самимъ отцемъ, въ завѣщаніи, воспитателя, указаніе на способъ и родъ образованія не связываетъ ни претора<sup>1</sup>, ни опекуна, ни воспитателя: его распоряженія будутъ исполнены на-столько, на-сколько это сообразно съ его имуществомъ, наклонностями ребенка, благонадежностью воспитателя, который можетъ отказаться отъ возлагаемой на него обязанности, если не захочетъ воспользоваться тѣмъ, что завѣщатель оставляетъ ему въ качествѣ легата подѣ условіемъ возлагаемой на него миссіи воспитанія сироты<sup>2</sup>.

### III.

#### Обязанность родителей содержать (alimenta) своихъ дѣтей.

Благодаря постепенному развитію идеи о значеніи кровной связи, постепенно-же расширялся кругъ тѣхъ лицъ, на обязанности которыхъ лежитъ пропитаніе нуждающихся дѣтей. Такъ, эта обязанность лежитъ на матери<sup>3</sup>; дѣдъ и бабушка по отцу или по матери также обязаны содержать своихъ малолѣтнихъ законныхъ внуковъ отъ законныхъ дѣтей<sup>4</sup>. Конечно, если во главѣ семьи стоитъ дѣдъ, то внуки могутъ требовать средства содержанія непосредственно отъ него. Далѣе, не только отецъ обязанъ давать содержаніе тѣмъ дѣтямъ, филіаціонныя отношенія которыхъ къ нему несомнѣнны, но и тѣмъ, филіаціонныя отношенія

<sup>1</sup> Безосновательно Bucholtz, 262, проводитъ различіе, когда преторъ и иеза когда капп отстунитъ отъ этихъ распоряженій.

<sup>2</sup> L. 23 Dig. 34. 1, L. 1. 5 Dig. 27, 2. Burchardi, 166.

<sup>3</sup> L. 5 § 4, 14 Dig. 25. 3. de agnoscendis et alendis liberis etc.

<sup>4</sup> L. 5 § 2. 5 Dig. h. t., Nov. 117. 7, ибо, по выраженію Bayer'a, §. 2, обязанность alimenta вытекаетъ ex naturali conceptu societatis conjugalis et praescepto de generis humani conservacione sponte.

которых оспариваются или предполагаются только<sup>1</sup>. Но обязанность эта взаимна: законнорожденные дѣти обязаны кормить своих нуждающихся родителей, которыхъ они въ-сущности возвращаютъ полученное отъ нихъ въ нѣжномъ возрастѣ<sup>2</sup>; та-же обязанность лежитъ на внукахъ<sup>3</sup> и т. д., — все равно: будутъ ли дѣти находиться еще въ отцовской власти или выйдутъ изъ нея<sup>4</sup>, будутъ ли они совершеннолѣтніи или нѣтъ<sup>5</sup>. Преступленіе, совершаемое отцомъ, не избавляетъ сына отъ обязанности кормить того, «кто все-таки остается отцомъ<sup>6</sup>»; особенно привилегіальное положеніе, занимаемое сыномъ въ обществѣ<sup>7</sup>, также не вліяетъ на эту обязанность, потому-что вѣчное отношеніе obsequiae, связывающее отца и сына, дѣтей и родителей, — выше какихъ-бы то ни было привилегій...<sup>8</sup>. Словомъ сказать, взаимная обязанность прокорма есть, наравнѣ съ нѣкоторыми другими, обязательство ex lege<sup>9</sup>; на него не оказываетъ вліянія даже религія: родители-еретики обязаны прокармливать своего сына православнаго исповѣданія<sup>10</sup>, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда законодатель жалеетъ неравнѣ родителей какъ-можно сильнѣе въ естественномъ чувствѣ ихъ привязанности въ дѣтямъ, постановляется, что они не имѣютъ права прокармливать, напр., рожденных отъ кровосмѣсительной связи — дѣтей...<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> L. 5 § 8 h. t.

<sup>2</sup> Parentibus vero liberi non praestatis alimenta, sed redditus. Quin. Decl. 5. 7, l. 5 § 1. 2; 13—17 h. t.; R. l. 2 Cod. 5. 25; l. 8 § 5 Cod. 6. 61.

<sup>3</sup> Nov. cit. in l. l. 5 § 2 h. t.; также употребляютъ выраженіе «filii», конечно, для обозначенія сыновей и дочерей, l. 5 Cod. 8. 47 [46].

<sup>4</sup> L. 8 Dig. 50. 17 jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt [см. выше стр. 111].

<sup>5</sup> L. 1 § 4 Dig. 27. 3; l. 5 § 13 h. t.

<sup>6</sup> Nov. 12, 2. По классическому праву capitis deminutio вообще не оказываетъ вліянія на обязанность alimentis; l. 8 Dig. 4. 5; l. 73 § 1 Dig. 23. 2; contra Savigny, 2, 118.

<sup>7</sup> L. 5 § 15 h. t.

<sup>8</sup> L. 1 Dig. 37, 15.

<sup>9</sup> Koch, 3, 80.

<sup>10</sup> L. 13 pr. Cod. 1, 5.

<sup>11</sup> Nov. 12, 2.

Обязанность пропитанія (*alimenta*, *alimenta*<sup>1</sup>) имѣеть въ виду удовлетвореніе насущныхъ потребностей человека<sup>2</sup>, т. е. доставленіе ему квартиры (*habitatio*) со столомъ (*cibaria*, — *cibus et potus*), отопленіемъ, освѣщеніемъ и привлугою, необходимаго костюма (*vestitus*)<sup>3</sup> и на-случай болѣзни — медицинскон помочи (*valetudinis impensa*)<sup>4</sup>. На основаніи нѣкоторыхъ текстовъ, многіе исследователи<sup>5</sup> приходятъ въ заключенію, что обязанность пропитанія напредляется не только на удовлетвореніе насущныхъ потребностей ребенка, но и на его воспитаніе. Нужно, однако, имѣть въ виду, что приведенные въ подтвержденіе указаннаго взгляда законы имѣють въ виду сиротъ, которымъ, за смерти отца, назначенъ опекуны. Опекуны ставятся въ обязанность не только добросовѣстное управленіе имуществомъ малолѣтняго, но и приглашеніе къ малолѣтнему учителей, которые дади бы ему надлежащее, согласно съ его имущественнымъ положеніемъ и правами состоянія, воспитаніе<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> L. 4, 5 § 18 Dig. h. t.; l. 73 § 1 Dig. 23, 3.

<sup>2</sup> Обыкновенное понятіе *alimenta* выказано въ l. 5 пр. § 1 h. t.; l. 8 § 5 Cod. 6, 61; Koch, § 197. *Corcia*, 1.

<sup>3</sup> L. 1, l. 6 Dig. 34, 1; прислуга, безъ которой *vita humana duci nequit*, Bayer, § 1 стр. 71; Glück, 26, 52 f.; Walter, 20, 363 f.

<sup>4</sup> Malblanc, 1, § 124 p. 182. L. 43, 44 Dig. 50, 16, — въ которыхъ обязанность пропитанія обозначается терминомъ *victus*, но что выраженіе *victus* тождественно съ выраженіемъ *alimenta*, — это видно изъ l. 45 Dig. 7, 1 и l. 23 Dig. 34, 1, въ которомъ издержки на болѣзнь заняты въ составъ *alimenta*; см. l. 6 Dig. ib.; ср. l. 244 § 2 Dig. 50, 16. Конечно, если обязанность *alimenta* возлагается по завѣщанію, то завѣщатель можетъ ограничить ее обязанностью *cibaria* или *diaria*, l. 21 Dig. 34, 1. Во всякомъ случаѣ — въ понятіе *alimenta* не входятъ а) издержки на похороны, ибо въ и другія исключаютъ другъ друга; б) уплата долговъ того, кто дѣлеть право на *alimenta*, l. 5 § 16 h. t., l. 4 Cod. 4, 12, l. 4 Cod. 4, 13, конечно, если долгъ не былъ заключенъ съ цѣлію *alimenta*; в) издержки на веденіе судебнаго процесса. Reinhardt, 13, 147; Koch, § 197.

<sup>5</sup> Savigny, 2, 119. Glück, ib. 54 f., Walter, 371, Unterholzner, 2, 566 f., Brinz, 1296—8, Sinenis, § 140 пр. 56, Windscheid, § 475 пр. 11, Reinhardt, 145.

<sup>6</sup> L. 12 § 3 Dig. 26, 7.

Конечно, если опекунъ докажетъ, что имущество малолѣтняго на-столько незначительно, на-столько обременено долгами, что невозможно и думать объ обученіи малолѣтняго *artes liberales*; тогда все вниманіе будетъ обращено на доставленіе ребенку средствъ пропитанія, « безъ которыхъ человѣческая жизнь невозможна », и развѣ — на обученіе грамотѣ<sup>1</sup>. Какъ выполняетъ эти обязанности опекунъ — это подлежитъ общественному надзору и контролированію родственниковъ подопечнаго; и такъ-какъ малолѣтній, находящійся въ опеку, пользуется особеннымъ вниманіемъ магистрата, то опекуну можетъ быть вѣнено въ обязанность выдавать средства на воспитаніе и прокормъ такимъ дѣтямъ, которыя по завѣщанію наследодателя со-временемъ, при наступленіи опредѣленнаго условія, получаютъ самостоятельное имущество; напр., наследодатель, назначая своимъ дѣтямъ, сыну и дочери, такое-то лицо опекуномъ, заноситъ въ завѣщаніе распоряженіе, что его дочери нужно выдать такой-то капиталъ на случай ея замужества. Опекунъ, по собственному ли почину или вслѣдствіе распоряженія претора, заботится о воспитаніи дочери, приглашаетъ къ ней учителей, уплачивая имъ гонораръ изъ имущества, находящагося въ опеку. По достиженіи совершеннолѣтія, наследникъ уплачиваетъ своей сестрѣ завѣщанный ей капиталъ и предъявляетъ къ опекуну искъ на возмѣщеніе всѣхъ тѣхъ издержекъ, которыя произвелъ послѣдній изъ его имущества на содержаніе и воспитаніе его сестры; но можетъ ли наследникъ предъявить подобный искъ?<sup>2</sup>.

И такъ, опекунъ обязанъ производить издержки на прокормленіе и воспитаніе сироты; тѣ и другія издержки будутъ составлять двѣ различныя статьи въ отчетѣ опекуна; но и въ

<sup>1</sup> L. 6 § 5 Dig. 37, 10 ..... et in studia ..... pro modo facultatum.

<sup>2</sup> L. 4 Dig. 27. 2; по вопросу на-сколько существуетъ обязанность прокорма между братьями и сестрами см. Müller, Arch. 13. 234 — 253. Bölow und Hagemann, Prak. Erörter. 8. 2 Abth. № 12 p. 143—150.

тѣхъ случаяхъ, когда заходить дѣло объ обязанностяхъ, лежащихъ на отцѣ по отношенію къ его дѣтямъ, законодательство различаетъ двѣ отличныя другъ отъ друга обязанности — обязанность прокорма и обязанность воспитанія (*studia, disciplina*), которыя только съ перваго взгляда могутъ показаться одинаковыми, на дѣлѣ же онѣ рѣзко<sup>1</sup> отличаются другъ отъ друга. Въ самомъ дѣлѣ, хотя объ обязанности начинаются для отца съ момента рожденія его ребенка на свѣтъ, но съ точки продолжительности онѣ различны: обязанность прокорма дѣтей вѣчна, т. е. родители обязаны помогать, напр., денежными средствами своимъ дѣтямъ всякій разъ, когда послѣднія находятся въ невозможности вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ добывать себѣ средства пропитанія, между-тѣмъ-какъ обязанность воспитанія прекращается тогда, когда дѣти, благодаря полученному воспитанію, стали, какъ говорятъ, на свои ноги<sup>2</sup>. Съ точки зрѣнія исковой силы объ обязанности опять-таки различны: обязанность воспитанія коренится въ *ius naturale*, слѣд. вынудить отца къ ея выполненію невозможно; обязанность же содержанія есть обязательство, *ex lege* т. е. въ случаѣ необходимости можно принудить обязанное лицо къ выполненію оной посредствомъ иска. Обязанность прокорма взаимна, но принципъ взаимности совершенно чуждъ обязанности воспитанія; наконецъ, обязанности воспитанія не несутъ боковые родственники, тогда какъ обязанность прокорма нуждающихся дѣтей можетъ пасть и на нихъ. Въ-виду такого различія обѣихъ обязанностей можно ли утверждать, что отецъ, обязанный прокармливать дѣтей, обязанъ вмѣстѣ съ тѣмъ и воспитывать ихъ? Конечно, при нормальныхъ обстоятельствахъ семейной жизни обязанности воспитанія и прокорма дѣтей такъ-сказать смѣшиваются въ ру-

<sup>1</sup> Напр. I. 6 cit., I. 4 Dig. cit., I. 6 § 5 Dig. 37. 10, I. 5 § 12 Dig. h. t., I. 3 Cod. 5, 25. Mandry, I. 260.

<sup>2</sup> Ср. I. 14 § 1 Dig. 34, 1.

какъ отца; но когда-скоро дѣти передали на воспитаніе; напр., матери, — тогда на отца, если онъ бѣденъ, можетъ остаться только обязанность давать средства на пропитаніе, и если отецъ умретъ, — его обязанность прокармливать не переходитъ на его наследниковъ. Алиментарная обязанность вообще предполагаетъ, чтобы лицо, которое имѣетъ право на потребованіе средствъ пропитанія, было въ-живыхъ<sup>1</sup>, — его наследники, хотя-бы такъ-же находящіеся въ крайней бѣдности, не имѣютъ болѣе права на полученіе alimentum<sup>2</sup>. Точно такъ-же въ наследниковъ лица, обязаннаго выдавать alimentum, нельзя предъявить иска на продолженіе выдачи средствъ пропитанія, словомъ сказать — право на alimentum есть право въ высшей степени личное (jus personalissimum); принципъ этотъ на-столько строго проведенъ, что отъ него не отступаютъ даже и въ тѣхъ случаяхъ, когда заходитъ дѣло объ обязанности отца кормить своихъ дѣтей. Я, вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ, лишенъ возможности работать и долженъ за средствами пропитанія обратиться къ своему сыну и получаю ихъ отъ него; но сынъ умираетъ, — обязанъ ли его дѣти кормить меня, своего дѣда? Нѣтъ, обязанность моего сына основывается на pietas, которая исчезла за его смертию.... Но подобное обоснованіе внуками своего отца кормить дѣда стояло-бы въ противорѣчіи съ принципомъ «сacitas sanguinis», связующей восходящихъ и нисходящихъ; вотъ почему на внуковъ переходитъ эта обязанность въ тѣхъ случаяхъ, когда судья увидитъ необходимость поддержать сacitas sanguinis, напр. — отецъ промоталъ подаренное ему сыномъ имущество, пропустилъ срокъ осцариванія духовнаго завѣщанія, составленнаго сыномъ, и т. д.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> L. 14 pr. Dig. 34. 1, l. 8 § 10 Dig. 2. 15, l. 26 § 2 Dig. 36, 2.

<sup>2</sup> L. 5 § 17 h. t., l. 8 § 10 Dig. 2, 15.

<sup>3</sup> L. 5 § 17 h. t. — такъ я понимаю выраженіе nisi in egestatem deductus, оцѣнка которой предоставлена усмотрѣнію судьи, ср. l. 8 § 1, 25 Dig. 5. 2 Mandry, ib. 250 пр. 7. Принципъ непереносимости alimentum не имѣетъ мѣста, если идетъ дѣло о правѣ на alimentum въ-силу распоряженія ex testamento или ex contractu.

Конечно, лицо, на которое въ данный момент падает обязанность кормить нуждающагося ребенка, должно обладать имуществомъ средствами, — странно было бы говорить, чтобы то лицо, которое само нуждается въ дневномъ пропитаніи, было бы юридически обязано прокармливать другое, хотя-бъ своего родственника<sup>1</sup>; и обратно: имѣющее право на пропитаніе лицо должно быть лишено имуществамихъ средствъ, необходимыхъ для удовлетворенія его насущныхъ потребностей, или было-бъ не въ состояніи прокормить себя поденною ли работою (оренте маннале), профессиональными выдѣлами и т. д.; но вопросъ: насколько нуждающееся лицо можетъ еще само заработать себѣ пропитаніе, — рѣшается судьей въ каждомъ конкретномъ случаѣ (arbitrium) согласно правамъ состоянія лица, его возраста, здоровья, воспитанія и т. д.<sup>2</sup> Конечно, если идетъ дѣло о восходящемъ, какъ нуждающемся въ средствахъ пропитанія, то причины его бѣдности и неспособности къ работѣ, обуславливаемыя возрастомъ, болѣе многочисленны, чѣмъ въ тѣхъ случаяхъ, когда въ качествѣ истца фигурируетъ въ процессѣ юноша, человекъ среднихъ лѣтъ, и т. д.<sup>3</sup> Здѣсь нельзя не отмѣтить одного чрезвычайной важности вопроса, издавна обращавшаго на себя вниманіе ученыхъ, именно: имѣетъ ли право отецъ употреблять на покрытие лежащей на немъ обязанности прокорма и воспитанія дѣтей часть капитала, принадлежащаго сыну, дочери? Теорія рѣшаетъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что отецъ не можетъ покрывать эти издержки изъ имущества, принадлежащаго дѣтямъ, если вѣтъ въ тому основанія, т. е. собственной бѣдности<sup>4</sup>. Но если сынъ

<sup>1</sup> L. 5 § 13 h. t., l. 2 Cod. 5, 25.

<sup>2</sup> Ср. l. 5 § 7. 13. 19. l. 6. 9 h. t.; l. 8 § 5 Cod. 6. 61; Glück, 28. 50. 62; Puggé, 569.

<sup>3</sup> L. 5 § 7. 19 h. t.; l. 8 § 4 Cod. cit.

<sup>4</sup> L. 8 § 5 in f. Cod. cit., Voet, 25. 3. 16. Bayer, § 11—18. Koch, § 196; Puggé, 569.

обладает капиталомъ, тогда, очевидно, является вотъ какой вопросъ: бѣдность сына съ точки зрѣнія алиментарной обязанности заключается ли въ томъ, что онъ вовсе не имѣетъ имущества, или же чтобы доходы съ его капитала были недостаточны для удовлетворенія лежащей на отцѣ обязанности алиментарной и воспитанія? Для рѣшенія этого вопроса нужно имѣть въ-виду, хотя въ общихъ чертахъ, имущественное положеніе дѣтей, на-сколько оно опредѣлилось во времени императора Юстиніана. По древнему праву, сынъ не могъ имѣть права собственности<sup>1</sup>; отецъ могъ уступить своему сыну часть имущества для управленія, право собственности на которую все-таки принадлежало отцу (*peculium profecticiam*), — принципъ, удержанный императоромъ Юстиніаномъ<sup>2</sup>. Преторы дають дѣтямъ въ имущество ихъ умершей матери *bonorum possessio unde cognati*, что впоследствии было еще болѣе расширено *SC-tum Ophitianum*, хотя постановленія этого закона на практикѣ ни къ чему не повели, ибо дѣти, находившіяся въ отцовской власти, принимали наследство матери для своего отца. Со времени имперіи, для дѣтей, служащихъ въ арміи, открывается возможность приобрѣтать для себя имущественную личность: все приобрѣтенное сыномъ *occasione militiæ*<sup>3</sup> принадлежитъ ему на правѣ собственности (*peculium castrense*)<sup>4</sup>; т. е. съ точки зрѣнія этого пекулія выдвигается не личность сына, но личность солдата, — нужно быть солдатомъ для того, чтобы имѣть право собственности на такіа-то и такіа-то вещи, чтобы способъ приобрѣтенія собственности на нихъ такъ или иначе находился въ зависимости отъ военнаго дѣла. Наконецъ, со времени императора Константина вводится *peculium adventicium*: если дѣти получаютъ наследство отъ своей матери *ab intestat* или *ex testamento*, то

<sup>1</sup> Gaj 2. 86, § 1 Inst. 2, 9.

<sup>2</sup> § 1 Inst. cit.

<sup>3</sup> L. 8 Dig. 49. 17, § 3 Sent. 3, 4.

<sup>4</sup> Тексты, однако, называютъ сына «какъ-бы отецъ семейства».



ихъ отцу принадлежитъ только узусфруктъ, а дѣтямъ — право собственности<sup>1</sup>, — и въ этомъ случаѣ отецъ приобретаетъ посредствомъ своихъ дѣтей, но, по-крайней-мѣрѣ, право собственности на имущество сбережено для дѣтей и на-столько серьезно, что совершенная отцемъ продажа этого имущества не даетъ покупателю *exceptio temporis* противъ иска, предъявленнаго сыномъ<sup>2</sup>. За предѣлы нашей задачи выходило бы подробное изслѣдованіе вопроса о развитіи *resulium adventicium* по законамъ Ареадія и Гонорія, Феодосія и Валентиніана и друг., — довольно сказать, что по праву императора Юстиніана въ составъ *resulium adventicium* заносится все приобретенное сыномъ не на основаніи отцовскаго имущества (*substantia patris*); право собственности на это имущество принадлежитъ сыну, отцу — узусфруктусъ. При управленіи имуществомъ отецъ руководствуется *diligentia*; онъ не можетъ ни отчуждать его, ни закладывать; но въ обезпеченіе сынъ не имѣетъ ипотеки на имущество отца, не можетъ отъ него требовать отчетовъ по управленію; онъ довольствуется единственною гарантіей — любовью отца къ нему, въ-силу которой отецъ не растратитъ имущества, и тогда-какъ по отношенію къ *resulium castrense* и *quasi castrense* сынъ является собственникомъ, онъ не можетъ распоряжаться *resulium adventicium*; иски, являющіеся по поводу этого пекулія, предъявляются отцемъ. Сынъ не можетъ совершить даренія ни *inter vivos*, ни *mortis causa*; и въ томъ случаѣ, когда отецъ не имѣетъ узусфрукта, а сынъ — малолѣтній, имущество получаетъ куратора по назначенію завѣщателя, дарителя, установившаго этотъ пекулій, или по назначенію магистрата. Вотъ, по поводу-то этого пекулія, доставшагося малолѣтнему ребенку, и возникаетъ вопросъ: если доходовъ, приносимыхъ *resulium*'омъ *adventicium*, находящимся въ управленіи отца, недостаточно для покрытія всѣхъ тѣхъ издержекъ, которыя вызываются необходимостью

<sup>1</sup> L. 1 Cod. 6, 60.

<sup>2</sup> L. 1 cit.

проборна и воспитанія ребенка; то долженъ ли отецъ для удовлетворенія этихъ обязанностей затрачивать часть капитала, принадлежащаго его дѣтямъ, или же обязанности эти по прежнему лежать на отцѣ? Въ законѣ отъ 531 года<sup>1</sup> Юстиніанъ перечисляетъ тѣ случаи, когда отецъ имѣетъ право продать нѣкоторыя вещи, входящія въ составъ *resulium adventicium*, и замѣчаетъ, что «сына.... отецъ долженъ кормить не въ-силу надежды со-временемъ получить отъ него наслѣдство, а по природѣ, которая возлагаетъ какъ на родителей, такъ и на дѣтей эту обязанность, если кто-нибудь изъ нихъ придетъ въ бѣдность (*inopia ex utraque parte*)». Нѣсколько ниже императоръ вновь указываетъ на возможные случаи необходимой распродажи нѣкоторыхъ вещей, входящихъ въ составъ имущества, принадлежащаго сыну, — напоминаетъ отцу, что при продажѣ отецъ долженъ руководиться своею любовью къ дѣтямъ (*paterna pietate*) и, указывая дѣтямъ на запрещенія самимъ распоряжаться этимъ имуществомъ, спрашиваетъ: «какъ-же родители будутъ кормить своихъ дѣтей, если дѣти будутъ стремиться продавать свое имущество?». Если-бы чрезвычайно словоохотливый императоръ ограничился этимъ замѣчаніемъ, — отвѣтъ былъ-бы ясенъ: отецъ всегда долженъ алиментировать своихъ дѣтей; но Юстиніанъ ранѣе высказалъ общее соображеніе о томъ, что родители должны алиментировать дѣтей не изъ надежды со-временемъ получить ихъ наслѣдство, а вслѣдствіе требованія природы, подъ условіемъ бѣдности сына (*inopia ex utraque parte, т. е. altatutra*). Но можно ли назвать того сына бѣднымъ, который имѣетъ некуліи? Несомнѣнно, что конституція не имѣетъ въ-виду бѣднаго (*inops*) сына; это доказывается, между прочимъ, и тѣмъ, что конституція предписываетъ продажу тѣхъ вещей, которыя являются обременительными и опасными (*onerosae et damnosae*) для пекуліи и, имѣя въ-виду остатокъ, т. е. все то, что оста-

<sup>1</sup> L. 8 § 4. 5 Cod. 6, 61.

ется въ спекуліи за продажѣю обременительныхъ вещей, законодатель замѣчаетъ, что отецъ долженъ кормить дѣтей не изъ надежды со-временемъ получить изъ наслѣдство эти вещи; дѣти сами не могутъ продать эти вещи, потому-что можетъ наступить моментъ, когда отецъ будетъ нуждаться въ помощи своихъ дѣтей, которыя слѣд. для того имѣютъ уже необходимый сохранявшійся фондъ. Не очевидно ли, что государь употребилъ выраженіе *in ore*, бѣдный, не въ собственной смѣслѣ — какъ онъ могъ назвать бѣднякомъ того, кто имѣетъ имущество даже для исполненія будущей обязанности пропитанія отца? — императоръ запутался или, лучше сказать, забылъ главную точку зрѣнія, т. е. что изъ спекуліи должны быть проданы только вещи обременительныя, а что фондъ его останется неприкосновеннымъ какъ для самихъ родителей, такъ и для дѣтей; слѣд. если предполагаемыхъ доходовъ съ спекуліи недостаточно для покрытія издержекъ воспитанія и прокорма ребенка, то эти обязанности или въ-цѣлости падаютъ на имущество отца, или же только въ-части, на-время, недостающая же сумма пополняется изъ доходовъ, приносимыхъ спекуліею<sup>1</sup>.

По разрѣшеніи вопроса — дѣйствительно ли такое лицо нуждается въ средствахъ пропитанія и дѣйствительно ли обязанное лицо имѣетъ средства на удовлетвореніе этой, лежащей на немъ, обязанности, разрѣшается другой вопросъ: какова должна сумма, ассигнуемая на прокормъ нуждающагося? Для рѣшенія этого вопроса судья сравниваетъ нужды одного со средствами другого<sup>2</sup>; ибо алиментарная обязанность управляется принципомъ пропорціональности<sup>3</sup>, т. е. обязанное лицо несетъ алиментарную обязанность по удовлетвореніи своихъ нуждъ, такъ-что квап-

<sup>1</sup> Bayer, § 12—13. Coscia, 32. Buengner, 44. Lang, 506.

<sup>2</sup> L. 5 § 2 h. t.

<sup>3</sup> *Pro modo facultatum*, l. 5 § 10, 17. 19 h. t.; l. 1 § 19 Dig. 37. 9; l. 3 Cod. h. t., Nov. 89. 12, 6. — *secundum substantiae mensuram a bono viro arbitratam.*

тѣм опредѣлится остаткомъ имущества, хотя-бы quantum и не удовлетворялъ дѣйствительнымъ потребностямъ нуждающагося<sup>1</sup>. Во всякомъ случаѣ опредѣленный quantum имѣетъ значеніе только для даннаго момента, пока указанная пропорціональность не измѣнилась<sup>2</sup>, — она варьируется согласно измѣненію имущественныхъ средствъ кредитора или должника; такъ, напр., лицо, которое получаетъ средства alimentа, получаетъ наследство, — въ этомъ случаѣ, смотря по величинѣ наследства, право на alimentа или только уменьшится или и совсѣмъ исчезнетъ, но уменьшится или исчезнетъ только на-время, т. е. если лицо, получившее теперь наследство, опять обѣднѣетъ вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ, его право на alimentа къ опредѣленному лицу вновь оживаетъ<sup>3</sup>, — этого требуетъ справедливость, которая составляетъ единственное основаніе алиментарной обязанности, которая слѣд. по своей природѣ является условной. Опредѣляя количество алиментовъ, судья руководствуется также правами состоянія имѣющаго на нихъ право<sup>4</sup> для того, чтобы дать, напр., нуждающимся дѣтямъ возможность поддерживать связи своего отца. Но тѣмъ-же взглядомъ руководствуется судья и при опредѣленіи количества алиментовъ, которыя должны выдавать дѣтя родителямъ, ибо али-

<sup>1</sup> L. 5 § 25. 7. 10, 19 h. t.; l. 2, 3, 4 Cod. h. t.; Nov. ct.

<sup>2</sup> Quae tamdiu, l. 5 § 25 cit.

<sup>3</sup> Arg. a contrar. l. 5 § 7. § 13—14, 19 h. t.

<sup>4</sup> L. 1 § 19 Dig. 37. 9; . . . pro facultatibus defuncti et pro dignitate ejus atque mulieris. Glück, ib. 58, на основаніи l. 1 § 19 cit. раздѣляетъ alimenta на naturalia и civilia, разумѣя подъ послѣдними standesmäßige Unterhalt въ противоположность первымъ, имѣющимъ въ-виду nothdürftige Lebens-Unterhalt, но это раздѣленіе не имѣетъ основанія въ источникахъ, напротивъ — опредѣленіе количества alimenta предоставлено на усмотрѣніе судьи, который, по мысли источниковъ, при опредѣленіи alimenta хотя бы nothdürftige долженъ принять въ соображеніе права состоянія ребенка: для ребенка поселянина достаточно тоги изъ грубого матеріала, но не для сына сенатора и т. д. Unterholzner, 570. Buelguier, 48 f.

ментарная обязанность взаимна<sup>1</sup>; прїимутся также въ соображеніе обстоятельства, которыя указываютъ на то, что лицо, требующее alimenta, оскорбило pietas, такъ-какъ, по общепринятому мнѣнію, право на alimenta исчезаетъ, если лицо, добывающееся выдачи ихъ, совершить неблагодарность въ отношеніи лица, обязаннаго выдавать ихъ<sup>2</sup>; вмѣстѣ съ тѣмъ разрѣшается и вопросъ: въ какой формѣ должны быть выдаваемы alimenta — натурой или деньгами?<sup>3</sup>. Обыкновенно назначается сумма денегъ, выдаваемая помѣсячно или погодно<sup>4</sup>, но всегда выдаваемая впередъ, до срока, съ тою цѣлю, чтобы лицо не терпѣло бѣдности въ теченіи перваго періода времени<sup>5</sup>.

На комъ же лежитъ обязанность прокармливать дѣтей? Несомнѣнно, что она лежитъ прежде всего на отцѣ; а если отца нѣтъ?—Рѣшенію этого вопроса посвящено множество диссертаций, авторы которыхъ рѣшаютъ его различно быть можетъ потому, что они смѣшивали періоды, которые проходила алиментарная обязанность въ своемъ развитіи, отчасти и потому, что авторы при рѣшеніи поставленнаго вопроса упускали изъ виду идею брака, т. е. не обращали вниманія на качество дѣтей съ точки зрѣнія законнорожденности. Уже во время Цицерона проводилось различіе между дѣтьми, рожденными отъ брака (nuptiae), которыя, подчиняясь отцовской власти, принимаютъ юридическое положеніе отца, и дѣтьми, рож-

<sup>1</sup> L. 5 § 2, 13 h. t.

<sup>2</sup> L. 5 § 11, 23 h. t.; l. 4 Cod. h. t. Pontanus, 38, Coler, 678, полагаютъ, что право на получение alimenta теряется въ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ ребенокъ можетъ быть лишенъ наследства; но случаи лишенія наследства исчислены только Nov. 115, такъ что для классическаго права можно выставить такое правило: право на alimenta теряется въ случаяхъ нарушенія officium при полной свободѣ оценки ихъ судьей; Puggé, 559—68, Reinhardt, 150.

<sup>3</sup> Puggé, 569.

<sup>4</sup> L. 9 h. t.; l. 6 Dig. 42. 3.

<sup>5</sup> Ср. L. 15 pr. l. 27 Dig. 34, 1.

денными отъ брака *jugis gentium*<sup>1</sup>, т. е. такого, при которомъ одинъ и въ супруговъ или оба не имѣли *jus connubii*, — такіа дѣти всегда слѣдуютъ юридическому положенію матери. Если подобный бракъ прекращается разводомъ супруговъ, то мужъ ничего не можетъ удержать изъ имущества жены на воспитаніе и прокормленіе дѣтей (*retentio propter liberos*)<sup>2</sup>; слѣд. хотя при бракѣ *jugis gentium* также существуетъ алиментарная взаимная обязанность между родителями и дѣтьми<sup>3</sup>, но она не лежитъ на отцѣ предпочтительно передъ матерью, ибо только бракъ (*nuptiae*) возлагаетъ на отца обязанность содержанія и воспитанія дѣтей. Вотъ почему при уничтоженіи такого брака разводомъ по воли ли самой жены или ея отца, во власти котораго она состоитъ, мужъ имѣетъ право удержать изъ приданаго жены определенную часть на воспитаніе и прокормленіе прижитыхъ въ бракѣ дѣтей<sup>4</sup>; слѣд. на все время существованія брака обязанность прокормя и воспитанія дѣтей (*onus matrimonii*) удовлетворяется изъ имущества обоихъ супруговъ. Дѣти имѣютъ право требовать *constante matrimonio* выдачу алимента отъ родителей, ибо только бракъ вызываетъ наиболѣе тѣсную юридическую связь между супругами, между родителями и дѣтьми; но такъ-какъ отецъ является представителемъ семьи, то дѣти прежде всего предъявляютъ требованіе о выдачѣ алимента къ нему, мать же отвѣчаетъ условно, т. е. въ томъ случаѣ, если отецъ находится въ невозможности алиментировать дѣтей<sup>5</sup>. Почему алиментарную обязанность несетъ прежде всего отецъ, — понятно: отцовская власть, съ точки зрѣнія которой опредѣляются всѣ юридическія отношенія между родителями и дѣтьми, принадлежитъ отцу, — на немъ-же прежде всего и

<sup>1</sup> См. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности» стр. 176 и слѣд.      <sup>2</sup> Сіс. Тор. 4, 20.

<sup>3</sup> L. 5 § 4 h. t., наше сочиненіе cit. стр. 186 пр. 2.

<sup>4</sup> Ulp. 6. 10, Voigt, Lex Maenia, 83. Coscia, 14.

<sup>5</sup> L. 5 § 4 h. t.; L. 5 § 14 h. t.

лежать обязанности, такъ-какъ юриспруденція и законодательство проводятъ идею, что отцовская власть, какъ право, не избавляетъ собственника оной отъ исполненія опредѣленныхъ обязанностей. При очевидной бѣдности отца алиментарная обязанность переходитъ на мать какъ на ближайшую когнату, кровную родственницу дѣтей, а намъ извѣстно, что ко времени классическихъ юристовъ отношенія между матерью и ея дѣтьми, будутъ ли послѣднія законнорожденныя или незаконнорожденныя, обсуживаются съ точки зрѣнія кровной связи, — точка зрѣнія, которая наиболѣе интенсивно отразилась въ признаніи взаимнаго, т. е. между матерью и дѣтьми, права наследованія. Вотъ почему, если-бъ мать вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ соображеній выдала бы ту или иную сумму на прокормленіе своихъ дѣтей прежде, чѣмъ ту-же обязанность выполнилъ бы ея мужъ, то она можетъ отъ своего мужа вытребовать назадъ эту сумму<sup>1</sup>. На основаніи этого принципа полагали, что, въ-случаѣ бѣдности мужа, алиментарная обязанность переходитъ не на его жену, а на его восходящихъ; но не естественнѣе ли думать, что право матери требовать отъ мужа возвращенія тѣхъ средствъ, которыя она потратила на содержаніе своихъ дѣтей, есть подтвержденіе общаго принципа, что при существованіи брака обязанность алиментировать дѣтей лежитъ прежде всего на отцѣ, нисколько не избавляя отъ той-же обязанности мать въ-случаѣ его смерти или бѣдности. Тотъ-же принципъ прилагаетъ императоръ Юстиніанъ<sup>2</sup> въ тѣхъ случаяхъ, когда бракъ прекращенъ разводомъ: обязанность алиментировать дѣтей все-таки лежитъ на отцѣ, хотя бы поводъ къ разводу подала мать, — законъ хотя и говоритъ, что дѣти въ этомъ случаѣ остаются при отцѣ, но не прибавляетъ, что они алиментируются имъ на издержки матери (*expensas matre graebente*). Если-бъ случилось, что мать въ

<sup>1</sup> L. 5 § 14 h. t.; l. 34 Dig. 3, 5.

<sup>2</sup> Nov. 117, 7.

этих случаях выдает средства на прокормленіе дѣтей, то законъ, объясняя подобное поведеніе матери ея естественной любовью къ своимъ дѣтямъ, рассматриваетъ ее какъ negotium gestor'a мужа, признавая за ней право истребовать отъ бывшего мужа всё выданнае ею на воспитаніе дѣтей суммы<sup>1</sup>. Это совершенно ясное положеніе было затежено Ирнеріемъ, который изъ правилъ, что дѣти воспитываются при невинной въ разводѣ сторонѣ, вывелъ послѣдствіе, что при разводѣ дѣти всегда алиментируются виновною стороною, но такое положеніе не высказано новеллою<sup>2</sup>, которая, думаемъ, высказываетъ положеніе, что обязанность алимента лежитъ на родителяхъ, на матери же — только при бѣдности отца. Если бракъ разрушенъ по вѣдѣ отца, имѣющаго состояніе, то дѣти для воспитанія передаются матери, но издержки на воспитаніе и прокормленіе, согласно общему принципу, уравнивающему алиментарной обязанностью, все-таки лежатъ на отцѣ; и если мать сама ихъ на свой счетъ прокармливаетъ, то она рассматривается какъ negotium gestor своего мужа.

Для меня несомнѣнно, что римское право при разрѣшеніи вопроса — на комъ лежитъ обязанность алиментировать дѣтей, ясно выставило два принципа: прежде всего обязаны алиментировать другъ-друга супруги<sup>3</sup>, хотя-бы на-лице существовали дѣти; обязаны алиментировать родителей — дѣти, съ которыми уравниваются либерти, такъ-какъ отлученіе на волю есть procreatio въ гражданскомъ смыслѣ. Если нѣтъ родителей<sup>4</sup>, если мать такъ-же бѣдна, какъ отецъ, на кого переходитъ алимен-

<sup>1</sup> L. 11 Cod. 2. 19 [18]; l. 5 § 14. cн.

<sup>2</sup> Auth. ut liceat, ad l. un. Cod. 5. 24, Fritz, 254, Sarwey, 463, ср. выше стр. 126—127.

<sup>3</sup> § 1 Inst. 1. 6; l. 78 § 1 Dig. 23. 3; l. 39 Cod. 5. 17 формально возлагаетъ эту обязанность на жену, которая есть socia своего мужа, l. 1 Dig. 23. 2, l. 4 Cod. 9. 32.

<sup>4</sup> Вообще paternitas, l. 8 Dig. h. t.



тарная обязанность? Ученые авторы расходятся при рѣшеніи этого вопроса; но я не согласенъ съ Олнтенисомъ, что всё они подразумеваютъ неопредѣленности источниковъ, и думаю, что источники опредѣленно рѣшаютъ указанный вопросъ, но только въ иномъ смыслѣ, чѣмъ различныя теории. Мы должны вспомнить, что обязанность *alimenta* основывается на *capitas sanguinis*, а логическимъ послѣдствіемъ этого взгляда является общее положеніе, что обязанность *alimenta* вообще не зависитъ отъ отцовской власти<sup>1</sup>; обязанность эта управляется принципомъ нужды одного и средствами другого, — кто будетъ этотъ другой, — источники благоразумно умалчиваютъ: судья по обстоятельствамъ дѣла самъ рѣшитъ, кто при бѣдности родителей долженъ кормить ребенка, безъ различія линій по отцу и по матери, потому что при всякой линіи *capitas* одинаковъ<sup>2</sup>, такъ-что невозможно говорить объ ответственности по степени или по линіи. Нельзя въ-силу того-же соображенія говорить, что ближайшіе родственники исключаютъ дальнѣйшихъ, можно сказать только одно: каждый изъ восходящихъ за себя обязанъ къ прокорму<sup>3</sup>; но не субсидіарно, ибо при алиментарной обязанности далѣе отца и матери нѣтъ должниковъ *in subsidium*. О субсидіарности вообще можно говорить только по отношенію къ такимъ случаямъ, гдѣ существуютъ нѣсколько преимущественно обязанныхъ должниковъ; но такіе должники при алиментарной обязанности могутъ быть, могутъ и не быть<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> L. 8 Dig. h. t. говоритъ объ отцовской власти, принадлежащей дѣду, и слѣд. высказываетъ общее положеніе, что обязанность *alimenta* лежитъ прежде всего на отца, обладающаго *potestas*: Buchka und Budde, I, 65 f.

<sup>2</sup> L. 5 § 2 h. t. имѣетъ въ-виду дѣда, прадѣда и т. д., § 3 — дѣтей, § 5 — восходящихъ по матери, § 2 in f. — предоставляетъ на усмотрѣніе судьи.

<sup>3</sup> Mandry, I. c. 256.

<sup>4</sup> Литература указанныхъ въ текстѣ вопросовъ у Glück'a, 28. 208. 219, отчасти у Mandry, I. c. 252. пр. 9.

Кругъ обязанныхъ къ *alimenta* лицъ ограничивается восходящими и нисходящими, слѣд. можетъ представиться такой случай: постороннее лицо выдаетъ *alimenta* нуждающемуся, считая себя обязаннымъ къ тому; впоследствии, узнавши, что эта обязанность лежитъ не на немъ, можетъ ли онъ требовать возмѣщенія *alimenta* отъ тѣхъ лицъ, которыя непосредственно были обязаны къ тому, или отъ самаго нуждающагося<sup>1</sup>. Очевидно, что этотъ вопросъ можетъ быть рѣшенъ согласно принципамъ *negotiorum gestio* и съ точки приложенія *condictio indebiti*. Алиментарная обязанность заносится обыкновенно въ группу *obligationes ex lege* — выраженіе, которое указываетъ на то, что при этихъ обязательствахъ идетъ дѣло объ исполненіи обязанности, возлагаемой *pietas*, но не *civilis causa*, слѣд. лицо, которое обязано къ выдачѣ *alimenta* и выполнившее эту обязанность, ни въ какомъ случаѣ не можетъ требовать обратно выданное или въ-качествѣ *alimenta*. Вместе съ тѣмъ, если лицо выдаетъ нуждающемуся *alimenta*, не будучи къ тому обязано, или даже и ненуждающемуся, но въ намѣреніи подарить (под *credendi sed pietate*), опять-таки понятно, что оно не можетъ требовать назадъ подареннаго<sup>2</sup>. Но какъ въ данномъ случаѣ опредѣлить, что лицо, выдавшее *alimenta*, дѣйствовало въ намѣреніи подарить, — не дѣйствовало ли оно, на-оборотъ, въ намѣреніи предъявить впоследствии *actio negotiorum gestio contraria* къ тому лицу, которое обязано выдать нуждающемуся *alimenta*? Этотъ вопросъ можетъ всегда представиться, дастъ ли ребенку *alimenta* лицо постороннее или родственникъ, — въ обоихъ случаяхъ можно думать, что *alimenta* даны и въ намѣреніи *credendi* и въ намѣреніи *donandi*. Въ источникахъ мы находимъ нѣсколько практи-

<sup>1</sup> Busch въ Themis's, Elwers, 2 506—522, Glück, 28. 291, Schäffer, Zeitschr. VII, 1—53; Reinhardt, ib. VIII. 74 f., Leist, 118f. Windscheid, § 430 пр. 15, Beyer, §§ 16. 18.

<sup>2</sup> Ср. L. 50 Dig. 10. 2 и l. 11, 15 Cod. 2. 19 [18], l. 34 Dig. 3. 5.

чeskихъ примѣровъ. Бабка вела дѣла своего внука въ качествѣ negotiorum gestor'a и алиментировала его; послѣ смерти бабки и ея внука, наследники первой предъявили къ наследникамъ второго actio negotiorum gestio на истребованіе тѣхъ суммъ, которыя бабка выдавала своему внуку на alimenta; наследники внука возразили, что бабка кормила внука изъ любви къ нему, но противоположная сторона, съ своей стороны, возразила, что намѣреніе бабки кормить ребенка donandi должно быть доказано<sup>1</sup>, и юристъ замѣчаетъ, что это намѣреніе donandi не всегда предполагается даже относительно матери. Но намѣреніе одарить имѣетъ своею подкладкой привязанность одного лица къ другому, которая оправдываетъ не только выдачу alimenta<sup>2</sup>, но и многіе другіе поступки; напр., лицо добивается смѣщенія подозрительнаго опекуна<sup>3</sup>, или, напр., лицо вмѣсто либертѣ совершаетъ тѣ орегъ, которыя должны быть выполнены либертомъ своему патрону и т. д.<sup>4</sup> — Такимъ образомъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, будетъ ли это родственникъ или постороннее<sup>5</sup>, выдаетъ alimenta вслѣдствіе своей привязанности къ нуждающемуся, презумируется дареніе; слѣд. мотивъ привязанности есть единственный критерій, который можетъ разрѣшить вопросъ: даны ли alimenta въ намѣреніи дара или въ намѣреніи negotiorum gestio. Если дареніе совершается «propter nullam aliam causam»<sup>6</sup>, «nullo jure cogente»<sup>7</sup>, если negotiorum gestio совершается добровольно, въ пользу посторонняго лица, безъ всякаго порученія, то мотивы ихъ различны: мотивъ даренія — одарить, мотивъ neg. gestio — обязать, слѣд. вопросъ: можетъ ли лицо требо-

<sup>1</sup> L. 34. Dig. 3. 5.

<sup>2</sup> Матери, — l. 11 Cod. 2. 19, падчерница — l. 15 Cod. ib., ариандированному сыну, — l. 50 Dig. 10. 2, племянница — l. 27 § 1 Dig. 3. 5, — жена l. 13 Cod. ib.

<sup>3</sup> L. 1 Cod. ib., l. 44 Dig. ib.

<sup>4</sup> L. 5 Cod. ib.

<sup>5</sup> Ср. l. 4 Dig. 27. 2, l. 1 § 2 Dig. 27. 3.

<sup>6</sup> L. 1 Dig. 39. 5.     <sup>7</sup> L. 82 Dig. 50. 17.

вать назадъ данныя имъ *alimenta* отъ лица, непосредственно обязаннаго къ тому, не можетъ быть рѣшенъ вообще; въ каждомъ конкретномъ случаѣ будетъ обращено вниманіе на изслѣдованіе пункта: существуетъ ли въ данномъ случаѣ признаки *negotiorum gestio*? Если существуютъ, — лицо получить *actio negotiorum gestio*; напр., наслѣдники бабки получаютъ этотъ искъ, потому что бабка вела дѣла своего внука, т. е. на-лицо существуютъ всѣ условія, при наличности которыхъ мыслимо *negotiorum gestio*; мать можетъ требовать отъ своего мужа все, что она дала ребенку *alimentorum nomine*, но въ качествѣ *gestor'a*, а все, что она выдала ему *materno affectu*, — она подарила ему<sup>1</sup>. Слѣд. лицо, требующее назадъ выданныя имъ *alimenta*, должно доказать наличность условій *negotiorum gestio*<sup>2</sup>.

А если эти условія не могутъ быть доказаны? Тогда только предполагается дареніе, потому что «*nemo donare praesumitur*»; но и въ этомъ случаѣ презумція дара не имѣетъ слишкомъ широкаго примѣненія, такъ - какъ, по замѣчанію юриста Павла, нѣтъ человѣка на - столько глупаго, который бы безъ всякаго основанія разбрасывалъ свои деньги<sup>3</sup>, — вотъ почему уплатившему дается для оспариванія презумціи дара особый искъ — *condictio indebiti* въ-силу общаго соображенія, что никто не можетъ безъ юридическаго основанія обогащаться на счетъ ближняго. Для истребованія обратнаго *indebitum* лицо уплатившее должно находиться *in errore*, т. е. оно должно было имѣть намѣреніе погасить обязательство, котораго въ-дѣйствительности не было<sup>4</sup>, будетъ ли это обязательство *civilis* или *naturalis*, — все равно. Я напр. считаю себя должникомъ Тиція, плачу ему проценты, хотя

<sup>1</sup> L. 6 § 14 Dig. h. t., объ гипотезѣ предвидитъ l. 11 Cod. cit.

<sup>2</sup> Buchsch., § 197—199. Brähm, Sammlung etc. 1. 321.

<sup>3</sup> L. 25 Dig. 22. 3

<sup>4</sup> Bähr, 72. Bucher, Das Recht der Forderungen, 362. 1830, Christian-  
ansen, Zur Lehre von der *naturalis obligatio* und *condictio indebiti*, 1844.

на дѣлѣ я ему ничего не долженъ, не долженъ даже *naturaliter*<sup>1</sup>, — въ этомъ случаѣ я могу предъявить къ нему *condictio indebiti*. Но вотъ, я уплачиваю Тицію определенную сумму за спасеніе моей жизни отъ той или иной опасности, на дѣлѣ же спасенія никакого не было, — въ этомъ случаѣ я не могу предъявить *condictio indebiti*, потому что даже предположивъ, что Тицію дѣйствительно мнѣ спасъ жизнь, все-таки я и *naturaliter* не обязанъ платить ему<sup>2</sup>, остается слѣд. въ этомъ случаѣ предумія дара<sup>3</sup>, — словомъ сказать *ergo* долженъ основываться на такой *causa*, которая, существуя она дѣйствительно, произведетъ бы по-крайней-мѣрѣ *naturalis obligatio*. Слѣд. возможность предъявленія *condictio indebiti* обуславливается произведенною а) уплатой б) *in ergo* в) недрожнаго — доказательство (*onus probandi*) этихъ существенныхъ условій какъ основаніе иска лежало на истцѣ, потому что только доказательство уплаты *indebitum* уничтожало предумію дара<sup>4</sup>; впрочемъ въ Дигестахъ мы находимъ попытку разложить бремя доказательствъ при предъявленіи *condictio indebiti* на обѣ стороны, попытку, которая помѣчена именемъ юриста Павла<sup>5</sup>, но въ которой мы seldomъ видимъ интерполацию Трибониана. Вотъ въ чемъ, именно, состоитъ это разложение бремени доказательствъ. Если отвѣтчикъ отрицаетъ сдѣланную ему уплату, а истецъ докажетъ ее, тогда уже отвѣтчикъ долженъ доказать существованіе долга, — очевидно аналогія съ владѣніемъ: если отвѣтчикъ отрицаетъ владѣніе вещью, а потомъ окажется, что онъ дѣйствительно владѣетъ, вещь будетъ передана истцу, а *onus probandi* будетъ пе-

<sup>1</sup> L. 26 § 2 Dig. h. t. [12. 6].

<sup>2</sup> L. 65 § 2 Dig. h. t.

<sup>3</sup> L. 1 § 1, 24, 50 h. t., l. 9 pr. Cod. h. t. [4. 5], l. 53. 82 Dig. 50. 17.

<sup>4</sup> Но это не значитъ, чтобы истецъ одновременно былъ обязанъ доказать весь основаніе иска.

<sup>5</sup> L. 25 Dig. 23. 3.

реложенъ на первоначальнаго владѣльца<sup>1</sup>,—оба случая разсматриваются съ точки зрѣнія наказанія владѣльца за его недобросовѣтность. Но отъ доказательства *indebitum* избавляются вообще малолѣтніе, несовершеннолѣтніе, женщины, солдаты и поселяне, т. е. если уплатившій принадлежитъ къ этимъ лицамъ, то отвѣтчикъ долженъ доказать, что уплата была произведена *debitum*, такъ-какъ предполагается, что уплатившіе, принадлежащіе къ указаннымъ привилегированнымъ лицамъ, поступали по разсѣянности (*simplicitate gaudens, desidia deditae*); понятно, что подобное исключеніе, созданное для малолѣтнихъ и т. д. изъ общаго правила о доказательствѣ основанія иска, повело большую путаницу въ практикѣ: какъ требовать отъ отвѣтника доказательствъ существованія *debitum* подъ тѣмъ только предлогомъ, что уплатившій былъ, напр., солдатъ? Далѣе. *Opus probandi* переходитъ на вышеуказанныхъ привилегированныхъ лицъ, если являются такія обстоятельства, которыя указываютъ на дѣйствительное существованіе долга, напр.: когда уплатившій малолѣтній требуетъ обратно, только въ-части, уплоченное, когда долгъ, оправдывающій произведенную уплату, погашенъ *ipso iure* или *ore exceptionis*<sup>2</sup>. Спрашивается, кто-же при подобной раскладкѣ *opus probandi* обязанъ доказать, что уплата была произведена *in ergo*? Мы замѣтили выше, что презумція дара существуетъ въ томъ случаѣ, когда выдача *alimenta* ничѣмъ не можетъ быть объяснена; примѣненіе же *condictio indebiti* обуславливается, именно, уплатой, произведенною *sine causa*, а ошибка (*error*) является только какъ отрицательное условіе, необходимое для уничтоженія презумціи дара, а такъ-какъ общою презумціей является положеніе, что «нѣтъ чловѣка на-столько глупаго» etc., то одна уже уплата *indebitum* презумируетъ за то, что она произведена *in*

<sup>1</sup> L. 80 Dig. 6. 1.

<sup>2</sup> Это постановленіе *Bähr* считаетъ интерполяціей. См. однако *Seuffert, Arch. 1. N 58.*

этого, слѣд. для истца довольно доказать произведенную уплату; но онъ не обязанъ доказывать, что уплата была произведена in ergo, который, согласно теоріи о разложеніи *opus probandi*, всегда предполагается, такъ-что отвѣтчикъ долженъ доказать въ качествѣ *exsertio*, что уплата была произведена истцемъ безъ всякаго *ergo*'а.

Хотя по общему правилу дѣти съ родителями не могутъ судиться<sup>1</sup>, но такъ-какъ обязанность *alimenta* основывается на *caritas sanguinis*, то преторскій эдиктъ допускаетъ для дѣтей возможность требовать *alimenta* путемъ *cognitio extraordinaria*, при которой истецъ укажетъ только на обстоятельства дѣла, а судья *ex aequo et bono* разрѣшитъ представленный искъ<sup>2</sup> *summam*, т. е. на основаніи достовѣрности<sup>3</sup>, потому-что и предполагаемое родство не лишаетъ ребенка права на *alimenta*<sup>4</sup> и самый вопросъ о *status*, если онъ связанъ съ требованіемъ *alimenta*, рѣшается *summam*<sup>5</sup>. Суммарно же будутъ рассмотрѣны и всѣ вопросы, имѣющіе отношеніе къ представленному иску: дѣйствительно ли лицо нуждается въ алиментахъ<sup>6</sup>, не находится ли обязанное лицо само въ нуждѣ, не лишилъ ли отецъ ребенка средствъ пропитанія вслѣдствіе худого его обращенія съ нимъ и т. д. Способъ исполненія приговора — *pignoris capio*<sup>7</sup>, но отвѣтчикъ пользуется привилегіей *beneficium competentiae*, присужденіемъ въ мѣру возможности, т. е. должникъ можетъ быть преслѣдуемъ кредиторомъ на-столько, на-сколько поз-

<sup>1</sup> L. 4 Dig. 5. 1, выш. стр. 80—86.

<sup>2</sup> L. 3 pr. § 4 Dig. 27. 2. l. 5 § 7—13 h. t., § 18. 20. ib.

<sup>3</sup> L. 5 § 8 h. t., *Briegleb* [рецензія на него въ *Kritisch. Jahrb* 769 f. 1848].  
*Göppner*, Hdb. 4. 346, *Wetzell*, 273, *Demelius*, *Exhibitionspflicht*, 158 f.

<sup>4</sup> L. 5 § 8. 9. h. t.

<sup>5</sup> L. ult. Cod. 5. 25; рѣшеніе вопроса о правѣ на содержаніе не оставляетъ *praesudicium* для рѣшенія вопроса о правахъ состоянія ребенка, l. 5 § 9; 7 h. t.; l. 10 Dig. 1. 6. <sup>6</sup> L. 5 pr. и пр.

<sup>7</sup> L. 1. 5 § 10 Dig. h. t., l. 1 Cod. 7. 53.

велятъ имуществомъ наличныя средства<sup>1</sup>, да и то кредиторъ обязанъ оставить ему опредѣленные средства, чтобъ самъ должникъ не обѣдствовалъ<sup>2</sup>, понятно почему — если кредиторъ можетъ взять все наличное имущество своего должника, которому онъ же ex caritate долженъ давать alimenta, то проще ли было бы при взысканіи оставить ему часть имущества ex caritate<sup>3</sup>.

#### IV.

На-сколько признавалась обязанность родителей содержать и воспитывать своихъ законнорожденныхъ дѣтей.

Обязанность содержать своихъ законнорожденныхъ дѣтей основывается на caritas sanguinis, обусловливаемой родственною связью между родителями и рожденными ими отъ брака дѣтьми; но известно, что дѣти, рожденныя отъ такихъ союзовъ, которые не считались бракомъ, считались незаконнорожденными, т. е., хотя бы филиаціонныя отношенія между отцомъ и его сыномъ были известны, законъ запрещаетъ выводить изъ нихъ юридическія послѣдствія. Въ другихъ случаяхъ объ этихъ отношеніяхъ невозможно говорить, потому что невозможно указать на опредѣленное лицо какъ на отца ребенка, напр., рожденного публичною женщиной. Конечно, физическая связь незаконнорожденныхъ

<sup>1</sup> L. 16 Dig. 42. 1, § 38 Inst. 4. 6.

<sup>2</sup> L. 173 Dig. 50. 17.

<sup>3</sup> Мы ограничиваемся, должно указаніемъ на сущность beneficium competentis, такъ-какъ подробное изслѣдованіе вопроса о времени производствія этой привилегіи, кому она прежде всего была усвоена, действительно ли она, допуская отвѣтственность quam facere potest, давала привилегію ne egeat, и т. д. — выходитъ за предѣлы нашей задачи. Можно замѣтить, что ученые Holtius, Schöbter, Schöman, Thibaut, Ffarsche, Zimmermann размышляя во мнѣніяхъ при разрѣшеніи указанныхъ вопросовъ...



дѣтей съ своею матерью на - столько очевидна, что на матери всегда лежала обязанность содержать и воспитывать незаконнорожденнаго, ибо эта обязанность «возлагается на нее самою беременностью»<sup>1</sup>; съ точки же зрѣнія отношеній незаконнорожденных къ своему отцу, положеніе ихъ было не во всѣ эпохи одинаково. Прежде всего въ древнемъ же правѣ выдѣляются дѣти, рожденныя отъ брака *juris gentium*, при которыхъ дѣти, хотя и не считались законнорожденными, но имѣли къ своему отцу право требовать средствъ пропитанія; то-же право получаютъ дѣти, рожденныя отъ конкубината, который со времени императора Августа является союзомъ, вполне признаваемымъ закономъ; наконецъ, мало-по-малу признается связь между родителями и дѣтьми, зачатыми *in contubernio*, — слѣд. дѣти, рожденныя отъ указанныхъ трехъ союзовъ, не считаются въ нашемъ смыслѣ незаконнорожденными: они имѣютъ родителей, могутъ указать на отца, который относительно ихъ обязанъ выполнять опредѣленныя обязанности; незаконнорожденными же дѣтьми считались тѣ, которыя юридически не имѣли отца, личность котораго всегда «неизвѣстна» *de jure*, хотя-бы *de facto* онъ былъ извѣстенъ<sup>2</sup>, какъ напр. дѣти, рожденныя отъ прелюбодѣйной связи, или же и *de facto* отецъ неизвѣстенъ. Но вотъ что въ-особенности важно замѣтить: классическое право признавало принципъ, что всѣ незаконнорожденныя имѣютъ опредѣленную мать и считаются родственниками ея родственниковъ, не обращая вниманія такъ-сказать на качество незаконнорожденности, между-тѣмъ-какъ христіанскіе императоры изъ общей группы незаконнорожденныхъ выдѣляютъ особыхъ *spuſii*, рожденныхъ отъ союзовъ, особенно ненавидимыхъ (кровосмѣшенія), для того, чтобы поставить ихъ

<sup>1</sup> См. выше стр. 110 пр. 3.

<sup>2</sup> *Gaj.* 1. 64, § 12 *Inst.* 1. 10. 1. 23 *Dig.* 1. 5.

<sup>3</sup> *L.* 2 8 *Dig.* 38. 8 [9]. 1 1 пр. § 2 *Dig.* 38. 17 [18]

включительно худшее положеніе сравнительно съ иными незаконнорожденными дѣтьми и этимъ ухудшеніемъ ихъ участи наказывать родителей за преступную связь. Императоры столь ревностно преслѣдовали эту цѣль, что въ-концѣ-концовъ послгнули даже на принципъ, что физическая связь ребенка съ матерью очевидна для каждаго.

Императоръ Юстиніанъ принимаетъ то-же раздѣленіе вѣбращенныхъ дѣтей: одни—рождаются отъ конкубината (*liberi naturales*), другія—незаконнорожденные (*vulgo quæriti*). Мы уже раньше старались показать, что Юстиніанъ не рѣшился запретить конкубинатъ подѣ страхомъ уголовныхъ наказаній въ-виду его популярности среди населенія, а старался провести идею о моногамическомъ конкубинатѣ, постановляя, что, для представленія дѣтямъ ех *concubinatu* права наслѣдованія и средствъ содержанія<sup>1</sup>, необходимо, чтобы:

- a) отецъ ихъ жилъ только съ одною конкубиной;
- b) на все время конкубината она должна жить съ сожителемъ и въ его домѣ;
- c) дѣти должны родиться въ домѣ отца и должны быть имъ воспитываемы.

При соблюденіи этихъ условій, является презумція «*pater is est quem concubinatus demonstrat*», на основаніи которой дѣти могутъ требовать содержанія отъ отца; въ качествѣ опекуновъ или *negotiorum gestor*'а тоже требованія за ребенка можетъ предъявить мать къ своему сожителю<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Юстиніанъ не сразу призналъ за «дѣтьми ех *concubinatu*» право на *alimenta*,— въ *Nov. 18. 5* говорится объ этомъ въ связи съ постановленіями объ ихъ наследственномъ правѣ (что буквально было повторено позже въ *Nov. 89. 12. 4*), но еще нѣтъ ни слова объ обязанности отца содержать дѣтей; только *Nov. 89. 12. 6* возлагаетъ на отца эту обязанность, въ § 6 сї. идетъ дѣло объ обязанности законнорожденныхъ дѣтей содержать своего брата, прижитаго отцемъ ех *concubinatu*.

<sup>2</sup> *Arg. l. 5 § 14 Dig. 25. 3.*

Относительно незаконнорожденныхъ дѣтей въ правѣ императора Юстиніана удержался классическій принципъ, что они не могутъ требовать средствъ содержанія отъ своего отца, хотя бы онъ былъ *sextus*<sup>1</sup>, но въ-силу своей связи съ матерью<sup>2</sup> и ея восходящими они могутъ требовать содержанія отъ матери и ея восходящихъ<sup>3</sup>. Однако это правило не распространяется на дѣтей, рожденныхъ отъ кровосмѣшенія [*ex complexibus aut nefariis aut incestis aut damnatis*], которыя не имѣютъ даже права на содержаніе отъ матери<sup>4</sup>; мало того: отцу такихъ дѣтей за-

<sup>1</sup> Выш. стр. 155 пр. 2, l. 5 § 6 Dig. 25. 3.    <sup>2</sup> L. 19. 24 Dig. 1. 5.

<sup>3</sup> L. 5 § 4 Dig. 25. 3 и выше стр. 155 пр. 3.—Многіе ученые [напр. Саггзов, *Jurisp. forens. p. 4 const. 27, dec. 5, Stryk, Us. mod. pand. 25. 3 § 2, Lauterbachus, Colleg. pand. 25. 3. § 15—16, Coscejus, Jus contr. 25. 3. 2, Hellfeld, Jurisp. forens. § 1288, Güntner, Princ. jur. civ. 1. § 447, Dabellow, Hdb. 3. § 110 и др.] полагаютъ, что по римскому праву отецъ обязанъ былъ содержать своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей; въ подтвержденіе этого мнѣнія иногда ссылаются на l. 7 Dig. 25. 3: гражданинъ жилъ съ женщиной, считавшеюся его женой, отъ которой онъ прижалъ ребенка; когда дошло дѣло до обязанности содержать ребенка, отецъ сталъ утверждать, что называющаяся его женой въ-дѣйствительности — его раба и все-таки преторъ постановилъ, что до окончательнаго рѣшенія дѣла онъ долженъ содержать ребенка. Но, очевидно, на основаніи этого закона невозможно защищать положеніе, что отецъ долженъ содержать своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей: судъ долженъ рѣшить прежде всего вопросъ—существуетъ ли между этими лицами бракъ? До рѣшенія этого вопроса отецъ долженъ содержать прижитаго ребенка; но это рѣшеніе не оказываетъ преюдиціарнаго вліянія для сына, т. е. если въ окончательномъ рѣшеніи судъ признаетъ, что между этими лицами не было брака, что слѣд. ребенокъ — незаконнорожденный, то этотъ ребенокъ теряетъ право получать *alimenta*; а если бракъ окажется дѣйствительнымъ, опять-таки ребенокъ не получаетъ особаго права на *alimenta*,—онъ будетъ законнорожденный, и слѣд. долженъ пользоваться всеми правами какъ таковой, Bülow, Abh. 2 N. 15.—Другіе ученые высказывали противоположное мнѣніе, что незаконнорожденные не могутъ получать средствъ содержанія отъ родителей, основываясь на томъ, что *vulgata Nov. 85. 15* было сказано «*nes a parentibus aleretur*»; но такъ-какъ *Nov. cit.* занимается опредѣленіемъ отношеній отца къ дѣтямъ *ex concubinato*, то будетъ правильнѣе подъ словомъ *parentes* понимать «отца», «восходящихъ отца». *Ср. auth. ex complexu ad l. 6 Cod. 5. 5. Nov. 74. 6, Bulow, ib. 226 — 244, Kämmerer, 220, Glück, Intestaterbf, § 137, Busch, § 167.**

<sup>4</sup> L. 6 Cod. 5. 5, Nov. 89. 15.

прещается выдвигать что-либо на содержание ихъ, ибо законодатель полагалъ, что «подобное запрещеніе усугубляетъ наказаніе родителей»<sup>1</sup>. Эти постановленія, которыя имѣли своимъ прецедентомъ законы Аркадія и Гонорія<sup>2</sup>, и которыя, по мнѣнію Пухты<sup>3</sup>, освящены нравственнымъ чувствомъ, «вполнѣ несправедливы, ибо, по замѣчанію Келлера<sup>4</sup>, они устанавливають неразумную сдѣлку двухъ противоположныхъ началъ, — съ одной стороны признанія совершившагося факта рожденія виновныхъ дѣтей, съ другой — полного уничтоженія того, что происходитъ не по праву», такъ-что подобныя постановленія являлись законодательною рекомендаціей матери прибѣгать къ вытравленію плода, къ выбрасыванію ребенка на улицу; между тѣмъ-какъ для родителей законъ представляетъ возможность избѣжать уголовныхъ наказаній въ томъ случаѣ, если они, узнавши, что ихъ бракъ есть только кровосмѣшеніе, оставляютъ свои отношенія<sup>5</sup>...

Эти постановленія о содержаніи дѣтей, рожденныхъ отъ кровосмѣнительной связи, не примѣняются однако къ дѣтямъ, рожденнымъ отъ прелюбодѣянія<sup>6</sup>, по-крайней-мѣрѣ не примѣняются въ принципѣ, хотя въ-дѣйствительности и эти дѣти съ момента своего рожденія были обречены на *expositio*, такъ-какъ по закону женщина за прелюбодѣяніе первоначально подвергалась заключенію въ монастырь. Если по истеченіи двухъ лѣтъ мужъ

<sup>1</sup> L. 6 Cod. 5. 5. Nov. 74. 6 in f. Auth. ex complexu cit.

<sup>2</sup> L. 3 Cod. Th. 3. 12.

<sup>3</sup> Pand. § 41 пр. 1.

<sup>4</sup> Pand. § 33 пр. 4.

<sup>5</sup> L. 4 Cod. 5. 5. Nov. 12 1, наше сочиненіе «Ученіе о законно рожденности», стр. 265 пр. 7.

<sup>6</sup> Glück, Die Lehre von der Intestaterbfolge, § 106, § 136, высказалъ положеніе, что «adulterini должны быть причислены къ классу дѣтей, рожденныхъ *ex damnatis complexibus*. Вопросъ сводится къ тому: разумѣлъ ли Юстиніанъ подъ *damnatae complexus* такъ-же *adulterium*, или-же только *incestum*? Нужно имѣть въ-виду, что постановленія объ incestуозномъ бракѣ въ Кодексъ посвященъ особый титулъ (Cod. 5. 5), идущій вслѣдъ за постановленіи-

не изъявляя желанія возобновить съ нею совѣстную жизнь, имущество ея отходило монастырю, если она не имѣла родственниковъ, или раздѣлялось въ известной пропорціи между монастыремъ и родственниками<sup>1</sup>...

Наконецъ, воспитаніе незаконнорожденнаго ребенка принадлежитъ его матери, подъ непосредственнымъ надзоромъ назначеннаго опекуна<sup>2</sup>. Нельзя не отнести съ уваженіемъ къ этому правилу: «если государство слѣдуетъ за надлежащимъ воспитаніемъ законнорожденныхъ дѣтей, то тѣмъ болѣе оно должно заботиться о незаконнорожденныхъ дѣтяхъ; женщина, родившая внѣ брака ребенка, лишена естественной заботы мужчины, ребенокъ лишень любви отца; государство должно принять такихъ дѣтей подъ свою защиту, назначая имъ опекуновъ, какъ своихъ представителей, обязанность которыхъ — воспитаніе этихъ «безъ вины виноватыхъ»...<sup>3</sup>.

---

емъ о бракѣ [Cod. 5, 4] и озаглавленный «de incestis et inutilibus nuptiis». Выраженіе *nuptiis* означаетъ, что для понятія incesta необходимо его совершеніе въ полномъ объемѣ, т. е. въ формѣ брака, слѣд. *incestum* уже съ этой точки зрѣнія не приравнивается ни къ *adulterium*, ни къ *stuprum*, ни къ преходящимъ половымъ отношеніямъ, которыя хотя-бы нарушали кровную связь, Bälou, I, 228; слѣд. и выраженіе «*incestæ, nefariæ et damnatæ*», которыя мы встрѣчаемъ въ Nov. 12 1, и выраженіе «*холовъ*», встрѣчающееся въ Nov. 74 6, прилагается только къ incestu. Nov. 89, 15 опять называетъ incestуозные браки «*nefariæ, incestæ vel damnatæ complexibus*», см. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности», стр. 265, Heise, §§ 25, 28, Bälou, I, 226 — 244, Duntze, Arch. 12 112 — 133, Volley, I, 113 — 122. Замѣчательно, что въ Nov. 89, 15 императоръ задался цѣлью перечислять тѣ группы незаконнорожденныхъ дѣтей, которыя не могутъ требовать содержанія отъ своего отца, и въ первую группу (*ac ripiam*) онъ зачислялъ дѣтей, рожденныхъ отъ incesta, но, увлекшись воспитаніемъ о конституціи импер. Константина, I. 1 Cod. 5, 27, Nov. 117, 4, словоохотливый императоръ забылъ назвать второй классъ дѣтей, неимѣющихъ права на алименты отъ своего отца а, въ этотъ второй классъ, безъ сомнѣнія, входила *adulterini* и *vulgo quæsitæ*, § 12 Inst. 1. 10.

<sup>1</sup> Nov. 134. 10.

<sup>2</sup> См. наше сочиненіе «Ученіе о законнорожденности», стр. 303.

<sup>3</sup> Schott, Jur. Mag. in f. 2 Hist., 109 f.

Таковы въ общихъ чертахъ постановленія римскаго права объ обязанности родителей содержать своихъ незаконнорожденныхъ дѣтей; но мы не можемъ пройти молчаніемъ попытки государства ввести поземельный кредитъ и принять содержаніе незаконнорожденныхъ дѣтей и дѣтей бѣдныхъ родителей на свой счетъ.

V.

Поземельный кредитъ и призрѣніе дѣтей (alimenta publica).

... Будь счастливъ какъ Августъ и добръ какъ Траянъ...

1.

То печальное положеніе, въ которомъ находилась римская республика въ послѣдній вѣкъ своего существованія, можетъ быть охарактеризовано немногими словами; отсутствіе твердаго правительства, неустойчивость права собственности, какъ слѣдствіе постоянныхъ смутъ въ государствѣ, деморализація семьи... Сраженіе при Филиппахъ нанесло рѣшительный ударъ республиканскимъ учрежденіямъ, а черезъ десять лѣтъ одинъ изъ триумвировъ становится императоромъ обширнаго государства, въ которомъ мелкая собственность была разрушена, въ которомъ прежде цвѣтушія области стали пустынями..... Крайняя бѣдность вмѣсто достатка, разбой и грабежи вмѣсто спокойствія!!

Цицеронъ свидѣтельствуетъ, что въ его время, всего за нѣсколько лѣтъ до битвы при Акціумѣ, въ Италіи насчитывалось всего около двухъ тысячъ поземельныхъ собственниковъ, т. е. поземельная собственность была сконцентрирована въ немногихъ рукахъ, средняго класса не было, благодаря проскрипціямъ, конфискаціямъ движимости и обычаю отдавать солдатамъ на разграбленіе города, даже оставшіеся нейтральными.... Въ Римѣ,

лицомъ-къ-лицу съ людьми, продавшими и пропивавшими миллионы, стояли пролетаріи, которые не могли поручиться за завтрашній день, которые въ-силу необходимости кричали во всю мочь своихъ легеихъ: давай хлѣба! Давай зрѣлищъ!! Средины не было. Нѣкогда законодательство стремилось развить поземельную мелкую собственность, нѣкогда законодательство заботилось объ исправномъ удобреніи земли, нѣкогда каждый гражданинъ считалъ своею обязанностью воздѣлывать землю<sup>1</sup>; но времена эти прошли.... Поземельные собственники съѣхались въ Римъ, въ которомъ такъ удобно, ничего не дѣлая, можно было сознать себя такъ-же правителемъ міра; деревенскія хозяйства переданы рабамъ, принадлежащимъ къ различнымъ національностямъ, рабамъ, для которыхъ каждый господинъ былъ отчимъ, а Италия — мачиха...

Могли ли эти забитыя существа, живущія въ собачьихъ канурахъ, работающія въ цѣпяхъ, съ любовью воздѣлывать ту землю, когда на трудъ земледѣльца смотрѣли съ презрѣніемъ и во всякомъ случаѣ заботились о томъ, чтобы больше извлечь изъ земли, ничего ей не возвращая? Но стремленіе немногочисленныхъ поземельныхъ собственниковъ, получившихъ землю въ даръ отъ побѣдителя или сохранившихъ свою землю, благодаря искусству привораживать ко вкусамъ господствующей партіи, обрабатывать землю рабами, т. е. даровымъ трудомъ, имѣло еще одно роковое послѣдствіе, — оно сдѣлало свободный трудъ невозможнымъ, такъ — какъ за него нужно было платить, платить въ то время, когда какой-нибудь Исидоръ, жившій въ послѣднія времена республики, имѣлъ свыше четырехъ тысячъ рабовъ! И вотъ, бѣдняку-римлянину, обладающему всѣми политическими

<sup>1</sup> Et virum bonum cum laudabant, ita laudabant, bonum agricolam bonumque colentem. Amplissime laudari existimabatur, qui ita laudabatur... At ex agricolis et viri fortissimi, et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaeque stabilis, itaque consequitur, minimeque invidiosus minimeque male cogitantes sunt, qui in eo studio occupati sunt. Cato, De re rustica, 1 2 -4, edit. 1773.

Римское законодательство старалось различными путями побудить каждаго гражданина ко вступленію въ бракъ съ тою цѣлью, чтобы увеличить свободное населеніе, сильно порѣдѣвшее не только вслѣдствіе междоусобныхъ войнъ, но и вслѣдствіе физическихъ бѣдствій; такъ напр. въ 22 г. до Р. X. Италия была опустошена чумой и голодомъ, въ 5 г. послѣ Р. X. — голодомъ и землетрясеніемъ, въ 17 г. опять землетрясеніемъ, въ 51—52 г. голодомъ.... Даровая раздача хлѣба изъ государственныхъ запасныхъ магазиновъ нерѣдко ставилась въ зависимость отъ того, имѣетъ ли нуждающійся гражданинъ малолѣтнихъ дѣтей, а императоръ Августъ не отказывалъ въ *congiagia* даже дѣтямъ, хотя по обычаю подобное участіе дѣтей въ даровой раздачѣ хлѣба и денегъ не допускалось, если они были моложе одиннадцати лѣтъ. Однако, это распоряженіе императора Августа распространялось только на дѣтей, рожденныхъ въ Римѣ. Только императоръ Нерва впервые, по словамъ историка, сталъ оказывать благотворительность на счетъ государственнаго казначейства дѣтямъ вообще, безъ различія — родились ли они въ Римѣ или гдѣ нибудь въ Италиі. Разсказъ этотъ подтверждается, между прочимъ, одною медалью, на которой Нерва изображенъ сидящимъ на курульномъ креслѣ, лѣвая рука императора простерта къ мальчику и дѣвочкѣ, у правой — стоитъ женщина<sup>1</sup>. Оказывая свою благотворительность всѣмъ дѣтямъ, Нерва преслѣдовалъ двѣ цѣли: оказать помощь бѣднымъ гражданамъ въ воспитаніи ими своихъ дѣтей и вмѣстѣ съ тѣмъ дать собственникамъ средства для обработки земли; но въ какой мѣрѣ удалось Нервѣ осуществить обѣ цѣли, мы, за неизвѣніемъ источниковъ, сказать не можемъ.

<sup>1</sup> См. Eckhe I, *Doctrina nummar.* VI. 409, Собен, *Мон.* I стр. 479 № 121.



Преемнику Нервы, императору Траяну, принадлежит честь применения плана своего предшественника въ большихъ размѣрахъ, вслѣдствіе чего современные ему источники даже мысль о введеніи постоянныхъ стипендій для дѣтей исключительно приписываютъ ему.

Но прежде чѣмъ мы перейдемъ къ изложенію этой, по-истинѣ, грандіозной системы призрѣнія дѣтей, не будетъ, кажется, лишнимъ напомнить читателю нѣкоторыя подробности изъ біографіи императора Траяна.

ВЪВЕДЕНІЕ. — Глава I. — 3.

Предки Траяна вышли изъ Рима еще во времена старшаго Сципіона и поселились въ Испаніи; его отецъ обратилъ на себя особенное вниманіе императора Веспасіана, командуя десятнымъ легиономъ, расположеннымъ въ Палестинѣ; вслѣдъ за тѣмъ отецъ Траяна былъ назначенъ консуломъ (70 г.); проконсульство въ Малой Азіи получилъ въ 79 г. — Траянъ родился 19 сентября 53 г., въ Андалузіи, недалеко отъ Севильи; съ ранней юности онъ отправлялъ, подъ непосредственнымъ надзоромъ своего отца, различныя военныя обязанности; послѣдовательно назначается легионарнымъ трибуномъ, квесторомъ, преторомъ, консуломъ и т. д. Въ 97 г. императоръ Нерва усыновляетъ Траяна, который отнынѣ становится наследникомъ престола. 27 января 98 г. престарѣлый императоръ, котораго можно упрекнуть развѣ только въ недостатокъ душевной твердости, умираетъ; въ это время Траянъ находился въ Кельнѣ, резиденціи своей провинціи, и вернулся въ Римъ только на слѣдующій годъ. Черезъ два — три года, послѣ возвращенія въ столицу, новый императоръ начинаетъ приводить въ исполненіе планъ о развитіи поземельнаго кредита, намѣченный его предшественникомъ. Эта дѣятельность Траяна увѣковѣчена множествомъ медалей, время чеканки которыхъ относится

указанномъ округѣ) есть 52.200 с. (около 4165 руб.), — цифра, соответствующая 5% на каждое 100 изъ капитала упомянутого выше».

За этою общемою формулою слѣдуютъ 46 отдѣльныхъ обязательствъ, напр.:

«К. Волумній Меморъ и Волумнія Альце объявили через своего представителя, Волумнія Диадумена, своего либерта, что цѣнность ихъ имѣнія, извѣстнаго подъ именемъ помѣстья Бвинтіака-Аврелиана, съ холмомъ Мулетаосъ, и дѣсами, лежащей въ въ округѣ Воллен и смежно; съ имѣніями М. Мемменъ Оатриа-Оевра и съ государственною поземельною собственностью, есть 108.000 сест.; берутъ займы 8692 с. подъ залогъ указанной недвижимости»<sup>1</sup>.

И такъ, эти два протокола констатируютъ намъ, что Траянъ распредѣлялъ опредѣленную сумму между нуждающимися земле-владельцами подъ условіемъ: «наибольшій» на принадлежціи имъ имѣнія ипотеки въ размѣрѣ каждой въ заемъ суммы; такъ, жители тѣхъ трехъ округовъ, в которыхъ говорятъ первые 6<sup>1</sup>/<sub>2</sub> столбцовъ найденной доки, получили первый большой капиталъ въ 1.044.000 сест., за который они должны были уплачивать изъ 5% ежегодно 52.200; эти-то проценты и шли на содержаніе 281 ребенка (245 законнорожденныхъ мальчиковъ, 34 законнорожденныхъ дѣвочки, 1 незаконнорожденный мальчикъ и 1 незаконнорожденная дѣвочка); цѣнность же всѣхъ имѣній, по заявленіямъ собственниковъ, равнялась 13.007.536 с. (около 1.040.602 руб.), а такъ-какъ займы были отданы капиталъ въ 1.044.000 сест., то слѣд. содержаніе дѣтей было вполне обеспечено, потому что распредѣленный между земле-владельцами капиталъ не достигалъ и 1/10 общей цѣнности всѣхъ заложенныхъ имѣній. Впослѣдствіи тѣ-же собственники получили и второй капиталъ въ 72.000 с., что изъ 5% приносило 3600 с., которые и шли на содержаніе 18 законнорожденныхъ и 1 за-

<sup>1</sup> Hanel, Corpus legum, tabula Trajani. Стр. 69, 72—79.

коннорожденную дѣвочку. Слѣд. землевладѣльцы указанныхъ трехъ округовъ въ общемъ итогѣ получили подъ ипотеку 1.116.000 сест. Получаемые проценты распределялись между дѣтьми не всегда равномерно, — обращалось вниманіе на качество рожденія (т. е. будетъ ли ребенокъ законнорожденный или нѣтъ) и на полъ ребенка; такъ, въ округѣ Веллен:

|                                           | Въ мѣсяцъ. | Въ годъ.  |
|-------------------------------------------|------------|-----------|
| каждый законнорожденный мальчикъ получалъ | 16         | 192 с.    |
| каждая законнорожденная дѣвочка           | —          | 12 144 с. |
| незаконнорожденный мальчикъ               | —          | 12 144 с. |
| незаконнорожденная дѣвочка                | —          | 10 122 с. |

Географическое положеніе данной мѣстности такъ же оказывало вліяніе на количество содержанія дѣтей, а слѣд. и на величину процентовъ, платимыхъ собственниками за взятые капиталы; такъ, напр., въ Террачинаѣ (небольшой городокъ въ непонтинскомъ королевствѣ) сумма, выдаваемая на содержаніе ребенка, колебалась отъ 10 до 20 сест. въ мѣсяцъ, потому что Террачина лежала около Рима, а слѣд. цѣна хлѣба въ этомъ городкѣ была выше, чѣмъ, напр., въ области, занимаемой лигурами, гдѣ собственники съ капитала уплачивали всего 2,5%<sup>1</sup>. Такая разница въ величинѣ процентовъ; — а въ Камб<sup>2</sup> платили даже 6%<sup>3</sup>, — объясняется то необходимостью большаго приложенія труда въ обработкѣ земли, то тѣмъ разстояніемъ, которое отдѣляло данную мѣстность отъ Рима, который стягивалъ къ себѣ капиталы, давая имъ непроизводительное назначеніе, и т. д. Но во всякомъ случаѣ уплачиваемый собственниками процентъ былъ невеликъ въ сравненіи съ тѣмъ количествомъ процентовъ, которые брали ростовщики, — 12%<sup>4</sup> въ практикѣ былъ самый заурядный процентъ. Изъ любопытныхъ писемъ

<sup>1</sup> См. Heuzen, *Annal.* XVI, стр. 67; Borghesi, *Inscrizione alimentaria di Terracina*.

<sup>2</sup> *Comum. Plin. Err.* 7, 18.

Плинія мы знаемъ, какъ смотрѣлъ Траянъ на такіе проценты, который долженъ быть уплачиваемъ землевладѣльцами. Плиніи, располагая свободными государственными суммами и желая помѣстить ихъ подъ залогъ недвижности, не скрываетъ отъ Траяна того обстоятельства, что едва-ли найдется кто-нибудь, который пожелалъ бы занять у государства суммы изъ 12%, какъ это можно было бы сдѣлать у ростовщиковъ... Плиніи предлагаетъ императору выбрать одно изъ двухъ: или уменьшить процентъ и въ вѣдствіе того заручиться исправными должниками, или насильно заставить общины взять въ займы государственныя суммы, полагая, что подобное принужденіе будетъ возмѣщено тѣмъ, что общинамъ будетъ навязанъ капиталъ за меньшій процентъ. Очевидно, Плиніи не рассчитывалъ на то, чтобы и при упомянутомъ процентѣ нашлись желающіе добровольно брать деньги на обработку земли. Однако Траянъ отвергъ второе предложеніе Плиніи, какъ несогласное съ правосудіемъ его времени (*non est ex justitia postrogatum temporis*), и принявъ первое, предлагая Плинію опредѣлять величину процентовъ, смотря по количеству лицъ, желающихъ вступить въ обязательственныя отношенія съ государствомъ. Предложеніе Плиніи объ уменьшеніи процента понятно: предложить нуждающимся землевладѣльцамъ свободныя государственныя суммы за 12% нечего было и думать, такъ-какъ экономическое положеніе государства было критическое, — бѣдность, сдѣлавшая какъ путешествія по Италіи, такъ и жизнь въ деревнѣ крайне опасными, дороговизна припасовъ первой необходимости и непроизводительное назначеніе капиталовъ, которые уходили на удовлетвореніе роскоши, на выписку пурпура, сафировъ, смарагдовъ, пантеръ, львовъ, леопардовъ, особаго растенія *costum*, изъ котораго приготовляли дорогую мазь и т. д., изъ Индіи, куда уже при императорѣ Августѣ ходило 120 кораблей, или изъ Аравіи, продукты которой главнымъ образомъ потреблялись покою Иньками: «счастливая Аравія обязана сво-

имъ счастьемъ роскоши римскихъ мертвецовъ»... Слѣд., по мысли Плинія нужно было помѣстить государственныя суммы такимъ образомъ, чтобы платимый процентъ со взятой подъ гипотеку суммы былъ бы только незначительною частью дохода, который можетъ получить землевладѣлецъ.

Б.

Вышеуказанная сумма, назначаемая на содержаніе ребенка, была вполнѣ достаточною, если принять во вниманіе, что дѣти питались больше всего пищей мучнистою. Катонъ на каждаго взрослого раба ежегодно расходовалъ:

|                               |                         |
|-------------------------------|-------------------------|
| пшеницы . . . . .             | 51 модій <sup>1</sup> . |
| вина . . . . .                | 10 амфор <sup>2</sup> . |
| растительнаго масла . . . . . | $\frac{1}{4}$ амфоры.   |
| соли . . . . .                | 1 модій <sup>3</sup> .  |

Одинъ же модій пшеницы стоилъ 2 сестерціи, 1 амфора вина хорошаго 15 сест., но вмѣсто вина (*vinum pativum*) низшіе классы и дѣти употребляли худшій сортъ (*vinum fictivum*), который приготовлялся такимъ образомъ, что вода наливалась на разъ уже выжатый виноградъ, — получался сладкій прохладительный напитокъ, стоящій вдвое дешевле противъ цѣльнаго вина, всего  $7\frac{1}{2}$  с. за амфору; 10 ф. масла стоила 1 ась, 7 модій соли  $\frac{1}{2}$  асса<sup>4</sup>, слѣд. на взрослого человѣка расходовалось:

|                                    |                    |
|------------------------------------|--------------------|
| 51 м. пшеницы по 2 с.              | = 102 с.           |
| 10 амф плох. вина . . .            | = 75 с.            |
| $\frac{1}{4}$ амф. масла . . . . . | = $\frac{1}{2}$ с. |
| 1 м. соли . . . . .                | = $\frac{1}{6}$ с. |

А всего  $177\frac{20}{30}$  с. (около 14 руб.)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> 17 четвериковъ. — <sup>2</sup>  $12\frac{1}{2}$  амфоръ равняется нашимъ 26 ведрамъ.

<sup>3</sup> 1 модій =  $\frac{1}{2}$  нашего четверика.

<sup>4</sup> *Namberger*, De greç. стр. 21; *Hegewisch*, *Beilage V*, 151—160.

<sup>5</sup> Для періода Катона Древняго (518—603 г.)

Послѣ Катона на рынкѣ явился болѣе худой сортъ хлѣба (*similagine*), что должно было уменьшить количество издержекъ на содержаніе раба.

Костюмъ едва-ли могъ значительно уменьшить расходы на содержаніе ребенка, такъ-какъ шерстяная туника или шерстяной плащъ съ парой сандалій считались приличною одеждою, а бѣлье не было извѣстно; нужно, вѣроятно, имѣть въ виду, что всѣ дѣти, для которыхъ были назначены указанныя стипендіи, жили при родителяхъ, для которыхъ слѣд. выдаваемая стипендія служила важнымъ подспорьемъ въ хозяйствѣ вообще.

## 6.

Дѣти, которыя получали вышеуказанное содержаніе (*alimenta publica*), назывались стипендіатами императора, — *ulpiani*, такъ-какъ имя императора Траяна было «*Marcus Ulpianus*». Стипендіаты заносились въ особый списокъ, но до какого возраста они удерживали стипендію, — сказать не можемъ за недостаткомъ положительныхъ данныхъ; можно указать только на распоряженіе послѣдующаго императора, Адриана, постановившаго, что мальчики удерживаютъ стипендію до достиженія 18 лѣтъ, дѣвочки — до 14<sup>1</sup>. Разсмотрѣніе завѣщаній родителей, желающихъ получить для своихъ дѣтей стипендію, выдача стипендій, помѣщеніе свободныхъ государственныхъ капиталовъ подъ залогъ недвижимости, полученіе процентовъ и т. п. составляло особую вѣтвь администраціи, обладавшей многочисленнымъ штатомъ чиновниковъ, стоящихъ въ іерархическомъ подчиненіи, начиная отъ квесторовъ, которые взымали проценты, до префектовъ, какъ лицъ, стоящихъ во главѣ алиментарной администраціи. Назначеніе того

<sup>1</sup> *Ulpianus, Libro II fidei commissorum in l. 14 § 1 Dig. 34. 1, de alimentis et cibariis legatis.*

или другого лица на ту или другую должность по алиментарной администраціи считалось почетнымъ, — такъ, напр., императоръ Пертинаксъ († 192 г.) задолго до восшествія на престолъ былъ алиментарнымъ прокураторомъ; императоръ Дидій Юліанъ († 193) отправлялъ тѣ-же обязанности; на надгробныхъ памятникахъ частныхъ лицъ мы часто читаемъ, что умершій гражданинъ отправлялъ, при жизни своей, ту или другую алиментарную обязанность<sup>1</sup>.

7.

Невольно напрашивается вопросъ: въ какомъ вообще размѣрѣ было произведено подобное распредѣленіе капиталовъ? Если въ предыдущемъ изложеніи мы основывались, главнымъ образомъ, на тѣхъ фактахъ, о которыхъ краснорѣчиво, хотя сухо, свидѣтельствуетъ текстъ, выгравированный на найденныхъ доскахъ, то на предложенный вопросъ можно отвѣчать только гадательно. Основываясь на томъ соображеніи, что императоръ имѣлъ въ-виду поднять земледѣліе посредствомъ поземельнаго кредита, можно сказать, что распредѣленіе свободныхъ государственныхъ капиталовъ было произведено между многими итальянскими общинами, а если это такъ, то, слѣдовательно, и количество дѣтей, получающихъ стипендіи, должно было быть очень-и-очень значительно, но какое именно? Одинъ пѣмецкій ученый, изъ отношенія 6 квадратныхъ миль, занимаемыхъ вельеянской областью, къ 6400 кв. миль всей Италіи, опредѣляетъ капиталъ, распредѣленный между собственниками, въ 54.250.000 талеровъ, 5% съ которыхъ составляютъ 2.712.500 т.; такъ-что количество дѣтей, получавшихъ стипендіи, было не менѣе 300.000, — цифра, быть можетъ, преувеличенная, если принять въ соображеніе какихъ, напр., издержекъ стоило наведеніе моста черезъ Дунай, ниже Пешта

<sup>1</sup> Gruteri, Inscr. CCCCXLI. 1, CCCCXVIII. 7.

(100 г.), но за-то положительно извѣстно, что въ одномъ Ригѣ дѣтей-стипендіатовъ насчитывалось около 5000<sup>1</sup>, которые получали содержаніе подъ условіемъ поступить впоследствии въ военную службу, и что распредѣленіе капиталовъ не ограничивалось только областью Веллен и лигурами, — это доказывается множествомъ медалей съ надписями «ALIM(enta) ITAL(iæ)» и замѣченныя V - мь, VI консульствомъ Траяна, а подобная отиѣтка означаетъ только то, что въ періодъ 105—114 г. были произведены новыя распредѣленія капиталовъ, такъ-какъ обязательства лигуровъ и поземельныхъ собственниковъ области Веллен были заключены въ періодъ 100—103 годовъ.

Дѣятельность императора Траяна вызвала подражаніе со стороны его подданныхъ; такъ, напр., Henzen приводитъ одну надпись, изъ которой видно, что современникъ Траяна Гельвіусъ Базила по завѣщанію отказалъ городу Atina (въ Лаціумѣ, прежде — римская колонія) легать въ 300.000 с. (около 22.000 руб.) на содержаніе изъ процентовъ дѣтей бѣдныхъ родителей<sup>2</sup>; извѣстный писатель Плиній Младшій, пользовавшійся до конца своей жизни милостью и довѣріемъ императора Траяна, пожертвовалъ для подобной же цѣли городу Комумъ, въ которомъ онъ родился, капиталъ въ 300.000 сест., а одна богатая матрона, Целія Мерина, пожертвовала Террачинѣ, въ-память своего сына, капиталъ въ 1.000.000 с., на проценты къ котораго воспитывалось 100 дѣтей<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См. описаніе барельефа, найденнаго въ 1872 г., у Henzen'a, *Bullet. inst. Arch.* 1872. 230, *Discorso di G. Henzen.*

<sup>2</sup> Desjardin, 16; Henzen, *Ann.* 1845.

<sup>3</sup> Henzen, *tab. Væb.* стр. 17. Borghesi, *op. cit.*



Система призрѣнія дѣтей, которую такъ настойчиво и послѣдовательно провелъ императоръ Траянъ, основывалась на соединеніи поземельнаго кредита съ публичною благотворительностью. Что императоръ имѣлъ въ-виду поднятіе земледѣлія, — это несомнѣнно; хотя Плиній Старшій, современникъ императора Веспасіана († 69), и удивляется плодородности итальянской почвы, но это — преувеличеніе, такъ-какъ Плиній плодородность почвы объясняетъ тѣмъ, что полководцы сами обрабатываютъ землю, — объясненіе неправдоподобное; солдаты неохотно оставляютъ свои привычки, и вотъ примѣръ: при Неронѣ сдѣланъ былъ опытъ заселенія Тарента и Анціи (городъ въ Лаціумѣ) оставшими солдатами, но солдаты разбѣжались... По мысли Траяна, каждый земельный собственникъ могъ заключить съ короной нѣсколько обязательствъ подъ условіемъ наложенія или новой ипотеки на свободное имѣніе, если собственникъ имѣлъ таковое, такъ-что каждое имѣніе несло свои повинности отдѣльно; такъ, напр., изъ таблицы, найденной въ Комполаторо, мы видимъ, что нѣкто Валерій Піететь за помѣстье Геркуліанусъ получилъ отъ казны подъ закладную 2000 сест., а впослѣдствіи за помѣстье Вибіанусъ получилъ 1500 с. подъ новую закладную; или же новое обязательство заключалось подъ вторую, третью и т. д. закладную, выдаваемую на одну и ту-же недвижимость, на-сколько это позволяла уже наложенная ипотека, — такъ тотъ-же В. Піететь за вибіанское помѣстье получилъ послѣдовательно девять ссудъ отъ правительства и слѣд. совершилъ девять закладныхъ. Что императоръ имѣлъ въ-виду и спасеніе дѣтей отъ голодной смерти, — это, кажется, не требуетъ представленія новыхъ доказательствъ (см. выше); можно только спросить: чѣмъ руководствовался императоръ, ставя незаконнорожденныхъ дѣтей въ таковое непропорціо-нальное отношеніе съ точки зрѣнія распределенія стипендій? Да,

вѣдь, незаконнорожденныя дѣти отца не имѣютъ съ точки зрѣнія юридической, слѣд. для своей матери они являются только лишнею тяжестью, отъ которой она можетъ избавиться легальнымъ путемъ, — вытравленіемъ, слѣд. процентъ остающихся въ-живыхъ незаконнорожденныхъ былъ невеликъ; обратно, — нужно было поддержать сельское новое населеніе, такъ-какъ прежнее вмѣстѣ съ знатными родами погибло вслѣдствіе междоусобныхъ войнъ и деспотизма предшествующихъ императоровъ. Но лучшимъ средствомъ для подобной поддержки служила общественная благотворительность, обеспечивающая жизнь дѣтей, такъ-какъ родители имѣли въ своихъ рукахъ такъ-же легальное средство избавиться отъ лишняго рта, хотя-бы законнорожденнаго, средство это — или убійство ребенка или выбрасываніе его на улицу, въ поле....

...Если ты хотѣла исполнить мое приказаніе, то надо было умертвить дочь и не увѣрять на словахъ, что она умерщвлена...<sup>1</sup>.

говорить добропорядочный отецъ семейства своей женѣ, которая не выполнила его приказанія, не убила своей дочери... Такъ впервые пробуетъ императоръ Траянъ ограничить власть отца семейства надъ личностью своихъ дѣтей, ту власть, которую римляне называли «величествомъ». Нисколько не удивительно поэтому, если мы встрѣчаемъ такого рода надписи<sup>2</sup>, въ которыхъ дѣти безъискусственно благодарятъ императора за спасеніе имъ жизни, а свѣдѣнія, идущія изъ другого лагеря, жалобы ростовщиковъ на трудное для нихъ десятилѣтіе, показывають намъ, насколько во-время оказанный поземельный кредитъ поразилъ этихъ пьявоевъ, подтачивавшихъ народное благосостояніе.

Императоръ Траянъ умеръ въ 117 г. Мы не имѣемъ свѣдѣній, насколько распространились алиментарныя учрежденія за послѣдніе три года его царствованія: въ 114 г. онъ выступилъ

<sup>1</sup> См. выше, стр. 31.

<sup>2</sup> Напр. Orelli, 2. NN 3363, 3366.

въ походѣ противъ парезитъ, и тѣ медали, которыя относятся къ періоду 114 — 117 г., говорятъ только объ этой послѣдней войнѣ, веденой императоромъ...

Онъ умеръ..., но множество статуй, поставленныхъ въ честь его въ отдаленныхъ деревушкахъ, свидѣтельствуютъ, съ какою неподдѣльною благодарностью отнесся къ нему задавленный средній классъ.... Онъ возвратилъ народу вино и масло — «то, что наиболее пріятно для человѣка» (Plin.)... Онъ былъ благодѣтелемъ дѣтей и другомъ своего народа; — и много много лѣтъ и въ сенатѣ, при поздравленіи императоровъ со вступленіемъ на престолъ, и въ отдаленнѣйшихъ уголкахъ Италіи раздавался возгласъ: «будь счастливъ какъ Августъ и добръ какъ Траянъ!»...

9.

Скажемъ нѣсколько словъ о дальнѣйшей судьбѣ алиментарныхъ учрежденій въ Римѣ.

Императоръ Адрианъ, наследникъ Траяна, старается увеличить капиталъ, распределенный его предшественникомъ, для созданія большаго количества стипендій; при Антонинахъ возникаютъ новыя алиментарныя учрежденія, но преимущественно для дѣвочекъ, которыхъ законодатель стремится избавить отъ возможности стать проститутками, — извѣстно, что въ это время сводничество было выгоднымъ ремесломъ, проституція была обложена особымъ налогомъ, десятилѣтнія дѣвочки всѣми правдами и неправдами заманивались въ столицу... Императоръ Антонинъ Пій въ память своей жены, старшей Фаустины, умершей на третій годъ своего замужества, учреждаетъ новыя стипендіи для дѣвочекъ-сиротъ, которыя и назывались «фаустиновыми дѣвочками». Его преемникъ, Маркъ-Аврелій, опять учреждаетъ новыя стипен-

дін для дѣвочекъ, въ честь своей умершей жени Фаустины младшей (дочь Антонина Піа), а при бракѣ своей дочери съ Луціемъ Веромъ онъ учреждаетъ новыя стипендіи и для мальчиковъ. Въ Римѣ и до настоящаго времени существуетъ барельефъ, на которомъ изображена толпа дѣвочекъ, направляющихся къ Фаустинѣ Junior...<sup>1</sup> При Коммодѣ нечего было и думать не только о созданіи новыхъ подобныхъ учреждений, но даже и о поддержаніи уже существующихъ: «онъ потратилъ, лаконически говорить его біографъ, государственныя деньги на развратъ»; выдача стипендій была превращена; нищетоу развивается до крайнихъ предѣловъ, такъ-что является мысль — не лучше ли изъ этихъ свободныхъ, но голодныхъ гражданъ сдѣлать крѣпостныхъ... Этою мыслью воспользовались впоследствии христіанскіе римскіе императоры... Сама судьба точно сжалилась надъ имперіей: разразилась страшная чума, уносящая ежедневно по 2000 счастливецъ...

Намъ нечего говорить о томъ положеніи, въ какомъ находилась римская имперія со времени смерти Марка-Аврелія, — пусть читатель вспомнитъ Коммода, Геліогабала, борьбу тридцати тиранновъ... Это — время хаоса; время, когда видшіе враги — германцы и паряпе становятся рѣшительнѣе и отважнѣе, кому было заботиться о поддержаніи алиментарныхъ учреждений! Императоръ Пертинаксъ, «скрывши свой стыдъ», какъ замѣчаетъ его біографъ, долженъ былъ формально уничтожить раздачу стипендій, за неимѣніемъ средствъ.

Черезъ сто лѣтъ послѣ смерти Траяна, императоръ Александръ Северъ (222 — 234) попробовалъ было возобновить раздачу стипендій, назначивши для этой цѣли довольно крупный капиталъ, въ честь своей матери — Юліи Маммеи; но объ учрежденіи Севера не упоминается ни на надписяхъ, ни на медаляхъ, а потому мы даже не знаемъ — сколько времени оно существовало, какъ ве-

<sup>1</sup> Zos. гл. I. 154.

лири были стипендіи и т. п. Известно только одно, что стипендіи эти должны были раздаваться только дѣтямъ, рожденнымъ въ Римѣ; впрочемъ, это правило есть общая черта, рѣзко отличающая алиментарныя учрежденія императора Траяна отъ подобныхъ учрежденій, введенныхъ послѣ него его преемниками.

## 10.

Шлоссеръ считаетъ всѣ эти учрежденія «благотворительными заведеніями, подобными нашимъ», — сравненіе невѣрное: наши благотворительныя учрежденія суть учрежденія по-преимуществу закрытыя, отъ которыхъ римлянинъ отвернулся бы съ ужасомъ, — всякое закрытое заведеніе, по мнѣнію римлянина, болѣе или мене опасно для государства; вотъ почему и по постановленію Траяна, какъ и его послѣдователей, дѣти, получающія стипендіи, все-таки остаются при родителяхъ, не отрываются отъ нихъ, не помѣщаются въ какое-либо заведеніе для воспитанія. Съ этой точки зрѣнія римское право строго послѣдовательно, проводя при всѣхъ возможныхъ случаяхъ принципъ, что воспитаніе дѣтей есть дѣло отца, а не государства, какъ-бы оно ни было заинтересовано въ правильномъ воспитаніи будущихъ гражданъ. Какъ-разъ противоположное воззрѣніе проводили греки. Шлоссеръ вообще осуждаетъ попытки римскихъ императоровъ привить къ римскому обществу алиментарныя учрежденія, благодаря которымъ, думаетъ онъ, граждане привыкли возлагать на государство и общество заботу о своихъ частныхъ дѣлахъ. Мы не согласны и съ этимъ мнѣніемъ почтеннаго историка, такъ-какъ императоры, вводившіе алиментарныя учрежденія, имѣли въ виду не прокормленіе лѣнтяевъ, а дѣтей бѣдныхъ родителей, стремясь вмѣстѣ съ тѣмъ обосновать эти учрежденія на широкомъ развитіи поземельнаго кредита. Правда, механизмъ этихъ учрежденій не былъ совершенъ, правда, что, при тогдашнихъ вой-

нахъ, при вторженіяхъ варваровъ, при повсемѣстномъ распро-  
страненіи науперизма, одинъ ударъ останавливалъ дѣйствіе ме-  
ханнизма; но развѣ теперь неудачная война не обезсиливаетъ пра-  
вительства, не заставляетъ ли дѣлать долги, не заставляетъ ли  
обращать одни долги въ другіе, не отражается ли это вообще на  
экономическомъ положеніи страны!?

Мы сдѣлаемъ другой упрекъ, упрекъ, относящійся ко всѣмъ  
императорамъ, которые заботились о народонаселеніи Италіи: ка-  
кимъ образомъ они не рѣшились убійство ребенка отцемъ счи-  
тать уголовнымъ преступленіемъ, заботясь въ то-же время о про-  
питаніи дѣтей немущихъ родителей!?

Изученіе поземельнаго кредита въ Римѣ приводитъ къ заклю-  
ченію, что римское правительство, распредѣляя государствен-  
ныя суммы за незначительный процентъ между сельскимъ насе-  
леніемъ, имѣло въ-виду:

облегчить для населенія пріобрѣтеніе земельной собствен-  
ности и тѣмъ сдѣлать невозможною концентрацію земли въ ру-  
кахъ капиталистовъ,

поддержатъ существующія сельскія хозяйства во-время ока-  
заннымъ дешевымъ кредитомъ на счетъ суммъ фиска, чѣмъ уни-  
чтожалась необходимость для сельскихъ хозяевъ занимать деньги  
за большіе проценты у ростовщиковъ, которые скупали земли,  
принадлежація несостоятельнымъ должникамъ, а та —

тѣсная связь, въ которую были поставлены поземельный кре-  
дитъ и призрѣніе дѣтей, показываетъ, что правительство смо-  
трѣло на мелкую поземельную собственность какъ на самую мо-  
гуществвенную гарантію будущихъ поколѣній.

## VI.

### ОБЯЗАННОСТЬ РОДИТЕЛЕЙ СНАВЖАТЬ СВОЮ ДОЧЬ ПРИДАНЫМЪ ПРИ ВЫХОДѢ ЕЯ ЗАМУЖЬ.

Отецъ, выдавая свою дочь замужъ, долженъ былъ, по-обычаю, снабдить ее приданнымъ (dos), безъ котораго, по понятію римлянина, бракъ невозможенъ; такъ, напр., въ одной изъ своихъ комедій Теренцій выводитъ отца, который отказывается въ своемъ согласіи на бракъ только потому, что «невеста его сына прежде всего бѣдна»; у Плавта отецъ высказываетъ свое изумленіе, узнавши отъ сына о намѣреніи его жениться на бѣдной дѣвушкѣ: «она—безприданница, неужели ты хочешь на ней жениться?»<sup>1</sup>. Это изумленіе отца — понятно, ибо, по понятію римлянина, безприданницу можно взять только въ конкубины, такъ-что въ тѣхъ случаяхъ, когда являлось сомнѣніе при разрѣшеніи вопроса: «такія-то лица дѣйствительно ли супруги», — юристъ совѣтуетъ посмотрѣть прежде всего на то: «существуетъ ли приданое или его нѣтъ, ибо нѣтъ брака безъ приданого<sup>2</sup>, которое есть специальное созданіе древняго римскаго права<sup>3</sup>. Этотъ обычай «надѣленія дочери приданнымъ», который Легоувэ называетъ «belle ordonnance», высказывая сожалѣніе, что онъ не принять Code civil<sup>4</sup>, объясняется тѣмъ, что по римскому праву дочь принимала равное участіе съ своими братьями въ наслѣдствѣ своего отца; вотъ почему, выходя замужъ, она, получая

<sup>1</sup> На сколько велики были приданья въ древнемъ періодѣ, см. примѣры въ нашемъ соч. «Ученіе о законнорожденности» etc. стр. 202.

<sup>2</sup> L. 3 Dig. 23. 3.

<sup>3</sup> *Justissima causa*, l. 3 § 1 Dig. 6. 2; Gimmerthal, ad h. l.

<sup>4</sup> Legouvé, p. 111.

отъ отца приданое, отказывалась отъ своей [наслѣдственной доли въ имуществѣ отца]<sup>1</sup>. Съ точки зрѣнія брака назначеніе приданого — облегченіе тяжестей, вызываемыхъ бракомъ (*onus matrimonii*), которыя ложатся на мужа, какъ на естественнаго главу семьи, а эти тяжести суть содержаніе и воспитаніе дѣтей, вотъ почему назначеніе приданого есть «*regretua*»<sup>2</sup>, т. е. мужъ приобретаетъ его себѣ навсегда, — ни жена, ни ея наслѣдники никогда не могутъ получить его назадъ, обратно, ибо оно приносится въ-виду имѣющихъ родиться дѣтей, а известно, что цѣль брака — рожденію дѣтей (*liberorum quærendorum*)<sup>3</sup>. Конечно, этотъ принципъ о невозможности для жены вытребовать отъ мужа принесенное приданое имѣлъ значеніе до-тѣхъ-поръ, пока римская семья не разложилась; на-оборотъ, когда наслѣдственными права женщины въ имуществѣ отца были сужены, когда пришлось законодателью ограничить роскошь и когда, наконецъ, безграничная свобода развода давала мужьямъ возможность пожить на-счетъ приданого жень, послѣдовательно прогоняя одну за другою, но удерживая у себя приданое каждой, пришлось напомнить, что публичный интересъ требуетъ того, чтобы женщины имѣли приданое въ той цѣли, чтобы могли выходить замужъ<sup>4</sup>; вотъ почему намѣчается другой принципъ, чтобы мужъ въ моментъ полученія приданого давалъ бы формальное обѣщаніе возвратить жень, въ случай развода съ нею, полученное отъ нея приданое: этого

<sup>1</sup> Впоследствии, когда она удерживала это имущество наслѣдствомъ, требовалась *collatio dotis*.

<sup>2</sup> L. 1 Dig. 23. 3.

<sup>3</sup> Известно, что въ наукѣ — споръ по вопросу: какия права принадлежатъ мужу относительно приданого его жень? Мы думаемъ, что, для дѣтскаго права, приданое имѣло въ-виду ту-же цѣль, какую преслѣдовалъ бракъ, т. е. увеличеніе семьи, слѣд. *dos* приобретается мужемъ, главой семьи, для семьи же, — этимъ и объясняется *unitas patrimonii*.

<sup>4</sup> L. 2 Dig. 23. 3, l. 1 Dig. 24. 3, l. 18 Dig. 42. 5. Въ древнемъ правѣ, на-оборотъ, наиболее выдвигалась *uiviva*.



требуетъ справедливостъ<sup>1</sup>; но область справедливости, какъ мы сказыали выше, оказалась благодарнымъ поприщемъ: мало-помалу обязанность возвращенія приданого по договору была обращена въ законную обязанность; справедливость требовала также-же, чтобы и въ случаѣ смерти жены ея приданое получала бы обратно ея отецъ, какъ-бы въ утѣшеніе за потерянную дочь<sup>2</sup>; справедливость также требовала, чтобы при возвращеніи приданого жены были (или приняты въ расчетъ) интересы ея бытъ можетъ влюбленныхъ дѣтей, врѣзанныхъ въ бракъ, вотъ почему, при возвращеніи приданого, удерживается часть его на содержаніе дѣтей (*retentiones propter liberos*)<sup>3</sup>, и этотъ вычетъ имѣлъ тѣмъ болѣе важное значеніе, что дѣти весьма долго не имѣли въ принципѣ права наследованія *ab intestato* въ имущество своей матери, слѣдовательно судѣлась юридическимъ *non solum*, когда дѣти получили право наследованія въ имущество своей матери — съ того времени этотъ вычетъ уже сталъ чистымъ барышемъ для нихъ отца (*lucrum*)<sup>4</sup>.

Дву-трѣ правоюмъ обязанность (*officium*) отца надѣлать своею донь приданнымъ императоръ Августъ возведъ въ юридическую<sup>5</sup>. Мы уже видали<sup>6</sup>, что Августъ, предвидя случай упорнаго отказа отца въ согласіи на бракъ своей дочери, постановилъ, что въ подобныхъ случаяхъ судья можетъ дать это согласіе; но отецъ могъ дать согласіе на бракъ дочери, и вслѣдствіе тѣхъ или иныхъ соображеній отказываетъ установить для нея приданое; вотъ почему Августъ, высказавши общее поста-

<sup>1</sup> Gell. 4. 3; Beshman, 1. 72.

<sup>2</sup> L. 6 Dig. 23. 3.

<sup>3</sup> Вычетъ этотъ, по мнѣнію Voigt'a, опредѣляется быль по закону *Mania*, а ранѣе онъ опредѣлялся по усмотрѣнію судьи, *Czyhlarz*, 346.

<sup>4</sup> L. 16. 20 § 1, 30 § 1 Dig. 11, 7, l. 10 § 1 Dig. 24. 3, l. 11 § 4 Dig. 27. 6. l. 2 Dig. 33. 4, l. 11 § 3 Dig. 48. 6.

<sup>5</sup> Hasse, 346, *Czyhlarz*, 172, *Unterholzner*, 2, § 547, *Glück*, 25. 56. *Mandry*, 1. 235, въ этомъ постановленіи видитъ вліяніе юриспруденціи.

<sup>6</sup> См. выше стр. 51.

новленіе, что отецъ не долженъ отказывать въ своемъ согласіи на бракъ дочери, прибавляетъ, что отецъ долженъ снабдить ее приданнымъ<sup>1</sup>, слѣд. съ точки зрѣнія закона отказъ отца въ согласіи на бракъ и отказъ установить приданое разсматриваются однозначущими<sup>2</sup>. Количество приданого опредѣляется имуществомъ отца<sup>3</sup>, правами состоянія дочери и ея мужа<sup>4</sup>, по судебной оцѣнкѣ (*boni viri arbitratu*); срокъ договора о приданомъ начинается съ момента свадьбы<sup>5</sup>. Та-же обязанность со времени императора Діоклитіана возлагается на мать, впрочемъ «*ex magna et probabili causa*», а дѣйствительно ли существуетъ эта «*magna causa*» — предоставлено усмотрѣнію судьи<sup>6</sup>. Отецъ не только обязанъ снабдить приданнымъ дочь, находящуюся въ его власти, но и дочь, имъ эманципированную, и понятно почему: обязанность снабженія приданнымъ основывается на любви отца къ своей дочери<sup>7</sup>, которая не исчезаетъ послѣ эманципаціи<sup>8</sup>.

Искъ о выдачѣ приданого дочь можетъ сама предъявить къ отцу<sup>9</sup> или къ его наслѣдникамъ<sup>10</sup> въ Римѣ — предъ преторомъ, въ провинціяхъ — предъ проконсуломъ или губернаторомъ. Насколько отецъ могъ противъ предъявленнаго дочерью иска выставить отводъ о несоблюденіи ею обязанности вѣчнаго почте-

<sup>1</sup> L. 19 Dig. 23. 2.

<sup>2</sup> L. 72 § 4 Dig. 35. 1. По поводу конституціи импер. Севера и Антонина см. Mandry, 1 235 и пр. 2.

<sup>3</sup> Pro modo facultatum, l. 60. 69 § 4. 5 Dig. 23. 3, l. 19 § 1 Cod. 1. 5.

<sup>4</sup> L. 60 cit., l. 69 § 4 Dig. cit. l. 43 Dig. de legg. 32 [3].

<sup>5</sup> L. 45 pr. 48 pr. 23. 3, Tigerstrom, 1. 158 f.

<sup>6</sup> L. 14 Cod. 5. 12, l. 7 Cod. 5. 11, Czyhlarz, 174; Windscheid, § 493 пр. 6, Mandry, 238.

<sup>7</sup> L. 1 § 10 Dig. 38. 5, l. 5 § 11 Dig. 23. 3. <sup>8</sup> Въ этомъ смыслѣ въ l. 7 Cod. cit. [выше пр. 6] выраженіе «*omnino* [omni modo, Glück, 25. 71] *progenie*» означаетъ вообще дѣтей законнорожденныхъ, а не находящихся только въ отцовской власти; а слова «*ex sua liberalitate*» уже и *gl. 10* понимаетъ въ смыслѣ «*ex sua substantia*».

<sup>9</sup> L. 5 Cod. 5. 11. <sup>10</sup> L. 48 Dig. 23. 3, l. 29 pr. Dig. ib.

ніа,—споренъ; но замѣчаніе современнаго изслѣдователя<sup>1</sup>, что отецъ можетъ отказать дочери въ установленіи приданаго въ томъ случаѣ, если она вышла замужъ безъ его согласія—невѣрно, такъ-какъ по общему правилу безъ согласія отца бракъ дочери немислимы и слѣд. не можетъ быть и вопроса о снабженіи ея приданнымъ<sup>2</sup>.

Императоръ Юстиніанъ такъ-же призналъ обязанность родителей надѣлать выходящую замужъ дочь приданнымъ; эта обязанность не ушла отъ вліянія религіи, такъ-какъ было постановлено, что отецъ-еретикъ, а при его бѣдности восходящіе по отцу и восходящіе по матери еретики должны всегда снабжать приданнымъ свою нисходящую православнаго исповѣданія<sup>3</sup>. Но такъ-какъ со времени императора Юстиніана возвращеніе приданаго при уничтоженіи брака стало общимъ правиломъ, то говорить о вычетахъ на содержаніе дѣтей сдѣлалось излишне (*verbovitas*)<sup>4</sup>, ибо дѣти пользовались правомъ наследованія въ имуществѣ матери<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Mandry, 241.

<sup>2</sup> § 12 Inst. 1. 10, l. 7 Cod. 5. 4.

<sup>3</sup> L. 19 § 1 Cod. cit. [выше стр. 184, пр. 3].

<sup>4</sup> L. 1 § 5 Cod. 5. 13.

<sup>5</sup> На другихъ вопросахъ, возникающихъ при обсужденіи этой обязанности родителей, мы не считаемъ необходимымъ останавливаться, такъ-какъ болѣе или менѣе подробный ихъ разборъ вывелъ бы насъ за предѣлы нашей задачи: изученіе обязанности родителей въ связи съ законною защитой дѣтей. См. однако Mandry; бѣглый очеркъ контроверсъ у Strippelman'a, *Neue Sammlung etc.* 1 ff., Koch, § 207.

## ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Мы видимъ теперь, что по праву императора Юстиніана отецъ не имѣетъ такой абсолютной власти надъ дѣтми, какою онъ обладалъ нѣкогда: отцу теперь принадлежатъ родительскія права съ цѣлю воспитанія дѣтей, которое объясняетъ его право исправленія дѣтей, т. е. приложеніе домашнихъ дисциплинарныхъ мѣръ; за приложеніемъ другихъ болѣе серьезныхъ мѣръ отецъ долженъ обратиться въ судъ, хотя судебного разбирательства, процесса между отцемъ и сыномъ не будетъ; праву воспитанія соответствуетъ право отца опредѣлить своимъ дѣтямъ мѣсто-пробываніе, въ тѣхъ-же цѣляхъ воспитанія; въ интересахъ дѣтей отцу принадлежитъ право согласія на ихъ бракъ, при упорномъ, безосновательномъ отказѣ на бракъ сына, дочери, все равно какъ и при отказѣ установить приданое для дочери, можетъ послѣдовать вмѣшательство судьи.

Отцовская власть при существованіи брака исключительно принадлежитъ отцу, какъ лицу, стоящему во главѣ семьи; но послѣ прекращенія брака — вслѣдствіе ли развода или смертью мужа — право воспитанія можетъ быть передано матери.

Между родителями и дѣтми признается взаимное право и обязанность на содержаніе (*jus et obligatio correlata*). Дѣти обязаны оказывать почтеніе родителямъ, юридическій образъ котораго опредѣляется невозможностью предъявлять опредѣленные искъ къ родителямъ и привилегіей *beneficium competentiae*.

И все-таки отцовская власть до известной степени является правомъ отца, которое сказывается въ томъ, что отецъ можетъ продавать своихъ новорожденныхъ дѣтей съ правомъ выкупа ихъ впоследствии за деньги или замѣной работъ той-же цѣнности.

Наконецъ, удержавшееся право отца предъявить вещный искъ, искъ о кражѣ, искъ о нарушеніи владѣнія — указываютъ намъ, что отцовская власть нѣкогда разсматривалась какъ право отца, удовлетворяющее исключительно его эгоистическіе интересы, и что только медленно и постепенно дошли до сознанія, что въ отцовской власти коренятся обязанности, обуславливаемыя интересами дѣтей. Если отецъ забываетъ эти обязанности, то право воспитанія не только при его жизни можетъ быть передано его женѣ, матери дѣтей, но онъ и совсѣмъ можетъ потерять свою отцовскую власть надъ ними.

## ЦИТИРОВАННЫЕ АВТОРЫ.

- A begg, *De antiquissimo Romanorum jure criminali*. Regiom. 1823.
- Apuleji, *Opera*. Altenburgi. 1778.
- Arndt, *Lehrbuch der Pandekten*. München. 1868.
- Aristoteles, *Græce et lat. ex recensione Im. Bekkeri edidit academia regia Borussica*. Berolini. 1831—36.
- Arnold, *Cultur und Rechtsleben*. Berlin. 1865.
- Arnold, *Cultur und Recht der Römer*. 1868.
- Augustini. *De civitate Dei libri XXII, operâ Sadler*. Ingolstadt. 1737.
- Аваревичъ, *О различіи между опекой и попечительствомъ по римскому праву*. Спб. 1872.
- Bachofen, *Das Röm. Pfandrecht*. I. Basel. 1847.
- Bachius, *Unpartheyische Kritik über juristischen Schriften*. Bd. IV. 1752.
- Bähr, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*. Cassel und Götting. 1867.
- Bayer, *De patre ad liberos qui bona habent alendos obligato*. *Opuscula academica*. I. Lips. 1787.
- Bayer, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozess*. München. 1858.
- Beaune, *Introduction à l'étude historique du droit coutumier français jusqu'à la redaction officielle des coutumes*. Paris. Lyon. 1880.
- Beauregard, *Organisation de la famille sous la legislation romaine*. Paris. 1879.
- Béchamp, *Du fondement et de la nature de l'autorité paternelle*

- en droit romain (въ Revue catholique des institutions et du droit, par une société des jurisconsultes. XVI, 3. 1881).
- Bechmann, Das römische Dotalrecht. Erlangen. 1863.
- Berner, De divortiis apud Romanos. 1842.
- Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozess. I. 1865.
- Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts. Leipz. 1853.
- Böcking, De mancipii causa commentatio. Berol. 1826.
- Böcking-Bettman-Hollweg-Puggé. Corpus juris Romani ante-justiniani. 1844.
- Boehmer, Jus ecclesiasticum protestantium. III. 1723.
- Böhmer, Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam. Franc. ad M. 1756.
- Böhmer, Exercitationes ad Pandectas. Hanov. et Götting. 1745—64.
- Borghesi, Oeuvres complets. Oeuvres epigraphiques. T. 2. Inscriptione alimentaria di Terracina. Paris. 1862.
- Briegleb, Summatim cognoscere, quid et quale fuerit apud Romanos. 1843.
- Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen. 1869.
- Brissonius, Opera minora. Lugd. Bat. 1741.
- Brissionius, De verborum quæ ad jus civile pertinent significatione, ed. Heneicci. Halæ Magd. 1743.
- Bruhn, Sammlung von Entscheidungen des OAG. zu Lübeck.
- Bruns, Fontes juris Romani antiqui. 1871.
- Bruns, Bibliotheca ecclesiastica. Canones Apostolorum et conciliorum sæculorum IV, V, VI, VII. Cum præfatione Augusti Neandri. Berolini. MDCCCXXXIX.
- Bucher, Das Recht der Forderungen. Leipz. 1830.
- Buchholtz, Juristische Abhandlungen aus dem Gebiete des heutigen Römischen Rechtes. Königs. 1833.
- Buchka und Budde, Entscheidungen des grossherzoglich.-Meklenburgischen Oberappellationsgericht zu Rostock. I. 1857.
- Buengner, Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht mit Berücksichtigung particularer Rechte. Leipzig. 1879.
- Bülow und Hagemann, Praktische Erörterungen. IV. VIII. Hannover. 1798.
- Burchardi, Das gemeinrechtliche Erziehungsrecht (въ Arch. für civilistische Praxis. VIII, 161—190).

- Busch, Theoretisch-praktische Darstellung der Rechte geschwächte  
Frauenspersonen gegen ihre Verführer der unehelichen Kinder  
gegen ihr Erzeuger. Ilmenau. 1828.
- Bynkershöck, Opera omnia. Lugduni Batav. 1767. . .
- Cæsaris Commentarii. Recognovit Oehler. Lips. 1853.
- Cannegieter, Observationes juris Romani lib. IV. Lugd. 1772.
- Celsi, De re medica, libri octo, recensuit Valart. Paris. 1772.
- Chambellan, Études sur l'histoire du droit français. Paris. 1848.
- Christianson, Zur Lehre von der naturalis obligatio und condic-  
tio indebiti. Kiel. 1844.
- Ciceronis, Opera omnia, recens. Ernesti. Halis. 1766 [Cicero-  
nis, De republica librorum fragmenta, recens. Osannus. Göt-  
ting. 1857].
- Cohen, Description historique des monnaies frappées sous l'empire  
Romain. 1859—1862, 1868.
- Colerus, Tractatus de alimentis. 1772.
- Coscia, Degli alimenti secondo il diritto romano ed il diritto ci-  
vile italiano. Napol. 1877.
- Crementius Cordus (Labatut), La corruption électorale chez les  
Romains. 1877.
- Cujacius, Opera omnia ad parisiensem Fabritianam editionem di-  
ligentissime exacta. 1758.
- Czyhlarz, Das römische Dotalrecht. 1870.
- Deiters, De mancipationis indole et ambitu. Bonn. 1854.
- Demelius, Die Exhibitionspflicht. 1872.
- Demelius, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogma-  
tischen Bedeutung. Weimar. 1858.
- Dernburg, Rede gehalten beim Antritt der Professur des gemei-  
nen Civilrechts an der Universität Zürich den 18 November  
1854. Zürich. 1854.
- de Frequet, De l'origine politique et de l'importance de la dis-  
tinction des res Mancipi et nec Mancipi dans l'ancien droit ro-  
main (Bull. Revue historique de droit français et étranger. T.  
3. 1857).
- Desjardins, De tabulis alimentariis. Paris. 1854.



- Dionysius Halic. Opera omnia, quibus fragmenta ab Ang. Majo nuper reperta. Lips. 1829.
- Dirksen, Hinterlassene Schriften. Zur Kritik und Auslegung v. herausg. v. Sanio. 1871.
- Dirksen, Civilistische Abhandlungen I. Berl. 1820.
- Dirksen, Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik u. Herstellung des Textes der Zwölftafel Fragmente. Leipz. 1824.
- Dirksen, Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des römischen Rechts. Leipz. 1823.
- Dubois, Institute de Gajus, d'après l'Apographum de Studemund. Paris. 1881.
- Du-Boys, Histoire du droit criminel des peuples anciens. Paris. 1845.
- Du-Boys, Histoire du droit criminel des peuples modernes. Paris. 1854.
- Du-Roi, Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio personam, jus in re und obligatio (въ Arch. für civ. Prax. VI 1831).
- Eckhel, Doctrina nummorum. VI. 1798.
- Ende, Vermischte juristische Ausführungen. Hannov. 1816.
- Faber, Jurisprudentiæ Papinianæ scientia. 1650.
- Faber, Tractatus de erroribus pragmaticorum. Lugd. 1615.
- Frontinus, Opera ad optimas editiones collata. Stud. societ. Bipontinæ. Biponti. 1788.
- Fustel de Coulange, Étude sur la propriété à Sparte (въ Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. V. Paris. 1880).
- Фюстель-де-Куланжъ, Гражданская община античнаго мира. Переводъ Корша. Спб. 1867.
- Goudsmit, Studemund's Vergleichung der Veroneser Handschrift. Kritische Bemerkungen zu Gajus. Uebersetzt von Sutro. Zweites Heft. Utrecht. 1876.
- Gebauer, Dissert. I et II de patria potestate. Götting. 1750—51.
- Gebauer, Exercitationes academicæ. I. Erford. 1776.
- Gellii, Noctium Atticarum libri XX. Recens. M. Hertz. Lips. 1853.
- Genz, Das patricische Rom. Berlin. 1878.
- Gimmerthal, Die publicianische Klageu. Mancipatio. Bremen. 1872.
- Giraud-Teulon, Les origines de la famille. 1874.

- Globig, Ueber die Gründe und Grenzen der väterlichen Gewalt.**  
Dresden und Leipzig. 1789.
- Glück, Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. 1803.
- Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. 2. 28. 1826.
- Göttling, Geschichte der römischen Staatsverfassung. Halle. 1840.
- Griesinger, Geschichte der Suität. 1807.
- Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. par J. Barbeyrac. 2. Leide. MDCCLIX.
- Gruterus, *Inscriptiones antiquæ*. Amstel. 1707.
- Hænel, *Lex Romana Visigothorum*. Lipsiæ. MDCCLXIII.
- Hænel, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Justinianum latarum*. Lipsiæ. MDCCLVII.
- Hamberger, *De pretiis rerum apud veteres Romanos*. 1754.
- Harprecht, *Commentarius in titul. IX—XII lib. I Institutionum*.  
Tubingæ. 1607.
- Harprecht, *Dissertationes academicæ*. 1689.
- Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten nach römischem Recht*. 1. Berl.  
1824.
- Hassold, *Synopsis variar. immutationum et ambitus et acquisitionis solutionisque patriæ Romanorum potestatis*. Onoldi. 1833.
- Heffter, *Ueber die causa adjecta s. expressa bei Vindicationen* (*verh. Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Dritten Jahrganges zweites Heft*. 1829).
- Heffter, *Institutionen des römischen und teutschen Civilprozesses*.  
1825.
- Hegewisch, *Ueber die für die Menschheit glücklichste Epoche in die römische Geschichte*. 1800.
- Heineccius, *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma secundum ordinem institutionum Justiniani digestum*, ed. Mühlenbruch. 1841.
- Helvetius, *De l'homme et de son éducation* (*Oeuvres. IV. Paris. An XII. [1803]*).
- Henzen, *Annali de l'istituto di corrispondenza archeologica Roma. XVI. 1844*.
- Henzen, *Tabula alimentaria Baebionorum*. Rome. 1845.
- Heymann, *Die Entbindung lebloser Schwangern mit Beziehung auf die lex Regia*. Coblenz. 1832.

- Traductiones des œuvres médicales Hippocrate sur le texte grec d'après l'édition de Foes. II. Toulouse. MDCCCI. (an 9).
- Hobbes, Leviathan, oder der kirchliche und bürgerliche Staat. Halle. 1794 [Hobbes, Elementa philosophica de civē. Basiliæ. 1782].
- Hörmel, Rhapsodia quæstionum in foro obvenientium. Lips: 1765.
- Hotomanus, Opera. 1. Genève. 1599.
- Humes, Of the Populousness of ancient Nations (Essays moral, political and literary. I. Lond. 1875).
- Huschke, Kritische Miscellen *et* Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. X. 1839.
- Huschke, Studien des römischen Rechts. Breslau. 1830.
- Huschke, Zum vierten Buch des Gajus (*et* Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. XIII).
- Ihering, L'esprit du droit romain. Paris. MDCCCLXXX.
- Heidelbergische Jahrbücher. 1817.
- Jensen, De patria Romanorum potestate pro Gebauro adversus Robertum. Suerin et Bützov. 1784.
- Jülliani Imperatoris Opera quæ supersunt omnia. Lips. 1696.
- Junghans, Historia juris civilis de divortiorum causis et penis ex legibus utriusque codicis et novellis illustrata. Lips. 1782.
- Justelli, Codex canonum ecclesie Africanæ. Paris. 1665.
- Justini Philosophi Martyris. Opera. Colonia. 1686.
- Juvénalis, Satiræ XVI ad optimorum exempl. recens. Ruperti. Lips. 1801.
- Карасевичъ, Гражданское обычное право Франціи въ историческомъ его развитіи. М. 1875.
- Keller, Institutionen. Grundriss und Ausführungen. 1861.
- Kilenze, Die Cognaten und Affinen nach Römischem Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten (*et* Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. VI. 1828).
- Koch, Das Recht der Forderungen. Berl. 1859.
- Koenen, Specimen historico-juridicum de patria potestate et statu familiae, principiorum juris romani fonte præcipuo. Amstelodami, MDCCXXXI.
- Königswarter, Histoire de l'organisation de la famille en France depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. Paris. 1851.

- Kuntze, Excuse über römisches Recht. Leipz. 1869.
- Laboulaye, Essai sur les lois criminelles des romains concernant la responsabilité des magistrats. Paris, 1845.
- Lactantii Firmiani, Opera omnia quæ extant, ad optimas editiones collata studiis societatis Bipontinæ. 1—2. Biponti, 1786.
- Diogenes Laertius, De vitis, dogmatibus et apophthegmatibus clarorum philosophorum libri V priores, recens. a P. D. Longolio. 1—2. Curia regnitianæ. 1739.
- Laferrière, Histoire du droit français. 2. Paris. 1846.
- Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen- Familien- und Vormundschaftsrechts. Zweite umgearbeitete Auflage. Tübingen. 1881.
- Lange, Römische Alterthümer. I. Berlin. 1856.
- Lebeau, Histoire du Bas-Empire. VI. 1827.
- Lederlin, Dissertations sur 1<sup>o</sup> la puissance paternelle, d'après les principes du Droit romain, 2<sup>o</sup> les effets du Droit de suite en matière hypothécaire, d'après les principes du Code Napoléon. Strasbourg. 1854.
- Legouvé, Histoire moral des femmes. Quatrième édition. Paris. 1864.
- Leist, Das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. Jena. 1855.
- Leo Studien und Skizzen zu einer Naturlehre des Staates. Erste Abtheilung. Halle. 1833.
- Leuser, Meditationes ad Pandektas. 1. Lips. et Guelferb. 1741.
- Leuser, Specimen jurisprudentiæ Pauli quoad rem tutelarem. 1736.
- Linde, Lehrbuch des deutsch-gemeinen Civilprozesses. 1850.
- Titi Livii, Ab urbe condita libri. Recogn. W. Weissenborn. Lips. 1852—56.
- Madwig, Die Verfassung, und Verwaltung des römischen Staates. Zweiter Band. Leipz. 1881.
- Malblanc, Principia juris Romani. 1. Tübing. 1801.
- Mandry, Das gemeine Familiengüterrecht. 1. Tübing. 1871.
- Marezoll, Revision der Lehre von den sogenannten Adventitien (in Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. VIII. 1835).
- Martin, Histoire de France etc. 1. Paris. 1860.
- Matthäi, Commentarius ad Institutiones etc. Traiecti ad Rh. 1672.

- Mayer**, Geschichte der Strafrechte, Vergleichende Darstellung der strafrechtlichen Gesetze und Bestimmungen aller Kulturvölker etc. Trier. 1876.
- Mayer**, Ueber das *duplex dominium* des römischen Rechts (въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. VIII. 1832)
- Meermann**, De rebus mancipi et nec mancipi. 1741.
- Mejer und Schöman**, Der Attische Prozess. Hallæ. 1824.
- Merillius**, Observationum libri VIII etc. Neapoli. 1720.
- Michelet**, Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel. Paris. 1837.
- Mommsen**, Die römische Tribus in administrativer Beziehung. 1844.
- Mommsen**, Römisches Staatsrecht. Leipz. 1871.
- Моммсенъ**, Римская исторія. Переводъ съ нѣмецкаго Пестякова. Часть 1. М. 1861.
- Morillot**, De la condition des enfants nés hors mariage en Europe et spécialement en France dans l'antiquité, au moyen âge et de nos jours. 1865.
- Moser**, Beiträge zu der römischen Gesetzkunde und röm. Rechtsgeschichte. Stuttgart. 1815.
- Mühlenbruch [Glück]**, Fortsetzung des Glück'sche Pandekten XXXVI. 1833.
- Müller**, Können Geschwister von einander die Alimente erzwingen? (въ Arch. f. civ. Prax. XIII. 1830).
- Muratori**, Exemplar tabulæ Trajanæ pro pueris et puellis alimentariis reipublicæ Vellejatum in Italia institutis. 1749.
- Muther**, Sequestration und Arrest. Leipz. 1856.
- Cornelii Nepotis**, De vita excellentium imperatorum, ed. Cellarii. Lips. 1761.
- Neuner**, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse. Kiel. 1866.
- Neustetel und Zimmern**, Römisch-rechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung. 1821.
- Niebuhr**, Histoire romain. Traduit de l'allemand sur la troisième édition par De-Golberg, 2. 4. Paris. 1830.
- Noodt**, Opera omnia. 1—2. Lugd. Bat. 1724.
- Orellius**, Inscriptioꝝum latinarum selectarum amplissima collectio, 2. 1828.

- Ortloff, Ueber den Einfluss der stoischen Philosophie auf die römische Jurisprudenz. Eine philosophisch-juristische Abhandlung. Erlangen. 1797.
- Osten de Bryn, Discursus ad tit. Instit. de patria potestate. Harlem. 1751.
- Paschalis, De viribus patriæ potestatis. Venetiis. 1655.
- Pauli Diaconi, Excerpta et Sex. Pompeii Festi fragmenta continens (Corpus grammaticorum latinorum veterum collegit, auxit, recensuit Fridericus Lindemannus, tomus II). Lipsiæ. CIOIOCCCXXXII.
- Pellat, Exposé des principes généraux de la propriété. 1853.
- Pernice, Marcus Antistius Labeo. Das Römische Privatrecht in ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. I. Halle, 1873.
- Pfordten, Abhandlungen aus dem Pandekten Rechte. 1849.
- Platon's, Sämmtliche Werke. Uebersetzt von Hyer. Müller, mit Einleitungen begleitet von K. Steinhart. V. Leipz. 1855.
- Plautus, Comoediæ, recens. Ritschellius. Bonnæ. 1848—54.
- Plinii Cæciliæ Secundi Epistolæ et Panegyricus, studiis societatis Bipontinæ. 2. Liponti. CIOIOCCCLXXXIX.
- Plutarchus, Quæ supersunt omnia. Ann. instruxit Reiske. Lips. 1774—82.
- Polyänus u. S. J. Frontinus, Kriegsranke der berühmtesten Feldherren und einiger Heldinen, übersetzt v. J. Ch. Kind. 1750.
- Polybii, Historiarum quidquid superest. Recens. Schweighäuser. 1789—95.
- Poncelet, Cours d'histoire du droit Romain. Paris. 1843.
- Pontanus, Tractatus de alimentis. 1772.
- Pothier, Pandectæ Justiniani in novum ordinem digestæ. XX. 1821.
- Pratus, Franciscus Marius, De annotationibus ad celeberrimum tractatum de vir. p. p., editum a Paschale. Venetiis. 1655.
- Propertius, Carmina. Recens. Kuinoel. Lips. 1806.
- Puchta, Institutionen. Neunte Auflage nach dem Tode des Verfassers besorgt von Paul Krüger, Leipz. 1881.
- Puchta, Pandekten. Leipz. 1856.
- Puchta, Ueber die expressa causa bey der Eigenthumsklage und deren Einfluss auf die exceptio rei judicatæ (Kleine civilisti-

- ische Schriften, gesammelt und herausgegeben von A. A. F. Rudorff. Leipzig, 1851).
- Paggé, Beiträge zur Lehre über die Verbindlichkeit der Eltern ihre Kinder alimentären (in Rheinisches Museum, Bd. 3).
- Quintiliani Opera ad opt. edit. collata studiis societatis Biontinae. 1—4. Bionti. 1784.
- Ratjen, Hat die stoische Philosophie bedeutenden Einfluss auf die Justinian's Pandeekten exocerpirten juristischen Schrift gehabt? (in Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts. III. Braunsch. 1844).
- Rayneval, Institutions du droit de la nature et des gens. Paris. 1803.
- Rein, Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus. 1844.
- Rein, Das Privatrecht und der Civilprozess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinians. 1858.
- Rittershusius, Novellae constitutiones. MDCXV.
- Roszbach, Untersuchungen über die römische Ehe. 1853.
- Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. 1857.
- Rudorff, De jurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt, 1869.
- Rudorff, Die Prozessöffnung nach dem Edict (in Zeitschrift für Rechtsgeschichte. IV. 1864).
- Rudorff, Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. 2. 1834.
- Sallustius, De Catilinæ conjuratione et de bello Jugurthino. Erklärung. v. R. Jacobs. Berlin. 1864.
- Salviani libri (Monumenta Germaniae historica. Edidit societas apertendis fontibus rerum Germanorum medii aevi. Auctorum antiquissimorum tomi 1 pars prior. Berolini. MDCCCLXXVII).
- Sarraute, Le caractère de la puissance paternelle chez les Romains. (Ouvrage couronné par l'Académie de législation, concours de 1882). Paris. 1881.
- Sarwey, Ueber das Recht zur Erziehung der Kinder bei getrennter Ehe (in Arch. f. civ. Prax. XXXI, 440—474, XXXII. 1—54).

- Savigny, System des heutigen Römischen Rechts. II, V. Berl. 1841.
- Schäffer, Ob und unter welchen Voraussetzungen für geleistete Dienste und verabreichte Alimente eine Vergütung auch ohne vorheriges Versprechen einer solchen angesprochen werden kann? (vñ Zeitschr. f. Civilr. und Proz. n. f. VII. 1850).
- Scheltinga, De emancipationibus (vñ Fellenberg's Jurisprudentia antiqua. 2. Bornæ. 1760).
- Scherzer, La puissance paternelle en Chine. Étude de droit Chinois (Bibliothèque orientale sézéviriennne. XXIII). Paris. 1878.
- Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts. Zweites Heft. Erlangen. 1852.
- Scheurl, De juris Rom. antiq. modis liberos in adoptionem dandi. Erlang. 1850.
- Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechtes. 1. 1863.
- Schlesinger, Noxalklagen wegen der Personen in manu und in mancipio (vñ Zeitschrift für Rechtsgeschichte. VIII).
- Schmidt, Das Interdictenverfahren der Römer, in geschichtlicher Entwicklung. Leipz. 1853.
- Schmidt, Programm: Die Persönlichkeit des Slaven nach Römischen Rechts. 1868.
- Schmidt, Der principielle Unterscheid zwischen dem Römischen und Germanischen Rechte. 1. Rostock und Schwerin. 1853.
- Schmidt, Praktisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden. 1823.
- Schröter, Die Abhängigkeit der alieno juri subjecti (vñ Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. XIV. 1840).
- Schulting, Jurisprudentia vetus antejustiniana. 1737.
- Schunk's Jahrbücher. IV. 1827.
- Senecæ L. Annæi Opera quæ supersunt. Recognovit et rerum indicem, locupletissimum adjecit. Fridericus Haase. Lipsiæ. MDCCCIII.
- Seuffert, Arch. für Entscheidungen. 1. 1847.
- Simonde-de-Sismondi, Histoire des Français. 1. Paris. 1821.
- Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht. III. Leipzig. 1851.
- Soltau, Ueber Entstehung und Zusammensetzung der altrömischen Volksversammlung. Berlin. 1880.
- Sonntag, De sponsalibus apud Romanos. Halæ. 1861.



- Совальскій, И. П., проф., Статистическій вѣстникъ. № 1. Харьковъ: 1882.
- Spangenberg, De veteris Latii religionibus domesticis/communitatis. 1806.
- Spangenberg, Ueber das Verbrechen des Kindermords und der Aussetzung der Kinder (въ Neue Archiv f. Criminalrecht. 3. 1819).
- Steman, Ueber die Geschäfte, bei welchen die auctoritas des matriebis tutor erforderlich war (въ Sell's Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des Römischen Rechts. III. Braunsch. 1844).
- Steman, Ueber die fiduciaria tutela (тамъ-же).
- Страбонъ, Географія, переводъ Мащенко. 1879.
- Strippelman, Neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen etc. 1. 1842.
- Strippelman, Das Ehescheidungsrecht. Cassel. 1854.
- Strube, Rechtliche Bedenken. 1. 1800.
- Stryk, De jurisprudentia apostoli Pauli. 1730.
- Studemund, Gaji Institutionum commentarii quattuor codicis veronensis denuo collati apographum confecit. Lipsiæ. a, MDCCLXXIV.
- Suetonii Opera, ed. Wolfius. Lips. 1802.
- Taciti Opera. Studiis societatis Bipontinæ. Biponti. 1789.
- Terentius, Comediæ, ed. H. Bothæ. Berol. 1806.
- Tertulianus, Opera. Recens. Semler. Halæ Mag. 1776.
- Tigerström, Das römische Dotalrecht. 1. 1831.
- Trekell, Tractatio de origine atque progressu testamenti factionis præsertim apud Romanos. Cum præfat. G. Chr. Gebauer. Lips. 1739.
- Unterholzner, Von den Formen der manumissio per vindictam und der emancipatio (въ Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft. 2. 1815).
- Unterholzner, Quellenmässige Zusammenstellung der Lehre der R. R. von der Schuldverhältnisse. 2. 1840.
- Valerius Maximus, Dictorum factorumque memorabilium libri IX. Recens. Kempfius. Berol. 1854.

- Vellejus Patereulus**, Quae supersunt ex historia romana, recens. J. F. Gruner. Coburgi. 1802.
- Vinnii Arnoldi I. C.** in quatuor libros institutionum imperialium commentarius Academicus et forensis. Jo. Gottl. Heimaeccius I. C. recensuit et praefationem notulisque adjecit 1—2. Lugduni. MDCCLXXVII.
- Voet**, Commentarius ad Pandectas. 1827.
- Veit**, Die lex Maenia de dots vom Jahr DLXVIII der Stadt. Festschrift. Weimar. 1866.
- Waentig**, Ueber die Haftung für fremde unerlaubte Handlungen. 1866.
- Wächter**, Die Ehescheidungen bei den Römern. Stuttg. 1822.
- Wallon**, Histoire de l'esclavage dans l'antiquité. 2. Paris 1847.
- Walter**, Das alte Wales. Bonn. 1859.
- Walter**, Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischen Rechte (въ Arch. für civ. Prax. XX. 1844).
- Wangerow**, Lehrbuch der Pandekten. I. 1863.
- Wangerow**, Ueber die latini Juniani. Eine Rechtsgeschichtliche Abhandlung. Marb. und Leipzig. 1833.
- Wetzel**, System des ordentlichen Civilprozesses. 1865.
- Windscheid**, Lehrbuch des Pandectenrechts. 3. 1862.
- Wyss**, Die Haftung für fremde Culpa. 1867.
- Xenophont**, Opera omnia. Basilæ. 1545.
- Zeitschrift für Oesterreichische Gymnasium.** 1866.
- Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft.** V. Tübing. 1829.
- Zimmern**, Das System der römischen Noxalklagen. 1818.
- Zimmern**, Geschichte der römischen Privatrecht bis Justinian. 1. 1826.
- Zoepfl**, Vergleichung der römischen Tutel und Cura mit der heutigen Vormundschaft über Unmündige und Minderjährige. 1828.
- Zumpt**, Das Criminal-Recht der römischen Republick. 1865 — 69.

## ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

---

| <i>Стран.</i> | <i>Стр.</i>      | <i>Напечатано:</i>             | <i>Слѣдуетъ:</i>                                |
|---------------|------------------|--------------------------------|-------------------------------------------------|
| 4             | 18 <i>сверху</i> | ни начала,                     | ни мѣры,                                        |
| —             | 19 —             | ни начала,                     | ни мѣры,                                        |
| 17            | 15 —             | по примѣненію                  | въ примѣненію                                   |
| 19            | 10 —             | магистра                       | магистрата                                      |
| 39            | 8 <i>снизу</i>   | орега                          | орегæ                                           |
| —             | 7 —              | орега                          | орегæ                                           |
| 97            | 4 —              | 25                             | 1. 72.                                          |
| 108           | 1 —              | 9. 11. Nefarium—<br>non alere. | 9. 9.... parentes non<br>alere nefarium sit.... |
| 143           | 12 <i>сверху</i> | дтеѣи?                         | дѣтей?                                          |
| 159           | 5 <i>снизу</i>   | отца а,                        | отца, а                                         |
| 163           | 9 <i>сверху</i>  | въ въ                          | въ                                              |
| 169           | 11 —             | 122                            | 120                                             |

---