

# КУРСЪ СЕМЕЙНАГО ПРАВА



Заслуженнаго Ординарнаго Профессора Императорскаго Новороссійскаго Унiversитета,  
Доктора гражданскаго права

А. И. ЗАГОРОВСКАГО.



==== Изданіе второе, съ перемѣнами и дополненіями. =====



ОДЕССА.

Типографія Акціонернаго Южно-Рускаго О-ва Печатнаго Дѣла  
(Пушкинская ул., собств. д. № 18).

1909.

## ПРЕДИСЛОВІЕ.

Въ предисловіи къ первому изданію настоящей книги было сказано:

„предлагаемый «Курсъ Семейнаго Права» представляет собою сравнительное изложеніе институтовъ дѣйствующаго семейнаго права по отечественному и семи важнѣйшимъ западно-европейскимъ законодательствамъ, въ связи съ историческимъ развитіемъ этихъ институтовъ на Западѣ и у насъ.

Предпосылая историческіе очерки современному праву, автору казалось, что, такимъ образомъ, прошлое поможетъ уразумѣнію настоящаго. Это въ особенности надо сказать о русскомъ семейномъ правѣ, ключъ къ которому, безспорно, находится въ прожитыхъ вѣкахъ.

Если исторія содѣйствуетъ уясненію существующаго, то сравненіе, сопоставленіе своего права съ чужимъ, съ одной стороны, опредѣляетъ національныя особенности и культурное значеніе перваго въ ряду другихъ законодательствъ, а съ другой, совмѣстно съ исторіей, облегчаетъ открытіе перспективы будущаго. Зная — когда, какъ и почему выработалось данное постановление, и какія постановленія по аналогичнымъ вопросамъ существуютъ въ правѣ другихъ народовъ, легко опредѣлить разумность и цѣлесообразность этого



постановленія и средство замѣны его другимъ, въ случаѣ непригодности“. А совмѣстное примѣненіе всѣхъ выше обозначенныхъ способовъ изученія — догматическаго, историческаго и сравнительнаго, даетъ возможность установить причины и уяснить послѣдовательный ходъ развитія правосознанія и современное его состояніе въ законодательствѣ европейскихъ народовъ въ области семейныхъ отношеній — цѣль, которую, въ числѣ вышеуказанныхъ, преслѣдовалъ авторъ настоящаго «Курса».

Второе изданіе, оставляя безъ перемѣнъ общее содержаніе и порядокъ изложенія перваго изданія, исправлено, гдѣ это признано было необходимымъ, и значительно дополнено (шестью печатными листами) въ особенности въ отдѣлахъ о бракѣ и о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, гдѣ, со времени выхода перваго изданія, произошли и значительныя перемѣны въ законодательствѣ.

Одесса,  
Мартъ 1909 года.

---

## ОГЛАВЛЕНІЕ.

|                                                                                                 | <i>Стр.</i> |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| § 1. Предварительныя понятія . . . . .                                                          | 1           |
| Общее понятіе о семейномъ правѣ, семьѣ, семейныхъ<br>отношеніяхъ и институтахъ семейнаго права. |             |

### ОТДѢЛЪ I.

### Б р а к ъ.

Установленіе, недѣйствительность брака и прекращеніе его.

### ГЛАВА I.

#### I. Установленіе брака.

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| § 2. Понятіе о бракѣ . . . . .                    | 5  |
| § 3. А. Условія для вступленія въ бракъ . . . . . | 7  |
| а) условія абсолютныя . . . . .                   | 8  |
| б) условія относительныя . . . . .                | 22 |
| § 4. Б. Форма заключенія брака . . . . .          | 28 |
| 1. Исторія и западно-европейское право . . . . .  | —  |
| 2. Русское законодательство . . . . .             | 50 |
| Доказательства брака . . . . .                    | 55 |

### ГЛАВА II.

#### II. О недѣйствительности и прекращеніи брака.

|                                                                                                                   |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 5. А. О недѣйствительности брака . . . . .                                                                      | 56 |
| § 6. Б. О прекращеніи брака . . . . .                                                                             | 60 |
| I. Понятіе о разводѣ и историческій очеркъ бракоразводнаго<br>права . . . . .                                     | —  |
| II. Обзоръ постановленій иностранныхъ законодательствъ и<br>преимущественно о разводѣ по общегерманскому уложенію | 70 |

## VI

|                                                      |     |
|------------------------------------------------------|-----|
| а) Французское законодательство . . . . .            | 71  |
| б) Бельгійское законодательство . . . . .            | 75  |
| в) Италіанское законодательство . . . . .            | —   |
| г) Австрійское законодательство . . . . .            | 77  |
| д) Англійское законодательство . . . . .             | 80  |
| е) Общегерманское уложеніе . . . . .                 | 82  |
| А. Основныя начала постановленій о разводѣ . . . . . | 91  |
| Б. Поводы къ разводу . . . . .                       | 97  |
| а) безусловныя поводы къ разводу . . . . .           | —   |
| б) относительныя поводы къ разводу . . . . .         | 103 |
| В. Послѣдствія развода . . . . .                     | 109 |
| Вліяніе развода на положеніе дѣтей . . . . .         | 112 |
| ж) Швейцарское законодательство . . . . .            | 124 |

## III. Русское право.

|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| а) Историческій очеркъ . . . . .                                                     | 127 |
| 1. До-христіанскій періодъ . . . . .                                                 | —   |
| 2. Христіанская эпоха . . . . .                                                      | 129 |
| аа) Время до Петра Великаго . . . . .                                                | —   |
| бб) Время отъ Петра Великаго . . . . .                                               | 139 |
| б) Дѣйствующее бракоразводное право . . . . .                                        | 144 |
| аа) Матеріальное . . . . .                                                           | —   |
| I. Относительно лицъ православнаго исповѣданія . . . . .                             | —   |
| II. О расторженіи брака между лицами инославныхъ исповѣданій и нехристіанъ . . . . . | 160 |
| бб) Процессуальныя постановленія о разводѣ . . . . .                                 | 163 |
| 1. Общія процессуальныя постановленія . . . . .                                      | —   |
| 2. Отдѣльныя виды бракоразводнаго процесса . . . . .                                 | 167 |

## ОТДѢЛЪ II.

### Отношенія между супругами.

#### ГЛАВА III.

|                                                     |     |
|-----------------------------------------------------|-----|
| § 7. I. Личныя отношенія между супругами . . . . .  | 182 |
| а) Взаимныя права и обязанности супруговъ . . . . . | 184 |
| б) Особыя права мужа . . . . .                      | 201 |



|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| в) Особья права жены . . . . .                                                             | 204 |
| г) Необходимость согласія мужа на совершеніе<br>женой нѣкоторыхъ юридическихъ актовъ . . . | 209 |

#### ГЛАВА IV.

|                                                         |            |
|---------------------------------------------------------|------------|
| <b>§ 8. II. Имущественныя отношенія между супругами</b> | <b>215</b> |
| а) Прусское уложеніе . . . . .                          | —          |
| б) Австрійское уложеніе . . . . .                       | 218        |
| в) Саксонское уложеніе . . . . .                        | 220        |
| г) Общегерманское уложеніе . . . . .                    | 221        |
| 1. Общія понятія . . . . .                              | —          |
| 2. Имущественныя отношенія по закону . . . . .          | —          |
| аа) Отдѣльное имущество . . . . .                       | —          |
| бб) Внесенное имущество (Eingebrachtes Gut). . .        | 222        |
| 3. Полная общность имуществъ . . . . .                  | 223        |
| 4. Общность приобрѣтеній . . . . .                      | 225        |
| 5. Общность движимости . . . . .                        | 226        |
| д) Французское уложеніе . . . . .                       | 227        |
| е) Италіанское уложеніе . . . . .                       | 237        |
| 1. О приданомъ . . . . .                                | —          |
| 2. Объ общности имущества . . . . .                     | 240        |
| ж) Англійское законодательство . . . . .                | 241        |
| з) Швейцарское уложеніе . . . . .                       | 242        |
| и) Русское законодательство . . . . .                   | 244        |
| к) Заключение . . . . .                                 | 256        |

#### ОТДѢЛЪ III.

#### Отношенія между родителями и дѣтьми.

*А. Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми законными*

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| § 9. О законнорожденности . . . . . | 260 |
|-------------------------------------|-----|

#### ГЛАВА V.

#### I. Личныя отношенія.

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| § 10. 1. Историческій обзоръ . . . . .          | 266 |
| § 11. 2. Дѣйствующее законодательство . . . . . | 272 |



## VIII

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| а) объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми<br>вообще . . . . .  | 273 |
| б) О родительской власти . . . . .                                | 277 |
| в) Мѣры противъ злоупотребленій родительской<br>властью . . . . . | 309 |

## ГЛАВА VI.

### II. Имущественныя отношенія.

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| § 12. 1. Историческій обзоръ . . . . .          | 317 |
| § 13. 2. Дѣйствующее законодательство . . . . . | 320 |

## ГЛАВА VII.

### 1. Приостановленіе родительской власти. II. Прекращеніе родительской власти. III. Родительская власть матери.

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| § 14. I. Приостановленіе родительской власти . . . . .    | 330 |
| § 15. II. Прекращеніе родительской власти . . . . .       | 332 |
| § 16. III. Родительская власть матери . . . . .           | 335 |
| § 17. Б. О дѣтяхъ отъ браковъ недѣйствительныхъ . . . . . | 341 |

### В. *Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми внѣбрачными.*

## ГЛАВА VIII.

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| § 18. Понятіе о внѣбрачныхъ дѣтяхъ . . . . . | 347 |
|----------------------------------------------|-----|

### I. Краткій очеркъ постановленій о внѣбрачныхъ дѣтяхъ до изданія дѣйствующихъ западно-европейскихъ кодексовъ. 351

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 19. 1. Греція . . . . .                                                                                 | —   |
| § 20. 2. Римъ . . . . .                                                                                   | 353 |
| § 21. 3. Каноническое право . . . . .                                                                     | 356 |
| § 22. 4. Законы варваровъ и древне-германское право . . . . .                                             | 357 |
| § 23. 5. Французское обычное право . . . . .                                                              | 358 |
| II. Положеніе внѣбрачныхъ дѣтей по дѣйствующимъ западно-<br>европейскимъ гражданскимъ кодексамъ . . . . . | 359 |
| § 24. Предварительныя замѣчанія . . . . .                                                                 | —   |

## IX

### ГЛАВА IX.

#### а) Внѣбрачныя дѣти по французскому и италіанскому кодексамъ.

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| § 25. 1. Признаніе (la reconnaissance, il riconoscimento) | 362 |
| § 26. 2. О розысканіи родителей                           | 364 |
| § 27. 3. Права внѣбрачныхъ дѣтей                          | 366 |
| а) права алиментарныя                                     | 368 |
| б) права наслѣдственныя                                   | 369 |
| § 28. 4. Узаконеніе                                       | 376 |

### ГЛАВА X.

#### б) Внѣбрачныя дѣти по уложеніямъ германскихъ народовъ.

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 29. 1. О способахъ установленія внѣбрачнаго сыновства                | 377 |
| § 30. 2. Права внѣбрачныхъ дѣтей                                       | 386 |
| а) алиментарная обязанность                                            | 388 |
| б) наслѣдственныя права внѣбрачныхъ дѣтей                              | 399 |
| § 31. 3. Дѣти невѣсты                                                  | 401 |
| § 32. 4. Внѣбрачныя дѣти по Швейцарскому кодексу 10/23 декабря 1907 г. | 403 |
| § 33. 5. Узаконеніе                                                    | 405 |
| § 34. 6. Заключение                                                    | 409 |

### О внѣбрачныхъ дѣтяхъ по русскому праву.

### ГЛАВА XI.

#### I. Историческій очеркъ.

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| § 35. 1. Право до-петровское                            | 413 |
| § 36. 2. Очеркъ постановленій со времени Петра Великаго | 421 |

### ГЛАВА XII.

#### II. Дѣйствующее русское право.

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| § 37. 1. Установленіе происхожденія (сыновства) внѣбрачныхъ дѣтей | 440 |
| § 38. 2. Права внѣбрачныхъ дѣтей                                  | 445 |
| а) права состоянія, право на фамильное имя и отчество             | —   |

## X

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| б) Право на содержаніе . . . . .  | 447 |
| в) Наслѣдственныя права . . . . . | 469 |
| § 39. 3. Узаконеніе . . . . .     | 477 |
| § 40. 4. Обычное право . . . . .  | 479 |
| § 41. 5. Заключеніе . . . . .     | 481 |

## ГЛАВА XIII.

### Объ усыновленіи.

|                                                 |     |
|-------------------------------------------------|-----|
| § 42. 1. Историческія замѣчанія . . . . .       | 484 |
| § 43. 2. Дѣйствующее законодательство . . . . . | 487 |

## ОТДѢЛЪ IV.

### Объ опекаѣ и попечительствѣ.

#### А. О П Е К А.

## ГЛАВА XIV.

### а) Историческій очеркъ развитія опеки.

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| § 44. 1. Опека у римлянъ . . . . .    | 502 |
| § 45. 2. Опека у грековъ . . . . .    | 506 |
| § 46. 3. Опека у германцевъ . . . . . | 508 |
| § 47. 4. Опека у русскихъ . . . . .   | 513 |

## ГЛАВА XV.

### б) Дѣйствующее законодательство.

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| I. Установленіе опеки . . . . .                              | 518 |
| § 48. аа) Существо опеки и опекунскія установленія . . . . . | —   |
| § 49. бб) Призваніе къ опекаѣ . . . . .                      | 527 |
| § 50. вв) Открытіе опеки и назначеніе опекуна . . . . .      | 534 |
| § 51. гг) Обязанности опекуна . . . . .                      | 536 |
| § 52. дд) Вознагражденіе опекуновъ . . . . .                 | 550 |
| § 53. ее) Надзоръ надъ опекунами . . . . .                   | 552 |
| II. Прекращеніе опеки . . . . .                              | 556 |
| § 54. Б. Попечительство . . . . .                            | 558 |



## § 1.

### **Предварительныя понятія.**

Общее понятіе о семейномъ правѣ, семьѣ, семейныхъ отношеніяхъ и институтахъ семейнаго права.

---

Семейное право есть совокупность юридическихъ нормъ, регулирующихъ отношенія членовъ семьи.

Семья есть группа лицъ, связанныхъ бракомъ или родствомъ, живущихъ совмѣстно другъ съ другомъ.

Семья, прежде чѣмъ достичь современнаго состоянія, должна была пройти извѣстныя стадіи развитія. О ходѣ этого развитія существуетъ разногласіе между учеными (соціологами). Согласно господствовавшему до недавняго времени мнѣнію, опирающемуся преимущественно на свидѣтельства древнихъ писателей о семейномъ бытѣ римлянъ и германцевъ, первоначальнымъ типомъ семьи была семья патріархальная, основанная на подчиненіи членовъ семьи неограниченной власти домовладыки. Съ шестидесятыхъ годовъ прошлаго столѣтія, съ расширеніемъ соціологическихъ знаній, вопросъ о первобытной семьѣ подвергся усиленной разработкѣ, въ результатъ которой появился цѣлый рядъ теорій о происхожденіи семьи и о формахъ ея развитія. Эти теоріи могутъ быть сведены къ тремъ главнымъ группамъ. Первая, старѣйшая по времени, теорія, во главѣ которой стояли Бахофенъ, Макъ-Леннанъ и Морганъ, совсѣмъ отрицаетъ существованіе индивидуальнаго брака въ древнѣйшее время, не только въ формѣ моногамической, но и полигамической. Согласно мнѣнію ученыхъ этой школы, у предковъ нашихъ правильнаго

сожитія не было, а существовало безпорядочное половое общеніе: всѣ женщины опредѣленнаго племени принадлежали всѣмъ мужчинамъ этого племени. Такое общеніе называютъ племеннымъ бракомъ, конечно, нѣсколько злоупотребляя при этомъ терминомъ «бракъ», а семью—стадной, образующей первую ступень эволюціоннаго ея развитія. Второй ступенью эта теорія считаетъ бракъ групповой. Племя распадается на группы, связанные кровнымъ материнскимъ родствомъ, причемъ браки (не индивидуальные и не моногамные) заключаются только между этими группами, а не въ предѣлахъ каждой изъ нихъ (экзогамія). Эта вторая стадія развитія признается первой послѣдователями другой школы, съ Постомъ и Колеромъ во главѣ (къ нимъ примыкаетъ и М. М. Ковалевскій), отрицающей существованіе племеннаго гетеризма. Отъ этой второй стадіи—брака группового, школа Бахофена переходитъ къ третьей — браку индивидуальному (сначала полигамному), покоющемуся на патріархальномъ началѣ.

Въ послѣднее время выступила третья школа (Вестермаркъ, Старке, Каутскій), которая отрицаетъ существованіе не только брака племенного, но и группового. Первой ступенью развитія семьи эта школа считаетъ бракъ парный, моногамный, хотя и не индивидуальный, причемъ нѣкоторые изъ послѣдователей этой школы считаютъ, что и отецъ входитъ въ составъ семьи, другіе-же усматриваютъ въ ней матріархальную основу.

Послѣдняя ступень брака, до которой довела его исторія — бракъ моногамный и индивидуальный развился изъ семьи патріархальной подъ вліяніемъ причинъ экономическихъ (не всякому средства позволяли имѣть нѣсколько женъ) и религіозныхъ воззрѣній, отрицавшихъ полигамію.

Это несогласіе ученыхъ по самымъ кореннымъ вопросамъ о происхожденіи семьи—лучшее доказательство, что къ выводамъ ихъ надо относиться съ большою осторожностью и что наука въ этомъ случаѣ еще не произнесла своего рѣшающаго слова.

На теперешнее состояніе семейнаго права у народовъ христіанскихъ возымѣла весьма сильное вліяніе христіанская религія, для которой семья всегда была предметомъ особыхъ



заботъ и попеченія. Это вліяніе сказалось какъ на опредѣленіи условій заключенія и расторженія брака, такъ и на формѣ его. Въ извѣстной мѣрѣ оно отразилось и на опредѣленіи взаимныхъ личныхъ отношеній между членами семьи. Современное семейное право развивается при весьма дѣятельномъ участіи государства, которое, изъявши изъ рукъ церкви брачное право, строить его на началахъ общекультурныхъ, не связанныхъ съ вѣроисповѣдными различіями, а въ другихъ отдѣлахъ семейнаго права стремится провести принципы равноправія, покровительства и защиты слабѣйшихъ членовъ семейнаго союза. Неодинаковыя задачи законодательной политики, преслѣдуемая тѣми или другими кодексами, вносятъ извѣстныя различія въ начертанныя ими нормы семейнаго права, но въ общемъ у всѣхъ культурныхъ народовъ оно проникнуто одинаковыми началами.

Семейныя отношенія, сходныя съ другими отношеніями гражданского права—имущественными, вслѣдствіе частноправнаго характера тѣхъ и другихъ, существенно отличаются отъ послѣднихъ слѣдующими чертами: въ основаніе имущественныхъ отношеній положены хозяйственно-экономическія нужды, основа правоотношеній семейныхъ—потребности физической природы и нравственнаго чувства. Имущественныя отношенія порождаютъ имущественныя права, служащія источникомъ господства надъ имуществомъ. Семейныя отношенія порождаютъ семейныя права, ставящія въ опредѣленную *личную* зависимость одного члена семейнаго союза отъ другого, и создаютъ опредѣленное юридическое положеніе (*status*) для этихъ членовъ. Отношенія имущественныя и соотвѣтствующія имъ права имущественныя легко измѣримы. Въ отношеніяхъ семейныхъ мѣра и счетъ правъ затруднительны въ силу особыхъ свойствъ этихъ отношеній, больше моральныхъ, чѣмъ юридическихъ. Отсюда регулированіе правомъ отношеній семейныхъ гораздо труднѣе, чѣмъ отношеній имущественныхъ. Содержаніе имущественныхъ отношеній свободно: въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ, они обыкновенно предоставлены личной волѣ и усмотрѣнію, оттого имущественныя права крайне разнообразны. Содержаніе отношеній семейныхъ въ большинствѣ случаевъ дано самой природою, велѣнія которой право только освящаетъ и принаравливаетъ



къ потребностямъ общежитія. Возникновеніе и прекращеніе имущественныхъ отношеній свободно, возникновеніе отношеній семейныхъ,—иногда свободно (бракъ), иногда нѣтъ (союзъ родителей и дѣтей), а прекращеніе поставлено внѣ усмотрѣнія частной воли; имущественныя права отчуждаемы и переносятся на другихъ; семейныя не отчуждаемы и связаны съ извѣстнымъ лицомъ; отъ имущественныхъ отношеній можно отказаться, въ сферѣ семейныхъ отношеній отреченіе немыслимо; имущественныя отношенія доступны для всякаго субъекта права, семейныя возможны только для физическихъ лицъ; имущественныя отношенія обыкновенно временны, семейныя не ограничены во времени.

Наконецъ, въ виду особой важности отношеній семейныхъ для общежитія, предписанія права, касающіяся ихъ, имѣютъ характеръ абсолютныхъ, неизмѣняемыхъ по частному произволу, нормъ, въ противоположность отношеніямъ имущественнымъ, гдѣ частная автономія имѣетъ полный просторъ. По этому нормы семейнаго права заключаютъ въ себѣ въ значительной степени элементъ публичный, тогда какъ нормы права имущественнаго запечатлѣны характеромъ приватнымъ.

Изъ отношеній семейныхъ—опека всего менѣе проникнута вышеуказанными особенностями семейнаго союза, будучи учрежденіемъ болѣе публичнаго, нежели частнаго права, такъ какъ въ ней, а равно и въ усыновленіи, недостаетъ существеннаго элемента этого союза—физиологической основы.

Семейный союзъ обнимаетъ три рода отношеній: между супругами, между родителями и дѣтьми и между опекунами и подопечными. Регулируемая правомъ, они создаютъ три института семейнаго права: бракъ, союзъ родителей и дѣтей и опеку.

---

## ОТДѢЛЪ I.

## Бракъ.

Установленіе, недѣйствительность брака и прекращеніе его.

## ГЛАВА I.

## 1. Установленіе брака.

§ 2. Понятіе о бракѣ. — А. § 3. Условія для вступленія въ бракъ: а) абсолютныя—1) возрастъ, 2) свободное согласіе, 3) согласіе родителей, опекуновъ и начальства, 4) свобода отъ брачныхъ узъ. 5) дозволенная повторяемость брака, 6) непринадлежность къ монашеству или несостояніе въ духовномъ санѣ, 7) отсутствіе запрещенія для вступленія въ бракъ въ силу судебного приговора, 8) отсутствіе такого запрещенія вслѣдствіе отбываемаго наказанія; б) относительныя — 1) родство, 2) отсутствіе вѣроисповѣдныхъ препятствій.—

Б. § 4. Форма брака.

## § 2.

## Понятіе о бракѣ.

Начало и основаніе семьи составляетъ бракъ. Чтобы составить себѣ надлежащее понятіе о бракѣ надо разсмотрѣть тѣ элементы, которые въ немъ заключаются, такъ какъ брачный институтъ—многосторонній. Бракъ (у народа культурнаго) заключаетъ въ себѣ слѣдующіе элементы: во 1-хъ, элементъ *естественный* (физическій), половой—вложенное природой въ человека, на ряду съ другими животными, физиологическое влеченіе особей разнаго пола другъ къ другу; во 2-хъ, элементъ *нравственный* (этический), заключающійся во взаимной нравственной привязанности супруговъ, въ общеніи ихъ внутренняго, духовнаго міра; въ 3-хъ, *экономическій*, порождающій хозяйственную связь, въ силу которой возникаетъ общее хозяйство мужа и жены; въ 4-хъ, элементъ *юридическій*, въ силу котораго бракъ является источникомъ опредѣленнаго юридическаго положенія лицъ, взаимно связанныхъ супружествомъ (*status'a*), и порождаетъ для нихъ взаимныя права и обязанности и въ 5-хъ, *религіозный*, подчиняющій бракъ пра-



виламъ религiи: ни одна религiя не относится безразлично къ браку и въ особенности христiанская. Наша церковь, какъ и римско-католическая, считаетъ бракъ таинствомъ.

Въ виду этого надо согласиться, что общепризнанное современъ Модестина опредѣленiе брака, какъ самаго полнаго (физическаго, нравственнаго, экономическаго и религiознаго) общенiя жизни между мужемъ и женой, довольно точное, хотя и не чисто юридическое, какъ обнимающее собою, кромѣ юридической, и другiя стороны брака.

Съ точки зрѣнiя чисто юридической бракъ долженъ быть опредѣленъ какъ нормированный правомъ пожизненный половой союзъ мужчины и женщины. Фактическую основу брака, такимъ образомъ, составляетъ сожительство мужчины и женщины. Фактъ сожительства, при соблюденiи предписанныхъ закономъ матеріальныхъ и формальныхъ условiй, дѣлаетъ его бракомъ. Конечно, это опредѣленiе вовсе не исключаетъ изъ понятiя брака необходимости этического элемента. Этотъ элементъ вводится путемъ требованiя закономъ соблюденiя тѣхъ, диктуемыхъ моралью, условiй, безъ выполненiя которыхъ бракъ немислимъ. Но и эти условiя однако-же предписываются *правомъ* и въ конечномъ результатѣ исполняются какъ его нормы. (Ср. Rittner, Oesterreichisches Eherecht. Leipzig. 1876. § 1).

Обращаясь къ уясненiю *юридической природы брака*, надо сказать, что хотя онъ въ происхожденiи своемъ заключаетъ элементы договорнаго соглашенiя, но въ содержанiи своемъ и прекращенiи далекъ отъ природы договора; какъ содержанiе брака, такъ и расторженiе его не зависятъ отъ произвола супруговъ. Поэтому брачный институтъ слѣдуетъ причислить не къ области договорнаго права, а къ разряду институтовъ особаго рода (*sui generis*).

Что касается русскаго законодательства, то оно, въ противоположность западно-европейскому праву, причисляющему бракъ къ институтамъ гражданскаго права, смотритъ на бракъ какъ на актъ религiозный по преимуществу, оттого и нормированiе его въ важнѣйшихъ вопросахъ (въ вопросахъ заключенiя и прекращенiя) отдастъ въ руки того вѣроисповѣданiя, къ которому принадлежатъ супруги. Воззрѣнiе это, облегчая законодателя при нормированiи столь важнаго и столь трудно



регулируемаго правомъ института, какъ бракъ, въ то-же время создаетъ и не мало затрудненій: не говоря о томъ, что оно вноситъ въ брачное право разнородность началъ по самымъ основнымъ вопросамъ этого права (напр., относительно условий заключенія и расторженія брака), оно стѣсняетъ свободу совѣсти супруговъ при бракахъ смѣшанныхъ (заставляя одного супруга въ известной мѣрѣ подчиняться правиламъ вѣроисповѣданія другого) и въ особенности при бракахъ лицъ, принадлежащихъ къ сектамъ, не признаннымъ государствомъ. Само собою разумѣется, что при этомъ условиіи и реформа брачнаго права затруднительна, вслѣдствіе совершенно понятной неподатливости религіозныхъ правилъ на измѣненія.

Ученіе объ установленіи брака обнимаетъ собою два вопроса: ученіе объ условіяхъ для вступленія въ бракъ и ученіе о совершеніи брака (формѣ).

### § 3.

#### **А. Условія для вступленія въ бракъ.**

Условія эти вытекаютъ изъ различныхъ причинъ—юридическихъ, физическихъ, этическихъ и религіозныхъ. Въ положительномъ законодательствѣ тѣмъ или другимъ причинамъ дается перевѣсъ, смотря по основной мысли брачнаго права данного законодательства.

Отсутствіе условий составляетъ препятствіе для вступленія въ бракъ. Брачныя препятствія суть абсолютныя, исключаяющія возможность брака вообще, и относительныя, исключаяющія возможность брака только между известными лицами. По вліянію на судьбу брака различаются препятствія, дѣлающія бракъ недѣйствительнымъ (*impedimenta dirimentia*) и препятствія, при наличности которыхъ заключенный бракъ остается въ силѣ, но лица, заключившія или совершившія бракъ вопреки этимъ препятствіямъ, подвергаются наказанію (*impedimenta impediencia tantum*). Абсолютныя препятствія, въ свою очередь, различаются, смотря по тому, истекаютъ-ли они изъ естественныхъ, фізіологическихъ условий брака или изъ требованій этическихъ и чисто юридическихъ.



### а) Абсолютныя условія.

1) Одна изъ цѣлей брака—удовлетвореніе фізіологической потребности общенія половъ. Отсюда требованіе правомъ физической, половой годности отъ брачующихся. Такая годность, какъ все въ правѣ, опредѣляется не *ad hominem*, а по среднему человѣку. Опредѣляя это среднее число *возраста*, законодатель руководствуется климатическими условіями мѣстности и расовыми особенностями населенія.

Эта физическая годность встрѣчаетъ препятствіе или въ недозрѣлости или въ перезрѣлости (старчествѣ) желающаго вступить въ бракъ.

Вообще брачное совершеннолѣтіе наступаетъ ранѣе совершеннолѣтія гражданскаго. По прусскому земскому улож. мужчины могутъ вступать въ бракъ по достиженіи 18 лѣтъ, женщины по достиженіи 14 лѣтъ (II, I, § 37). По саксонскому улож. для мужчинъ требуется гражданское совершеннолѣтіе (21г.), для женщинъ—16 л. (§§ 1589 и 47). Такой-же возрастъ назначаетъ и обще-имперскій законъ (6 февраля 1875, § 28) и общегерманское улож. (§ 1303). Самый низкій возрастъ брачнаго совершеннолѣтія изъ нѣмецкихъ законодательствъ назначаетъ австрійское (14 л. для лицъ обоеихъ половъ, § 48). По французскому и италіанскому кодексамъ брачное совершеннолѣтіе мужчины наступаетъ въ 18 л., женщины—въ 15 л.; но главѣ государства дано право понизить и этотъ возрастъ (франц. код. ст. 144, 145, итал. ст. 55 и 68).

По *нашему* законодательству брачная зрѣлость наступаетъ въ 18 лѣтъ для мужчины и въ 16 лѣтъ для женщины и притомъ для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій. (Зак. гр. ст. 3, 63, 78; т. XI, ч. I Уст. ин. испов. ст. 317<sup>\*</sup>). Но въ необходимыхъ случаяхъ епархіальный архіерей можетъ разрѣшить бракъ, если жениху или невестѣ не достаётъ не болѣе полугода до совершеннолѣтія. Но эта льгота касается только лицъ православнаго исповѣданія (см. прим. къ ст. 3). Общій

<sup>1)</sup> Тотъ-же возрастъ назначенъ и въ *проектѣ* Высочайше утвержденной Редакціонной Коммиссіи по составленію Гражданскаго Уложенія (ст. 2). Въ дальнѣйшихъ ссылкахъ на проектъ, мы будемъ ставить только двѣ буквы—*пр.*



срокъ брачнаго совершеннолѣтія уменьшенъ для природныхъ жителей Закавказья, которымъ дозволяется вступать въ бракъ, по достиженіи женихомъ 15, а невестою 13 лѣтъ (ст. 3, 63). Для виртембергскихъ поселенцевъ въ Закавказскомъ краѣ, принадлежащихъ къ сектѣ сепаратистовъ, бракъ дозволенъ по достиженіи мужчинами 17, а женщинами 15 лѣтъ (т. XII, уст. кол., ст. 145), для кочевыхъ инородцевъ Восточной Сибири: 16 лѣтъ для мужчинъ и 14 лѣтъ для женщинъ (Сводъ степн. зак. коч. инородц. Вост. Сиб. ст. 9).

Для Финляндіи возрастъ увеличенъ, впрочемъ, только для мужчинъ—21 годъ, для женщинъ-же совершеннолѣтіе наступаетъ въ 15 лѣтъ. Но съ соизволенія Государя Императора бракъ можетъ быть допущенъ и прежде достиженія этого возраста (Финл. улож. О бракѣ. Гл. I, § 6).

Особый возрастъ совершеннолѣтія установленъ для офицеровъ. Офицерамъ, состоящимъ на дѣйствительной военной службѣ, во всѣхъ безъ исключенія войскахъ, военныхъ управленіяхъ, учрежденіяхъ и заведеніяхъ, не дозволяется вступать въ бракъ ранѣе 23-лѣтняго возраста и ранѣе выслуги не менѣе двухъ лѣтъ въ той части, гдѣ они женятся (Собр. узак. и расп. правит. 1901 г., № 47, ст. 933).

Надо замѣтить, что, кромѣ общаго гражданскаго совершеннолѣтія, существуетъ, какъ слѣдъ прежде дѣйствовавшихъ по этому предмету исключительно церковныхъ законовъ, еще *свершеннолѣтіе церковное*—15 лѣтъ для мужчины и 13 лѣтъ для женщины. Этотъ возрастъ назначенъ синодскимъ указомъ 17 декабря 1744 г. (П. С. З. 14229), послѣ неоднократныхъ колебаній церковной практики въ этомъ вопросѣ: колебанія происходили оттого, что въ законахъ греко-римскихъ, откуда эта практика черпала для себя правила по этому предмету, не было твердаго закона. (См. Неволинъ, Полн. собр. сочин. Спб. 1857 г., т. III. Исторія Росс. гражд. зак., стр. 162—164. Владимірскій-Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права. Кіевъ. 1886 г. В. II, стр. 94—95). Въ дѣйствительности въ древнее и даже въ позднѣйшее время браки заключались и ранѣе этого возраста. (См. Загоровскій, О разводѣ по русскому праву. Харьковъ. 1884 г., стр. 410).

Отношеніе между этими двумя возрастами брачнаго совершеннолѣтія такое: рѣшительное значеніе имѣетъ только



церковное совершеннолѣтіе—если окажется, что бракъ повѣнчанъ, при недостиженіи женихомъ или невѣстою церковнаго совершеннолѣтія, то брачившіеся немедленно, по полученіи донесенія или свѣдѣнія объ этомъ, разлучаются отъ сожителства (Уст. дух. конс., ст. 217, 218). Это разлученіе продолжается до достиженія ими гражданскаго совершеннолѣтія. Ставъ совершеннолѣтними, супруги могутъ, если пожелаютъ, возобновить бракъ; въ такомъ случаѣ союзъ ихъ подтверждается въ церкви по чиноположенію (тамъ-же, ст. 219). Но это нежеланіе не безусловно. Искъ о признаніи по этой причинѣ брака недѣйствительнымъ можетъ быть вчиняемъ только тѣмъ супругомъ, который вступилъ въ бракъ во время его несовершеннолѣтія, при этомъ лишь до времени достиженія имъ гражданскаго брачнаго совершеннолѣтія (18—16 лѣтъ), и кромѣ того, если истцомъ оказался мужъ, то необходимо, чтобы объявленный недѣйствительнымъ бракъ не имѣлъ послѣдствіемъ беременность жены (Уст. дух. конс., ст. 209, т. X, ч. I, ст. 3, 37, п. 5, 39). Правило о расторженіи брака супруговъ, не достигшихъ совершеннолѣтія, и о возможности возобновленія его (т. е. брака) по достиженіи совершеннолѣтія имѣетъ силу и въ греко-униатскомъ вѣроисповѣданіи (Пол. о союзѣ брачн., ст. 120, 121). Это двойственное опредѣленіе брачнаго совершеннолѣтія не имѣетъ достаточнаго основанія, такъ какъ указъ 19 іюля 1830 г., которымъ установлено было совершеннолѣтіе въ 18 лѣтъ для жениха и 16 для невѣсты, былъ изданъ не только какъ гражданскій, но и какъ церковный законъ (Суворовъ. Курсъ церковнаго права, т. II, стр. 270 и сл.).

Особый срокъ церковнаго совершеннолѣтія существуетъ для католиковъ—согласно 8 ст. Полож. о союзѣ брачн., бракъ признается недѣйствительнымъ, если, при совершеніи онаго, жениху не было 14 лѣтъ, а невѣстѣ 12 лѣтъ отъ рожденія.

Брачная *перезрѣлость* (старчество) составляетъ тоже препятствіе къ браку. Нашъ законъ упоминаетъ о такой перезрѣлости лишь относительно православныхъ и старообрядцевъ и опредѣляетъ ее въ 80 лѣтъ (ст. 4, 37, п. 5 и 78, Уст. дух. конс., ст. 205, п. 5).

Интересно происхожденіе этой статьи. Древнее наше право не имѣло относительно этого предмета твердыхъ постановле-



ній (какъ и право византійское), если исключить 24 правило Василия Вел., воспрещающее бракъ 60-лѣтней вдовѣ. Въ инструкціи поповскимъ старостамъ патр. Адріана (26-го декабря 1697 года) предписывается вообще розыскивать о женихахъ и невѣстахъ въ престарѣлыхъ лѣтахъ (П. С. З. № 1612, п. 63). Но предѣльнаго возраста брачной перезрѣлости указано не было. Вопросъ объ этомъ предѣлѣ былъ поставленъ практикой. Въ 1744 году 82-лѣтній старикъ Григорій Ергольскій вступилъ въ бракъ съ Прасковьею Девятою. Московскій архіерей Іосифъ представилъ этотъ фактъ, какъ сомнительный по своей законности, на разсмотрѣніе Синода. Синодъ, основываясь на 24 правилѣ Василия Вел. и на томъ, что «бракъ установленъ для умноженія рода человѣческаго, чего отъ имѣющаго за 80 лѣтъ надѣяться весьма отчаянно», призналъ бракъ Ергольскаго недействительнымъ (П. С. З. № 9087, 12 декабря 1744 г.). Состоявшійся по поводу этого случая синодскій указъ явился ближайшимъ основаніемъ дѣйствующаго закона.

Несоблюденіе постановленія о брачномъ возрастѣ есть не только нарушеніе закона гражданскаго, но и уголовнаго. За вступленіе въ бракъ прежде или позднѣе опредѣленнаго возраста, сочетавшіяся лица и согласившіеся на то завѣдомо или побудившіе къ тому родители, опекуны или старшіе родственники подвергаются заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 2-хъ до 4-хъ мѣсяцевъ или аресту отъ 4-хъ недѣль до 3-хъ мѣсяцевъ (Улож. о нак., ст. 1563).

Нашъ законъ не знаетъ постановленій о пропорціональности или соотвѣтствіи возраста жениха возрасту невѣсты и обратно. Но исторія нашего права показываетъ, что въ прежнее время на это духовныя власти обращали вниманіе (Загоровскій. О разводѣ по русскому праву, стр. 410).

Въ связи съ условіемъ физической зрѣлости къ браку и возникающимъ отсюда препятствіемъ въ достиженіи требуемаго возраста, находится препятствіе, заключающееся въ *физической неспособности* къ браку (т. е. къ сожителству, а не къ дѣторожденію). Впрочемъ положительное указаніе на это условіе мы имѣемъ только въ 22 ст. Полож. о союзѣ брачномъ для Царства Польскаго. Для лицъ православнаго исповѣданія физическая неспособность служитъ поводомъ къ раз-



воду, но, судя по условіямъ, при которыхъ она признается такимъ поводомъ—она должна быть добрачною (см. ст. 48 и 49), ее можно скорѣе отнести къ категоріи препятствій къ браку. Такъ и въ византійскомъ правѣ кастратамъ и евнухамъ были воспрещены браки. Въ нашей практикѣ женамъ оскоропленныхъ разрѣшалось вступленіе въ бракъ до истеченія трехлѣтняго выжидательнаго срока; слѣдовательно, оскоропленіе считалось препятствіемъ къ браку (Н. Суворовъ, Курсъ церковнаго права. Ярославль. 1890 г., т. II, стр. 274—275). Въ западноевропейскихъ законодательствахъ неспособность къ брачному сожитію составляетъ поводъ къ разводу. (Объ этомъ см. ниже въ Главѣ II). Но по австрійскому уложенію (§ 60), а равно и по саксонскому (§ 1595), добрачная неизлѣчимая неспособность къ брачному сожитію составляетъ препятствіе къ браку.

2) Отсутствіе надлежащей зрѣлой и самоопредѣляющейся воли—*согласія* на вступленіе въ бракъ, составляетъ абсолютное препятствіе потому, что бракъ является союзомъ не только половымъ, но и моральнымъ и въ основаніи своемъ предполагаетъ договорное соглашеніе (Зак. гражд., ст. 12, 37, п. I, 62, 78. Уст. дух. конс. 205, п. 1; Пр. ст. 1, 219). Эта воля можетъ отсутствовать, во 1-хъ, вслѣдствіе *недостатка сознанія*, требуемаго для брака, какъ юридическаго дѣйствія. Поэтому бракъ недоступенъ для дѣтей (о чемъ подробнѣе выше), для безумныхъ, сумасшедшихъ, все равно констатировано-ли официально ихъ безуміе или нѣтъ. (Зак. гр. ст. 37, п. 1, Уст. дух. конс. ст. 205, п. 1 и 208). Согласно Положенію о союзѣ брачномъ для Царства Польскаго, бракъ, заключенный въ періодъ свѣтлыхъ промежутковъ (*lucida intervalla*), дѣйствителенъ (ст. 14). Къ состоянію душевно-больныхъ должны быть приравнены и лица, находящіяся, при вступленіи въ бракъ, въ состояніи временнаго помраченія сознанія, напр. вслѣдствіе сильнаго опьяненія. Но лица съ органическими недостатками (не лишающими возможности половой дѣятельности, напр. глухіе, слѣпые) могутъ заключать бракъ, какъ обладающія сознаніемъ<sup>1)</sup>. Во 2-хъ, вслѣдствіе заблужденія или обмана

<sup>1)</sup> Впрочемъ, едва-ли мыслимъ бракъ для нѣмыхъ и глухо-нѣмыхъ, не обученныхъ грамотѣ и лишенныхъ всякаго средства пріобрѣтать



(т. X, ч. I, ст. 666. Уст. дух. конс., ст. 208. Ул. о нак., ст. 1551; Пр. ст. 219). Если заблужденіе касается тождества лица, то оно дѣлаетъ бракъ недѣйствительнымъ; если-же заблужденіе относится къ свойствамъ лица, то, по общему правилу и съ точки зрѣнія нашего законодательства, бракъ остается въ силѣ. Впрочемъ, это категорически высказано только въ Положеніи о союзѣ брачномъ для Царства Польскаго (ст. 12).

Въ 3-хъ, вслѣдствіе *принужденія*. (Зак. гр. ст. 37 п. I, ст. 666. Уст. дух. конс. ст. 205 п. I, ст. 208; Пр. ст. 219).

Нашъ законъ специально упоминаетъ о принужденіи со стороны родителей и опекуновъ одного изъ брачующихся (т. X, ч. I, ст. 12. Улож. о нак., ст. 1550, 1596, 1599). Но, очевидно, что разрушительно на бракъ дѣйствуетъ всякое принужденіе одного изъ супруговъ, кѣмъ-бы оно сдѣлано ни было. Имѣя въ виду, что законъ нашъ умалчиваетъ о недѣйствительности принудительныхъ браковъ нехристіанъ, надо заключить, что такіе браки между нехристіанами будутъ признаны недѣйствительными лишь тогда, когда принужденіе нельзя будетъ оправдать правилами закона нехристіанъ или принятыми у нихъ обычаями. (Ср. Объясн. къ ст. I Проекта). Особый видъ принужденія къ вступленію въ бракъ составляетъ похищеніе (увозъ). Этотъ видъ насилія мыслимъ съ точки зрѣнія закона (да и быта—по крайней мѣрѣ по общему правилу) только по отношенію къ женщинѣ (Ул. 1549).

Во всѣхъ законодательствахъ наличность свободной воли составляетъ непремѣнное условіе брака. По прусскому праву, недѣйствителенъ бракъ душевно-больныхъ, слабоумныхъ, находившихся въ состояніи опьяненія при совершеніи брака. Такое-же вліяніе на бракъ оказываютъ: принужденіе, обманъ, заблужденіе въ лицѣ, но не въ качествахъ его, Впрочемъ и въ важныхъ качествахъ заблужденіе (относительно цѣлости гражданской чести, цѣломудрія невесты) имѣетъ значеніе (Dernburg, Preussisches Privatrecht. Halle. 1880. В. III, стр. 36, 37). Саксонское улож., говоря объ этихъ-же причинахъ, при-

*понятія и выражать свою волю* (Зак. гражд. ст. 381). По Проекту, не могутъ вступать въ бракъ объявленные не правоспособными по глухонѣмотѣ или нѣмотѣ. Объявленные не правоспособными по расточительности, либо привычному пьянству могутъ вступать въ бракъ лишь съ разрѣшенія высшаго опекунскаго управленія (ст. 8).



соединяетъ сюда и похищеніе. Подробно перечисляются имъ виды уважительной ошибки: если супругъ окажется душевно-больнымъ, неспособнымъ къ брачному сожитію, или, если жена до вступленія въ бракъ страдала неизлѣчимымъ чрезмѣрнымъ половымъ влеченіемъ, или имѣла незаконнаго ребенка, или при вступленіи въ бракъ была беременна отъ другого лица (§§1593—1598). Аналогичныя постановленія даетъ и австрійское уложеніе (§§ 48, 55—59). Общегерманское улож. говоритъ: бракъ ничтоженъ, если во время заключенія его одинъ изъ супруговъ былъ недѣеспособенъ, или находился въ безсознательномъ состояніи, или въ состояніи временнаго расстройства душевной дѣятельности (§ 1325). Относительно вліянія ошибки и обмана даются предписанія общаго характера: бракъ можетъ быть оспоренъ, если супругъ заблуждался въ личности, или такихъ качествахъ другаго супруга, при знаніи о которыхъ онъ воздержался-бы отъ заключенія брака, равно если такое заблужденіе было вызвано обманомъ (§§ 1333, 1334). Очевидно, здѣсь центръ тяжести рѣшенія вопроса переносится въ руки суда. Французскій и италіанскій законы, требуя свободнаго соглашенія, считаютъ таковое нарушеннымъ при наличности принужденія и заблужденія, послѣдняго въ тождествѣ лица, но не въ качествахъ его, кромѣ «гражданскаго положенія» лица (напр., вступленіе въ бракъ по ошибкѣ съ уголовно осужденнымъ или принадлежащимъ къ другой семьѣ, фр. код., ст. 180; итал.—ст. 105).

3) Но бракъ требуетъ не только свободной воли брачующихся, но и *согласія* на него *известныхъ лицъ*, которымъ въ этомъ случаѣ предоставлено закономъ veto—въ силу ихъ особаго отношенія, въ силу авторитета, которымъ располагаютъ они по отношенію къ жениху и невѣстѣ.

Сюда относятся: а) *родители*. Это участіе родительской воли въ заключеніи брака дѣтей можетъ быть оправдываемо двумя причинами: послѣдствіемъ отеческой власти или-же естественной зависимостью отъ родителей и чувствомъ пѣтета первыхъ къ послѣднимъ. Отправляясь отъ перваго соображенія, надо признать согласіе родителей на бракъ дѣтей необходимымъ лишь дотолѣ, доколѣ длится родительская власть. Руководствуясь вторымъ соображеніемъ, надо приз-



нать, что это право родителей должно сохраниться на все время ихъ жизни. Большая часть законодательствъ рѣшаютъ этотъ вопросъ въ томъ смыслѣ, что требуется согласіе родителей на бракъ лишь до достиженія дѣтьми извѣстнаго возраста.

Прусское земское уложеніе право родителей давать согласіе на бракъ дѣтей связываетъ съ отцовской властью, требуя разрѣшенія отъ родителей на бракъ дѣтей до достиженія послѣдними 24 лѣтъ. Малолѣтніе и расточители, какъ недѣеспособные, находясь подъ опекой, должны имѣть разрѣшеніе отъ опекуна. Вступившіе въ бракъ вопреки родительской волѣ лишаются половины законной доли. Имперскій законъ не принимаетъ во вниманіе ни отцовской власти, ни малолѣтства какъ такового. Его мысль та, что не достигшіе 25-лѣтн. возраста сыновья и 24-лѣтн.—дочери, какъ незрѣлые для самостоятельнаго рѣшенія такого важнаго вопроса, какъ вопросъ о бракѣ, должны быть связаны волей родителей, усыновителей или опекуна; послѣдній долженъ имѣть согласіе опекунскаго суда. Отвѣтъ этихъ лицъ долженъ быть мотивированный: опасеніе, что бракъ будетъ несчастливъ, вслѣдствіе болѣзни, безнравственности, большой разницы въ образованіи или общественномъ положеніи жениха или невѣсты. Судъ общій (относительно родителей) и опекунскій (относительно опекуна) можетъ восполнить недостающее согласіе (Dernburg, вышеук. соч., стр. 38—43). Имперскій законъ замѣнилъ по этому предмету и постановленія саксонскаго улож. По общегерм. улож. необходимость испрашивать согласіе на бракъ у отца, а если его нѣтъ, у матери или усыновителя, простирается до 21-лѣтняго возраста. Лицо, ограниченное въ дѣеспособности, должно получить разрѣшеніе отъ своего представителя. За отказомъ родителей или опекуна, разрѣшеніе по уважительнымъ причинамъ можетъ быть дано опекунскимъ судомъ, по выслушаніи родственниковъ или собственниковъ жалобщика (§§ 1304—1308). По австрійскому улож. согласіе на бракъ малолѣтнихъ или совершеннолѣтнихъ, состоящихъ подъ запрещеніемъ, даетъ отецъ или его замѣститель; послѣдній съ согласія суда. На отказъ безъ основательной причины можно жаловаться; основательной причиной отказа считается неимѣніе средствъ (§§ 49—53).



Довольно строгія по этому предмету даетъ предписанія французскій законъ. Какъ и другія законодательства, право самостоятельнаго заключенія брака кодексъ, въ виду важности брачнаго союза, отодвигаетъ за предѣлы гражданского совершеннолѣтія: сынъ, не достигшій 25-лѣтн. возраста, а дочь 21 г. не могутъ вступать въ бракъ безъ согласія отца или матери, а если родители умерли или не въ состояніи дать согласіе, ихъ замѣняютъ дальнѣйшіе восходящіе родственники. По достиженіи указаннаго возраста, испрошеніе разрѣшенія не требуется, но требуется испрошеніе совѣта посредствомъ такъ называемаго «почтительнаго акта»—черезъ нотариуса. Цѣль этого акта вызвать брачущихся на размышленіе въ случаѣ отказа, и попытка примиренія черезъ нотариуса, обыкновенно друга семьи. Если нѣтъ восходящихъ — согласіе даетъ семейный совѣтъ, но это согласіе необходимо лишь для недостигшихъ общегражданскаго совершеннолѣтія—21 года. Бракъ, заключенный безъ согласія восходящихъ, недѣйствителенъ; безъ испрошенія совѣта сохраняетъ силу, но виновные въ нарушеніи закона подлежатъ наказанію (ст. 140 — 160).

Сейчасъ изложенныя постановленія повторяетъ италіанское улож. и сверхъ того постановляетъ, что во избѣжаніе злоупотребленія властью дано право жалобы въ апелляціонный судъ на отказъ въ разрѣшеніи на бракъ со стороны восходящихъ или семейнаго совѣта. Судъ, по выслушаніи сторонъ, (безъ участія представителей ихъ), при закрытыхъ дверяхъ, чтобы не обнаруживать семейныхъ тайнъ, постановляетъ рѣшеніе (ст. 63, 67). Испрошеніе «почтительнаго акта» италіанскимъ кодексомъ отмѣнено, потому что оно, вмѣсто того, чтобы привести вступающихъ въ бракъ къ лучшимъ намѣреніямъ и примирить съ родителями, своей публичностью и подъ вліяніемъ страсти способно скорѣе ожесточать непокорныхъ и уменьшать авторитетъ власти (Gianturco, Istituzioni di diritto civile italiano. Firenze. 1890 г., стр. 46, 47).

Что касается *нашего* общаго законодательства, то обязанность испрашивать согласіе родителей по буквѣ его не ограничивается извѣстнымъ возрастомъ. Но, съ другой стороны, это условіе какъ будто считается существеннымъ лишь



для лицъ, принадлежащихъ къ христіанскимъ вѣроисповѣданіямъ (ст. 6, 62). Впрочемъ, въ Улож. о наказ. (ст. 1549) санкція этого закона дается независимо отъ вѣроисповѣданія. Надо однако замѣтить, что браки вопреки несогласію родителей не признаются недѣйствительными. Они влекутъ только извѣстныя невыгодныя послѣдствія для ослушниковъ родительской воли (см. 1549, 1566 Улож. о наказ.), а равно и для совершившаго бракъ священника а именно: заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 4-хъ до 8-ми мѣсяцевъ и лишеніе права наслѣдованія по закону въ имѣніи того изъ родителей, котораго они оскорбили своимъ неповиновеніемъ, если родители впослѣдствіи не простятъ виновнаго и не возстановятъ его наслѣдственныхъ правъ вполнѣ или частью. Священникъ обвинявшій подвергается дисциплинарной отвѣтственности, если ему было извѣстно о существованіи родительскаго запрещенія; письменнаго дозволенія отъ родителей не требуется. Если священникъ узнаетъ о несогласіи родителей на бракъ, то онъ долженъ увѣщевать желающихъ вступить въ бракъ покориться родительской волѣ, сначала самъ, а затѣмъ при содѣйствіи благочиннаго; при безуспѣшности же увѣщанія испросить разрѣшенія епархіальнаго архіерея. (Суворовъ, Учебн. Церк. пр. Москва 1908 г. 3 изд. стр. 334). Бракъ лица Императорскаго дома, совершенный безъ соизволенія Царствующаго Императора, законнымъ не признается (Зак. осн. ст. 139). Лишеніе наслѣдства для вышедшей замужъ противъ воли родителей дочери назначаетъ и финляндское улож. (О бракѣ гл. VI). По законамъ Царства Польскаго родители могутъ уменьшить до половины законную часть наслѣдства (Пол. о союзѣ брачн. ст. 19). Въ мѣстномъ законодательствѣ есть отступленіе отъ изложеннаго выше правила въ тройкомъ отношеніи: во 1-хъ, по законамъ, дѣйствующимъ въ Царствѣ Польскомъ, испрошеніе согласія отца, а если онъ умеръ или состоитъ подъ прещеніемъ или находится въ безвѣстномъ отсутствіи, то матери, обязательно лишь для лицъ, недостигшихъ 21 года и притомъ для послѣдователей всѣхъ вѣроисповѣданій, въ томъ числѣ и нехристіанскихъ (Пол. о союзѣ брачн., ст. 15, 125, 129, 180). Такой-же возрастъ назначенъ и по законамъ остзейскимъ (Св. Зак. Остз., ч. 3, ст. 941), а равно и по правиламъ, изданнымъ для лицъ евангелическо-



лютеранскаго вѣроисповѣданія (Уст. иностр. испов., т. XI, ст. 319), хотя съ ограниченіемъ — и совершеннолѣтнимъ дѣтямъ (по законамъ остзейскимъ) родители могутъ отказать въ согласіи по особенно уважительнымъ причинамъ на основаніи Церковнаго устава (ст. 1048) и, согласно Уст. иностр. испов., по причинамъ, имъ перечисленнымъ, какъ-то: нравственная запятнанность лица (присужденнаго къ наказанію, сопряженному съ лишеніемъ или ограниченіемъ правъ состоянія), съ которымъ желаетъ вступить въ бракъ сынъ или дочь, или безпорядочный образъ жизни (пьянство, распутство, грубые пороки), или исповѣданіе нехристіанской вѣры, или большое неравенство въ лѣтахъ, воспитаніи и образованіи сторонъ, и нѣкотор. др. (Уст. иностр. исповѣд., ст. 320, 321); во 2-хъ, согласно Положенію о союзѣ брачномъ (1836 г.) бракъ, заключенный противъ воли родителей, въ случаѣ спора противъ него, *расторгается* (Пол. о союзѣ брач., ст. 130) и въ 3-хъ, законы Бессарабіи (Арм. IV, 4, 10), Остзейскаго края (ст. 942, 1649, 66) и Финляндіи (гл. 6, § 4) допускаютъ жалобу со стороны дѣтей на родителей, отказывающихъ безъ основательной причины въ согласіи на бракъ. Въ губ. Черниговской и Полтавской, если отецъ или мать, имѣя въ своемъ опекуномъ управленіи имѣніе, принадлежащее совершеннолѣтней дочери, будутъ препятствовать выходу ея въ замужество (подозрѣвается — съ цѣлью удержать въ своемъ управленіи имѣніе), то ей предоставляется объявить о томъ въ судъ и съ его разрѣшенія вступить въ бракъ (т. X, ч. 1, ст. 7). Очевидно, здѣсь идетъ рѣчь о брачномъ совершеннолѣтіи, такъ какъ по достиженіи гражданскаго совершеннолѣтія опеки не назначается. Такимъ образомъ, участіе суда предполагается для возраста 16—21 года. Если-же опеки родители не несутъ, то имѣютъ силу общіе законы (ст. 6). По проекту разрѣшеніе на бракъ требуется только для недостигшихъ 25 лѣтъ (ст. 3).

б) *Опекуны* или попечители даютъ согласіе на бракъ въ случаѣ смерти родителей или-же лишенія ихъ родительской власти (Зак. гражд., ст. 6, 62. Улож. о нак., ст. 1567). Отказъ въ согласіи и этихъ лицъ по общимъ законамъ можетъ быть немотивированный и безапелляціонный. По Уст. ин. исп. (ст. 321, прим.) отказъ опекуновъ и попечителей на вступленіе въ бракъ, хотя-бы и несовершеннолѣтнихъ питомцевъ, возмо-



женъ только по тѣмъ причинамъ, по которымъ могутъ отказать въ согласіи родители своимъ совершеннолѣтнимъ дѣтямъ .

Подобное-же правило существуетъ и въ Полож. о союзѣ брачномъ для Царства Польскаго. Опекунъ и опекунское начальство могутъ отказать въ дозволеніи несовершеннолѣтнему вступить въ бракъ въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) когда лицо, желающее вступить въ бракъ съ несовершеннолѣтнимъ, развратнаго поведенія, одержимо заразительною болѣзною, или подвергалось наказанію уголовному, либо исправительному; 2) если въ лѣтахъ или въ образѣ воспитанія желающихъ вступить въ бракъ есть слишкомъ большое неравенство (ст. 17). По законамъ Финляндіи отказъ опекуна долженъ быть мотивированный (гл. 6, § 4). Мотивовъ отказа требуетъ и проектъ Улож. (ст. 5). По Уст. ин. испов. усыновители въ отношеніи къ изъявленію согласія на бракъ имѣютъ право родителей (ст. 322).

Не испросившіе согласія опекуна на бракъ по жалобѣ его подвергаются аресту на время отъ 3-хъ недѣль до 3-хъ мѣсяцевъ (Улож. о нак., ст. 1567).

в) *Начальство*. Для лицъ, состоящихъ на службѣ гражданской или военной, требуется письменное разрѣшеніе начальства на вступленіе въ бракъ (ст. 9, 62. Пр. ст. 7). Впрочемъ нарушеніе этого правила влечетъ за собой только дисциплинарное наказаніе — выговоръ со внесеніемъ въ послужной списокъ (Улож., ст. 1565). Дипломатическіе чиновники, при вступленіи въ бракъ съ иностранками (подданными того государства, въ которомъ чиновники находятся на службѣ), сверхъ дозволенія начальства, должны представить подписку невѣсты, что ей объявлено, что, будучи въ замужествѣ за дипломатическимъ чиновникомъ, она должна продать имѣніе свое въ чужихъ краяхъ (ст. 66). Чѣмъ должно руководствоваться начальство при выдачѣ разрѣшенія, по общимъ законамъ, не видно. По законамъ Царства Польскаго начальство должно преимущественно имѣть въ виду, чтобы служащіе вступленіемъ въ несоотвѣтствующій бракъ не вошли въ болѣе недостаточное противъ прежняго состояніе (Пол. о союзѣ брачн., ст. 69).



Особый законъ существуетъ для *военныхъ*. Офицеръ на вступленіе въ бракъ долженъ испросить разрѣшеніе у командира своей части («отдѣльной части»), который окончательно рѣшаетъ вопросъ о пристойности брака, а для пристойности брака требуется, чтобы невеста была «доброй нравственности и благовоспитанна». Кромѣ того, при разрѣшеніи брака, должно быть принято во вниманіе общественное положеніе невесты. Командиръ части представляетъ свое заключеніе на усмотрѣніе начальника дивизіи, которому принадлежитъ право окончательнаго разрѣшенія брака.

Очевидно, что только будущая практика можетъ выработать болѣе устойчивыя положенія, при рѣшеніи вопроса о томъ, въ какихъ случаяхъ бракъ офицеру можетъ быть дозволенъ.

Кромѣ того, офицерамъ, получающимъ отъ казны менѣе 1200 руб. содержанія въ годъ, вступленіе въ бракъ можетъ быть разрѣшено начальствомъ не иначе, какъ по представленіи имущественнаго обезпеченія въ видѣ недвижимости, приносящей не менѣе 300 р. годичнаго дохода, или въ видѣ единовременнаго вклада въ 5000 руб. (Собр. узакон. и распор. правит. 1901 г., № 47, ст. 933).

И въ другихъ законодательствахъ требуется разрѣшеніе власти для вступленія офицеровъ въ бракъ. По общеимперскому германскому военному закону вступившій безъ разрѣшенія начальства въ бракъ офицеръ подлежитъ 3-хъ мѣсячному заключенію въ крѣпости и увольненію отъ службы, а по прусскому улож. и самый бракъ признавался недѣйствительнымъ (Deppburg, стр. 48. См. Австр. улож., ст. § 54).

4) Къ этой-же категоріи препятствій, т. е., оправдываемыхъ соображеніями моральными, должно быть отнесено *брачное состояніе* брачущихся (см. общеимп. законъ 1875 г. § 34, общегерм. улож. § 1309, австр. § 62, франц. ст. 147, итал. ст. 56. Зак. гр. ст. 20. Пр. ст. 10), ибо бракъ *бигамическій*, очевидно, нарушаетъ этическія требованія; по нашъ законъ смотритъ на это условіе съ религіозной точки зрѣнія. Поэтому безусловный характеръ имѣетъ оно только для христіанъ. Въ византійскомъ правѣ и обрученіе составляло препятствіе къ браку; у насъ при Елизаветѣ Петровнѣ формально обрученнымъ воспрещено было оставлять другъ друга и такое



обрученіе могло быть расторгнуто съ разрѣшенія духовной власти (Суворовъ, Курсъ Церк. пр. II, стр. 277).

Для нехристіанъ это условіе имѣетъ силу лишь настолько, насколько спеціальныя ихъ законы и обычаи вѣры не допускаютъ многоженства. Магометане, согласно Корану (IV, ст. 3), не могутъ имѣть болѣе 4-хъ женъ. Многоженство евреевъ у насъ воспрещено (Зак. гражд., ст. 20, 62, 71; Пол. о союзѣ брачн., ст. 25, 125, 134, 181. Уст. иностр. испов., ст. 330. Улож. о нак., ст. 1554 — 1558).

5) Препятствія, имѣющія оправданіе въ правѣ церковномъ. Православная церковь, а за нею и свѣтскій законъ, ставятъ условіемъ, чтобы новый бракъ не былъ *четвертымъ*, включая въ счетъ и бракъ расторгнутый вслѣдствіе развода, но не признанія недѣйствительнымъ, хотя и послѣдній на практикѣ тоже идетъ въ счетъ, очевидно безъ основанія: нельзя считать бракомъ союзъ, бракомъ не признанный (Суворовъ, Учебн., стр. 324, 325). Церковь издревле смотрѣла неблагопріятно на повторные браки, но свѣтское законодательство (византійское) стало ихъ воспрещать только съ IX в. (Суворовъ, Курсъ, стр. 278). Для предупрежденія четвертыхъ и двойныхъ браковъ на выдаваемыхъ видахъ на жительство должны быть сдѣланы отмѣтки рукой вѣнчавшаго священника, съ кѣмъ именно, когда и въ какой церкви совершено вѣнчаніе (Зак. гр., ст. 21, 22, 37. Уст. дух. конс., ст. 205, п. 4. Пр. ст. 18).

6) *Принадлежность къ духовному сану или монашеству.* Бракъ не мыслимъ какъ для монаховъ, такъ и для священниковъ и діаконовъ, пока они сохраняютъ свой санъ. (Въ древнехристіанской церкви это ограниченіе на діаконовъ не распространялось). Это правило относится, какъ къ православнымъ, такъ и къ католикамъ, но не протестантамъ, а тѣмъ менѣе къ духовенству вѣроисповѣданій нехристіанскихъ (Зак. гр., ст. 2. Пол. о союзѣ брачн., ст. 27. Улож. о нак., ст. 1569 Пр. ст. 236 п. 3).

7) *Воспрещеніе брака въ силу судебного приговора*, а именно такое воспрещеніе имѣетъ мѣсто для слѣдующихъ лицъ: для тѣхъ, бракъ которыхъ расторгнутъ вслѣдствіе виновности ихъ въ двоеженствѣ, неспособности къ брачному сожитію, или вслѣдствіе виновнаго безвѣстнаго отсутствія (Уст. дух.



конс., ст. 253, 257, 214. Зак. гр., ст. 40, 41. Уст. иностр. испов., ст. 375), впрочемъ, насколько подтвержденіе этихъ узаконеній находится въ правилахъ того или другого вѣроисповѣданія.

8) *Препятствія чисто юридическія*, истекающія изъ особаго юридическаго положенія лица, *вслѣдствіе отбываемаго имъ наказанія*:

1. Арестанту холостому или вдовому запрещается вступать въ бракъ (т. X, ч. I, ст. 19, т. XIV, Уст. суд. подъ стр., изд. 1886 г., ст. 276).

2. Ссылнымъ до дѣйствительнаго распредѣленія ихъ въ Тюмени запрещается вступать въ бракъ между собою, но дозволяется жениться въ пути на непреступныхъ (т. X, ч. I, ст. 19, т. XIV, Уст. ссыл., ст. 86, 87),

3. Ссылно-каторжнымъ мужчинамъ и женщинамъ до поступления въ отрядъ исправляющихся и до истеченія извѣстнаго срока въ этомъ состояніи, а именно ссыльно-каторжнымъ перваго разряда до истеченія трехъ лѣтъ послѣ поступления въ отрядъ исправляющихся, второго—до истеченія двухъ лѣтъ, а перваго — до истеченія одного года (т. XIV, Уст. о ссыл., ст. 412).

#### б) **Относительныя условія.**

1) Отсутствіе запрещеннаго закономъ *родства* или *свойства* между брачующимися. Въ правѣ различаются слѣдующіе виды родства: кровное или естественное, гражданское и духовное.

*Кровное родство*, какъ самое слово показываетъ, основывается на единствѣ или общности крови, вслѣдствіе происхожденія одного лица отъ другаго или нѣсколькихъ лицъ отъ общаго ихъ родоначальника.

*Гражданское родство* есть связь, возникающая между извѣстными лицами вслѣдствіе усыновленія.

*Духовное родство* образуется вслѣдствіе воспріятія отъ крещенія. (По кормчей — изъ совершеннаго также при содѣйствіи церкви усыновленія и братотворенія или побратимства).

*Свойство* есть связь, основанная на бракѣ двухъ лицъ, принадлежащихъ къ разнымъ родамъ. Оно называется двух-



роднымъ, если опредѣляется связь одного супруга съ родственниками другого, или-же связь родственниковъ обоихъ супруговъ, слѣдовательно связь двухъ родовъ, и трехроднымъ, если имѣется въ виду связь трехъ родовъ, на примѣръ между мачихой и мужемъ падчерицы.

Близость родства служитъ препятствіемъ къ браку, во 1-хъ, по соображеніямъ фізіологическимъ: существуетъ инстинктивное, самой природой вложенное, отвращеніе къ половому общенію между близкими родственниками; во 2-хъ, расовымъ: опытомъ дознано, что раса ухудшается вслѣдствіе допущенія брака между близкими родственниками; въ 3-хъ, по соображеніямъ моральнымъ. Это — правило всѣхъ законодательствъ, но самая близость опредѣляется различно. Нужно замѣтить, что въ настоящее время предѣлы родства, препятствующаго заключенію брака, значительно сужены сравнительно съ временами предшествующими — полного господства каноническаго права. Такъ по общеимперскому германскому законодательству воспрещаются браки между родственниками въ прямой линіи (восходящей и нисходящей), между братьями и сестрами (полнородными и неполнородными), въ свойствѣ: между вотчимомъ и падчерицей, мачихой и пасынкомъ, свекромъ и снохой, зятемъ и тещей, безъ различія законнаго и незаконнаго родства (Reichsgesetz, v. 6, Febr. 1875, § 33), т. е. во 2-й степени родства и въ 1-й степени свойства. (См. Dernburg, Lehrbuch d. Preussischen Privatrechts, III B., стр. 44, 45. Ср. сакс. улож. §§ 1608 — 1611). Это-же запрещеніе повторяетъ и общегерманское улож. (§ 1310). Нѣсколько дальше идетъ австрійское улож., воспрещающее бракъ и между двоюродными (§§ 65 и 66). По французскому улож. бракъ не дозволенъ между родственниками (и незаконными) прямой линіи, въ боковыхъ: между братомъ и сестрой, но между дядей и племянницей и теткой и племянникомъ можетъ быть разрѣшенъ. Въ свойствѣ въ тѣхъ-же предѣлахъ, что и по общеимперскому закону (ст. 161 — 164). По италіанскому улож. въ прямой линіи родства и свойства (законнаго и незаконнаго), въ боковыхъ линіяхъ: между братьями и сестрами законными и незаконными, полнородными и неполнородными, между свойственниками той-же степени, между дядей и племянницей, между теткой и племянникомъ (ст. 58, 59). *Наше*



законодательство отдастъ рѣшеніе этого вопроса религіи бра-  
чущихся (Зак. гражд. ст. 23, 37, п. 2, 64, 78, 210. Уст. дух.  
конс., ст. 205, п. 2). Отсюда крайнее разнообразіе въ опредѣ-  
леніи близости родства, препятствующаго браку. Такъ, въ  
православной церкви воспрещаются абсолютно браки: между  
родственниками по прямой линіи безъ ограниченія степеней,  
а въ линіяхъ боковыхъ и въ двухродномъ свойствѣ до че-  
твертой степени включительно; въ свойствѣ-же трехродномъ  
только первая степень воспрещена абсолютно. Но, сверхъ того,  
указами Св. Правит. Синода (19 янв. 1810 г., 25 апр. 1841 г.  
и 28 марта 1859 г.) предписано, чтобы въ сомнительныхъ слу-  
чаяхъ, въ особенности при вѣнчаніи браковъ въ ближайшихъ  
къ запрещеннымъ степеняхъ (обыкновенно въ 5-й и 6-й) при-  
ходскіе священники испрашивали разрѣшенія у епархіальнаго  
начальства. Равно не дозволяется безъ такого разрѣшенія  
вѣнчать лицъ, состоящихъ въ 2-й, 3-й и 4-й степеняхъ трех-  
роднаго свойства. О вліяніи на бракъ внѣбрачнаго родства  
наше законодательство умалчиваетъ. Проектъ признаетъ пре-  
пятствіемъ къ браку и это родство, хотя и въ ограниченной  
мѣрѣ: только между родственниками въ прямой линіи и между  
роднымъ братомъ и сестрою (полнородными, единокровными  
и единоутробными, ст. 9).

Въ духовномъ родствѣ наша церковь воспрещаетъ бракъ  
восприемнику съ воспріятою и матерью ея, а восприемницѣ съ  
воспріятымъ и отцомъ его (Ук. 19 янв. 1810 г., 16 апр. 1874 г.  
и 31 окт. 1875 г.). Усыновленіе, согласно практикѣ православ-  
ной церкви, не служитъ препятствіемъ къ браку.

Для лицъ греко-уніатскаго вѣроисповѣданія имѣютъ силу  
тѣ-же самыя узаконенія о родствѣ, что и для православныхъ.  
То-же самое надо сказать и относительно старообряд-  
цевъ, согласно закону 19 апрѣля 1874 года (Зак. гражд.,  
ст. 78, 23).

Въ римско-католической церкви родство и свой-  
ство, какъ законное, такъ и незаконное, составляютъ препят-  
ствіе къ браку между всѣми восходящими и нисходящими въ  
прямой линіи. Въ боковой линіи родство и свойство, возни-  
кающее изъ союзовъ законныхъ, составляетъ препятствіе къ  
браку до четвертой канонической степени включительно. Род-  
ство и свойство въ той-же линіи, возникающее изъ сожитій



незаконныхъ, составляетъ препятствіе къ браку между родственниками до 4-й степени включительно, между свойственниками до 2-й степени включительно. Родство духовное служитъ въ такой-же мѣрѣ препятствіемъ къ браку, какъ и въ православной церкви. Сверхъ того, въ извѣстной мѣрѣ служитъ препятствіемъ къ браку и родство по усыновленію. Духовной власти предоставлено право диспенсаций въ боковыхъ линіяхъ во второй и послѣдующихъ степеняхъ, а также въ родствѣ духовномъ и по усыновленію (Полож. о союзѣ брачн., ст. 30 — 36).

Говоря о степеняхъ родства въ римско-католической церкви, надо имѣть въ виду, что въ ней, согласно западно-каноническому праву, усвоено счисленіе родства не по римскому, а по германскому способу, заключающемуся въ томъ, что рожденія сосчитываются только въ одной линіи, а если линіи неравныя, то только въ дальнѣйшей. (Такимъ образомъ родные братья по германской системѣ будутъ въ первой степени родства, а по римской — во 2-й, двоюродные по германской системѣ во 2-й, а по римской—въ 4-й).

Въ Евангелическо-лютеранской церкви родство кровное служитъ препятствіемъ къ браку въ слѣдующихъ степеняхъ: 1) въ прямой линіи безъ ограниченія степеней; 2) въ боковыхъ: а) между братьями и сестрами—все равно полнородными или неполнородными; б) между племянникомъ и родной теткой, т.-е. родной сестрой отца или матери. Но бракъ съ родной племянницей или со вдовой роднаго дяди допускается только съ разрѣшенія генеральной консисторіи. Въ слѣдующихъ степеняхъ свойства не допускается бракъ: между вотчимомъ и падчерицей, между мачихой и пасынкомъ, между зятемъ и тещей, между неvěсткой и свекромъ. Браки между усыновленными и усыновившими запрещаются, пока усыновленіе законнымъ образомъ не уничтожено (Т. XI, ч. I, изд. 1896 г. Уст. иностр. испов., ст. 324—326).

У нехристіанъ предѣлы воспрещеннаго для брака родства опредѣляются всецѣло правилами ихъ закона и принятыми у нихъ обычаями. Особенность магометанскаго закона, между прочимъ, та, что согласно ему, молочное родство (вслѣдствіе кормленія двухъ лицъ грудью одной и той-же жен-



щины) служить тоже въ извѣстной мѣрѣ препятствіемъ къ браку.

2) Къ числу относительныхъ условій надо также причислить требованіе соотвѣтствія въ вѣроисповѣданіяхъ брачующихся лицъ, если они принадлежатъ къ вѣроисповѣданіямъ различнымъ. Это требованіе оправдывается, главнымъ образомъ, соображеніями религіознаго характера. Съ точки зрѣнія религіи и въ особенности христіанской, возводящей бракъ на степень полного общенія между мужемъ и женою, рознь въ религіозныхъ воззрѣніяхъ есть важное препятствіе для вступленія въ бракъ, какъ нарушающее общеніе внутреннаго міра супруговъ въ существенномъ — въ убѣжденіяхъ совѣсти, хотя церковь допускаетъ въ этомъ случаѣ исключенія, напримѣръ, при обращеніи въ христіанство одного изъ супруговъ. Конечно, и государство, при взглядѣ на бракъ съ юридической стороны, не могло-бы безразлично относиться къ разномѣрію лицъ, вступающихъ въ бракъ, какъ нарушающему полную гармонію нравственнаго единенія, которому государство, по мѣрѣ силъ, должно способствовать. Но, принимая во вниманіе, во 1-хъ, что эта гармонія можетъ нарушаться и вслѣдствіе другихъ различій между супругами (образованія, соціальнаго положенія и, наконецъ, характера), не въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ вслѣдствіе разномѣрія, во 2-хъ, что запрещеніе браковъ между разномѣрными можетъ пагубно дѣйствовать на самыя религіозныя убѣжденія, заставляя мѣнять ихъ изъ-за брака, новѣйшіе кодексы устраняютъ религіозное различіе изъ числа препятствій къ браку. До недавняго времени помѣхой къ такому устраненію служила церковная форма брака, какъ единственно допускаемая закономъ. Со введеніемъ-же гражданской формы, разномѣріе почти вездѣ въ Западной Европѣ перестало служить препятствіемъ къ браку: во Франціи еще съ 1791 г., въ Германіи — со времени закона 6 февраля 1875 г., но въ Австріи бракъ между христіанами и нехристіанами воспрещенъ (§ 64).

Наше законодательство даетъ по этому вопросу слѣдующія постановленія: запрещаются браки между православными, католиками и греко-уніатами съ одной стороны, и нехристіанами съ другой (Зак. гр., ст. 85, 33, 37, п. 7; Уст. дух. конс. ст. 205, п. 7. Х. Ул. о нак., ст. 1564, 1568). Равно



запрещаются браки между протестантами и ламаитами и язычниками (Зак. гр. ст. 85; Уст. иностр. испов., ст. 329), а въ Царствѣ Польскомъ между лицами, принадлежащими къ евангелическо-лютеранскому и реформатскому исповѣданіямъ и нехристіанами (Пол. о союзѣ брачн., ст. 133). Въ коренной-же Россіи такой бракъ дозволенъ при слѣдующихъ условіяхъ: 1) должно быть дано разрѣшеніе мѣстной консисторіей супруга-христіанина; 2) бракосочетаніе должно быть совершено только по обряду церкви супруга-христіанина; 3) супругъ-нехристіанинъ долженъ дать подписку въ томъ, что не будетъ стараться совратить супруга или дѣтей въ свою вѣру и что дѣти будутъ воспитаны въ религіи супруга-христіанина или же въ православной вѣрѣ (Уст. иностр. испов., ст. 328).

Существовавшее прежде воспрещеніе браковъ между православными и старообрядцами Высочайше утвержденнымъ 17 Апрѣля 1905 г. Полож. Комитета Министровъ отмѣнено: старообрядцы и сектанты въ отношеніи заключенія ими смѣшанныхъ браковъ, съ православными уравниены въ правахъ съ лицами инославныхъ исповѣданій (п. 11).

Къ числу условій для вступленія въ бракъ смѣшаннаго характера, этического и юридическаго, должно быть отнесено соблюденіе траура по умершемъ супругѣ и выдержаніе времени испытанія во избѣжаніе *turbatio sanguinis*. Поэтому воспрещеніе брака простирается на время возможнаго зачатія и падаетъ съ установленіемъ отсутствія беременности. По общеимперскому закону такой срокъ 10 мѣсяцевъ (§ 33), равно и по французскому (ст. 228) и по италіанскому (ст. 57), по австрійскому — 6 мѣсяцевъ (§ 120). Нашъ общій законъ этого условія не ставитъ, но по Уст. иностр. испов. вдова, небеременность коей подлежитъ сомнѣнію, можетъ вступать въ новый бракъ не прежде какъ по истеченіи 6 мѣсяцевъ послѣ смерти супруга; вообще какъ вдовецъ, такъ и вдова могутъ вступать въ бракъ лишь по истеченіи 3-хъ мѣсяцевъ отъ смерти супруга (ст. 333).



## § 4.

**Б. Форма заключенія брака.****1) Исторія и западно-европейское право.**

Заключеніе брака требуетъ для дѣйствительности своей наличности указанной закономъ формы. Бракъ, заключенный не въ этой формѣ, не признается бракомъ. Это требованіе строгаго соблюденія формы при бракозаключеніи вытекаетъ изъ двухъ причинъ: изъ особенной важности брачнаго союза для брачующихся лицъ и изъ высокой общественной важности этого союза. Исторія права показываетъ, что формы заключенія брака въ началѣ народной жизни разнообразятся, смотря по національнымъ и культурнымъ особенностямъ народовъ; но въ послѣдствіи это разнообразіе приводится къ единству — къ признанію необходимости церковной формы брака. У всѣхъ народовъ и во всѣхъ религіяхъ наблюдается привлеченіе божества къ участию въ заключеніи брака. Тѣмъ болѣе немыслимо заключеніе и оформленіе брака безъ участія церкви въ религіи христіанской, поставившей бракъ на высоту таинства. Вотъ почему съ самыхъ древнихъ временъ христіанства совершеніе брака сопровождалось религіозными формальностями и обычай благословенія браковъ относится къ глубокой древности.

Впрочемъ, особый обрядъ или чинъ вѣнчанія появился въ церкви въ сравнительно позднее время. Вначалѣ же участіе церкви въ заключеніи брака ограничивалось тѣмъ, что новобрачные извѣщали епископа о своемъ желаніи вступить въ бракъ, въ назначенный день отправлялись въ храмъ, слушали вмѣстѣ обѣдню, приобщались Св. Таинъ и получали благословеніе епископа или священника. Что касается государства, то оно нескоро поставило церковную форму брака непремѣннымъ условіемъ для законности его. Государство считало законнымъ бракъ тогда, когда заключеніе его соответствовало государственнымъ законамъ, а по этимъ законамъ рѣшающее значеніе для силы брака имѣла несомнѣнность согласія на бракъ вступавшихъ въ него (*consensus facit nuptias*);



только для лицъ, принадлежавшихъ къ высшимъ классамъ, требовалось соблюденіе извѣстныхъ формальностей при заключеніи брака. Поэтому вначалѣ и сама церковь должна была по необходимости смотрѣть снисходительно на неисполненіе брачующимися церковнаго обряда. Церковная форма брака прививалась исподволь и даже въ VIII вѣкѣ благословеніе брака еще не строго требовалось; только къ концу IX в. это благословеніе стало существеннымъ условіемъ для оформленія брака, а съ конца XI в. стало единственнымъ правомѣрнымъ способомъ заключенія его. Что касается западной церкви, то тамъ вплоть до Тридентскаго собора (1542 г.—1564 г.) не было твердой, указанной церковью, формы заключенія брака. Извѣстныя церемоніи и обряды соблюдались на Западѣ, какъ и на Востокѣ, при заключеніи браковъ, но этимъ обрядамъ не придавалось существеннаго значенія. По традиціи, перешедшей отъ римскаго права, важно было лишь внѣшнимъ образомъ обнаруженное согласіе; болѣе того—достаточно было для силы брака лишь взаимно даннаго брачующимися другъ другу согласія безъ всякихъ свидѣтелей и даже одного фактическаго сожитія ихъ. Отсюда широкое распространеніе тайныхъ браковъ (*clandestina matrimonia*), не только неформальныхъ, но и незаконныхъ (напр., въ близкомъ родствѣ). Только на Тридентскомъ соборѣ установлена была опредѣленная форма брака: заявленіе о бракѣ предъ приходскимъ священникомъ и двумя или тремя свидѣтелями. Но это заявленіе не сопряжено съ наличностью какого-нибудь священнодѣйствія и священникъ является только пассивнымъ воспринимателемъ согласія брачующихся (*passiva assistentia*). Кромѣ того, постановленія собора не вездѣ были опубликованы и слѣдовательно не вездѣ въ католическомъ мірѣ стали обязательными. Все это не могло способствовать установленію надлежащей опредѣленности въ брачномъ дѣлѣ. Хотя реформація и объявила бракъ дѣломъ свѣтскимъ, тѣмъ не менѣе и для протестантскихъ браковъ требовалось вѣнчаніе.

Дальнѣйшій ходъ исторіи однако показалъ, что церкви трудно было удержать въ рукахъ своихъ брачное дѣло. Ей легко было справляться съ нимъ только до тѣхъ поръ, пока, во 1-хъ, государственная власть угодливо слѣдовала за велѣніями церкви, и во 2-хъ, пока въ лонѣ господствующей церкви



того или другого государства не оказывалось отступников. Правда, церковь всегда весьма ревниво поддерживала авторитетъ свой, причемъ въ этой ревности проявляли одинаковую нетерпимость какъ церковь католическая, такъ и протестантская. Но, съ успѣхомъ вѣротерпимости, государство признало возможнымъ нарушить этотъ авторитетъ господствующаго вѣроисповѣданія. Чтобы дать возможность диссидентамъ заключать законнымъ образомъ браки, съ одной стороны, и чтобы не насиловать ихъ совѣсти обязанностью вѣнчаться по правиламъ господствующей церкви, съ другой, государство оказалось вынужденнымъ создать для нихъ особую свѣтскую или гражданскую форму брака. Въ первый разъ эта форма брака введена была въ Голландскихъ Штатахъ для диссидентовъ въ 1580 году.

Во второй половинѣ XVI в. господствующимъ вѣроисповѣданіемъ въ Голландіи стало реформатское, послѣдователи котораго проявляли по отношенію къ диссидентамъ не менѣе духа нетерпимости, чѣмъ и католики: первые должны были для сообщенія законности своимъ бракамъ являться къ реформатскимъ священникамъ и вѣнчаться у нихъ по реформатскому обряду. Правительство, дабы дать возможность законно заключать браки въ томъ случаѣ, когда женихъ и невѣста не пожелаютъ вѣнчаться у духовнаго лица не ихъ религіи или это лицо само не пожелаетъ вѣнчать, разрѣшило являться къ государственному чиновнику и предъ нимъ заявлять о своемъ согласіи на бракъ и регистрировать его. Вотъ первый видъ гражданского брака—вынужденнаго (Nothcivilehe).

Но самую поучительную исторію гражданской формы брака представляютъ Англія и Франція.

Брачное право Англіи издавна отличалось двойственностью. Съ одной стороны, непремѣннымъ условіемъ законности браковъ ставили церковное вѣнчаніе, а съ другой,—не отнимали безусловно юридической силы и у браковъ неторжественныхъ. Даже предбрачные договоры (*sponsalia de praesenti, praecontract*) признавались законными супружествами. Первая попытка гражданского брака въ Англіи явилась, впрочемъ, не раньше второй половины XVII столѣтія, когда самый государственный строй Англіи установился на новыхъ нача-



лахъ. Именно, 24 августа 1653 года, въ правленіе Кромвеля, былъ изданъ законъ, которымъ вводился обязательный гражданскій бракъ во всей Англіи. Законъ этотъ состоялъ въ слѣдующемъ. Браку должно предшествовать троекратное оглашеніе, которое совершается въ теченіи 3-хъ недѣль въ назначенные часы дня, въ церкви или на торговой площади, смотря по выбору вступающихъ въ бракъ. Но прежде этой публикаціи будущіе супруги обязаны представить регистратору особую записку о мѣстѣ жительства и именахъ, какъ своихъ, такъ и ихъ родителей. Въ чтеніи этой записки, собственно, и состояло оглашеніе. Затѣмъ, со свидѣтельствомъ, полученнымъ отъ регистратора, о выполненіи всѣхъ предварительныхъ формальностей, женихъ и невѣста должны были отправляться въ камеру мирового судьи для самого совершенія брака. Обрядъ этотъ былъ простъ. Судья спрашивалъ стоявшую предъ нимъ чету — согласны-ли они вступить въ бракъ, и послѣ утвердительнаго отвѣта на этотъ вопросъ, связывалъ руку жениха съ рукой невѣсты, чѣмъ символически выражалась неразрывность союза.

Несправедливо говорятъ, что мотивомъ этого закона была ненависть Кромвеля къ духовенству. Причины лежали не въ этихъ личныхъ симпатіяхъ протектора, а гораздо глубже. Дѣло въ томъ, что новая англиканская церковь въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ была протестантской только по имени. Въ ней оставались многіе атрибуты католицизма, какъ-то: ритуаль, іерархія, а съ ней вмѣстѣ и вмѣшательство церкви въ дѣла государства. Папу замѣнилъ король, что повлекло за собою новыя неудобства — столкновеніе между двумя компетенціями (свѣтской и духовной) и опасный принципъ: кто врагъ короля, тотъ врагъ и его церкви. Противъ этого порядка вооружалась всей силой своей энергіи кальвинистическая теорія. Она требовала: отдѣленія государства отъ церкви, приведенія церковнаго устройства къ простотѣ апостольскихъ временъ и уничтоженія всего, напоминавшаго о папствѣ. Результатомъ всего этого было введеніе гражданского брака Кромвелемъ.

Новому порядку вещей суждено было, впрочемъ, просуществовать недолго. Съ потерей республиканской свободы, англичане лишились и гражданского брака. Со дня вступленія



на престолъ Карла II, единственно законной формой брака стало попрежнему церковное вѣнчаніе. Реакція противъ стараго порядка была столь велика, что новое правительство, признавая юридическую силу за обрученіемъ (*sponsalia de praesenti*), не колебалось иногда считать конкубинатомъ браки, заключенные во время республики.

Такъ относилась практика. Что касается буквы закона, то она оставалась той-же, что и до реставраціи. Законодатели только усердно облагали разнообразными поборами предбрачныя формальности. А это отсутствіе однообразія и постоянства въ формѣ брака, эти финансовые расчеты правительства породили въ Англіи цѣлую массу такъ называемыхъ «тайныхъ браковъ», браковъ, гдѣ не только уже не могло быть рѣчи о выполненіи всѣхъ законныхъ условій, но гдѣ нерѣдко вѣнчали насильно, гдѣ не въ рѣдкость былъ бракъ при живой неразведенной женѣ или при такомъ-же мужѣ.

Зло, въ видѣ этихъ браковъ, достигло ужасающихъ размѣровъ. Церковь св. Якова въ Лондонѣ совершала ихъ ежедневно отъ 30 до 40, а за періодъ времени отъ 1664 до 1691 гг., т. е. за 27 лѣтъ, по реестру ея числилось около 40 тыс. такихъ браковъ. Но всякое вѣроятіе въ этомъ отношеніи превосходили такъ называемые *Fleet marriages*, т. е. браки, совершавшіеся въ лондонской долговой тюрьмѣ, заключенными тамъ священниками. Нѣкій John Saunham, прозванный «чортомъ», въ періодъ своего ареста (31 г.) обвѣнчалъ 36 тыс. паръ, имѣя при этомъ двухъ довольно сильныхъ конкурентовъ.

Но насколько этимъ бракамъ сочувствовало тогдашнее деморализованное англійское общество, на столько-же они унижали самый институтъ брака, превращая его въ какую-то коммерческую аферу совершителей. Эти вѣнчатели-аферисты употребляли всѣ средства, чтобы составить себѣ на сколько возможно большую практику: они усердно объявляли о своей профессіи, безцеремонно расхваливая свою добросовѣстность и аккуратность, разсылали по городу своихъ агентовъ, которые вербовали тамъ желавшихъ сочетаться бракомъ. Къ довершенію профанаціи, совершеніе брака сдѣлалось доходной статьей содержателей гостинницъ. Обыкновенно хозяева послѣднихъ, въ видахъ привлеченія публики, содержали на свой счетъ церковниковъ-вѣнчателей, какъ содержали они



для той-же цѣли разныхъ балаганныхъ скомороховъ<sup>1)</sup>. И эти-то браки, при подобной обстановкѣ, заключались не однимъ простымъ людомъ, но и англійской аристократіей. Мы встрѣчаемъ въ лѣтописи ихъ имена лорда-канцлера и министра юстиціи.

Спрашивается, что-же за причины довели англичанъ до такого индифферентизма въ дѣлѣ брака, до такого опошленія этого важнаго института. Причины эти разнообразны. Во 1-хъ, косвенное потворство тайнымъ бракамъ со стороны закона, облагавшаго ихъ только штрафами, но не лишавшаго безусловной силы; во 2-хъ, отсутствіе формальностей, необходимо связанныхъ съ бракомъ явнымъ (согласіе родителей, свидѣтельство о возрастѣ, оглашеніе); въ 3-хъ, распространившееся тогда среди женщинъ ложное убѣжденіе, что всякій бракъ освобождаетъ ихъ отъ обязанности платить брачные долги и, наконецъ, въ 4-хъ, то отвращеніе ко всякой публичности, которое составляло замѣчательную черту тогдашнихъ англичанъ.

Однако, какъ ни гармонировали эти браки съ тогдашнимъ настроеніемъ большинства англійскаго народа, злоупотребленія, ими порожденныя, какъ мы указывали, были слишкомъ вопіющи, чтобы законодательство не обратило на нихъ вниманія. Дѣйствительно, въ этотъ періодъ мы встрѣчаемъ цѣлый рядъ попытокъ, имѣвшихъ цѣлью исправить старый законъ. Изъ такихъ попытокъ самая замѣчательная такъ называемый Гардвиковъ актъ (Hardwicke Act) 6 іюня 1753 года, установившій, между прочимъ, слѣдующія правила. 1) Браку должно предшествовать тоекратное оглашеніе въ приходской церкви будущихъ супруговъ. 2) Женихъ и невѣста, достигшіе 21 года, должны имѣть согласіе на бракъ отъ своихъ родителей или отъ лицъ ихъ замѣняющихъ. 3) Вѣнчаться можно только въ той церкви, въ приходѣ которой брачующіеся прожили не менѣе 4 недѣль. 4) Бракъ, совершенный не въ узаконенной церкви и безъ оглашенія, недѣйствителенъ. 5)

---

<sup>1)</sup> Тогда рѣдкая гостинница не украшалась вывѣской, на которой была нарисована чета съ связанными вмѣстѣ правыми руками и съ лапаческой подъ нею надписью: „здѣсь вѣнчаютъ“.



На основаніи обрученія (*sponsalia de praesenti* или *de futuro*) нельзя требовать вѣнчанія (что случалось прежде).

Замѣчательна та оппозиція, которую выдержалъ этотъ законъ, прежде чѣмъ онъ былъ санкціонированъ. Въ парламентѣ обвиняли билль въ аристократическихъ стремленіяхъ, въ желаніи предотвратить возможность неравныхъ браковъ и въ побужденіи концентрировать имущество въ однихъ рукахъ; находили его оскорбляющимъ чувство женской стыдливости, открывали въ немъ потворство разврату и считали противнымъ политикѣ размноженія народонаселенія.

Не менѣе недружелюбно встрѣченъ былъ билль и по выходѣ его: симпатіи народа остались, попрежнему, на сторонѣ тайныхъ браковъ и насколько онѣ были велики, можно судить по тому, что, наканунѣ выхода новаго закона, по реестру Fleet'a числится 217 повѣнчанныхъ паръ<sup>1)</sup>.

Эти нападки на новый законъ, это неблагоклонное отношеніе къ нему общества не доказываютъ, однако, дѣйствительной непригодности билля 1753 года. Актъ Гардвика былъ во многихъ отношеніяхъ несомнѣнно благотвѣтельной мѣрой, хотя онъ и заключалъ въ себѣ нѣкоторые недостатки. Такъ, на основаніи акта, вѣнчаніе могло быть совершаемо только въ тѣхъ церквахъ, которыя существовали до выхода закона. Между тѣмъ, съ тѣхъ поръ было выстроено много новыхъ храмовъ и браки, въ нихъ совершенные, признавались недѣйствительными. Такъ, по силѣ Гардвикова акта, удостовѣреніе о своемъ совершенномѣтїи жениху и невѣстѣ дозволялось подтверждать клятвой и тѣмъ освобождать себя отъ необходимости представлять свидѣтельство о согласіи на бракъ со стороны родителей. Сплошъ и рядомъ клялись ложно и затѣмъ, часто послѣ 20 лѣтъ брачной жизни, хлопотали о разводѣ, ссылаясь на недѣйствительность существующаго брака, какъ заключеннаго безъ родительской авторизаціи.

Эта неудовлетворительность брачнаго законодательства вызвала новый рядъ биллей объ его исправленіи, биллей, которые, въ результатѣ своемъ, имѣли законъ 18 іюля 1823 г.,

<sup>1)</sup> Не безъ основанія восклицала одна герцогиня, когда шли дебаты въ парламентѣ, что „если новый билль замѣшкаеть, то отъ насъ убѣгутъ всѣ наши дочери“.



законъ, не сдѣлавшій, впрочемъ, никакихъ существенныхъ поправокъ въ дѣйствовавшихъ доселѣ нормахъ, а главное—игнорировавшій, какъ и до него, диссидентскіе браки.

Радикальной реформѣ брачнаго права Англіи суждено было совершиться лишь въ 1837 году. Такъ какъ однимъ изъ главныхъ мотивовъ этой реформы была потребность въ регулированіи браковъ диссидентскихъ, то мы, прежде чѣмъ говорить о законѣ 1837 г., скажемъ нѣсколько словъ объ этихъ бракахъ.

Диссиденты въ Англіи, какъ и въ прочихъ европейскихъ государствахъ, не пользовались вѣротерпимостью, а вмѣстѣ съ тѣмъ и свободнымъ совершеніемъ браковъ по обряду своей церкви. Однако до 1753 г. за браками ихъ признавалось, хотя не полное легальное значеніе. Актъ Гардвиковъ круто повернулъ дѣло. Всѣ подданные Англіи должны были вѣнчаться по обряду епископальной церкви. Понятно, что этой мѣрѣ трудно было притязать на реальное осуществленіе. Правительство сознавало свое натянутое положеніе и съ 1782 г. въ парламентѣ начинается обсужденіе реформы браковъ для протестантскихъ диссидентовъ и католиковъ. Проекты законовъ были разнообразны. Одни предлагали дозволить диссидентамъ объявлять о своемъ согласіи на бракъ предъ англиканскими священниками; но безъ обязанности подчиняться религіозному обряду господствующей церкви (Smith); другіе находили возможнымъ дозволить вѣнчаніе у диссидентскихъ священниковъ, но съ выполненіемъ предварительно предбрачныхъ формальностей и съ уплатой пошлинъ у англиканскаго священника (Marquis of Lansdowne); въ сесію 1826—27 гг. былъ предложенъ даже гражданскій бракъ, но, все-таки, съ порученіемъ оглашеній и регистраціи диссидентскихъ браковъ священникамъ англиканской церкви.

Въ такомъ колеблющемся положеніи находилось дѣло вплоть до 1837 г., когда вышелъ новый законъ о бракахъ, донынѣ дѣйствующій въ Англіи. Реформа началась съ того, что, согласно предложенію Лорда Джона Росселя (John'a Russell), регистрація рожденій, браковъ и смерти отнята была у духовенства и поручена свѣтскимъ чиновникамъ. Затѣмъ тотъ-же L. J. Russell внесъ въ парламентъ новый билль, въ которомъ юнъ ярко нарисовалъ неудовлетворительность сов-



ременнаго ему брачнаго законодательства и указывалъ на средства къ его исправленію. Такими средствами, по его мнѣнію, были: отмѣна существующей системы оглашеній и лиценцій, а введеніе вмѣсто нихъ простыхъ удостовѣреній отъ регистратора о выполненіи предбрачныхъ формальностей, и произвольный или такъ называемый факультативный гражданскій бракъ для диссидентовъ. Много спорили въ парламентѣ о томъ, допустить-ли такой-же бракъ и для послѣдователей господствующей церкви и, наконецъ, вопросъ былъ рѣшенъ утвердительно, а вмѣстѣ съ тѣмъ былъ санкціонированъ и новый законъ. По этому закону, браки всѣхъ лицъ, независимо отъ вѣроисповѣданія, могутъ совершаться: во-первыхъ, въ приходской церкви, либо въ имѣющей на это патентъ капеллѣ англиканскаго вѣроисповѣданія, но непременно — въ назначенные часы дня, при открытыхъ дверяхъ, въ присутствіи регистратора и двухъ свидѣтелей и съ запискою объ этомъ въ реестрѣ и, въ третьихъ, въ конторѣ регистратора, при соблюденіи этихъ-же условій, но безъ всякаго религіознаго обряда, посредствомъ простого обмѣна соглашенія между брачущимися. Каждымъ изъ этихъ способовъ совершенный бракъ имѣетъ одинаковую силу предъ закономъ.

Такимъ образомъ, Англія, вынесши цѣлую массу неурядицъ вслѣдствіе неудовлетворительности брачнаго права, крѣпко придерживавшагося каноновъ господствующей церкви, допустила у себя, все-таки, только произвольный, а не обязательный гражданскій бракъ.

Перейдемъ къ Франціи. Исторія гражданского брака во Франціи слагается изъ исторіи этого института у господствующей церкви и у протестантовъ. Прослѣдимъ сначала исторію гражданского брака въ католической церкви. Правила Тридентскаго собора, послужившія въ другихъ государствахъ Европы краеугольнымъ камнемъ брачнаго права, начиная съ 1564 года, во Франціи не были санкціонированы правительствомъ. Короли ея находили, что тридентскія постановленія подрываютъ ихъ суверенитетъ и самостоятельность господствующей церкви. Но французскіе синоды, не взирая на это игнорированіе соборныхъ правилъ королевскою властью, опубликовали ихъ неофициально. Это обсто-



ятельство послужило началомъ непріязненныхъ отношеній между церковью и государствомъ. Парламентъ, тогда всемогущій, разжигалъ это нерасположеніе, вмѣшиваясь въ церковную юрисдикцію, въ силу правила *appel comme d'abus*. Однако, тогдашнее французское духовенство было слишкомъ безсильно, чтобы заявить энергично свою оппозицію свѣтской власти, и потому оно пока предпочло угодничать предъ королемъ, чтобы тѣмъ защитить себя отъ нападокъ парламента. Такъ, благодаря ходатайству духовенства, въ 1579 г. былъ изданъ Блуасскій ордонансъ (*Ordonnance de Blois*), замѣнившій, нѣкоторымъ образомъ, во Франціи правила Тридентскаго собора. Этимъ ордонансомъ предписывалось совершеніе брака непременно у священника, въ церкви, при 4 свидѣтеляхъ и притомъ не иначе, какъ съ предварительнаго согласія родителей. Активнѣе церковь дѣйствовала въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ ея интересы сталкивались съ интересами церкви иновѣрной. А эти столкновенія обнаруживались по поводу смѣшанныхъ браковъ. *De jure* такіе браки должны были совершаться католическими священниками, *de facto* же духовныя власти запрещали католикамъ вѣнчаться съ реформатами, а католическимъ священникамъ вѣнчать смѣшанные браки. Такимъ образомъ, четъ смѣшанныхъ вѣроисповѣданій предсто-яла диллема—или жить безъ всякаго брака, или-же отказаться вовсе отъ супружеской жизни. И первый, и второй выходъ были слишкомъ неудовлетворительны, чтобы остановиться на нихъ, пришлось искать третьяго, и этотъ третій французскіе протестанты нашли въ гражданскомъ бракѣ. Именно — если католическій священникъ отказывался благословить бракъ реформата съ католичкой, или наоборотъ, то стороны, предъ этимъ-же священникомъ и предъ нарочно призваннымъ для сего нотаріусомъ, заявляли о своемъ намѣреніи заключить бракъ и этого заявленія было, по ихъ мнѣнію, достаточно, чтобы считать свое супружество законнымъ.

И такъ, еще задолго до введенія легально во Франціи гражданского брака, онъ установился тамъ фактически, въ силу необходимости. Понятно, что церковь не могла примириться съ такимъ исходомъ дѣла, и дѣйствительно, по ея просьбѣ, Людовикъ XIV издаетъ эдиктъ, которымъ совершенно запрещаются смѣшанные браки. Эта крутая мѣра оста-



лась, впрочемъ, мертвой буквой. Смѣшанные браки продолжаютъ заключаться и именно сейчасъ указаннымъ порядкомъ — посредствомъ объявленій о бракѣ предъ духовной и свѣтской властями. Мало того, эта форма брака настолько оказалась излюбленной, что къ ней стали прибѣгать всѣ тѣ, для которыхъ церковное вѣнчаніе было недоступно по другимъ причинамъ — по малолѣтству, отсутствію согласія родителей и т. п. Такіе браки назывались *marriages à la gaumaine*.

Между тѣмъ, законодательство, вмѣсто того, чтобы удовлетворить потребности времени санкціонированіемъ гражданского брака для диссидентовъ и, такимъ образомъ, предотвратить возможность появленія въ будущемъ браковъ, отрицаемыхъ закономъ, придумываетъ разныя инквизиторскія по вѣрки браковъ существующихъ. Находя слабымъ контроль гражданскихъ чиновниковъ за исполненіемъ брачныхъ законовъ, оно вмѣняетъ въ обязанность духовенству производить ревизію браковъ. Такъ, если являлось сомнѣніе относительно извѣстныхъ лицъ, законно-ли они обвѣнчаны, то имъ предлагали или доказать это вѣнчаніе, или разойтись. Ясно, какой хаосъ въ брачныхъ отношеніяхъ способны были создать подобныя мѣры.

Это крайне плохое состояніе постановленій о бракѣ парламентъ приводитъ въ еще болѣе плачевный видъ посредствомъ своевольнаго толкованія ордонансовъ о такъ называемыхъ *garp* и *garp de séduction*, т. е. о бракахъ, заключенныхъ безъ вѣдома или безъ согласія родителей, (очевидно толкуя безъ основанія распространительно слова ордонанса). По прямому смыслу этихъ ордонансовъ, такіе браки признавались недѣйствительными предъ лицомъ закона, а виновные въ семъ преступленіи супруги, независимо отъ пола, подвергались уголовному наказанію. Между тѣмъ, въ парламентской практикѣ вошло въ обычай беременность несовершеннолѣтней женщины считать обстоятельствомъ, доказывающимъ подущеніе ея къ преступленію со стороны мужчины и тѣмъ уничтожавшимъ наказуемость для будто-бы подвергшейся обольщенію женщины. Это своеобразное пониманіе закона со стороны парламента сдѣлалось опаснымъ орудіемъ въ рукахъ недобросовѣстныхъ. Отцы приносили жалобы на *quasi*-обольстителей ихъ совершеннолѣтнихъ дочерей; задолжавшія своимъ



господамъ горничныя возбуждали противъ нихъ преслѣдованіе на основаніи *rapt* и *rapt de séduction* и въ результатѣ этихъ жалобъ не рѣдко были смертные приговоры надъ обвинявшимися въ указанномъ преступленіи. Чтобы хотя сколько-нибудь помочь дѣлу, парламентъ прибѣгъ къ новому не менѣе жалкому средству. Обвиненному, если онъ былъ холостъ, предлагали на выборъ: или подчиниться наказанію, или же жениться на обвинительницѣ. Сколь ни грустно было, выбирали однако послѣднее. И вотъ парламентскій комиссаръ велъ приговореннаго къ браку въ тяжелыхъ оковахъ въ церковь. Здѣсь этотъ несчастный женихъ долженъ былъ ожидать свою неумолимую невѣсту и затѣмъ, когда юна являлась, судья объявлялъ бракъ заключеннымъ, безъ выполненія всѣхъ предварительныхъ формальностей и безъ благословенія духовнаго лица.

Въ такомъ печальномъ положеніи находилось брачное законодательство до 1730 г., когда возвратились къ старому *Ordonnance de Blois*, оставшемуся дѣйствующимъ закономъ вплоть до революціи. Этимъ возвращеніемъ къ старинѣ зло не было, конечно, пресѣчено. Парламентская практика постоянно сбивалась съ этого скользкаго пути. Она не знала, какъ ей быть съ нарушеніемъ правилъ объ оглашеніи, о согласіи родителей и какого священника считать компетентнымъ для совершенія брака.

Не менѣе безотрадную картину представляли и протестантскіе браки во Франціи. Исторія гражданского брака у французскихъ протестантовъ связана съ исторіей протестантизма во Франціи вообще. Подобно тому, какъ свободы исповѣданія новой религіи французскіе гугеноты достигли, только вынеся цѣлый рядъ самыхъ возмущающихъ душу жестокостей, точно также и гражданского брака они добились послѣ долгаго испытанія. Какъ извѣстно, французскихъ протестантовъ стали преслѣдовать, можно сказать, со дня ихъ появленія. Все правленіе Франсуа I, Генриха II, Франсуа II представляетъ сплошной рядъ приводящихъ въ ужасъ гоненій протестантизма. Противниковъ старой церкви истребляли безъ счета: ихъ избивали по нѣскольку тысячъ сразу, ихъ жгли массажи. Понятно, что въ это время не могло быть рѣчи о признаніи протестантскихъ браковъ въ какой-бы то



ни было формѣ. Въ 1561 г., протестантизмъ былъ объявленъ терпимымъ—гугенотамъ дарована была свобода богослуженія, а вмѣстѣ съ симъ получили признаніе и протестантскіе браки, съ тѣмъ, впрочемъ, чтобы они подчинялись правиламъ каноническаго права и суду католической церкви. Эти льготы впоследствии были подтверждены Генрихомъ III, а по Нантскому эдикту гугеноты получили полную свободу вѣры и всѣ права французскихъ гражданъ. Этимъ самымъ была, конечно, снята опала и съ гугенотскихъ браковъ.

Съ середины XVII стол. начинается новый поворотъ въ политикѣ по отношенію къ гугенотамъ. Людовикъ XIV, сокрушая все, что мѣшало создаваемой имъ централизаци, началъ преслѣдовать гугенотовъ. У нихъ отнимали храмы, священниковъ, лишали возможности крестить дѣтей по правиламъ своей церкви, совершать браки и погребенія и отправлять богослуженіе. Даже смѣшанные браки католиковъ съ протестантами были запрещены.

Среди этихъ преслѣдованій, 15 сентября 1685 г., былъ изданъ законъ, какъ первая попытка гражданскаго брака для диссидентовъ. По совершеніи предварительно оглашенія предъ королевскимъ судомъ, ближайшимъ отъ мѣста жительства супруговъ, гугенотамъ дозволено было вѣнчаться у своихъ священниковъ, не иначе однако, какъ въ присутствіи «principal officier de justice»<sup>1)</sup>.

Этотъ лучъ свободы блеснулъ для гугенотовъ не на долго. Уже въ слѣдующемъ мѣсяцѣ начались новыя преслѣдованія. Нантскій эдиктъ былъ отмѣненъ, протестантизмъ признанъ официально не существующимъ и браки протестантамъ дозволено было совершать только у католическихъ священниковъ и по католическому обряду. Къ самому вѣнчанію желавшихъ допускали не прежде, какъ послѣ цѣлаго ряда тяжелыхъ испытаній, какъ-то: слушанія католической обѣдни, исповѣди у католическаго священника и торжественнаго отреченія отъ ереси.

Въ то время, какъ правительство такъ безчеловѣчно насилвало совѣсть сектантовъ и прилагало всевозможныя ста-

<sup>1)</sup> Мы называемъ этотъ законъ попыткой гражданскаго брака потому, что здѣсь рѣшающую силу имѣло присутствіе гражданскаго чиновника, а не церковный обрядъ.



ранія къ окончательному искорененію протестантизма, онъ продолжалъ жить тайною, такъ сказать, подземною жизнью. Въ пещерахъ, лѣсахъ протестантскіе священники служили свои обѣдни и тамъ-же вѣнчали желавшихъ. Не смотря на жестокія наказанія, которыми угрожалъ законъ, эти «браки пустыни» (*marriages du désert*), какъ ихъ называли, заключались въ громадномъ количествѣ. Въ 1752 г. ихъ было насчитано 150 тысячъ.

Между тѣмъ и въ обществѣ и въ литературѣ начался поворотъ къ вѣротерпимости. Само католическое духовенство усомнилось въ пригодности средствъ своихъ, а рядомъ съ этимъ и протестанты стали показываться на Божій свѣтъ — они открыто, и даже въ многолюдныхъ городахъ, начали совершать свои браки. Плодомъ всего этого былъ законъ Людовика XVI (28 ноября 1787 г.), даровавшій протестантамъ факультативный гражданскій бракъ. Согласно этому закону, предбрачныя формальности и самое совершеніе брака производятся, по желанію супруговъ, или у католическаго священника по католическому обряду, или же у чиновника юстиціи, посредствомъ составленія гражданского акта. Понятно, что протестанты официально почти всегда пользовались совершеніемъ брака у гражданского чиновника.

Съ этихъ поръ начинается тяготѣніе французскаго законодательства къ гражданскому браку и успѣху этого тяготѣнія помогла сама церковь. Вотъ исторія этихъ дальнѣйшихъ перемѣнъ.

Тридентскій соборъ, хотя и призналъ бракъ таинствомъ, однако не разрѣшилъ всѣхъ тѣхъ контроверсъ, которыя возникали по этому вопросу впослѣдствіи. Благодаря этой неполнотѣ церковнаго закона, у многихъ писателей появилось, между прочимъ, слѣдующее мнѣніе относительно брака. Бракъ, самъ по себѣ, не составляетъ таинства; только то благословеніе, которое онъ получаетъ при вѣчаніи, даетъ ему это высокое значеніе. Эта, повидимому, чисто богословскаго характера доктрина послужила сильнымъ толчкомъ для преобразованія брачнаго права во Франціи. Именно на основаніи ея строили такія заключенія: если только вѣчаніе дѣлаетъ бракъ таинствомъ, то одно лишь соглашеніе супруговъ



есть простой контрактъ. Отсюда пришли къ возможности отдѣленія договора отъ таинства и къ возможности подчиненія того и другаго разнымъ властямъ. Разсуждали совершенно послѣдовательно, что, если авторитетъ церкви надъ таинствомъ не подлежитъ сомнѣнію, то не менѣе несомнѣненъ и авторитетъ государства надъ договоромъ; что если церковь можетъ издавать распоряженія относительно таинства, то государству, въ свою очередь, вольно регулировать бракъ, какъ договоръ, т. е. опредѣлять условія его заключенія и форму. Это ученіе нашло себѣ горячихъ поклонниковъ; оно было поддерживаемо не только свѣтской литературой, но и церковной, не только свѣтскимъ, но и духовнымъ начальствомъ. Въ особенности горой стоялъ за него парламентъ. Благодаря такой единодушной симпатіи, теорія эта была санкціонирована конституціей 14 сентября 1791 года, въ которой сказано: «La loi ne considère le mariage que comme contrat civil». Понятно, что отъ такого воззрѣнія на сущность брака оставался только одинъ шагъ къ введенію общеобязательной гражданской формы его. И дѣйствительно, правительство, подчинивъ веденіе актовъ рожденія, брака и смерти муниципальнымъ чиновникамъ, 20 сентября 1792 г. издало законъ, вводившій гражданскій бракъ для всей Франціи. Въ 1801 г. онъ былъ подтвержденъ конкордатомъ съ папой, а въ 1803 г. вошелъ въ кодексъ Наполеона и остался, такимъ образомъ, и понынѣ дѣйствующимъ правомъ Франціи.

Вотъ этотъ интересный законъ. За 11 дней до провозглашенія брака, гражданскій чиновникъ (*l'officier de l'état civil*) той общины, гдѣ живутъ будущіе супруги (а если они малолѣтніе, то той, гдѣ живутъ ихъ родтели) дѣлаетъ два оглашенія объ именахъ, званіи, мѣстѣ жительства и возрастѣ, какъ ихъ, такъ и ихъ родителей и выставляетъ объ этомъ же объявленіе на дверяхъ своей конторы. Когда бракъ оглашенъ, могутъ быть предъявлены противъ него возраженія. Право это, впрочемъ, принадлежитъ не всѣмъ, а только опредѣленнымъ въ законѣ лицамъ. Именно: 1) связаннымъ супружескими узами съ женихомъ или невѣстой; 2) восходящимъ въ опредѣленномъ порядкѣ и 3) боковымъ родственникамъ трехъ степеней и притомъ, лишь при отсутствіи восходящихъ. Послѣ разрѣшенія этихъ вопросовъ судомъ (для чего уста-



новленъ тахіміи срока 10 дней) и, во всякомъ случаѣ, не раньше 3-хъ дней послѣ втораго оглашенія, происходитъ самая *célébration* брака. L'officier de l'état civil въ домѣ общины, при открытыхъ дверяхъ, въ присутствіи 4-хъ, особо избранныхъ, свидѣтелей и самихъ брачующихся, читаетъ документы, относящіеся къ заключаемому браку, а также тѣ статьи изъ кодекса, которыя опредѣляютъ обязанности супруговъ; потомъ спрашиваетъ жениха и невесту, согласны-ли они на бракъ, и получивъ утвердительный отвѣтъ, торжественно провозглашаетъ, что бракъ совершенъ, о чемъ тутъ-же составляется и актъ (*Code civ. art. 63—76, 165—180*). Только этотъ бракъ считается законнымъ во Франціи. Браки церковные безъ гражданскихъ не имѣютъ силы предъ лицомъ закона и даже вѣнчать католическимъ священникамъ воспрещается, прежде чѣмъ они удостовѣрятся въ томъ, что совершенъ гражданскій бракъ.

Такова исторія и таковы дѣйствующія постановленія относительно брака во Франціи и Англіи. Но сфера дѣйствія гражданского брака не ограничивается только этими двумя государствами.

Въ настоящее время гражданская форма брака практикуется въ бѣльшей части Европы въ одномъ изъ трехъ видовъ: или въ видѣ общеобязательнаго гражданского брака, т. е. въ качествѣ формы брака, предписанной закономъ для всѣхъ гражданъ безъ исключенія; или въ видѣ произвольнаго, факультативнаго, гражданского брака, т. е. дающаго брачующимся право выбора: слѣдовать гражданской формѣ или церковной; или, наконецъ, въ видѣ необходимаго (вынужденнаго) гражданского брака, т. е. предписаннаго закономъ для извѣстной категоріи лицъ. Первый видъ гражданского брака основанъ на идеѣ полнаго отдѣленія государственнаго элемента въ бракѣ отъ церковнаго: государство вѣдаетъ бракъ, какъ юридическій союзъ, церкви предоставляется вѣдать его какъ религіозный актъ. Два послѣдніе-же вида гражданского брака основаны на компромиссѣ между государствомъ и церковью. Обязательный гражданскій бракъ узаконенъ въ слѣдующихъ государствахъ: во Франціи, Бельгіи, Голландіи, Италіи, Швейцаріи, Германской имперіи, Венгріи и Австріи — въ послѣдней для лицъ, принадлежащихъ къ вѣроисповѣда-



ніямъ, не признаннымъ государствомъ. Въ Испаніи кодексъ (1888—1889 г.) устанавливаетъ двѣ формы брака: церковнаго для католиковъ, даже для смѣшанныхъ ихъ браковъ, и гражданскую для не-католиковъ; въ Португаліи гражданская форма допускается не только для не-католиковъ, но и для католиковъ. Въ Румыніи существуетъ гражданскій бракъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ обязательно и церковное вѣнчаніе. Произвольный гражданскій бракъ существуетъ въ Англіи. Необходимый — въ Австріи для тѣхъ лицъ, бракъ которыхъ священникъ отказывается благословить по причинамъ, не признаннымъ государствомъ основательными; въ Швеціи — для браковъ между христіанами и евреями и для браковъ между лицами христіанскаго вѣроисповѣданія, не признанаго государствомъ.

Въ Норвегіи гражданскій бракъ дозволяется: для лютеранъ, для браковъ смѣшанныхъ съ лютеранами; но онъ обязателенъ для браковъ съ евреями. Въ Даніи гражданскій бракъ существуетъ (съ 1851 г.) на случай, когда ни одинъ изъ супруговъ не принадлежитъ къ вѣроисповѣданію лютеранскому или къ вѣроисповѣданію, имѣющему право совершать бракъ. Дозволяется гражданскій бракъ для супруговъ-диссидентовъ разныхъ исповѣданій.

И такъ мы видимъ, что гражданскій бракъ завоевываетъ себѣ все большую и большую арену дѣйствія. Такая видимая симпатія къ этому институту невольно наводитъ на мысль — не нашла-ли въ этомъ способѣ совершенія брака современная намъ культура наилучшаго оформленія его идеи, не усматриваетъ-ли она въ заключенномъ этимъ порядкомъ бракѣ самага полного соотвѣтствія между формой и содержаніемъ его.

Вотъ какъ говоритъ объ этомъ профессоръ Фридбергъ, написавшій классическое сочиненіе по брачному праву. «Церковное вѣнчаніе и до сихъ поръ, какъ много вѣковъ тому назадъ, есть — достойнѣйшая форма важнѣйшаго юридическаго акта; оно привито народу отъ дней его юности, оно слилось съ вѣковымъ обычаемъ предковъ, оно вводитъ холодный правовой институтъ въ согрѣвающую область духа». (См. ниже привед. соч., стр. 761). Дѣйствительно, съ этими словами ученаго спеціалиста согласится всякій, вдумчиво относящійся къ настоящему вопросу.



Нѣкоторые полагають, что церковный брак закрываетъ путь для расторгимости брака, дѣйствительно иногда неизбѣжной. Но это невѣрно.

Мы укажемъ на французскій кодексъ, санкціонирующій гражданскій бракъ и вмѣстѣ съ тѣмъ весьма ревниво до недавняго времени охранявшій нерасторгимость брачнаго союза; на италіанскій кодексъ, знающій обязательный гражданскій бракъ и совсѣмъ не допускающій развода, укажемъ далѣе на прусское земское уложеніе, допускавшее, въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, разводъ еще задолго до введенія гражданского брака; припомнимъ далѣе свободу браковъ у нашихъ лютеранъ и даже у православныхъ въ до-петровское время, при всегдашнемъ господствѣ въ нашемъ отечествѣ церковной формы брака, — и, принявъ все это во вниманіе, мы согласимся, что свобода разводовъ не имѣетъ ничего общаго съ заключеніемъ брака гражданскимъ порядкомъ.

Если дѣло стоитъ такъ, если, какъ оказывается въ дѣйствительности, свобода браковъ нимало не предрѣшается ихъ формой, то, спрашивается, чему-же надо приписать возникновеніе гражданского брака. Исторія законодательствъ даетъ на это отвѣтъ положительный. Гражданскій бракъ вызванъ былъ къ жизни ненормальнымъ отношеніемъ церкви къ государству. Приобрѣвъ въ средніе вѣка власть, подчасъ превышавшую власть главы государства, церковь стремилась сохранить свой авторитетъ и въ новое время. Она дѣятельно вмѣшивалась при всякомъ случаѣ въ мірскія дѣла, а въ вопросахъ религіозныхъ проявляла большую нетерпимость. Нетерпимость господствующихъ вѣроисповѣданій достигла своего апогея, въ особенности, по поводу браковъ между иновѣрными или съ иновѣрными. Эти браки преслѣдовались или въ лучшемъ случаѣ игнорировались духовенствомъ <sup>и</sup> <sup>е</sup>привлеченныхъ церквей. Государство сначала потворствовало покровительствуемымъ со стороны его вѣроисповѣданіямъ, но мало-помалу оно сознало невыгодность такого порядка. Пришлось, такимъ образомъ, искать ему какого-нибудь выхода изъ этого затруднительнаго положенія и государство создало гражданскую форму брака. Эта мысль какъ нельзя болѣе убѣдительно подтверждается исторіей. Первый гражданскій бракъ, появившійся въ Европѣ въ 1580 г. (голландская Noth-Civil-Ehe), былъ



обязанъ происхожденіемъ своимъ ни чему иному, какъ фанатизму протестантской церкви, сдѣлавшейся тамъ въ то время господствующею. Изложенная нами исторія гражданского брака Англіи и Франціи приводитъ къ тому-же заключенію. Первый англійскій гражданскій бракъ, введенный Кромвелемъ, возникъ, какъ мы видѣли, благодаря, главнымъ образомъ, чрезмѣрной притязательности англиканскаго духовенства. Второй гражданскій бракъ Англіи былъ результатомъ систематическаго отрицанія, подѣ влияніемъ англиканской церкви, браковъ диссидентскихъ. Въ исторіи французскаго брачнаго законодательства мы нашли тоже самое. Гражданскій бракъ установился во Франціи, сначала фактически, а потомъ и легально, вслѣдствіе нетерпимости католической церкви по отношенію къ послѣдователямъ иновѣрныхъ исповѣданій. Исторія гражданскихъ браковъ остальной Европы служить подкрѣпленіемъ той-же мысли. Въ частности въ Пруссіи гражданскій бракъ возникъ на почвѣ крайне обострившихся отношеній между католическимъ духовенствомъ и прусскимъ правительствомъ, благодаря такъ называемымъ «майскимъ законамъ» (Kirchenconflict).

И такъ мы видимъ, что гражданскій бракъ былъ плодомъ не естественнаго развитія брачнаго права, а напротивъ, результатомъ созданныхъ церковью и государствомъ ненормальностей въ правильномъ его ходѣ. Что правительства, вводившія гражданскій бракъ, смотрѣли на него лишь какъ на необходимость, какъ на крайнее средство — лучше всего можно видѣть изъ той постепенности и осторожности, съ какой они дѣйствовали, отмѣняя церковный бракъ. Гражданскій бракъ, введенный въ голландскихъ штатахъ въ 1580 г., былъ такъ-называемый «вынужденный» или «необходимый» гражданскій бракъ, установленный для тѣхъ случаевъ, когда церковное вѣнчаніе было невозможно. Общеобязательный бракъ Англіи существовалъ лишь въ краткій періодъ регентства Кромвеля. Нынѣшняя Англія пользуется только факультативнымъ гражданскимъ бракомъ, но и этотъ послѣдній, по первоначальному проекту, предполагалось допустить лишь для диссидентовъ. Первый французскій гражданскій бракъ былъ тоже диссидентскимъ и факультативнымъ. А мысль о гражданскомъ бракѣ въ Пруссіи, хотя возникла еще



въ 1848 г., но только въ 1874 г. была приведена въ исполненіе. И другія государства прибѣгаютъ, какъ мы видѣли, къ гражданскому браку по большей части въ затруднительныхъ случаяхъ, когда нормальный порядокъ бракозаключенія не можетъ быть примѣнимъ.

Взглядъ народа былъ еще болѣе далекъ отъ воззрѣнія на гражданскій бракъ, какъ на *prim desiderium*. Когда въ 1580 году былъ введенъ гражданскій бракъ въ Голландіи, то тамошніе протестантскіе диссиденты и католики увидѣли въ немъ ограниченіе свободы совѣсти. Въ другихъ странахъ мы наблюдаемъ то-же явленіе. Въ пору самыхъ сильныхъ порывовъ реакціи противъ стѣснительныхъ предписаній брачнаго каноническаго права, народъ желаетъ однако церковнаго, а не гражданского брака. Мы видѣли, что англичане, послѣ Кромвеля, при всемъ своемъ отвращеніи къ публичности, при всемъ нежеланіи подчиниться церкви въ дѣлѣ брака, совершали свои *Fleet-marriages* все-таки по церковному обряду. То-же было и съ французскими протестантами. Съ какимъ громаднымъ рискомъ ни было сопряжено церковное вѣнчаніе, во время ихъ преслѣдованія, гугеноты предпочитали лучше подвергнуться этому риску, чѣмъ начать супружескую жизнь безъ благословенія церкви.

Такъ и многіе изъ нашихъ старообрядцевъ не удовлетворяются дарованнымъ имъ гражданскимъ бракомъ и, не взирая на невыгоды, испытываемыя ими отъ незаписи браковъ, предпочитаютъ ей вѣнчаніе по своимъ обрядамъ.

Еще лучшимъ доказательствомъ этого взгляда народа на церковный бракъ служитъ та привязанность къ нему, которая проявляется въ тѣхъ случаяхъ, когда церковный обрядъ перестаетъ быть юридической необходимостью, а остается лишь дѣломъ совѣсти. Въ Англіи и послѣ реформы чисто гражданскихъ браковъ былъ самый незначительный процентъ. Въ Ольденбургѣ, послѣ введенія факультативнаго гражданского брака, на 6,000 супружествъ приходилось 28, заключенныхъ гражданскимъ порядкомъ; въ баварскомъ рейнскомъ Пфальцѣ, при 300,000 протестантскихъ жителей, въ пятилѣтній промежутокъ времени, насчитано было лишь 16 протестантскихъ и 28 смѣшанныхъ браковъ, совершенныхъ безъ церковнаго вѣнчанія. Въ настоящее время во Франціи, не смотря на су-



ществующій тамъ гражданскій бракъ, церковное вѣнчаніе остается у большинства такимъ-же общимъ правиломъ, какимъ оно было и до революціи. Равно и въ Германіи, послѣ введенія обязательнаго гражданского брака, необязательное церковное вѣнчаніе вскорѣ опять воспріяло свою силу и лишь небольшой процентъ брачующихся удовлетворяется гражданскимъ актомъ. А въ Италіи, не взирая на обязательность гражданского брака, многіе довольствуются церковнымъ обрядомъ.

И такъ изъ сказаннаго нами видно, что и правительства, вводили гражданскій бракъ по нуждѣ, такъ сказать, и народъ, для котораго онъ вводился всегда смотрѣлъ на этотъ бракъ, какъ на извѣстнаго рода исключительное средство, вызванное крайнимъ положеніемъ брачнаго права. Спрашивается, испытываемъ-ли мы, наше отечество, это крайнее положеніе и, слѣдовательно, настоятъ-ли надобность и въ самомъ средствѣ, гарантирующемъ отъ этихъ крайностей.

Обращаясь къ нашей исторіи, мы видимъ, что русская церковь не играла и не стремилась играть той роли, какую играла церковь западная. Русскіе монархи никогда не испытывали на себѣ вліянія папскихъ буллъ, и православная церковь всегда оставалась подчиненнымъ учрежденіемъ въ государствѣ. Это сознаніе своей зависимости отъ государства церковь наблюдала и въ дѣлѣ брака. Когда при Петрѣ В. компетенція ея въ брачномъ правѣ была значительно сужена, то церковь подчинилась этому требованію и, что замѣчательно, въ послѣдующія царствованія не воспользовалась общей реакціей, чтобы опять завладѣть отнятымъ.

Это, исторически выработанное, зависимое положеніе духовной власти даетъ нашимъ законодателямъ возможность избѣжать извѣстнаго на западѣ вопроса о такъ называемомъ «столкновеніи съ церковью» (Kirchenkonflikt) — этого подводнаго камня многихъ западно-европейскихъ государствъ. Нашъ законодатель располагаетъ полною возможностью для преобразованія нашего, дѣйствительно, крайне нуждающагося въ реформѣ, брачнаго права.

Измѣненіе бракоразводныхъ правилъ, давно обветшавшихъ, можетъ также, какъ и другія реформы брачныхъ законовъ, легко и свободно осуществиться при нынѣшней формѣ брака. Мы уже указывали на то, что у насъ встарину разводы



были гораздо легче, чѣмъ теперь, форма-же брака у насъ всегда оставалась одной и той-же. Кое-что сдѣлано въ этомъ направленіи и теперь при церковной формѣ брака.

Не оправдываемый, такимъ образомъ, потребностью реформы брачнаго права и въ частности—желаніемъ облегчить расторгимость брачнаго союза, гражданскій бракъ не находитъ у насъ оправданія и съ точки зрѣнія интеллектуальнаго развитія массы нашего народа. А опытъ показываетъ, что самыя раціональныя законодательныя мѣры лишаются всѣхъ благодѣтельныхъ своихъ результатовъ, если примѣняются не сообразуясь съ этимъ условіемъ. Правительства, вводящія у себя гражданскую форму брака, не обходятъ мимо этого факта. Такъ защитники нынѣшняго гражданского брака въ Пруссіи, добиваясь его, указывали, между прочимъ, на политическую и гражданскую зрѣлость народа. Такъ, напротивъ, во Франціи, послѣ введенія тамъ гражданского брака, зачастую раздавались голоса, что онъ не соотвѣтствуетъ уровню развитія французскаго народа. Замѣчательны, въ этомъ случаѣ, слова австрійскаго министра народнаго просвѣщенія, сказанныя имъ въ рейхсратѣ, въ отвѣтъ на заявленія либеральной партіи о необходимости введенія обязательнаго гражданского брака. «Гражданскій бракъ еще не идетъ австрійскому народу», отвѣтилъ министръ. Мы думаемъ, что слова, сказанныя австрійскимъ министромъ относительно своего народа, какъ нельзя болѣе, могутъ быть приложимы и къ нашему народу. Мы тоже можемъ сказать, что гражданскій бракъ не идетъ намъ. Въ самомъ дѣлѣ, не будетъ-ли рискованнымъ привить нашему простолюдину взглядъ на бракъ, какъ на простой контрактъ, какъ на обычную сдѣлку гражданского оборота — куплю, наемъ и т. д. Не унижить-ли это въ глазахъ народа самый институтъ брака, и не послужитъ-ли это приравненіе его къ повседневнымъ сдѣлкамъ прецедентомъ для такого-же легкомысленнаго отношенія нашего крестьянства къ браку, съ какимъ оно подчасъ относится къ другимъ актамъ частнаго права. Правда, нѣкоторые думаютъ, что народъ нашъ уже и имѣетъ подобный взглядъ на бракъ и находятъ въ этомъ прекрасную почву для преобразованія брачнаго права въ народномъ духѣ. Но намъ кажется, что нашъ крестьянинъ, хотя и руководствуется часто, по обсто-



ятельствамъ быта своего, экономическими расчетами, при заключеніи брака, но далекъ, все-таки, отъ мысли, что, заключая бракъ, онъ заключаетъ лишь обыкновенную сдѣлку.

И такъ, для введенія общеобязательнаго гражданскаго брака въ нашемъ государствѣ не находится убѣдительныхъ мотивовъ. Оно не можетъ быть оправдываемо ни отношеніемъ церкви къ государству, ни настоятельностью реформы въ брачномъ правѣ, а въ томъ числѣ и бракоразводномъ, ни интеллектуальнымъ развитіемъ нашего народа, ни его національнымъ воззрѣніемъ на бракъ. Церковный бракъ, такимъ образомъ, долженъ оставаться у насъ общимъ правиломъ. Но сколь необходимо и разумно это общее правило, столь-же необходимы и исключенія изъ него. Первый опытъ такого исключенія сдѣланъ нашимъ законодательствомъ въ 1874 г. узаконеніемъ гражданскаго брака для нашихъ старообрядцевъ, узаконеніемъ, уничтожившимъ одну изъ капитальнѣйшихъ средневѣковыхъ аномалій нашего Свода. Надо думать, что этотъ первый опытъ не будетъ послѣднимъ. Появленіе новыхъ сектъ въ лонѣ православной церкви ставитъ государству задачи отыскать способъ для урегулированія браковъ сектантовъ и ему снова придется, по необходимости, обратиться къ гражданскому браку, что уже мы и видимъ въ Высоч. ук. 17 окт. 1906 г., согласно которому браки сектантовъ, отдѣлившихся отъ православія и не признающихъ духовныхъ лицъ, записываются въ книги, которыя ведутся въ городахъ городскими управами или городскими старостами, а въ уѣздахъ волостными правленіями (ст. 39—51)<sup>1)</sup>.

## 2) Русское законодательство.

Нашему юридическому быту извѣстны были съ древнѣйшихъ временъ извѣстные обряды, которые наблюдались при совершеніи брака. Эти обряды языческаго періода сильно

<sup>1)</sup> См. Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung von *Emil Friedberg*, Leipz. 1865 (по которому составлена историческая часть). Курсъ гражданскаго права *К. Побѣдоносцева*. Спб. 1889 г. Изд. 3. Die bürgerliche Eheschliessung 2. Heft. v. *Gneist* и (между прочимъ) Die bürgerliche und die kanonische Ehe. Von einem deutschen Juristen. *Суворова*. О гражданскомъ бракѣ. Яросл. 1887 г. *Ernest Roguin*. Traité de droit civil comparé, Le mariage, Paris 1904.



вкоренились въ нравы народа, и много вѣковъ послѣ принятія христіанства (даже до XVI в.) часто соблюдались предпочтительно предъ церковнымъ вѣнчаніемъ. Въ продолженіи цѣлаго ряда вѣковъ идутъ непрерывныя сѣтованія нашихъ іерарховъ на то, что женихъ и невѣста безъ «благословенія поповьска поймаются», замѣняя вѣнчаніе «плясаньемъ, гуденьемъ и плесканьемъ» (см. мое изслѣд. О разводѣ, стр. 269, 270).

Русское законодательство знаетъ только церковную форму брака; эта форма, и только эта, имѣетъ у насъ силу для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій, признанныхъ государствомъ (Зак. гражд., ст. 31, 65, 90). Это правило распространяется на русскихъ подданныхъ и въ томъ случаѣ, когда они заключаютъ бракъ въ другомъ государствѣ, гдѣ существуетъ гражданскій бракъ. Только гражданскимъ порядкомъ оформленный бракъ такихъ лицъ въ Россіи будетъ считаться незаконнымъ сожительствомъ. (Ср. Зак. Гражд. ст. 31 примѣч. и Пр. ст. 102). Но русская подданная, вышедшая замужъ за иностранца, въ отечествѣ котораго имѣетъ силу гражданскій бракъ, и не обвѣнчанная будетъ въ законномъ бракѣ и съ точки зрѣнія русскихъ законовъ, такъ какъ вступленіе въ бракъ съ иностранцемъ влечетъ за собою потерю подданства (т. IX, ст. 853). Совершенію брака должно предшествовать (по крайней мѣрѣ, это постановлено относительно христіанскихъ вѣроисповѣданій) такъ называемое о г л а ш е н і е, т. е. оповѣщеніе о предстоящемъ бракѣ (ст. 26, Уст. ин. исп., ст. 346—359. Пол. о союзѣ брачн., ст. 41 — 47). Въ частности относительно лицъ православнаго вѣроисповѣданія существуютъ слѣдующія правила: желающіе вступить въ бракъ обязаны извѣстить объ этомъ своего приходскаго священника, сообщивъ ему, какъ свое званіе, имя, фамилію, такъ и невѣсты. На основаніи этого извѣщенія священникъ дѣлаетъ оглашеніе о предстоящемъ бракѣ въ три ближайшіе воскресные или праздничные дни (ст. 26). Оглашеніе имѣетъ цѣлью дать возможность заявить о препятствіяхъ къ браку всѣмъ знающимъ о нихъ. вмѣстѣ съ оглашеніемъ причтъ церкви, въ которой должно произойти вѣнчаніе, производитъ о б ы с к ѣ, т. е. изслѣдованіе о несуществованіи препятствій къ браку, о чемъ, а равно и о выполненіи всѣхъ требуемыхъ для вѣнчанія усло-



вій, записує в «обыскную книгу». Въ прежнее время обыскъ имѣлъ характеръ настоящаго обыска, т. е. мѣстнаго разслѣдованія о неимѣніи препятствій къ браку. Теперь оно замѣняется провѣркой документовъ и опросомъ поручителей. Актъ обыска подписывается женихомъ и невестой, поручителями жениха и невесты (по 2 съ каждой стороны), которые (поручители) свидѣтельствуютъ, что все показанное о женихѣ и невестѣ вѣрно, и, наконецъ, членами причта (см. примѣч. къ ст. 26 и 28).

Вѣнчаніе производится въ церкви и только съ особеннаго разрѣшенія епархіальнаго начальника (архіерея) можетъ быть совершено въ частномъ домѣ. При вѣнчаніи должны присутствовать лично женихъ и невеста (слѣдов., представители не допускаются), а также, по крайней мѣрѣ, два свидѣтеля. Въ чинъ вѣнчанія входитъ, по теперешнимъ правиламъ нашей церкви, и чинъ обрученія (ст. 31. Пр. ст. 60—74).

Совершеніе смѣшанныхъ браковъ между лицами православнаго вѣроисповѣданія и лицами другихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій производится по слѣдующимъ правиламъ: бракъ православнаго съ неправославнымъ долженъ быть совершаемъ православнымъ священникомъ (ст. 67, п. 3). При чемъ предъ совершеніемъ вѣнчанія брачующіеся неправославный долженъ дать подписку, что не будетъ поносить своего супруга за православіе и склонять къ принятію своей вѣры и что рожденныя въ бракѣ дѣти будутъ крещены и воспитаны въ правилахъ православнаго исповѣданія (ст. 67, п. 1. Пр. ст. 75). Въ Финляндіи вѣнчаніе смѣшанныхъ браковъ между лицами христіанскихъ вѣроисповѣданій (въ томъ числѣ и съ православными) должно быть совершаемо въ обѣихъ церквяхъ (ст. 68). Вѣнчаніе православнаго съ неправославнымъ можетъ быть повторено и священникомъ супруга неправославнаго (ст. 72). Но священнику этого послѣдняго вѣроисповѣданія воспрещается совершеніе вѣнчанія ранѣе вѣнчанія въ церкви православной (ст. 72, Улож. о нак., ст. 1576).

Что касается совершенія браковъ между лицами другихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій, кромѣ православнаго, то оно производится по обряду соотвѣтственнаго вѣроисповѣданія духовенствомъ той церкви, къ которой принадлежатъ вступа-



ющіе въ супружество (ст. 61). Но такіе браки признаются дѣйствительными, если они будутъ повѣнчаны и православнымъ священникомъ, но въ такомъ случаѣ какъ совершеніе, такъ и расторженіе ихъ производится по правиламъ православной церкви (ст. 65). Въ Западномъ краѣ и Царствѣ Польскомъ смѣшанные браки между лицами неправославныхъ вѣроисповѣданій совершаются священникомъ той вѣры, къ которой принадлежитъ невеста (ст. 75 и Полож. о союзѣ брачн., ст. 192). Но вѣнчаніе можетъ быть повторено и священникомъ той вѣры, къ которой принадлежитъ женихъ (Полож., ст. 193). Но если римско-католическій священникъ не согласится благословить смѣшаннаго брака, то вѣнчаніе можетъ быть предоставлено священнику другаго вѣроисповѣданія (ст. 75, Полож., 194). Рѣшеніе вопроса о дѣйствительности брака принадлежитъ священнику той вѣры, который совершалъ бракосочетаніе (Пол., ст. 196). Если брачный обрядъ совершенъ былъ священниками обѣихъ вѣроисповѣданій, то одной римско-католической духовной власти подлежитъ разрѣшеніе дѣлъ о недѣйствительности брака, и развода въ этомъ случаѣ просить не дозволяется ни той, ни другой сторонѣ (Полож., ст. 197).

Вѣнчаніе лицъ инославныхъ исповѣданій производится тоже въ церкви въ присутствіи не менѣе двухъ свидѣтелей, но въ евангелическо-лютеранскомъ вѣроисповѣданіи вѣнчаніе можетъ быть произведено и въ частномъ домѣ (Пол. о союзѣ брачн. ст. 48, 140. Уст. иностр. испов., ст. 300—303, 360).

Совершеніе брака у нехристіанъ производится по правиламъ ихъ вѣроисповѣданія, причемъ, какъ у евреевъ, такъ и у магометанъ, требуется присутствіе при вѣнчаніи свидѣтелей, а у магометанъ требуется и оглашеніе о бракѣ (см. Малышевъ, Особое Приложение къ Курсу Общ. гражд. права, Спб. 1880, стр. 337).

Въ особомъ положеніи относительно совершенія браковъ стоятъ раскольники (старообрядцы).

До изданія правилъ 19 апрѣля 1874 г. они могли заключать браки не иначе, какъ по правиламъ религіи православной, что требовало, въ свою очередь, присоединенія къ православію (ст. 33); слѣдовательно, строго говоря, браки для раскольниковъ были не мыслимы. Указанными правилами от-



крыта возможность раскольникамъ заключать браки гражданскимъ порядкомъ посредствомъ записанія ихъ въ особыя, для сего установленныя, метрическія книги. Однако, указанныя правила распространяются не на всѣхъ раскольниковъ, а только на такъ назыв., «записныхъ», т. е. официально числящихся въ расколѣ, а потому предварительно записи брака въ метрическую книгу отъ обоихъ супруговъ отбирается подписка въ томъ, что они принадлежатъ къ расколу отъ рожденія и не состоятъ въ бракѣ, совершенномъ по правиламъ православной церкви или по обрядамъ другого, признаваемого въ государствѣ, вѣроисповѣданія. Но затѣмъ правила эти признали косвеннымъ образомъ дѣйствительными и такіе раскольничьи браки, которые были заключены до 19 апрѣля 1874 г., если только браки эти составляли союзъ не временный, а постоянный, а равно не принадлежали къ числу браковъ, воспрещенныхъ законами гражданскими. Самая процедура записей слагается изъ слѣдующихъ моментовъ: 1) изъ письменнаго или словеснаго заявленія полицейскому управленію или волостному правленію о предстоящемъ бракѣ; 2) изъ выставки при дверяхъ управленія или правленія объ этомъ объявленія въ теченіи 7 дней; 3) изъ выдачи изъ полицейскаго управленія свидѣтельства о сдѣланномъ объявленіи и о незаявленіи ни отъ кого препятствій къ браку; 4) изъ личной явки желающихъ вступить въ бракъ въ полицейское управленіе (волостное правленіе можетъ предпринимать только дѣйствія подготовительныя); 5) изъ представленія поручителей отъ жениха и невесты (по 2 съ каждой стороны) о томъ, что бракъ, о которомъ заявлено полиціи, не принадлежитъ къ числу воспрещенныхъ закономъ. Это показаніе дается поручителями письменно за ихъ подписями. Слѣдовательно, здѣсь поручители замѣняютъ обыскъ; 6) изъ дачи супругами подписки въ томъ, что они принадлежатъ къ расколу отъ рожденія (Т. IX, прилож. къ ст. 1039 ст. 11—18).

Въ Высочайше утвержденномъ 17 апрѣля 1905 г. Полож. Комит. Мин. сказано: «возложить веденіе метрическихъ книгъ для записей рожденій, браковъ и смерти старообрядцевъ и сектантовъ на ихъ духовныхъ лицъ, подъ наблюданіемъ подлежащихъ правительственныхъ или общественныхъ учрежденій, по особымъ правиламъ, имѣющимъ быть состав-



ленными примѣнительно къ нынѣ по сему предмету дѣйствующимъ (II, 12)». Это наводитъ на предположеніе о допущеніи легализаціи церковнаго вѣнчанія старообрядческихъ браковъ.

#### Доказательства брака.

У насъ регистрація браковъ (какъ и рожденій и смертей), въ противоположность западно-европейскимъ законодательствамъ, отдающимъ ее въ руки особенныхъ чиновниковъ гражданского состоянія (*l'officier de l'état civil*, *Standesbeamte*), возложена на приходское духовенство.

Доказательствами брака служатъ метрическія книги, которыя ведутся приходскими священниками, настоятелями церквей, проповѣдниками и вообще духовными лицами, совершающими браки (Гр. зак., ст. 34, 35. Уст. дух. конс., ст. 260, т. IX, ст. 1033 и сл., 1054 и сл., 1063 и сл., 1079, 1080) для раскольниковъ полиціей (ст. 1093 и сл.), а для сектантовъ, не признающихъ духовныхъ лицъ, городскими управами и волостными правленіями (Ук. 17 окт. 1906 г. ст. 39—51). Метрическія свидѣтельства выдаются только изъ консисторіи, выданныя причтомъ свидѣтельства не могутъ замѣнить консисторскаго свидѣтельства, а служатъ только предохранительнымъ документомъ (Св. Зак. т. IX. изд. 1899 г. ст. 873, 878. Уст. Дух. Конс., ст. 270, 101). При отсутствіи-же записи о бракѣ въ метрической книгѣ или при сомнѣніи въ подлинности записи, принимаются въ доказательство брака: 1) обыскныя книги, 2) исповѣдныя росписи, 3) гражданскіе документы, изъ которыхъ явствуется брачное состояніе данныхъ лицъ, и 4) слѣдствіе, т. е. показаніе вѣнчавшаго бракъ причта, свидѣтелей, бывшихъ при бракѣ, и вообще лицъ, имѣющихъ свѣдѣнія о заключенномъ бракѣ (Т. X., ч. 1, ст. 34, 35. Полож. о союзѣ брачн., ст. 231, 232).

---



## ГЛАВА II.

**II. О недействительности и прекращеніи брака.**

§ 5. А. О недействительности брака.—§ 6. Б. О прекращеніи брака. I. Понятіе о разводѣ и историческій очеркъ бракоразводнаго права. II. Обзоръ постановленій иностранныхъ законодательствъ. III. Русское право: а) Историческій очеркъ: 1) до-христіанскій періодъ. 2) Христіанская эпоха: аа) время до Петра В., бб) время послѣ Петра В. б) Дѣйствующее право: аа) матеріальное — 1) относительно лицъ православнаго исповѣданія; 2) относительно инославныхъ и не-христіанъ; бб) право процессуальное.

## § 5.

**А. О недействительности брака.**

Вопросъ о недействительности брака находится въ ближайшей связи съ вопросомъ объ условіяхъ заключенія его, являясь какъ-бы санкціей послѣднихъ.

Причина, дѣлающая юридическій актъ недействительнымъ, можетъ обнаруживать свое вліяніе двояко: или такъ, что въ силу только ея юридическій актъ не производитъ преднамѣреннаго юридическаго дѣйствія — недействительность безусловная, абсолютная, или такъ, что дѣйствіе этой причины находится въ зависимости отъ будущаго неизвѣстнаго обстоятельства, именно отъ желанія участвующаго въ юридическомъ актѣ лица: сохранить или оспорить этотъ актъ — недействительность условная или относительная. Противоположность между указанными двумя видами недействительности существуетъ и въ брачномъ правѣ; но здѣсь дѣйствіе ея, по спеціальному характеру брачныхъ отношеній, сказывается особымъ образомъ. Особенность состоитъ прежде всего въ томъ, что область условной недействительности здѣсь значительно шире, чѣмъ въ отношеніяхъ имущественныхъ. Далѣе, тогда какъ въ имущественныхъ отношеніяхъ всякій, чей интересъ затрогивается юридическимъ актомъ, можетъ ссылаться на недействительность этого акта, въ брачномъ правѣ возможность оспариванія брака ограничена лишь легально очерченнымъ кругомъ лицъ. Это ограниченіе вытекаетъ изъ важности тѣхъ практическихъ послѣдствій, кото-



рыя влечетъ бракъ за собою для вступившихъ въ него лицъ. Вредъ, который потерпитъ извѣстное лицо, заинтересованное въ признаніи брака недѣйствительнымъ, во всякомъ случаѣ, меньше, нежели невыгоды для супруговъ отъ признанія ихъ брака недѣйствительнымъ.

Эта легальная охрана брачныхъ союзовъ, даже при наличности правовыхъ изъясновъ, перестаетъ дѣйствовать тамъ, гдѣ, параллельно съ нарушеніемъ права, грубо оскорбляется и нравственное чувство. Но эти-же соображенія моральнаго характера ведутъ и къ тому, что даже фактическое продолженіе брака, страдающаго существенными юридическими недостатками, не можетъ быть сохраняемо, хотя-бы супруги и выражали на это желаніе.

Слѣдующіе факты считаются достаточными причинами для признанія браковъ недѣйствительными: 1) вступленіе въ бракъ, при существованіи прежняго расторгнутаго (прусск. Dernburg, Lehrb. des Preuss. Privatrechts, III, стр. 45; сакс., § 1590; общегерм., § 1326; австр., § 62; франц., ст. 184, 174; итал., ст. 56); 2) въ запрещенныхъ степеняхъ родства или свойства (прусск. Dernburg, стр. 43—45; сакс., §§ 1608, 1611; общегерм., § 1327; австр., § 66; франц., ст. 160—163; итал., ст. 58, 59); 3) при недостиженіи законнаго совершеннолѣтія (прусск. Dernburg, стр. 43; франц., ст. 144; итал., ст. 55); 4) между соучастниками въ прелободѣянніи (прусск. Dernburg, стр. 46; сакс., § 1616; общегерм., § 1312; австр., § 67, фр., ст. 298); 5) при отсутствіи согласія на бракъ (общегерм., § 1325; австр., §§ 55, 56; фр., ст. 180; итал., ст. 184); 6) при нарушеніи предписанной закономъ формы (сакс., § 1620; австр., § 75; фр., ст. 75; итал., ст. 104). По австр. (§ 68) и итал. улож. ст. 62), въ случаѣ доказаннаго злоумышленія на жизнь одного изъ супруговъ по соглашенію съ другимъ лицомъ съ цѣлью потомъ вступить въ бракъ, такой бракъ злоумышленниковъ признается недѣйствительнымъ. По италіанскому кодексу недѣйствителенъ бракъ въ случаѣ постоянной, до него существовавшей, неспособности къ половому сожитію (ст. 107), а по австрійскому—бракъ христіанина съ нехристіанкой и наоборотъ (§ 64).

Наше законодательство не даетъ общихъ для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій правилъ относительно недѣй-



ствительности брака. Но, сводя относящіяся сюда узаконенія, надо признать слѣдующіе браки недѣйствительными между лицами христіанскихъ вѣроисповѣданій: 1) браки, заключенные съ насиліемъ или въ сумасшествіи одного изъ супруговъ; 2) бигамическіе; 3) браки въ запрещенныхъ степеняхъ родства; 4) браки съ язычниками; 5) браки, совершенные съ несоблюденіемъ предписанной закономъ формы. Кромѣ того, въ православной церкви и въ протестантскихъ вѣроисповѣданіяхъ недѣйствительны браки лицъ, которымъ, по расторженіи брака, возбранено вступленіе въ новый. Затѣмъ въ православной и римско-католической церквяхъ недѣйствительны браки, заключенные ранѣ наступленія церковнаго совершеннѣтїа и браки монашествующихъ и священнослужителей (Зак. гражд., ст. 37. Уст. дух. конс., ст. 205. Пол. о союзѣ брачн., ст. 8, 85, 86, 132, 23. Уст. иностр. испов., ст. 364). Недѣйствительны только по правиламъ православной церкви браки лицъ, имѣющихъ болѣе 80 лѣтъ (ст. 37, п. 5). На старообрядцевъ распространяются правила православной церкви (ст. 78). Недѣйствительны только въ римско-католической церкви: браки, совершенные не надлежащимъ священникомъ (Пол. о союзѣ брачн., ст. 91).

Дѣла о недѣйствительности браковъ могутъ начинаться: 1) по донесеніямъ подчиненныхъ епархіальному начальству мѣстъ и лицъ; по отношеніямъ уголовныхъ судовъ, если при производствѣ дѣла въ нихъ возникаетъ сомнѣніе въ законности брака; по частнымъ жалобамъ, просьбамъ, доносамъ (Уст. дух. конс., ст. 206). Лица, бракъ которыхъ будетъ признанъ духовнымъ судомъ недѣйствительнымъ, по сношенію съ гражданскимъ начальствомъ, разлучаются отъ сожителства (Зак. гражд. 38. Уст. дух. конс., 212). Дѣла о бракахъ, совершенныхъ по насилію, обману или въ сумасшествіи одного изъ брачующихся, по предмету насилія или обмана, подлежатъ свѣтскому суду; по предмету-же дѣйствительности брака — духовному вѣдомству (Уст. дух. конс., ст. 208). Если по доказанному въ событіи подобныхъ браковъ насилію или обману епархіальное начальство полагаетъ расторгнуть бракъ, то опредѣленіе свое представляетъ на разсмотрѣніе Св. Синода. Дѣла о бракахъ, совершенныхъ по насилію, обману или въ сумасшествіи одного изъ супруговъ начинаются въ уголов-



номъ судѣ, приговоръ котораго сообщается духовному для рѣшенія о дѣйствительности или недѣйствительности брака. Они могутъ быть начинаемы супругомъ, подвергшимся насилию или его родителями и опекунами (Уст. дух. конс., ст. 208. Уст. уг. суд., ст. 1012. Зак. суд. гр., ст. 624). Если будетъ заключенъ путативный бракъ, т.е. бракъ, въ который одинъ изъ супруговъ былъ вовлеченъ обманомъ или насиліемъ, то участь невиннаго супруга можетъ быть повергаема судомъ на особое милостивое усмотрѣніе Высочайшей власти. (Зак. гр., ст. 133. Прод. 1906 г.).

Если мужъ или жена, при существованіи ихъ брака, законнымъ образомъ не расторгнутаго и не прекратившагося, дерзнуть на вступленіе во второй бракъ, то сей послѣдній, какъ незаконный, расторгается и возстановляется первый законный бракъ. Но въ случаѣ, если оставленное лицо не пожелаетъ пребывать въ бракѣ съ другимъ лицомъ, оставившимъ его и вступившимъ въ другой противозаконный брачный союзъ, то и сей бракъ ихъ расторгается съ дозволеніемъ невинному супругу вступить въ новое супружество, а виновный осуждается на всегдашнее безбрачіе (Уст. дух. консист., ст. 214, Зак. гр., ст. 40, 41).

Когда обѣ стороны виновны въ заключеніи брака, при существованіи прежнихъ законныхъ союзовъ, то, по уничтоженіи послѣднихъ браковъ ихъ, они оставляются въ первомъ брачномъ своемъ союзѣ, а въ случаѣ прекращенія онаго смертью одного изъ супруговъ, оставшееся въ живыхъ лицо не имѣетъ права просить ни о возстановленіи прежняго противозаконнаго брака, ни о дозволеніи ему вступить въ новый бракъ (Уст. дух. конс., ст. 216. Зак. гр., ст. 42). Если окажется, что бракъ повѣнчанъ при недостиженіи женихомъ или невестой церковнаго совершеннолѣтія, то брачившіеся немедленно разлучаются отъ сожительства; но если они, по достиженіи полного гражданскаго совершеннолѣтія, пожелаютъ продолжать супружество, то союзъ ихъ подтверждается въ церкви по чиноположенію. Дѣло о признаніи брака, заключеннаго прежде достиженія церковнаго совершеннолѣтія недѣйствительнымъ, можетъ быть вчинаемо только тѣмъ изъ супруговъ, который вступилъ въ бракъ во время сего несовершеннолѣтія и лишь до того времени, когда вступить



въ совершеннолѣтіе, но и тогда только, когда бракъ не имѣлъ послѣдствіемъ беременность жены (Зак. гр., ст. 38, 39. Уст. дух. конс., ст. 209, 218, 219). Лица, бракъ которыхъ будетъ признанъ духовнымъ судомъ недѣйствительнымъ, по сношенію епархіальнаго начальства съ мѣстнымъ гражданскимъ, немедленно разлучаются отъ дальнѣйшаго сожителства. Засимъ признанные по суду виновными во вступленіи въ противозаконный бракъ завѣдомо подвергаются церковному покаянію, а въ нѣкоторыхъ закономъ означенныхъ случаяхъ и опредѣленному наказанію (Уст. дух. конс., ст. 212).

## § 6.

### **Б. О прекращеніи брака.**

#### **I. Понятіе о разводѣ и историческій очеркъ бракоразводнаго права.**

Нормальный способъ прекращенія брака, какъ союза пожизненнаго, есть смерть одного изъ супруговъ. Но право допускаетъ возможность прекращенія брака и при жизни обоихъ супруговъ, вслѣдствіе наступленія причинъ, которыя законъ считаетъ достаточно уважительными для признанія брака прекратившимся. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ бракъ прекращается вслѣдствіе расторженія его или развода. Разводъ предполагаетъ существованіе вполнѣ дѣйствительнаго и законнаго брака, который расторгается вслѣдствіе наступленія уже потомъ причинъ расторгимости. Качество и количество этихъ причинъ разнообразится, смотря по особенностямъ культуры народа и его законодательства, по его національнымъ свойствамъ и въ особенности по большему или меньшему воздѣйствію религіи на институтъ брака. Когда бракъ является союзомъ только половымъ, когда преобладаетъ въ бракѣ элементъ фізіологическій, тогда и поводы къ разводу концентрируются около этого элемента; но когда человѣкъ начинаетъ усматривать въ бракѣ не только союзъ физическій, но и общеніе духовной жизни и юридическаго быта, тогда, на ряду съ естественными причинами развода,



появляются нравственные и юридическія. Обратимся сначала къ исторіи бракоразводнаго права.

Исторія показываетъ, что въ первоначальное время расторжимость брака находилась въ связи съ способомъ пріобрѣтенія жены и порядкомъ заключенія брака. Когда жена пріобрѣталась путемъ насильственного захвата (а такъ было вначалѣ), развода быть не могло: о какомъ разводѣ можно говорить тогда, когда рѣчь идетъ о распоряженіи добытой мною собственностью. Я могу ею пользоваться самъ, передать другому на время или навсегда, покинуть, наконецъ, и этимъ исчерпываются всѣ мои отношенія къ ней (см. сочиненіе мое «О разводѣ по русскому праву», стр. 9).

Смягченіе нравовъ способствовало возникновенію и укрѣпленію мирныхъ способовъ пріобрѣтенія женъ посредствомъ соглашенія, купли. Купля была естественнымъ переходомъ отъ женокрадства къ договорному способу пріобрѣтенія женъ; укравшій жену и преслѣдуемый родомъ ея долженъ былъ откупиться. Впослѣдствіи вошла въ обычай нормальная купля безъ предварительнаго захвата. Какъ ни низко ставила женщину купля, все-же она не дѣлала ее совершенно безправной. Продавая ее, родственники могли уговориться, чтобы прѣданная не была слишкомъ угнетаема; мужъ, такимъ образомъ, не остается совсѣмъ безнаказаннымъ, если онъ мучитъ ее или совершенно произвольно прогоняетъ купленную жену. Мало того, при этомъ способѣ заключенія брака, за женой признается право на разводъ, вслѣдствіе вины мужа; даже право жены на приданое совмѣстимо съ куплей, что тоже указываетъ на небезправное положеніе жены въ домѣ мужа (см. соч. «О разводѣ», стр. 21) .

Шагъ далѣе по пути развитія брака есть заключеніе его посредствомъ соглашенія между родственниками жениха и невесты о бракѣ послѣднихъ. Этотъ порядокъ бракозаключенія, имѣвшій въ началѣ характеръ сдѣлки объ отчужденіи жены мужу, а впослѣдствіи потерявшій такой характеръ, и постепенно, такъ сказать, облагораживавшійся, долго бытовалъ среди многихъ народовъ и бытуетъ до сихъ поръ у народовъ съ патриархальнымъ строемъ семьи. Этому строю соотвѣтствуетъ строгость семейныхъ обычаевъ и нравовъ и полновластіе мужа надъ женой. Сообразно съ этимъ, жена поступаая «въ руки



мужа», выходить изъ «рукъ» его, когда онъ ее отвергаетъ (heridium). Односторонній разводъ, «пущаніе женъ мужьями», какъ выражались наши древніе іерархи, вотъ обычный способъ развода первобытнаго. Вначалѣ это отверженіе, вѣроятно, имѣло характеръ вполне безапелляціонный, но съ нѣкоторымъ упорядоченіемъ патріархальной семьи, повидимому, требовалось наличность вины на сторонѣ жены. Такъ Моисей, допуская односторонній разводъ по волѣ мужа, посредствомъ написанія разводнаго письма, понимаетъ возможность развода вслѣдствіе какого-либо «порока или срамнаго дѣла жены».

По древнѣйшему римскому закону мужъ могъ дать разводъ женѣ, если она оказалась виновной въ прелюбодѣяннѣ, поддѣлкѣ ключей и въ отравленнѣ дѣтей. Впрочемъ, онъ могъ отвергнуть жену и безъ всякой вины на ея сторонѣ, но тогда онъ лишался своего имущества, одна половина котораго шла въ пользу разведенной жены, а другая въ пользу богини Цереры.

Подобное-же явленіе наблюдаемъ и въ древне-греческомъ (аѳинскомъ) правѣ. Мужъ имѣетъ право «отпустить» жену, не стѣсняясь никакими условіями и формальностями. Но засимъ мы встрѣчаемъ уже и опредѣленныя причины отверженія: прелюбодѣяннѣ жены или даже подозрѣніе въ совершеннѣ его, безплодіе и случай «ипеклерата», когда ближайшій родственникъ дочери лица, не имѣвшаго сыновей, долженъ былъ жениться на послѣдней, дабы создать потомство для своего бездѣтнаго тестя и обыкновенно получить богатое приданое<sup>1)</sup>.

Дальнѣйшее развитіе семейнаго строя, вызванное въ свою очередь общимъ поступательнымъ развитіемъ народовъ, давало возможность заключать браки, принимая во вниманіе волю самихъ брачующихся, въ томъ числѣ и женщинъ,— волю не только мужа, но и жены. При такихъ условіяхъ право на разводъ должно было принадлежать не только мужу, но и женѣ. Отсюда разводъ по обоюдному согласію супруговъ является излюбленнымъ и весьма распространеннымъ способомъ прекращенія брака.

<sup>1)</sup> *Beauchet*, „Histoire du droit privé de la république Athénienne“ Paris, 1897, T. I, p. 378 suiv.



Такъ было въ Римѣ: «издревле принято»—говоритъ императоръ Александръ Северъ, «что браки должны быть свободными; поэтому не имѣютъ силы соглашенія, воспрещающія разводиться» (I. 134. D. 45, 1; I. 2; C. VIII, 39), и это правило отличалось большою живучестью. Въ древней Атикѣ разводъ по обоюдному согласію супруговъ былъ тоже весьма употребителенъ. Такъ Периклъ съ согласія своей жены развелся съ нею. Менексесъ, человѣкъ пожилой, не желая свою любимую молодую жену лишитъ радости быть матерью, развелся съ нею (Beauchet, выше указ. соч., стр. 387—388).

Впрочемъ, не надо думать, чтобы въ жизни существовала эта правильность въ смѣнѣ одного порядка другимъ. Разводы по обоюдному согласію не исключали и разводовъ одностороннихъ по усмотрѣнію мужа, что опять мы наблюдаемъ въ римской исторіи, греческой и нашей. Съ односторонними разводами римскіе императоры боролись не менѣе, чѣмъ съ разводами по обоюдному согласію («О разводѣ», стр. 52 и сл.). Въ Атикѣ вмѣстѣ съ *heridia* практиковались разводы по обоюдному соглашенію и даже разводы по желанію жены, впрочемъ, повидимому, съ указаніемъ причинъ и съ согласія властей (архонта, Beauchet, стр. 381 и сл.).

Достигнувъ этой стадіи развитія, бракоразводное право надолго подпало вліянію христіанской религіи, оставаясь подъ этимъ вліяніемъ въ извѣстной мѣрѣ и доселѣ.

Нужно, однако-же, замѣтить, что упорядоченія бракоразводнаго права церковь достигла не сразу. Римское языческое общество послѣднихъ вѣковъ римской исторіи дошло до крайнихъ предѣловъ нравственной порчи; семья расшаталась, брачныя узы столь ослабѣли, что церкви невозможно было и помышлять о водвореніи въ жизни евангельскаго взгляда на разводъ. Къ тому-же не на сторонѣ церкви было и свѣтское законодательство. Въ первые вѣка христіанства христіанскому обществу необходимо было сохранять большую осторожность во всѣхъ вопросахъ, гдѣ оно могло сталкиваться съ государственными постановленіями. Христіанскіе іерархи и учителя церкви старались показать, что они—вѣрные сыны государства. «Всякій изъ насъ (т. е. христіанъ), — говорили они, считаетъ женою ту, на которой женился по изданнымъ вами (т. е. свѣтскими властями) законамъ». Іоаннъ Златоустъ въ



XVI-ой бесѣдѣ, обращаясь къ жителямъ Антиохіи, указываетъ на необходимость повиноваться императорскимъ законамъ, какъ въ дѣлахъ имущественныхъ, такъ и брачныхъ. И хотя тотъ-же Златоустъ въ другой бесѣдѣ своей говоритъ: «увѣщаваю, прошу и умоляю мужей не отвергать женъ, и женъ не оставлять мужей», но тѣмъ не менѣе разводы-отверженія (*herudia*) практиковались, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ и учителя церкви не считали ихъ незаконными.

Вообще, канонисты Восточной церкви согласны между собою относительно воззрѣнія, что нѣкоторые каноны соборовъ и правила отцовъ церкви признаютъ и, слѣдовательно, допускаютъ и другіе поводы къ разводу, кромѣ прелюбодѣянія (упоминаемаго въ Евангеліи). Именно эти поводы двухъ родовъ: или такіе, которые по своему воздѣйствію на бракъ равняются смерти, или такіе, которые аналогичны съ прелюбодѣяніемъ. Такъ, между прочимъ, такимъ путемъ пришли къ допустимости развода вслѣдствіе буйнаго помѣшательства одного изъ супруговъ или злонамѣреннаго оставленія однимъ другаго (См. изслѣд. «О разводѣ по русск. праву», стр. 70, 71, 63).

Въ свою очередь, и христіанскіе императоры, упорядочивая разводы, находили сильное противодѣйствіе въ нравахъ: пришлось по нѣскольку разъ то воспрещать, то дозволить разводы по обоюдному согласію супруговъ. Только къ концу IX вѣка былъ положенъ окончательный запретъ на разводы этого рода. Приходилось снисходительно относиться и къ разводамъ безъ законныхъ поводовъ, не признавая ихъ недѣйствительными, а лишь облагая штрафами (См. изслѣд. «О разводѣ», стр. 50, 58, 62, 63 и сл.).

Нѣсколько иную судьбу имѣло бракоразводное право въ западной церкви. Церковь эта не отличалась твердостью и устойчивостью своихъ воззрѣній, какъ на заключеніе брака, такъ и на расторженіе его.

Встрѣтивъ у варваровъ (германскихъ племенъ) воззрѣніе на заключеніе брака, какъ на куплю жены (причемъ сдѣлка считалась оконченной, только послѣ наступленія фактическаго сожителства), западная церковь однако-же мало способствовала тому, чтобы вкоренить въ умы варваровъ взглядъ на бракъ, какъ на актъ религіозный. Напротивъ, церковь эта,



быть может не желая входить въ борьбу съ обычаемъ, пустившимъ глубокіе корни въ нравы, высказывалась, что церковное вѣнчаніе есть скорѣе благочестивый обычай, нежели необходимое условіе для дѣйствительности брака, считая, что для силы его, какъ таинства, достаточно взаимнаго согласія брачующихся. (И ни въ одномъ древнемъ требникѣ не было установлено «сакраментальной» формы брака, которую слѣдовало произносить предъ священникомъ).

Неблагопріятныя послѣдствія этой системы не замедлили обнаружиться: заключались супружества поспѣшныя, не обдуманныя, доказательства брака затруднялись и конкубинатъ сходилъ за бракъ, а дѣйствительно брачныя сопряженія оспаривались въ своей силѣ. Церковь не могла не сознать ненормальности этихъ порядковъ и вотъ на Тридентскомъ соборѣ (1563 г.) постановляется рѣшительное правило, что только бракъ, совершенный приходскимъ священникомъ въ присутствіи 2-хъ или 3-хъ свидѣтелей, имѣетъ силу законнаго брака. Такимъ образомъ положенъ былъ конецъ бракамъ тайнымъ и сомнительнымъ. Съ этого времени договоръ и таинство въ бракѣ сдѣлались неразлучными и участіе церкви, какъ непремѣнное условіе дѣйствительности брака, было признано необходимымъ даже со стороны свѣтскаго законодательства.

Тридентскій соборъ уничтожилъ также послѣдніе слѣды развода. Въ первые вѣка христіанства вопросъ объ отверженіи женъ и о разводѣ возбуждалъ самые горячіе споры среди учителей церкви и на церковныхъ соборахъ. Тертуллианъ, св. Епифаній, Астерій (Asterius) еп. Амазійскій допускали отверженіе жены вслѣдствіе прелюбодѣянія съ ея стороны. Но большая часть учителей церкви — бл. Іеронимъ, св. Іоаннъ Златоустъ и въ особенности бл. Августинъ, стояли за нерасторжимость брака, основываясь на словахъ Евангелія — «они не двое, но плоть едина, что Богъ соединилъ, человекъ да не разлучитъ» (Матѣ., гл. 19, ст. 6). Этотъ послѣдній святой толкуетъ извѣстныя слова Матѣея, «кто разведется съ женою своею не за прелюбодѣяніе и женится на другой, тотъ прелюбодѣйствуетъ» (Гл. 19, ст. 9) въ томъ смыслѣ, что, хотя этотъ евангелистъ дозволяетъ мужу отослать жену, виновную въ прелюбодѣянніи, но онъ не дозволяетъ и ему самому



вступать послѣ этого въ бракъ. Ученіе Августина имѣло рѣшительное вліяніе на бракъ. Разводъ все болѣе и болѣе стѣснялся и если его допускали въ нѣкоторыхъ случаяхъ, то лишь по соображенію религіознаго характера. Авторитетъ церкви уже давалъ себя чувствовать въ законахъ варваровъ и духовенство получало часто отъ разводящихся супруговъ обѣщаніе удалиться въ монастырь; но еще не было рѣчи объ отмѣнѣ развода. Въ капитуляріяхъ вліяніе церкви уже гораздо сильнѣе: они большею частью подтверждаютъ каноническое право и если допускаютъ разводъ, то въ виду принятія супругами монашества, хотя тамъ и сямъ наблюдаются еще остатки старыхъ нравовъ. Что касается отверженія (одностороннихъ разводовъ), то Суассонскій соборъ въ 774 г. дозволяетъ его мужу по отношенію къ женѣ, виновной въ прелюбодѣянніи. Въ 789 г. капитулярій Карла В. воспрещаетъ бракъ супругамъ, расторгнувшимъ бракъ одностороннимъ разводомъ. Съ XII в. церковная доктрина устанавливаетъ различіе между консуммированнымъ и неконсуммированнымъ бракомъ, допуская только для послѣдняго разводъ.

Тридентскій соборъ подтвердилъ это правило. Не консуммированный бракъ дозволено было расторгнуть только въ виду поступленія супруговъ въ монастырь; не было дозволено, какъ доселѣ, чтобы тѣ, которые хотѣли оставаться въ міру, могли разводиться, хотя-бы подъ предлогомъ абсолютнаго воздержанія. На будущее время было разрѣшено только разлученіе отъ стола и ложа.

Со времени Тридентскаго собора папская доктрина (съ которой не надо смѣшивать контроверзъ извѣстныхъ теологовъ и юрисконсультовъ) не измѣнялась и она имѣла случай подтверждаться всякій разъ, при введеніи гражданскаго брака. Съ точки зрѣнія этой доктрины бракъ есть исключительно религіозный, но производящій юридическія послѣдствія, актъ. Вслѣдствіе допущенія развода обязательства брака дѣлаются измѣнчивыми, взаимная привязанность ослабляется, невѣрность получаетъ пагубное поощреніе, воспитаніе дѣтей подвергается опасности<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *E. Glasson, Le mariage civil et le divorce*, 2 изд., стр. 209 и сл.



Такимъ образомъ въ практику западной церкви постепенно проникалъ взглядъ о полной нерасторжимости брачнаго союза. Учители этой церкви и соборы усматривали установленіе такой нерасторжимости въ самомъ Евангеліи, толкуя извѣстныя слова его (Матѳ. V, 32; XIX, 9) въ томъ смыслѣ, что въ нихъ рѣчь идетъ не о нарушеніи супружеской вѣрности въ бракѣ, а объ обнаруженіи въ бракѣ добрачной незаконной связи.

Въ результатѣ историческаго развитія, согласно догматическому воззрѣнію римско-католической церкви, бракъ нерасторжимъ при жизни супруговъ. Поэтому для католика немислимъ бракъ съ разведенной протестанткой или православной. Впрочемъ, съ точки зрѣнія расторгимости брака различаются, какъ и прежде, браки, въ которыхъ не было физическаго общенія супруговъ (не консуммированные) и таковыя, въ которыхъ это общеніе состоялось (консуммированные).

Пока не было физическаго общенія между супругами, бракъ, расторгимъ. Такое расторженіе дается папскимъ декретомъ, обыкновенно въ случаяхъ, когда безсиліе (*impotentia*), принужденіе, ошибка или неисполненіе условія матеріально извѣстны, но не могутъ быть строго юридически доказаны. При этомъ-же бракъ возможенъ разводъ, какъ было и раньше, вслѣдствіе желанія кого-либо изъ супруговъ поступить въ монашество.

Разводъ въ католической церкви замѣняется разлученіемъ (*separatio*), допускаемымъ церковью въ случаѣ, когда поведеніе одного супруга угрожаетъ душевному или тѣлесному благосостоянію другого. Разлученіе возможно въ двухъ видахъ: постояннаго и временнаго. Постоянное разлученіе (*separatio perpetua*) дозволено только въ случаяхъ прелюбодѣянія или содоміи. Причемъ наличность прелюбодѣянія должна быть и матеріально, и формально доказана, какъ — совершившагося факта. Кромѣ того она не должна быть прощена ищущимъ развода супругомъ, и самъ онъ не долженъ быть виновенъ въ этомъ преступленіи.

Временное разлученіе допускается въ слѣдующихъ случаяхъ: отпаденія отъ христіанства, покушенія супруга свратить другаго въ ересь или совершить противоестественный



порокъ, при наличности другихъ преступленій, жестокаго обращенія, покушенія на жизнь, долго продолжающихся оскорбленій, опаснаго для здоровья раздраженія супруга, заразной и продолжительной болѣзни, злонамѣреннаго оставленія<sup>1)</sup>).

Во время реформациі протестанты возстановили разводъ. Говоря объ отверженіи женъ вслѣдствіе прелюбодѣянія, Христось,—полагають протестанты,—не имѣлъ въ виду ограничить разводъ лишь этимъ случаемъ. Онъ отвѣчалъ только на вопросъ, предложенный ему, чтобы покончить споръ между учениками Гиллела и Шаммаи. Христось ничего не говорилъ о разводѣ по взаимному согласію, или по причинамъ, опредѣляемымъ закономъ гражданскимъ, и Онъ не думалъ запрещать ни тотъ, ни другой.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, многіе протестантскіе ученые приписываютъ браку характеръ гражданского акта и оспариваютъ у него качество таинства. Лютеръ говорилъ уже въ своихъ застольныхъ рѣчахъ: «по моему мнѣнію брачные вопросы принадлежать юристамъ; развѣ они не призваны предписывать законы и судить относительно правъ отца, матери и дѣтей. Почему-бы имъ не заниматься также обязанностями между супругами?». Но по другой доктринѣ, бракъ—таинство; есть даже такіе, которые усматриваютъ опасеніе предоставить его исполнѣ свѣтской власти.

Въ дѣйствительности-же, хотя по воззрѣніямъ протестантовъ правило о нерасторжимости брака, какъ мы видѣли, признано ошибочнымъ, тѣмъ не менѣе вначалѣ возникновенія реформациі разводъ не отличался легкостью: главное основаніе для него было нарушеніе супружеской вѣрности. Потомъ сюда было присоединено злонамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другаго; но такъ какъ въ церковныхъ постановленіяхъ по вопросу о разводѣ было дано весьма мало указаній, то дальнѣйшее развитіе бракоразводнаго права шло путемъ консисторской практики и толкованій юристовъ.

<sup>1)</sup> *Schulte*, Lehrbuch des katolischen Kirchenrechts, III. Auflage §§ 161—163. *Vering*, Lehrbuch des katolischen, orientalischen und protestantischen Kirchenrechts, III. Auflage, §§ 260—261.



Отсюда разнообразіе въ бракоразводной практикѣ. Въ то время, какъ въ однихъ государствахъ (съ преобладающимъ протестантскимъ населеніемъ) практика оставалась при двухъ вышеуказанныхъ основныхъ поводахъ, въ другихъ—разводъ, кромѣ прелюбодѣянiя и злонамѣреннаго оставленiя, допускался вслѣдствіе противоестественныхъ пороковъ, покушенiя одного супруга на жизнь другого, жестокаго обращенiя, угрожающаго здоровью или жизни, непреодолимой ненависти, отказа отъ исполненiя супружеской обязанности, уничтоженiя плода, присужденiя къ безчестящему наказанію.

Евангелическая церковь кромѣ развода допускаетъ и временное разлученіе супруговъ.

Нашъ уставъ евангелическо-лютеранской церкви представляетъ собою типъ весьма свободнаго бракоразводнаго права. Онъ допускаетъ массу поводовъ къ разводу (о чемъ см. ниже).

Противъ этой широкой свободы разводовъ въ новѣйшее время раздавались голоса, которые, при разногласiи въ частностяхъ, сходились въ одномъ общемъ желаніи допускать разводъ лишь при наличности вины на сторонѣ кого-либо изъ супруговъ; но новѣйшая бракоразводная практика все-же продолжаетъ идти по пути легкой расторгимости браковъ<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, подпавъ вліянію церкви, брачное право имѣло не одинаковую судьбу на Востокѣ и на Западѣ. На Востокѣ оно шло рука объ руку съ свѣтскимъ законодательствомъ и потому измѣнялось и приноравливалось къ потребностямъ жизни; на Западѣ, напротивъ, оно оставалось при неприкосновенной церковной догмѣ до тѣхъ поръ, пока протестующіе противъ строгости католическаго вѣроученiя не откололись отъ западной церкви и не выработали себѣ особыхъ воззрѣній и правилъ и въ дѣлѣ развода.

---

<sup>1)</sup> *Walter*, Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen, 14 изд., стр. 719—721; *Richter*, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 7 изд., §§ 286—287, *Vering*, назв. соч., §§ 253.



## II. Обзоръ постановленій иностранныхъ законодательствъ и преимущественно о разводѣ по обще-германскому уложенію.

а) французское законодательство, б) бельгійское, в) италіанское, г) австрійское, д) англійское, е) обще-германское, ж) швейцарское.

Вопросъ о расторженіи брака по справедливости считается однимъ изъ труднѣйшихъ законодательныхъ вопросовъ. Въ самомъ дѣлѣ, при разрѣшеніи его, законодателю приходится считаться, во-первыхъ, съ тѣмъ, что бракъ по существу своему есть союзъ пожизненный, а слѣдовательно, расторженіе его является своего рода аномаліей; во-вторыхъ, съ тѣмъ, что разводы особенно пагубно вліяютъ на судьбу дѣтей, лишая ихъ семьи,—этого естественнаго, даннаго самою природой, питомника ихъ; въ-третьихъ, тѣмъ, что при разводѣ въ особенности трудно бываетъ опредѣлить, при комъ-же изъ разведенныхъ родителей должны быть дѣти—при отцѣ или матери, исключительно-ли при невинномъ въ разводѣ родителѣ или-же, при извѣстныхъ условіяхъ, и при виновномъ, или даже при постороннемъ лицѣ. Съ другой стороны, законодатель не можетъ не принимать во вниманіе, что если разводъ есть зло, то едва-ли не большее еще зло сохраненіе брака только формально, когда онъ уже внутренне разрушенъ, что такіе подневольные браки способствуютъ нарушенію супружеской вѣрности, появленію незаконнаго потомства, что при сохраненіи такихъ браковъ *quand même*, общество больше страдаетъ, нежели при расторженіи ихъ, что иногда и для дѣтей лучше бываетъ лишиться такой полной соблазна семьи, нежели жить въ ней.

Затрудненія еще болѣе увеличиваются, когда законодатель встрѣчаетъ на пути своемъ религіозныя постановленія или слишкомъ строгія, или слишкомъ снисходительныя по отношенію къ разводу. Оставить безъ вниманія правила религіи, и въ особенности христіанской, въ такомъ вопросѣ, какъ въ вопросѣ о разводѣ, было-бы въ высшей степени неудобно; христіанская религія есть основа общественной морали. Но вмѣстѣ съ тѣмъ даже христіанскія вѣроисповѣданія существенно разногласятъ между собой въ этомъ вопросѣ, и при-



мирить ихъ почти невозможно: достаточно сказать, что католическая религія совсѣмъ не признаетъ разводовъ, а протестантскія вѣроисповѣданія допускаютъ ихъ въ весьма широкихъ размѣрахъ.

Одновременно съ этимъ государству невозможно оставить этотъ важный вопросъ безъ разрѣшенія, отдавъ его всецѣло въ руки церкви: бракъ—учрежденіе столько-же государственное, сколько и религіозное. Съ другой стороны, отдать бракоразводныя дѣла въ руки церкви значитъ крайне стѣснить совѣсть разновѣрныхъ супруговъ.

Вотъ почему весьма и весьма нелегко законодателю избрать правильный путь при начертаніи правилъ о разводѣ. Обращаясь къ разсмотрѣнію узаконеній иностранныхъ законодательствъ по этому вопросу, мы остановимся главнымъ образомъ на общегерманскомъ, постановленія котораго были составлены, послѣ внимательной критики предшествовавшихъ ему. Но сначала остановимся на предшествовавшихъ ему кодексахъ.

#### а) Французское законодательство.

Во Франціи до кодификаціи старая практика, въ согласіи съ католическою церковью, развода не допускала, разрѣшая только разлученіе отъ стола и ложа.

Въ періодъ революціонной реакціи противъ старыхъ порядковъ на короткое время (законъ 20 сентября 1792 г.) былъ введенъ разводъ, а отмѣнено разлученіе. Наполеоновскій кодексъ (1804 г.) совмѣстилъ старое съ новымъ: дозволилъ и разводъ и разлученіе, но уже закономъ 8 мая 1816 г. разводъ былъ отмѣненъ и законодатель возвратился къ прежней практикѣ—дозволенности только разлученія.

Французскіе юристы прямо объясняютъ эту перемѣну въ законодательствѣ требованіями религіозными: «интересы свободы религіи требовали примѣненія этой двойной мѣры (т. е. отмѣны развода и введенія разлученія): не надо доводить до отчаянія несчастнаго супруга, которому религія воспрещаетъ прибѣгнуть къ разводу, не надо ставить его въ коллизію между религіозными вѣрованіями и невыносимыми мученіями совмѣстной жизни. Это соображеніе тѣмъ сильнѣе, что ка-



толическую религію, воспрещающую разводъ, исповѣдуетъ большая часть французовъ»<sup>1)</sup>).

На этомъ французы не успокоились: въ восьмидесятихъ годахъ началась сильная агитація въ прессѣ и въ парламентѣ въ пользу развода. Въ результатѣ этой ожесточенной парламентской борьбы явился законъ 27 іюня 1884 г., которымъ, послѣ почти семидесятилѣтняго воспрещенія развода, онъ опять вводится. Этимъ закономъ дозволены сравнительно немногіе поводы, а именно: 1) прелюбодѣяніе (ст. 229); причемъ новымъ закономъ уравниены въ этомъ вопросѣ мужъ и жена, въ противоположность дотолѣ дѣйствовавшему правилу, по которому мужъ считался нарушителемъ супружеской вѣрности въ томъ лишь случаѣ, когда онъ содержалъ наложницу въ общей супружеской квартирѣ.

2. Покушеніе одного супруга на жизнь другого (ст. 230<sup>2)</sup>).

3. Жестокое обращеніе (ст. 230), хотя и не подвергающее жизнь опасности; разнаго рода насиліе (побои, раны) и, наконецъ, вообще дурное обращеніе<sup>3)</sup>.

4. Тяжкое оскорбленіе (ст. 230) все равно—дѣйствіемъ, словесное или письменное, разъ въ немъ выражается посягательство на честь супруга или на уваженіе къ нему и свидѣтельствуется о чувствѣ ненависти, презрѣнія и отвращенія.

Французскіе ученые сознаются, что въ этомъ постановленіи ихъ закона нѣтъ достаточной опредѣленности, и что

<sup>1)</sup> Demolombe: „Du mariage et de la séparation de corps“, Т. II, р. 402—464.

<sup>2)</sup> Les excès. Такъ толкуютъ французскіе цивилисты это нѣсколько неопредѣленное слово. Les excès sont des actes qui dépassent toute mesure, ou plus précisément, les attentats qui compromettent l'existence. Demolombe, стр. 485. Въ первоначальномъ проектѣ этой статьи вмѣсто слова excès прямо стояло: „покушеніе одного супруга на жизнь другого“. Но, при обсужденіи проекта, было заявлено, что слово „покушеніе“ непримѣнимо: если-бы ищущій развода супругъ заявилъ о покушеніи на жизнь его со стороны другого супруга, то это-бы привело на эшафотъ виновнаго.

Редакція закона выражаетъ ту-же идею, но прикрито, что, въ концѣ концовъ, должно привести къ тому же, такъ какъ истецъ долженъ доказать преступленіе и разъ онъ его докажетъ, прокуратура должна будетъ возбудить преслѣдованіе. Laurent, Principes de droit civil“, Т. II, стр. 225. Его-же „Cours élémentaire de droit civil“, Т. I, § 219.

<sup>3)</sup> Demolombe, стр. 485, Laurent, Cours, ibid.



рѣшенія о разводѣ по этому поводу въ значительной степени зависятъ отъ взгляда на факты этого рода суда, исполняющаго въ подобныхъ случаяхъ какъ-бы роль присяжныхъ, что законъ, такимъ образомъ, ввѣряетъ въ этомъ случаѣ весьма важные и серьезные интересы гражданъ мудрости и опытности суда.

Разумѣется, что, при такихъ условіяхъ, весьма возможны нѣкоторыя разногласія во взглядахъ не одного только суда: и французскіе ученые—теоретики, разбирая этотъ вопросъ съ принципиальной точки зрѣнія, значительно расходятся въ немъ другъ съ другомъ. Такъ, напримѣръ, извѣстный ученый и профессоръ Демоломбъ того мнѣнія, что можно признать тяжкой обидой отказъ кого-либо изъ супруговъ совершить по требованію другого церковный брачный обрядъ; это, по его мнѣнію, тяжкое оскорбленіе въ смыслѣ закона.

Не менѣе извѣстный бельгійскій ученый и профессоръ, Лоранъ не согласенъ съ этимъ мнѣніемъ: тяжкое оскорбленіе, какъ всякая другая причина развода—говоритъ онъ—предполагаетъ нарушеніе обязанностей, налагаемыхъ закономъ. Фактъ-же отказа отъ выполненія брачнаго обряда есть предшествующій браку родъ злого умысла (*dol*), который заставилъ жену согласиться на бракъ, но тогда слѣдовало-бы скорѣе допустить искъ о признаніи брака недѣйствительнымъ, если-бы это обстоятельство законъ считалъ основаніемъ для признанія брака недѣйствительнымъ. Такъ, далѣе, Демоломбъ склоненъ признать тяжкой обидой обнаруженную въ бракѣ добрачную беременность невѣсты не отъ жениха, или присужденіе (до брака-же) къ позорящему наказанію. Противъ этого опять возражаетъ Лоранъ: факты оскорбительные не должны предшествовать браку. Это согласно и съ природой поводовъ къ разводу, представляющихъ собою нарушеніе обязанностей, налагаемыхъ бракомъ. Но нарушить супружескія обязанности до брака нельзя<sup>1)</sup>.

5. Присужденіе одного изъ супруговъ къ безчестящему наказанію (*une peine aafflictive et infamante*, ст. 233) составляетъ поводъ къ разводу потому, что, какъ разсуждаютъ французскіе ученые, супругъ, оказавшійся виновнымъ въ пре-

<sup>1)</sup> Demolombe, стр. 485—501, Laurent, Principes III, 229—240.



ступленіи, за которое законъ назначаетъ такую кару, нарушаетъ не только всѣ обязанности противъ религіи и морали, но и обязанности по отношенію къ своему супругу.

Вслѣдствіе единства уваженія и чести у обоихъ супруговъ, умаленіе чести одного не можетъ не отразиться на чести другаго, и было-бы несправедливо заставить жить честнаго супруга въ обществѣ супруга безчестнаго. Хотѣтъ, чтобы супругъ честный и чувствительный къ чести жилъ съ супругомъ виновнымъ и заклеяннымъ преступленіемъ, значитъ хотѣтъ соединить живаго человѣка съ трупомъ, какъ мотивировали этотъ законъ въ государственномъ совѣтѣ, при составленіи его.

При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что достаточно одного присужденія къ наказанію: прекращеніе преслѣдованія за истеченіемъ давности или помилованіе не лишаетъ права невиннаго супруга просить о разводѣ, такъ какъ указанными обстоятельствами безчестіе не снимается<sup>1)</sup>.

Кромѣ развода дѣйствующее французское законодательство продолжаетъ сохранять и разлученіе супруговъ по тѣмъ же основаніямъ, что разводъ (ст. 306), съ правомъ воспользоваться тѣмъ или другимъ.

Но если разлученіе продолжалось не менѣе 3 лѣтъ, то искъ о разлученіи можетъ быть, по желанію того или другаго супруга, превращенъ въ искъ о разводѣ (ст. 310).

Послѣ развода всякій супругъ воленъ вступать въ новый бракъ. Разведенная жена должна однако-же выдержать 10 мѣсячный срокъ во избѣжаніе *turbatio sanguinis* (ст. 228). Виновный въ прелюбодѣяннѣ супругъ не можетъ вступить въ бракъ съ соучастникомъ прелюбодѣяннѣ (ст. 298). Дѣти отдаются невинному супругу, если судъ не найдетъ, что для пользы дѣтей слѣдуетъ довѣрить ихъ другому супругу или лицу постороннему (ст. 302—304).

Сравнивая вышеизложенныя постановленія католической церкви съ постановленіями французскихъ законодателей, мы видимъ, что законодатели эти, долгое время отвергая разводъ и допуская лишь разлученіе, были вѣрными католиками. Если въ недавнее время разводъ опять введенъ, то нельзя

<sup>1)</sup> Demolombe, стр. 503, Laurent, Cours, § 220.



не замѣтитъ, что въ самыхъ поводахъ къ нему проглядываетъ желаніе отклоняться возможно меньше отъ старой традиціи: разводъ допущенъ лишь по тѣмъ причинамъ, по которымъ прежде допускалось разлученіе и съ сохраненіемъ на ряду съ разводомъ и разлученія. Ни несчастія судьбы, ни недуги физическіе или душевные, ни безуміе и даже бѣшенство, ни самая заразительная или самая отталкивающая болѣзнь, будь это ракъ на лицѣ,—говоритъ извѣстный Потье—никакое, наконецъ, несчастіе не есть поводъ для разлученія, а тѣмъ болѣе для развода<sup>1)</sup>.

И въ этомъ явственно желаніе возможно меньше отдаляться отъ взглядовъ католической церкви.

#### б) Бельгійское законодательство.

Бельгійское законодательство, въ которомъ сохранился кодексъ Наполеона безъ поправки въ вопросѣ о разводѣ, сдѣланной 8 мая 1816 г., знаетъ тѣ-же поводы, что дѣйствующее французское законодательство, исключая присужденія къ позорящему наказанію, такъ какъ этотъ видъ наказанія въ Бельгіи неизвѣстенъ<sup>2)</sup>. Кромѣ того, въ бельгійскомъ законодательствѣ сохранился различіе въ опредѣленіи прелюбодѣянія мужа и жены, въ смыслѣ признанія прелюбодѣяніемъ на сторонѣ перваго не всякую связь съ посторонней женщиной, а только содержаніе наложницы въ общей супружеской квартирѣ (ст. 106 въ прежней редакціи).

#### в) Итальянское законодательство.

Италія (какъ и Испанія) не знаетъ развода. Бракъ расторгается только смертью кого-либо изъ супруговъ, говоритъ италіанскій законъ (ст. 148). Разводъ замѣняется разлученіемъ супруговъ (*ibid.*). А именно, право на разлученіе даютъ слѣдующія причины:

1. Прелюбодѣяніе, что касается жены, во всякомъ случаѣ; что касается мужа, въ случаѣ содержанія имъ наложницы въ общей супружеской квартирѣ или завѣдомо въ дру-

<sup>1)</sup> Demolombe, стр. 506.

<sup>2)</sup> Laurent, Principes, стр. 234, 235.



гомъ мѣстѣ, или, наконецъ, если супружеская вѣрность нарушена имъ при такихъ условіяхъ, что это нарушение должно быть признано тяжкимъ оскорбленіемъ жены (ст. 150), — послѣднія два обстоятельства являются прибавкой, сравнительно со старымъ французскимъ закономъ и дѣйствующимъ бельгійскимъ закономъ, твердо стоящимъ на той точкѣ зрѣнія, что лишь обезчещеніе мужемъ супружескаго очага есть поводъ для развода со стороны жены. Впрочемъ, тяжкое оскорбленіе есть причина для развода и по французскому праву, а французская юриспруденція склонна была прелюбодѣяніе мужа, если оно не удовлетворяло требуемому закономъ составу преступленія, толковать въ смыслѣ оскорбленія, дававшего право на разводъ.

2. Добровольное оставленіе одного супруга другимъ (ст. 150).

3. Поступки, подвергающіе опасности жизнь или здоровье супруга (*ecessi*, ст. 150).

4. Жестокое обращеніе, угрожающее опасностью здоровью (*sevizie*, 150).

5. Угрозы (*minacce*, ст. 150), если онѣ серьезны и способны внушить страхъ.

6. Тяжкія обиды (*ibid*).

7. Присужденіе къ уголовному наказанію, за исключеніемъ случая, когда рѣшеніе состоялось до брака и другой супругъ былъ соучастникомъ въ преступленіи (ст. 151).

8. Бродячій образъ жизни мужа, не оправдываемый уважительными причинами (службой, занятіями, ст. 152).

9. Отказъ мужа, имѣющаго средства, избрать приличное и соотвѣтствующее его средствамъ мѣстожителство (*ibid*).

Италія, такимъ образомъ, неизмѣнно сохранила старыя традиціи католической церкви. Попытки ввести разводъ со стороны нѣкоторыхъ юристовъ (*Salvatore Morelli*) не встрѣтили сочувствія.

Въ началѣ текущаго столѣтія разводъ былъ занесенъ въ Италію изъ Франціи, но онъ не встрѣтилъ сочувствія у италіанцевъ и примѣры его были весьма рѣдки, а когда въ 1880 г. была сдѣлана попытка провести законъ о разводѣ въ парламентѣ, то въ него поступила петиція, покрытая массой подписей, какъ протестъ противъ нежеланнаго закона, про-



тестъ, внушенный совѣстью католика, препятствующей ему примириться съ разводомъ.

г) Австрійское законодательство.

Въ Австрійскомъ законодательствѣ бракоразводное право построено на религіозной почвѣ. Для католиковъ, образующихъ главный составъ населенія Австріи, разводъ какъ то требуется католической религіей, совсѣмъ не допускается, а дозволено только разлученіе отъ стола и ложа. Разводъ дозволенъ лишь для не-католиковъ.

Скажемъ сначала о разлученіи.

Разлученіе допускается для лицъ всѣхъ вѣроисповѣданій, но такъ какъ всѣ не-католики вмѣстѣ съ тѣмъ имѣютъ право на разводъ, то постановленія о разлученіи рассчитаны главнымъ образомъ на католиковъ.

Разлученіе допускается по обоюдному соглашенію и независимо отъ такового вслѣдствіе наличности опредѣленныхъ причинъ (Улож. §§ 103, 109).

а) По обоюдному соглашенію. О такомъ разлученіи супруги могутъ ходатайствовать предъ судомъ, не указывая на причины, побудившія ихъ къ этому (§ 103). Этимъ законъ стремится пощадить доброе имя и облегчить нравственное страданіе невиннаго супруга, не обязаннаго раскрывать предъ судомъ ненормальности супружеской жизни. Однако-же законъ, освобождая супруговъ въ этомъ случаѣ отъ судебного разслѣдованія ихъ просьбы, ставитъ нѣкоторыя условія, имѣющія цѣлью предупредить необдуманную рѣшимость супруговъ, а именно:

1) Постановленію суда о разлученіи должно предшествовать троекратное увѣщаніе супруговъ со стороны священника примириться и не разрывать супружеской жизни. Если попытка примиренія окажется безуспѣшной, въ такомъ случаѣ священникъ выдаетъ въ этомъ супругамъ удостовѣреніе, предъявивъ которое компетентному суду, они получаютъ согласіе на разлученіе (§§ 104 и 105). Съ 1868 г. этотъ порядокъ не обязателенъ, но если его не было, то на судъ возлагается обязанность склонять (тоже троекратно) супруговъ къ примиренію.



2) Супруги должны урегулировать ихъ имущественные интересы, именно что касается содержанія жены и попеченія о дѣтяхъ. Если эта обязанность супругами не будетъ выполнена, то судъ можетъ отказать въ разлученіи (§ 105). Несовершеннолѣтіе и подопечное состояніе супруга не служитъ препятствіемъ къ разлученію, но по имущественнымъ вопросамъ требуется согласіе законнаго представителя и опекуна суда (§ 106).

б) Разлученіе на основаніи опредѣленныхъ причинъ, а именно: 1) прелюбодѣянія или уголовно наказуемаго преступленія, 2) злонамѣреннаго оставленія, куда относится также всякое самовольное и незаконное прекращеніе общей супружеской жизни, изгнаніе супруга и неосновательный отказъ жены слѣдовать въ мѣсто жительства мужа, 3) безпорядочнаго образа жизни, угрожающаго потерей имущества или добраго имени семьи, 4) посягательства на жизнь или здоровье супруга, 5) жестокаго обращенія и (смотря по лицу) чувствительныхъ повторяющихся оскорбленій, 6) продолжительной, угрожающей опасностью зараженія, болѣзни (§ 109).

И при этомъ разлученіи должна быть сдѣлана попытка примиренія. По обстоятельствамъ дѣла судъ можетъ еще до рѣшенія дозволить женѣ жить отдѣльно и назначить ей содержаніе (§ 108). Виновность требующаго разлученія супруга, дающая отвѣтчику право на разлученіе, не лишаетъ перваго права на искъ. Разлученіе дается на неопредѣленное время, но супруги могутъ во всякое время возстановить совмѣстную жизнь, заявивши объ этомъ суду (§ 110).

Послѣдствія разлученія заключаются въ прекращеніи супружеской совмѣстной жизни и тѣхъ юридическихъ послѣдствій брака, которыя предполагаютъ такую жизнь. Прекращается, такимъ образомъ, мужняя власть и связанное съ нею правозаступничество жены, обязанность имѣть общее мѣстопробываніе и вести общее хозяйство. Но хранить супружескую вѣрность оба супруга обязаны.

Относительно обязанности мужа давать содержаніе женѣ существуютъ такія правила: если жена невиновна — мужъ обязанъ давать содержаніе женѣ сообразно своимъ средствамъ и общественному положенію, независимо отъ того—



виновенъ онъ самъ или нѣтъ. Если виновна жена, то она теряетъ право на полученіе содержанія. Если оба виновны, то отъ усмотрѣнія судьи зависитъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, назначить содержаніе женѣ.

Разводъ допускается для прочихъ христіанскихъ вѣроисповѣданій въ томъ числѣ и не признанныхъ государствомъ кромѣ католиковъ, а также и для евреевъ. О разводѣ для другихъ не-христіанъ Уложеніе умалчиваетъ.

Указанные закономъ поводы къ разводу слѣдующіе: 1) прелюбодѣяніе, 2) покушеніе на жизнь или здоровье, 3) жестокое обращеніе (но не словесныя обиды), 4) преступленіе, влекущее за собою не менѣе пяти лѣтъ тюремнаго заключенія, 5) злонамѣренное оставленіе и неявка (если мѣстопробываніе отлучившагося извѣстно) въ теченіи года, не взирая на судебный вызовъ, 6) непреодолимое отвращеніе, вслѣдствіе котораго супруги требуютъ развода. Разводъ по этому поводу не есть разводъ по обоюдному только соглашенію супруговъ, такъ какъ судъ, допуская разводъ, долженъ взвѣснить на основаніи представленныхъ ему фактовъ, достигло ли это взаимное отвращеніе супруговъ до такой степени, что продолженіе брака для нихъ уже стало не возможнымъ, кромѣ того разводу по этому поводу должно предшествовать разлученіе супруговъ, которое можетъ быть назначено судомъ даже нѣсколько разъ въ теченіи процесса, съ цѣлью дать возможность супругамъ отнестись вполне сознательно и обдуманно къ ихъ ходатайству о разводѣ (§§ 115, 116).

О разводѣ въ смѣшанныхъ бракахъ принимается во вниманіе какъ время бракозаключенія, такъ и время иска о разводѣ слѣдующимъ образомъ: 1) если во время бракозаключенія хотя-бы одинъ изъ супруговъ былъ католикомъ, то бракъ не расторгимъ на всегда, хотя-бы впослѣдствіи одинъ или оба супруга перестали быть католиками, 2) если оба супруга при бракозаключеніи были не-католиками, а потомъ оба приняли католическую религію—бракъ не расторгимъ. Если же перемѣна вѣроисповѣданій воспослѣдовала такая, что одинъ супругъ оказался католикомъ, а другой не католикомъ, то разводъ возможенъ—съ условіемъ, чтобы искъ былъ поднятъ супругомъ не-католикомъ и чтобы су-



пругъ католикъ не вступалъ въ бракъ до смерти своего разведеннаго супруга.

Принадлежность къ тому или другому вѣроисповѣданію въ промежутокъ между бракозаключеніемъ и искомъ о разводѣ значенія не имѣетъ. Поэтому разводъ возможенъ если супругъ, при заключеніи брака будучи не-католикомъ, потомъ принялъ католицизмъ, а искъ о разводѣ вчинилъ, будучи опять не-католикомъ.

Законъ австрійскій спеціально упоминаетъ о расторженіи браковъ у евреевъ. Разлученіе возможно на основаніи общихъ вышеуказанныхъ причинъ (§132). Разводъ допускается въ двухъ видахъ: по обоюдному соглашенію супруговъ посредствомъ врученія мужемъ женѣ разводнаго письма, (чему должна предшествовать попытка примиренія супруговъ чрезъ раввина (§ 133) или же по волѣ мужа вслѣдствіе прелюбодѣянія жены (§ 135).<sup>1)</sup>

#### д) Англійское законодательство.

Хотя уже болѣе трехъ вѣковъ прошло, какъ Англія стала протестантскимъ государствомъ, но разводъ вошелъ въ практику ея поздно и лишь постепенно. Сначала онъ былъ явленіемъ исключительнымъ, требовавшимъ разрѣшенія парламента, и допускался лишь при наличности единственной причины — нарушенія супружеской вѣрности. Разводъ стоилъ денегъ и потому былъ доступенъ только людямъ богатымъ. Въ существѣ, только съ изданія билля 28 августа 1857 г., упорядочивается англійское бракоразводное право. На ряду съ разводомъ допускается и разлученіе. Создается спеціальный и единственный для Англіи судъ для дѣлъ о разводѣ и вообще брачныхъ (Court for divorce and matrimonial causes).

Въ 1873 г. судъ по бракоразводнымъ дѣламъ вошелъ въ составъ учрежденнаго въ этомъ году верховнаго суда (suprem court of judicature). Сверхъ сего по закону 27 мая 1878 года

<sup>1)</sup> *E. Rittner*, Oesterreichisches Eherecht, Leipzig, 1876. s. 322—357.  
*J. Krains*, System d. Oesterreichischen allgemeinen Privatrechts. II. B. II Aufl. §§ 431—433.



всякій судъ и даже судья (независимо отъ верховнаго суда) имѣетъ право разрѣшить женѣ въ случаѣ жестокаго обращенія мужа (assault) оставить общую супружескую квартиру и требовать для себя, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и для дѣтей, назначенія отдѣльнаго содержанія.

Для развода попрежнему существуетъ единственный законный поводъ—прелюбодѣянiе. Если рѣчь идетъ о женѣ, этого одного факта вполне достаточно. Но для обвиненія мужа требуется еще сверхъ того наличность одного изъ слѣдующихъ отягчающихъ вину обстоятельствъ: двоебрачiя, кровосмѣшенія, противоестественныхъ пороковъ, «жестокости» (gross cruelty), безпричиннаго оставленія не менѣе какъ въ теченіе 2-хъ лѣтъ.

Подъ нѣсколько неопредѣленнымъ выраженіемъ «жестокости» понимается покушеніе на жизнь, жестокое обращеніе и даже упорный отказъ со стороны мужа доставлять женѣ жизненные удобства, на которыя она имѣетъ право соотвѣтственно общественному положенію и хозяйственнымъ условіямъ супруговъ.

Ищущій развода мужъ вслѣдствіе нарушенія женой супружеской вѣрности долженъ обыкновенно привлечь и соучастника нарушенія. Прощеніе или соучастіе мужа, потворство и даже оставленіе жены, а равно и дурное обращеніе съ нею лишаютъ его права на разводъ по этой причинѣ.

Сверхъ развода дозволено разлученіе добровольное и по указаннымъ въ законѣ основаніямъ, а именно: вслѣдствіе прелюбодѣянiя (одинаково опредѣляемаго какъ для мужа, такъ и для жены), безпричиннаго оставленія, по крайней мѣрѣ въ теченіи 2-хъ лѣтъ, жестокостей и противоестественныхъ пороковъ.

Разлученной обыкновенно назначается судомъ изъ средствъ мужа приличное содержаніе (alimony), причемъ, если она признана невиновной,  $\frac{1}{3}$  и даже  $\frac{1}{2}$  доходовъ мужа. Но и наоборотъ, при виновности жены въ прелюбодѣянiи, судъ нерѣдко вопреки добровольному соглашенію между супру-



гами (объ имуществѣ), назначаетъ часть доходовъ жены въ пользу мужа и дѣтей<sup>1)</sup>,<sup>2)</sup>).

Изложенное показываетъ, что и бракоразводное право въ Англіи тоже развилось подъ несомнѣннымъ вліяніемъ церкви, которой прежде принадлежалъ и судъ по этимъ дѣламъ.

Изъ приведенныхъ выше поводовъ къ разводу законодательствъ прусскаго и саксонскаго видно, что и эти законодательства въ вопросѣ о разводѣ находятся подъ несомнѣннымъ вліяніемъ протестантскаго церковнаго права.

#### е) Обще-германское уложеніе.

Занимаясь начертаніемъ правилъ о разводѣ, составители проекта новаго уложенія имѣли въ своемъ распоряженіи значительный законодательный матеріалъ, провѣренный опытомъ, въ лицѣ разныхъ германскихъ уложеній и французскаго кодекса. Въ дальнѣйшемъ мы увидимъ, что особенно много пользовались авторы проекта въ этомъ случаѣ прусскимъ и саксонскимъ уложеніями. Поэтому мы начнемъ изложеніе съ указанія поводовъ къ разводу по этимъ двумъ кодексамъ.

Обратимся сначала къ прусскому уложенію. Это уложеніе допускаетъ очень обширную схему поводовъ къ разводу весьма неодинаковой важности; даже разводъ по обоюдному соглашенію супруговъ не воспрещается этимъ уложеніемъ. Поводы эти, коренящіеся въ нарушеніи физической либо моральной стороны брака, слѣдующіе.

1. Нарушеніе супружеской вѣрности (а при извѣстныхъ условіяхъ даже одно подозрѣніе въ нарушеніи ея).

2. Содомія и другіе противоестественные пороки подобнаго рода.

<sup>1)</sup> *Lehr*: „Eléments de droit civil Anglais“, p. 57—64. — *Tapping Reeve*: „The Law of husband and wife, of parent and child“, 4 edit., p. 259—271.

<sup>2)</sup> На той-же почвѣ выросшее, что и англійское право, калифорнское уложеніе, представляющее собою типичный примѣръ американскаго законодательства, допускаетъ слѣдующіе поводы къ разводу: 1) прелюбодѣяніе, 2) крайне жестокое обращеніе (*extreme cruelty*), 3) злонамѣренное оставленіе, 4) умышленное нерадѣніе, 5) постоянное пьянство (*habitual intemperance*), 6) осужденіе за уголовное преступленіе, ст. 71.



3. Злонамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другаго и вообще намѣренное и противоправное прекращеніе совмѣстной супружеской жизни. Жена считается злонамѣренно покинувшей мужа и въ томъ случаѣ, когда она, несмотря на перемѣну мужемъ мѣста жительства, окажется безъ основательной причины слѣдовать за нимъ; мужъ считается злонамѣренно оставившимъ жену, когда онъ безъ основательныхъ причинъ откажется принять жену къ себѣ.

Далѣе идетъ рядъ поводовъ, такъ сказать, втораго, низшаго порядка, истекающихъ также изъ нарушенія физическаго или нравственнаго элемента брака, какъ-то:

4. Упорный, продолжительный и безпричинный отказъ выполнять супружескую обязанность (старость — причина законная).

5. Полная и неизлѣчимая неспособность къ исполненію супружескихъ обязанностей и неизлѣчимые тѣлесные недостатки, возбуждающіе отвращеніе и брезгливость или совершенно препятствующіе выполненію цѣли брака.

6. Бѣшенство и безуміе (но не слабоуміе), длящееся больше года и исключаящее возможность вѣроятной надежды на улучшеніе.

7. Покушеніе на жизнь другаго супруга.

8. Насиліе, подвергающее опасности жизнь и здоровье.

9. Грубое оскорбленіе чести или посягательство на личную свободу; но для лицъ низшаго класса словесныя обиды и незначительное насиліе (обиды дѣйствіемъ), разъ онѣ не дѣлаютъ супружеской жизни невыносимой, не составляютъ повода къ разводу, а для лицъ другихъ классовъ личныя оскорбленія и угрозы признаются поводомъ къ разводу лишь въ томъ случаѣ, если онѣ, безъ всякой серьезной причины, умышленно повторялись съ намѣреніемъ оскорбить и обидѣть другаго супруга.

10. Неуживчивость и сварливость въ такомъ только случаѣ составляютъ поводъ къ разводу, если онѣ достигли такой мѣры злостности, что вслѣдствіе нихъ подвергаются опасности жизнь и здоровье другаго супруга.

11. Тяжкія преступленія или проступки, за которые супругъ понесъ позорящее наказаніе.



12. Ложное обвиненіе одного супруга другимъ въ совершеніи вышеуказанныхъ преступленій или проступковъ.

13. Избраніе безчестнаго или позорнаго промысла.

14. Безпорядочный образъ жизни—пьянство, расточительность или безпутное веденіе хозяйства.

15. Недостаточность содержанія даетъ право женѣ на разводъ, если оно есть результатъ преступленія, распутства и хозяйственной безпорядочности.

Наконецъ, 16, непреодолимое отвращеніе, причемъ при бездѣтномъ бракѣ разводъ возможенъ по обоюдному соглашенію супруговъ; при наличности дѣтей—въ томъ случаѣ, если убѣдительными фактами можно установить несомнѣнность столь сильно и глубоко укоренившагося отвращенія, что нѣтъ никакой надежды на примиреніе супруговъ и на достиженіе цѣли брака<sup>1)</sup>.

Саксонское уложеніе не столь снисходительно, какъ прусское, въ вопросѣ о разводѣ. Число поводовъ, допускаемыхъ имъ, значительно меньше, нежели въ прусскомъ уложеніи.

Саксонское уложеніе знаетъ слѣдующіе поводы къ разводу:

1. Прелюбодѣяніе (§ 1713).

2. Завѣдомое вступленіе во второй бракъ, при существованіи прежняго (§ 1728).

3. Противоестественная связь съ человѣкомъ, связь съ животнымъ, съ дѣтьми моложе 12 лѣтъ (§ 1728).

4. Злонамѣренное оставленіе или упорное уклоненіе (по крайней мѣрѣ въ теченіе года) безъ достаточной причины отъ брачнаго общенія или исполненія супружеской обязанности (§ 1731).

5. Если супругъ намѣренно довелъ себя до неспособности къ брачному сожитію (§ 1734).

6. Жена можетъ потребовать развода, если медицинскимъ изслѣдованіемъ будетъ доказано, что, вслѣдствіе неизлѣчимаго болѣзненнаго состоянія, брачное сожитіе угрожаетъ опасностью жизни ея (§ 1742).

<sup>1)</sup> Dernburg, Lehrbuch d. Preussischen Privatrechts. Т. III, стр. 49—57.



7. Въ случаѣ посягательства одного супруга на жизнь другого или причиненія ему тѣлеснаго поврежденія, грозящаго опасностью жизни (§1735).

8. Въ случаѣ продолжающагося и послѣ разлученія отъ стола и ложа дурного обращенія (§ 1736).

9. Въ случаѣ пьянства, продолжающагося при такихъ-же условіяхъ (§ 1733).

10. Въ случаѣ присужденія супруга за совершенное имъ преступленіе къ лишенію свободы не менѣе какъ на три года (§ 1746).

11. Вслѣдствіе душевной болѣзни, приключившейся во время брака, неизлѣчимость которой удостовѣрена трехлѣтнимъ наблюденіемъ въ лѣчебницѣ (§1743).

12. Перемѣна религіи однимъ изъ супруговъ есть поводъ къ разводу для другого супруга (§ 1744).

Супругъ, имѣющій право просить о разводѣ, можетъ прежде просить о разлученіи отъ стола и ложа (§ 1752).

По опредѣленію суда супруги могутъ быть разлучены отъ стола и ложа, когда между ними происходятъ серьезные раздоры, когда совмѣстная жизнь угрожаетъ опасностью для здоровья или жизни кого-либо изъ супруговъ или дѣтей, или если супругъ ведетъ безнравственный образъ жизни (§ 1754). Разлученіе можетъ быть временное (отъ 6 мѣсяцевъ до одного года) и пожизненное (§§ 1754, 1767).

Какъ-же воспользовались составители уложенія вышеприведенными постановленіями, дѣйствовавшихъ до него кодексовъ и вообще предшествовавшимъ опытомъ? Прежде всего авторы проекта, а за ними большинство рейхстага пришли къ сознанію необходимости по возможности затруднить разводъ и уменьшить число поводовъ къ нему. «Фридриховское законодательство, — говорили они, — исходило изъ того, что бракъ предназначается для рожденія дѣтей и что въ интересахъ государства способствовать дѣторожденію и этимъ интересамъ должны быть подчинены постановленія о разводѣ. На этомъ основаніи былъ допущенъ даже разводъ по обоюдному соглашенію супруговъ, при бездѣтныхъ бракахъ, и разводъ вслѣдствіе непреодолимаго отвращенія». Составители проекта разсуждали иначе. Такъ какъ бракъ, по понятію о немъ и по существу своему, не расторгимъ, а слѣ-



довательно и разводъ представляет собою нѣчто ненормальное, то уже съ этой точки зрѣнія онъ не заслуживаетъ покровительства, хотя и надо признать неизбежность развода въ крайнихъ случаяхъ.

За болѣе строгую постановку бракоразводнаго права говорятъ съ государственной точки зрѣнія важныя причины. Государство весьма заинтересовано въ томъ, чтобы бракъ, какъ основа нравственности и просвѣщенія, былъ такимъ, какимъ онъ долженъ быть, и чтобы въ народѣ укоренялось сознаніе о серьезномъ нравственномъ значеніи брака, какъ независимаго отъ воли супруговъ общественнаго порядка, что достигается посредствомъ затрудненія разводовъ. Такая мѣра будетъ, съ одной стороны, противодѣйствовать заключенію легкомысленныхъ браковъ, а съ другой — содѣйствовать тому, чтобы поведение супруговъ въ бракѣ болѣе соотвѣтствовало существу послѣдняго: супруги, зная, что бракъ не такъ-то легко расторгнуть, будутъ стараться подавлять страсть къ разводу, устранять раздоры и мѣсто произвола заступятъ самообладаніе и стремленіе принаравливаться другъ къ другу.

Къ этому надо присовокупить, что на прочности брака, въ противоположность конкубинату, покоится высшее нравственное значеніе женскаго пола; кромѣ того слишкомъ большое облегченіе развода затрудняетъ воспитаніе дѣтей.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ государственныя постановленія не могутъ оставлять безъ вниманія потребностей жизни и не считаются съ реальными отношеніями, равно и характеромъ брака, какъ юридическаго отношенія.

Характеръ брака, какъ юридическаго отношенія, налагаетъ на государство обязанность защищать одного супруга отъ другаго, если послѣдній нарушаетъ возлагаемыя на него бракомъ обязанности, а такая защита будетъ дѣйствительною, лишь при предоставленіи невинному права на разводъ, ибо по природѣ брака, какъ отношенія преимущественно нравственнаго, исполненіе брачныхъ обязанностей и возстановленіе нарушеннаго юридическаго состоянія путемъ внѣшняго принужденія частью совсѣмъ невозможно, частью достижимо лишь въ недостаточной степени.

Но, съ другой стороны, изъ природы брака, какъ юридическаго отношенія, слѣдуетъ, что никому изъ супруговъ не



можетъ быть предоставлено право односторонняго своевольнаго расторженія брака и что равно должно быть отказано въ разводѣ и тому супругу, который для доказательства расшатанности брака сошлется на свое собственное неодобрительное поведеніе<sup>1)</sup>.

Желаніе составителей проекта укрѣпить бракъ и сократить число поводовъ къ разводу встрѣтило весьма энергичныя возраженія въ рейхстагѣ, при обсужденіи проекта во 2-мъ и 3-мъ чтеніи.

Противники проекта говорили: допустимъ, что число разводовъ растетъ, что ихъ теперь больше, чѣмъ въ прежнее время, и это объясняется моральнымъ состояніемъ современнаго общества; но это моральное состояніе есть, въ свою очередь, отраженіе фактическихъ соціальныхъ причинъ, которыя произвели эти явленія. Существуетъ безчисленное множество причинъ соціального характера, разрушительно дѣйствующихъ на современный бракъ. Важнѣйшая изъ нихъ, въ настоящее время гораздо больше обнаруживающая свою силу, чѣмъ въ прежнее время, обусловливается борьбой за существованіе, которая теперь въ особенности усилилась.

Браки по расчету (денежныя, имущественныя браки) существовали всегда, но никогда еще не было, чтобъ они, какъ теперь, стали зауряднымъ общественнымъ явленіемъ,—браки, къ стыду нашего общества, сдѣлались на открытомъ рынкѣ предметомъ барышничанья.

Въ отдѣлѣ объявленій на столбцахъ солидныхъ газетъ можно встрѣтить массу объявленій, путемъ которыхъ самые приличные люди, даже евангелическіе священники, ищутъ себѣ женъ и жены мужей. Завелись органы прессы, специально занимающіеся распространеніемъ такихъ объявленій, существуетъ множество конторъ, рассылающихъ своихъ агентовъ, рыскающихъ по городамъ и весямъ и разыскивающихъ невѣстъ и жениховъ.

Такіе браки уже въ зародышѣ своемъ носятъ расшатанность, раздвоеніе: вступившіе въ нихъ не найдутъ того, что должно быть въ бракѣ, и у нихъ легко можетъ обнаружиться

---

<sup>1)</sup> Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. B. IV. стл. 563—564.



надобность въ разводѣ. Можно-ли, въ виду такихъ браковъ, затруднять разводъ?

Казалось-бы, что въ интересѣ дѣтей долженъ быть стѣсненъ разводъ. Но это только такъ кажется. Напротивъ, что можетъ быть печальнѣе, какъ дѣлать дѣтей ежедневными, болѣе того—ежечасными свидѣтелями неудовольствій, ссоръ и сценъ между родителями, въ которыя послѣдніе стараются вовлечь и дѣтей и привлечь ихъ на ту или другую сторону. Какое деморализующее вліяніе должны оказывать подобные браки на дѣтей? Интересъ этихъ несчастныхъ дѣтей требуетъ предоставленія возможности расторгнуть такіе печальные браки. Вотъ почему слѣдуетъ поставить въ особенную заслугу прусскому земскому уложенію то, что оно облегчаетъ разводы въ подобныхъ случаяхъ.

Если исключить такіе поводы къ разводу, допускаемые этимъ уложеніемъ, какъ непреодолимое отвращеніе и, при извѣстныхъ условіяхъ, добровольное согласіе супруговъ, то число разводовъ, конечно, уменьшится, но поднимется-ли отъ этого моральное значеніе брака, не будетъ-ли это равняться той врачебной мѣрѣ, которая, вмѣсто того, чтобы лѣчить болѣзнь, вгоняетъ ее внутрь.

Въ мотивахъ къ проекту, между прочимъ, сказано: на пожизненное продолженіе брака имѣетъ право каждый супругъ. Этому права онъ можетъ лишиться по своей винѣ, но это право не можетъ быть у него отнято на томъ основаніи, что другой супругъ не только не достигъ въ бракѣ обѣщаннаго ему положенія, а что, напротивъ, положеніе это сдѣлалось для него, быть можетъ, невыносимымъ.

Это мнѣніе составителей уложенія въ особенности подверглось сильной критикѣ въ рейхстагѣ. Было указываемо на то, что жизнь супружеская представляетъ массу случаевъ самаго тяжелаго положенія кого-либо изъ супруговъ (въ особенности жены), вслѣдствіе пьянства, противоестественныхъ пороковъ, сварливости, моральныхъ мученій, повторяющихся изо дня въ день сотню разъ, приводящихъ въ отчаяніе, близкое до сумасшествія. Если принять во вниманіе, что въ настоящее время чувство чести и вообще нравственное чувство сравнительно болѣе развито, нежели во времена предшествовавшія, то будетъ понятно, какъ тяжела брачная жизнь при



подобныхъ условіяхъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ станетъ понятнымъ, насколько надо имѣть все это въ виду, при написаніи бракоразводныхъ законовъ.

Если въ мотивахъ говорится: нельзя многочисленными разводами доводить дѣло до публичнаго скандала, то надо также заботиться о томъ, чтобы браки не становились общественнымъ скандаломъ вслѣдствіе невыносимаго ихъ положенія.

Заслуживаетъ вниманія въ разсматриваемомъ вопросѣ слѣдующій фактъ. Безчисленные случаи показываютъ, что разводъ является для жены своего рода соціальною опалой: на разведенную смотрятъ косо, она не имѣетъ значенія въ обществѣ. Сверхъ того, статистика свидѣтельствуетъ, что разведеннымъ чрезвычайно трудно вступать въ новый бракъ, и если тѣмъ не менѣе та-же статистика показываетъ, что, не взирая на это, исковъ о разводѣ гораздо болѣе предъявляется со стороны женъ, нежели со стороны мужей, то это служитъ доказательствомъ того, что соціальное зло, подъ бременемъ котораго женщины страдаютъ въ бракѣ, особенно отягчительно.

Не лишенъ значенія и другой, установленный статистикой браковъ въ Германіи фактъ, а именно, что число послѣднихъ относительно уменьшается, а число разводовъ, напротивъ, увеличивается.

Все это вмѣстѣ побуждало противниковъ проекта требовать увеличенія числа поводовъ къ разводу и вообще возможнаго облегченія его. Въ виду этого они настаивали: 1) на томъ, чтобы къ числу нарушеній супружескихъ обязанностей, влекущихъ за собою разводъ, были причислены: опозореніе, оклеветаніе и противоправная угроза, и 2) на томъ, чтобы бездѣтные браки могли быть расторгаемы по обоюдному соглашенію супруговъ, если установлено, что супруги при этомъ не дѣйствовали легкомысленно и опрометчиво или по принужденію, и если супруги жили уже розно.

Никто отъ этого (т. е. развода по обоюдному соглашенію) не пострадаетъ, разсуждали сторонники этого мнѣнія: ни сами супруги, ни государство, ни религія (ибо судебное рѣшеніе, постановляющее разводъ, религіознаго вопроса не будетъ касаться), ни нравственность: съ точки зрѣнія ея цѣлесооб-



разнѣе расторгнуть бракъ, существующій только внѣшнимъ образомъ и внутренно уже не существующій, нежели оставлять его въ силѣ. Къ тому-же разводы бездѣтныхъ супруговъ по обоюдному соглашенію служили-бы хорошимъ исходомъ въ томъ случаѣ, когда супруги желаютъ разойтись мирно, не прибѣгая къ скандалу взаимныхъ обвиненій (Bebel).

Со стороны защитниковъ проекта (коммиссара союзаго совѣта, проф. Мандри) были представлены возраженія такіа: несомнѣнно, что обезчещеніе, оклеветаніе и противозаконныя угрозы могутъ быть нарушеніемъ обязанностей супружескихъ, какъ ихъ понимаетъ проектъ, но нельзя согласиться, чтобъ они были непременно тяжелыми нарушеніями. Припомнимъ, напр., о широкомъ распространеніи среди нѣкоторыхъ классовъ брани между супругами. Несомнѣнно, что здѣсь тоже лежитъ нарушеніе обязанностей супружескихъ. Но, лишь при особыхъ условіяхъ можно будетъ говорить о тяжеломъ нарушеніи этихъ обязанностей (а при такомъ нарушеніи проектъ допускаетъ разводъ).

Безспорно также, что угрозы, оклеветаніе и пр., не будучи даже сами по себѣ грубымъ обращеніемъ (*grobe Misshandlung*), о которомъ говоритъ проектъ, но, взятыя въ совокупности, могутъ быть признаны таковымъ, и, слѣдовательно, при такомъ условіи, могутъ составить достаточный поводъ къ разводу.

То-же самое слѣдуетъ сказать о продолжающихся мученіяхъ, причиняемыхъ женѣ мужемъ или обратно: и они, взятыя въ отдѣльности, не могутъ быть признаны поводомъ къ разводу, но, при постоянномъ повтореніи, такіа дѣйствія, несомнѣнно, будутъ тѣмъ тяжелымъ нарушеніемъ обязанностей супруговъ, о которомъ идетъ рѣчь въ проектѣ.

Вообще слѣдуетъ помнить, что бракъ по своей природѣ, по общегосподствующему воззрѣнію на него и по воззрѣнію, присущему и Германіи, есть союзъ пожизненный. Противъ воли другаго супруга этотъ союзъ можетъ быть расторгнутъ лишь въ томъ случаѣ, когда этотъ супругъ, вслѣдствіе своей вины, лишается права на пожизненное сохраненіе брака. Прочность брачнаго союза требуется интересами общественными: вслѣдствіе того вреда, который причиняетъ разводъ самимъ супругамъ и дѣтямъ ихъ. Возможно, конечно, что въ несчаст-



ныхъ бракахъ положеніе дѣтей хуже, чѣмъ при разводѣ, но это только возможно, а не составляетъ правила. Интересъ общественный сказывается въ прочности брака еще и съ слѣдующей стороны: чѣмъ легче, снисходительнѣе мы будемъ относиться къ разводу, тѣмъ менѣе будетъ стремленія у супруговъ (при несходствѣ ихъ характеровъ или при наличности другихъ причинъ, разъединяющихъ ихъ) побороть рознь и сдѣлать брачное сожителство ихъ сноснымъ, а можетъ быть даже и счастливымъ<sup>1)</sup>.

Въ результатѣ этой парламентской борьбы противникамъ проекта не удалось отстоять свободы разводовъ и сохранить въ силѣ тѣ многочисленные поводы, которые даны прусскимъ уложеніемъ. Даже, какъ ниже увидимъ, не всѣ поводы, указанные въ сравнительно болѣе строгомъ къ разводу саксонскомъ уложеніи, вошли въ новый германскій кодексъ.

#### **А. Основныя начала постановленій о разводѣ.**

Поставивши отправной точкой возможное ограниченіе причинъ развода, новое уложеніе въ самомъ содержаніи постановленій о разводѣ держится слѣдующихъ началъ:

I. Совершеннаго исключенія интересовъ той или другой религіи, при составленіи правилъ о разводѣ. Въ виду этого, между прочимъ, вполне устраненъ институтъ постоянного разлученія супруговъ (*separatio perpetua*), такъ какъ представляемая имъ выгода—возможность возстановить супружескую жизнь — значительно перевѣшивается тѣми недостатками и опасностями, которые происходятъ (вслѣдствіе невозможности вступленія въ новый бракъ для разлученныхъ) для хозяйства, воспитанія дѣтей и нравственности. Въ особенности-же совершенно несправедливо обрекать на пожизненное безбрачіе невиннаго супруга изъ-за вины другаго, поправшаго супружескія права перваго.

На этомъ основаніи еще въ I проектѣ уложенія выражено было неодобреніе институту постоянного разлученія и

<sup>1)</sup> Zweite und dritte Berathung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstage, стр. 2936—2944.



еще болѣе несочувственно встрѣчено было предложеніе замѣнить имъ совсѣмъ разводъ. Тѣмъ не менѣе, представители партіи центра дѣлали попытку отстоять разлученіе, при чтеніи II проекта въ рейхстагѣ, ссылаясь на примѣръ саксонскаго уложенія (§ 1769), по которому постановленіе о разводѣ для католиковъ должно быть понимаемо въ смыслѣ пожизненнаго разлученія; но большинство рейхстага рѣшительно было противъ этого по слѣдующимъ соображеніямъ: нельзя допускать, чтобы право отдѣльнаго вѣроисповѣданія было составною частью обще-гражданскаго уложенія. При принятіи предложенія (о пожизненномъ разлученіи), католики понуждались-бы гражданскимъ закономъ слѣдовать предписаніямъ католической церкви, но это не дѣло государства.

Въ 1-мъ проектѣ было предложено ввести и временное разлученіе (не болѣе, впрочемъ, какъ на два года), какъ предвареніе развода при наличности, такъ называемыхъ, относительныхъ поводовъ къ разводу; но во второмъ проектѣ это предложеніе было отклонено; тѣмъ не менѣе, временное разлученіе не вполне отсутствуетъ на страницахъ новаго уложенія и оно появилось какъ стратегическая мѣра парламентской борьбы, чтобы склонить въ пользу проекта представителей партіи центра.

Такимъ образомъ въ уложеніи по этому предмету даны слѣдующія постановленія: супругъ, имѣющій право искать развода, можетъ вмѣсто этого требовать разлученія. Но если другой супругъ (въ случаѣ если искъ его о разводѣ будетъ признанъ уважительнымъ) будетъ настаивать на разводѣ, то должно быть сдѣлано постановленіе о разводѣ; равно и первый супругъ можетъ перемѣнить свое мнѣніе и требовать превращенія рѣшенія о разлученіи въ рѣшеніе о разводѣ, (§§ 1575, 1576).

---

II. Другое коренное начало, положенное въ основаніе бракоразводнаго права уложеніемъ, это — начало виновности (*Verschuldungsprinzip*): только вслѣдствіе тяжелой вины, лежащей на другомъ супругѣ, невинному должно быть предоставлено право развода. Поэтому не долженъ быть допу-



щенъ разводъ, какъ результатъ своеволія супруговъ, вслѣдствіе взаимнаго ихъ соглашенія или, такъ называемаго, непреодолимаго отвращенія, или при наличности тѣлесныхъ недостатковъ, либо душевнаго недуга, или, наконецъ, различія религій<sup>1)</sup>.

Въ частности, что касается обоюднаго соглашенія, то, по мнѣнію составителей уложенія, выставляемыя въ пользу развода на этомъ основаніи соображенія не выдерживаютъ критики. А именно, говорятъ, такой разводъ даетъ возможность расторгнуть дѣйствительно расшатанный бракъ: если супруги готовы подчиниться тяжелымъ условіямъ развода по обоюдному согласію, то это указываетъ, что въ дѣйствительности есть серьезныя причины для развода. Къ этому разводу нерѣдко прибѣгаютъ, чтобы не оглашать настоящихъ основаній развода и тѣмъ не причинить огорченія супругу, или чтобы не подводить подъ наказаніе виновнаго супруга и не выводить на судъ третье лицо—соучастника нарушенія супружеской вѣрности, или, наконецъ, потому, что судебными доказательствами трудно установить наличность законнаго повода къ разводу. Запретъ развода по обоюдному согласію ведетъ къ тому, что иногда создаются фиктивные причины, чтобы только расторгнуть нежеланный бракъ.

Однако-же эти соображенія не убѣдили составителей проекта, отвергнувшихъ разводъ по обоюдному согласію, такъ какъ онъ, въ концѣ-концовъ, есть результатъ своеволія супруговъ, и является опасеніе, что народъ именно въ этомъ своеволіи и будетъ видѣть коренную причину развода, чѣмъ будетъ подорвано воззрѣніе на бракъ, какъ на институтъ, стоящій выше вражды супруговъ и служащій высшимъ объективнымъ цѣлямъ. Не взирая на всѣ предосторожности закона, разводъ такой поведетъ къ расторженію браковъ, въ дѣйствительности не расшатанныхъ и въ особенности будетъ

---

<sup>1)</sup> Надо однако замѣтить, во 1-хъ, что это начало виновности не выдержано германскимъ уложеніемъ, допустившимъ разводъ вслѣдствіе душевной болѣзни, а во 2-хъ, что этого принципа держится и французскій гражданскій кодексъ, допускающій разводъ исключительно по винѣ одного изъ супруговъ и съ этой стороны онъ послѣдовательнѣе германскаго.



соблазнительнымъ въ томъ случаѣ, когда добивающійся развода супругъ уже имѣетъ въ виду лицо, съ которымъ онъ желалъ-бы заключить новый бракъ .

Отлагая рѣчь о другихъ, вышеупомянутыхъ поводахъ къ разводу—неодолимомъ отвращеніи супруговъ, тѣлесныхъ недостаткахъ и проч., скажемъ нѣсколько словъ относительно самаго принципа виновности въ вопросѣ о разводѣ.

Едва-ли можно согласиться съ тѣмъ, что вина супруга должна быть исключительно отправною точкой, при установленіи причинъ развода. Бракъ есть институтъ, составленный изъ многихъ элементовъ — физическаго, нравственнаго, хозяйственнаго и юридическаго общенія супруговъ. Всѣ эти элементы брака имѣютъ значеніе, хотя и неодинаковое; со всѣми ими долженъ считаться законодатель, опредѣляя условія, какъ заключенія, такъ и расторженія брака: по винѣ или безъ вины другаго супруга разрушенъ тотъ или другой элементъ,—все равно бракъ перестаетъ существовать или, по крайней мѣрѣ, правильно функционировать, а, слѣдовательно, такому ненормальному браку должна быть открыта юридическая возможность прекращенія его, такъ какъ супруги при ненормальномъ бракѣ нерѣдко страдаютъ не меньше и въ томъ случаѣ, когда кто-либо виноватъ изъ нихъ, какъ и въ томъ, когда ни на комъ изъ нихъ вины не лежитъ.

Конечно, разводъ по обоюдному согласію не долженъ быть допущенъ: бракъ—не контрактъ, который можетъ быть расторгнутъ *mutuo dissensu*; бракъ по самому существу своему, по цѣли—союзъ пожизненный, добровольно заключенный, но несвоевольно расторгаемый. Бракъ—основная клѣтка государства, въ бракѣ воспитываются будущіе граждане; безпорядочность въ семьѣ есть вѣрный предвѣстникъ безпорядочности общественной и государственной.

Въ сужденіяхъ о всѣхъ поводахъ къ разводу руководящимъ началомъ должно быть, главнымъ образомъ, существо брака, его юридическое и нравственное значеніе, а не принципъ уголовного вмѣненія.

Если-бы разводъ присуждался какъ наказаніе, тогда эта точка зрѣнія годилась-бы; но разводъ дается не потому, что



кто-нибудь изъ супруговъ виновать, а потому, что, при данныхъ обстоятельствахъ, брака нѣтъ, какъ его понимаетъ законъ. Въ самомъ дѣлѣ, супругъ страдаетъ, наприм., неизлѣчимою психическою болѣзною, убивающею всякую душевную жизнь въ организмѣ; въ одномъ случаѣ приобрѣлъ онъ ее по своей винѣ, въ другомъ его вины нѣтъ,—болѣзнь наследственная. Неужели только въ первомъ случаѣ долженъ быть допущенъ разводъ? Вѣдь, въ обоихъ случаяхъ физическій и нравственный элементъ брака долженъ отсутствовать.

Правда, этическія соображенія говорятъ намъ—супруги должны дѣлить горе. Да, это ихъ нравственный долгъ. Но едва-ли законодатель можетъ взять на себя обязанность предписывать это нравственное велѣніе. Кто способенъ проникнуться этимъ долгомъ, онъ его выполнитъ безъ предписанія законодателя, кто—нѣтъ, тому предписаніе не поможетъ: онъ заведетъ внѣбрачную связь съ здоровымъ лицомъ, бракъ останется фикціей.

Мы не входимъ здѣсь въ подробный разборъ каждаго изъ намѣченныхъ поводовъ и возражаемъ собственно противъ принципа (виновности), нисколько этимъ не беря на себя защиту такихъ поводовъ къ разводу, какъ совершенно неопредѣленное и ничѣмъ не выразившееся непреодолимое отвращеніе одного супруга къ другому.

И исходя изъ принципа существа брака и значенія его элементовъ, законодатель долженъ быть точно также осмотрителенъ, при установленіи причинъ развода, какъ и отправляясь отъ соображеній виновности, помня, что бракъ есть нормальный институтъ, а разводъ—ненормальный, и что задача законодателя укрѣплять бракъ, а не ослаблять его.

III. Дальнѣйшимъ существеннымъ нововведеніемъ германскаго уложенія является дѣленіе поводовъ къ разводу на безусловныя (absolute) и относительныя (relative). Къ первымъ относятся такіе поводы, при наличности которыхъ является безусловная возможность расторженія брака; ко вторымъ — такіе, которые лишь въ томъ случаѣ могутъ



составить основаніе для развода, когда судъ, по разсмотрѣніи даннаго (конкретнаго) случая, убѣдится въ столь глубокой расшатанности брачнаго союза, что признаетъ невозможнымъ сохранить его въ силѣ. Доселѣ дѣйствующіе нѣмецкіе кодексы (а равно и французскій) такого подраздѣленія не знаютъ; имъ извѣстно было только аналогическое примѣненіе нѣкоторыхъ абсолютныхъ поводовъ къ разводу.

Въ основу этого дѣленія положена слѣдующая мысль: въ однихъ случаяхъ законодатель, при наличности извѣстныхъ фактовъ, руководясь жизненнымъ опытомъ, заранее можетъ признать невозможность продолженія брачной жизни и вслѣдствіе этого допустить разводъ; въ другихъ случаяхъ, не принявъ во вниманіе различія общественнаго положенія супруговъ, ихъ образованія, характера, заранее, а priori, нельзя опредѣлить, дѣйствительно-ли совершенныя ими злоупотребленія или проступки такъ расшатываютъ бракъ, что расторженіе его должно быть допущено, и наоборотъ, принявъ во вниманіе вышеуказанныя обстоятельства, можно опредѣлить, неизбеженъ-ли разводъ или нѣтъ.

Совершенно вѣрная точка зрѣнія. Степень чувствительности человѣка къ нравственнымъ оскорбленіямъ неодинакова: благовоспитанный, образованный человѣкъ, человѣкъ извѣстной среды, будетъ глубоко оскорбленъ тѣмъ, чѣмъ человѣкъ другой среды совсѣмъ не будетъ чувствовать оскорбленнымъ. Среди простаго класса, грубыя оскорбленія, даже побои, наносимые женѣ мужемъ, не считаются тяжелою обидой. Въ образованномъ классѣ, напротивъ, это признается явленіемъ возмутительнымъ. Поэтому поставить въ числѣ поводовъ къ разводу — положимъ, оскорбленіе жены мужемъ (какъ постановленіе безусловное) едва-ли было-бы рационально; но совсѣмъ другое дѣло, если этотъ поводъ будетъ приведенъ въ соотвѣтствіе съ тою средой, къ которой принадлежитъ пострадавшій супругъ — тогда онъ можетъ въ однихъ случаяхъ возымѣть значеніе, въ другихъ—нѣтъ.

Засимъ переходимъ къ разсмотрѣнію въ отдѣльности поводовъ къ разводу — сначала безусловныхъ, а потомъ относительныхъ.



## Б. Поводы къ разводу.

### а) Безусловныя поводы къ разводу.

1. Прелюбодѣяніе (§ 1565). Относительно этого повода къ разводу надо замѣтить, что, въ противоположность римскому и прежнему (дѣйствовавшему до изданія закона 1884 г.) французскому праву (по которому мужъ считался нарушающимъ супружескую вѣрность только тогда, когда онъ держалъ любовницу въ общей супружеской квартирѣ), по новому германскому уложенію прелюбодѣяніе мужа и жены обсуждается одинаково.

Прелюбодѣяніе предполагаетъ совершившееся половое общеніе супруга съ третьимъ лицомъ. Покушеніе на прелюбодѣяніе не составляетъ само по себѣ повода къ разводу, но взятое въ связи съ другими обстоятельствами оно можетъ повлечь за собою разводъ, а именно въ числѣ такъ называемыхъ, относительныхъ причинъ развода (ср. § 1568).

Отвергнуто также проектомъ и уложеніемъ признаніе повода къ разводу за, такъ называемымъ, недозволеннымъ общеніемъ съ постороннею женщиной, дающимъ основаніе предположить нарушеніе супружеской вѣрности (См. Прусск. Улож. II, 1, § 673).

2. Бигамія или двоебрачіе, т. е. заключеніе втораго брака, при существованіи перваго; при этомъ безразлично, имѣло-ли мѣсто брачное сожитіе во второмъ бракѣ или нѣтъ (§ 1565 и обще-герм. угол. улож. § 171).

3. Противоестественныя пороки (§ 1555, угол. улож., § 171).

Вслѣдъ за каноническимъ правомъ (католическимъ и протестантскимъ) нѣкоторыя нѣмецкія законодательства (въ томъ числѣ и саксонское § 1722) допускаютъ зачетъ преступленія прелюбодѣянія, какъ повода къ разводу: если супругъ, ищущій на этомъ основаніи развода, самъ виновенъ въ нарушеніи супружеской вѣрности, то разводъ не допускается.

Прусскимъ уложеніемъ (II, 1, §§ 670 и 671) дается также право возраженія о виновности въ прелюбодѣяніи супруга, ищущаго развода по этому поводу, но лишь мужу по отно-



шенію къ женѣ, виновной въ прелюбодѣяніи и добивающейся развода.

Новое уложеніе не послѣдовало примѣру этихъ законодательствъ. По поводу этого составители уложенія разсуждали слѣдующимъ образомъ: по общему юридическому правилу тотъ соучастникъ извѣстнаго правоотношенія, который, вслѣдствіе вины другаго соучастника, имѣетъ право на прекращеніе заключеннаго между ними правоотношенія, не теряетъ своего права вслѣдствіе того, что и другой, по винѣ перваго, имѣлъ-бы право разрушить это правоотношеніе. Еще менѣе можетъ быть воспрепятствовано тому, кто своею виной далъ право другому участнику правоотношенія расторгнуть его, пріобрѣсть такое-же право, что касается соучастника, оказавшагося въ винѣ.

Начало зачета въ вопросѣ о разводѣ по прелюбодѣянію не только не согласно съ вышеуказанными основными принципами, но можетъ привести на практикѣ къ сомнительнымъ результатамъ: супругъ, пріобрѣвшій право на разводъ, вслѣдствіе прелюбодѣянія другаго, получаетъ съ своей стороны открытый листъ нарушать супружескія обязанности, лишая этимъ права другаго супруга требовать на этомъ основаніи развода.

Но право на разводъ вслѣдствіе совершенія прелюбодѣянія или противоестественныхъ проступковъ исключается, если другой супругъ далъ на это свое согласіе или принималъ участіе въ преступленіи (§ 1565); здѣсь, такимъ образомъ, противопоставляется винѣ истца вина отвѣтчика, но это не равносильно зачету. Въ случаяхъ (по прелюбодѣянію и проч.) рѣчь идетъ о прекращеніи права истца на разводъ такимъ-же правомъ отвѣтчика, въ разсматриваемомъ-же случаѣ—о возраженіи, сразу исключающемъ право истца. Хотя и въ случаяхъ зачета на истца падаетъ тяжесть виновности, но въ этихъ случаяхъ искъ о разводѣ основывается исключительно на винѣ отвѣтчика, а не одновременно и на собственной винѣ истца. Въ разсматриваемомъ-же случаѣ истецъ основываетъ свое право на такихъ дѣйствіяхъ отвѣтчика, которыя и самому истцу должны быть вѣннены въ вину. По общему-же правилу совиновные въ противозаконномъ дѣяніи не пріобрѣтаютъ никакихъ правъ по отношенію



къ своему соучастнику. Къ тому-же супругъ соучастникъ въ вышеобозначенномъ преступленіи показываетъ, что онъ не считаетъ невозможнымъ продолжать послѣ этого брачную жизнь.

На этой точкѣ зрѣнія стоитъ каноническое право и другія нѣмецкія законодательства (прусское, II, § 719, ср. Dernburg, стр. 59; саксонское, § 1718; Motive, B. IV, стр. 582—587. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. 4. B. S. 77 und folg).

4. Покушеніе одного супруга на жизнь другаго (§ 1566), причемъ, по мнѣнію комиссіи (Kommissionsbericht, стр. 67), даже достаточно подготовительныхъ дѣйствій, если изъ нихъ видно намѣреніе лишить жизни. Но оно должно быть умышленное, куда не подойдетъ покушеніе въ состояніи сильнаго опьяненія.

5. Злонамѣренное оставленіе однимъ супругомъ другаго. Право каноническое (католическое и протестантское) и большая часть современныхъ законодательствъ (см. выше привед. §§ прус. и сакс. ул.) признаютъ его безусловнымъ поводомъ къ разводу. Французскій кодексъ относитъ его къ числу, такъ называемыхъ, тяжкихъ обидъ (*injures graves*, art. 231).

Общее протестантское (каноническое) право различаетъ безвѣстное отсутствіе въ настоящемъ смыслѣ — дѣйствительная безвѣстность отсутствія, или невозможность судебного воздѣйствія на отсутствующаго, и отсутствіе не въ настоящемъ смыслѣ (*Quasidesertion*) въ случаѣ противоположномъ первому. Въ этомъ второмъ видѣ отсутствія разводъ мыслимъ, лишь послѣ принятія (вслѣдствіе состоявшагося судебного приговора) принудительныхъ мѣръ для возстановленія брачной жизни, и послѣ того какъ онѣ оказались безуспѣшными. Этому взгляда придерживается, между прочимъ, саксонское улож. (§ 1731).

Другія законодательства, считая эти принудительныя мѣры неумѣстными, удовлетворяются приказомъ суда о возвращеніи отсутствующаго (Ср. пр. улож. II, 1, § 679 и сл.; Dernburg, вышеук. соч. стр. 52, 53).

Средину занимаетъ виртембергское законодательство, постановляющее, что, если, черезъ годъ, послѣ состоявшагося



приговора о возвращеніи отлучившагося супруга, онъ не возвратится, то оставленный супругъ имѣетъ право требовать развода.

Этому примѣру виртембергскаго права послѣдовало и новое уложеніе, отвергнувшее примѣненіе принудительныхъ мѣръ по отношенію къ оставившему супругу и требующее предварительнаго судебнаго приговора о возвращеніи со срокомъ ожиданія въ теченіе года со дня приговора (§ 1567, п. 1). Этотъ предварительный приговоръ, говорятъ, можетъ установить, насколько основательны причины оставленія. Этотъ же приговоръ лишаетъ возможности супруговъ подъ видомъ злонамѣреннаго оставленія устраивать разводъ по обоюдному согласію (судъ за этимъ прослѣдить).

Годичный срокъ ожиданія имѣетъ рѣшительное значеніе, и уложеніе не слѣдуетъ тѣмъ законодательствамъ (саксонск. § 1732), которыя вплоть до состоявшагося рѣшенія дозволяютъ отсутствующему супругу возвратиться къ супружеской жизни, а слѣдуетъ тѣмъ (пр. ул.), которыя, съ истеченіемъ срока, считаютъ для оставленнаго супруга право на разводъ приобрѣтеннымъ. Такимъ образомъ при разводѣ по этому поводу надо вести два процесса: сначала о возстановленіи домашняго общенія, а потомъ черезъ годъ о разводѣ (Dernburg, Das bürgerliche Recht., 80, 81).

Въ случаѣ дѣйствительнаго безвѣстнаго отсутствія или нахожденія въ такомъ мѣстѣ, что сноситься обыкновеннымъ судебнымъ порядкомъ съ отсутствующимъ супругомъ нельзя (*nicht erreichbar*), злонамѣренность отсутствія предполагается, если супругъ въ теченіе года пребываетъ вдали отъ общаго семейнаго крова и, не взирая на продолжающійся вызовъ его черезъ выставку объявленія въ судъ и публикаціи въ вѣдомостяхъ, не явился до постановленія рѣшенія о разводѣ (§ 1567, п. 2, и Civil-Proc. Ordn. § 186).

Въ этомъ случаѣ уложеніе не прибѣгаетъ къ постановленію предварительнаго приговора о возстановленіи брачнаго сожителства, такъ какъ, при неизвѣстности мѣста пребыванія отсутствующаго, этотъ приговоръ можетъ быть ему неизвѣстнымъ (Мотивы, стр. 588—593).



Остальные поводы, практиковавшіеся въ Германіи до созданія уложенія, имѣ отвергнуты, такъ какъ введеніе ихъ, по мнѣнію составителей, не можетъ быть оправдываемо ни съ точки зрѣнія потребности въ нихъ, ни съ точки зрѣнія цѣлесообразности.

Всѣ они таковы, что въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ относительно ихъ можетъ быть поставленъ вопросъ, дѣйствительно ли они настолько расшатываютъ брачный союзъ, что, при наличности ихъ, онъ не можетъ быть сохраненъ.

Это въ особенности слѣдуетъ сказать о дурномъ обращеніи и оскорбленіяхъ, которыя, согласно общепротестантскому брачному праву, должны составлять тогда поводъ къ разводу, когда онѣ угрожаютъ опасностью для жизни или здоровья другаго супруга (Ср. пр. ул. II, 1, §§ 699—702; сакс. §§ 1735 и 1736). Но такой взглядъ на значеніе этихъ поводовъ, является, съ одной стороны, слишкомъ узкимъ, съ другой — слишкомъ широкимъ; слишкомъ узкимъ потому, что можетъ быть такое дурное обращеніе и такія оскорбленія, которыя, хотя и не опасны для жизни, тѣмъ не менѣе доказываютъ полное отсутствіе супружескаго расположенія, наприм., тяжелый ударъ или публичное оклеветаніе; или слишкомъ широкимъ, когда дурное обращеніе, объективно рассматриваемое, можетъ быть признано опаснымъ для здоровья, но совершено оно подъ вліяніемъ аффекта и поэтому вовсе не исключаетъ добраго супружескаго расположенія. Принятые другими законодательствами (франц. ст. 231) критеріи обиды (тяжесть, грубость), хотя даютъ больше простора суду, но рѣшающій моментъ, для допущенія развода, а именно, что дурное обращеніе или оскорбленіе должно быть таково, что оскорбленному (въ конкретномъ случаѣ) супругу при наличности ихъ не можетъ быть вменено въ обязанность продолженіе брака, и при этихъ критеріяхъ не выражается съ такою ясностью какъ въ критеріяхъ, указанныхъ въ ст. 1444 проекта (§ 1568 улож.); столь глубокая расшатанность супружескихъ отношеній, что, при наличности ея, немыслимо продолженіе брачной жизни.

Новыя законодательства ставятъ въ число безусловныхъ поводовъ къ разводу присужденіе супруга къ уголовному наказанію, опредѣляя впрочемъ, родъ нака-



занія весьма различно, относя сюда либо наказанія, лишающія свободы, либо чести, либо наказанія извѣстной продолжительности (пр. ул. II, 1, § 704 и сл.; сакс. § 1740; франц. ст. 232). И этотъ поводъ къ разводу составители уложенія причислили къ разряду относительныхъ поводовъ, находя постановленія новѣйшихъ законодательствъ въ этомъ вопросѣ болѣе или менѣе произвольными, а это привело составителей къ выводу, что разводъ по рассматриваемому поводу долженъ быть допущенъ или не допущенъ, смотря по обстоятельствамъ случая, принявъ во вниманіе качества личности жалующейся стороны и побудившія ее причины просить развода.

Отвергнуть также, какъ абсолютный поводъ, избраніе супругомъ безчестнаго или позорнаго промысла (пр. ул. II, 1, § 707), во-первыхъ, съ цѣлью воспрепятствовать соглашенію между супругами для пріисканія такимъ способомъ повода къ разводу и, во-вторыхъ, потому, что въ нерѣдкихъ случаяхъ ищущій развода по этому поводу является соучастникомъ супруга виновнаго. Правильнѣе поэтому, полагали редакторы, оцѣнивать такой поводъ тоже въ связи съ обстоятельствами случая.

Согласно общему протестантскому праву, нѣкоторыя законодательства (пр. II, I § 694; саксонск. § 1731) упорному отказу въ исполненіи супружескаго долга придаютъ значеніе абсолютнаго повода; но въ виду трудности доказыванія его, въ виду представляемаго имъ соблазна и оскорбленія нравственнаго чувства, въ виду того, что онъ можетъ имѣть притворный характеръ, прикрывающій собою взаимно задуманный супругами обманъ, проектъ, не отрицая значенія его, находилъ лучшимъ придать ему лишь относительную силу, въ связи со всей обстановкой дѣла (Мотивы, стр. 575—577).

За симъ слѣдующій рядъ поводовъ, принимаемыхъ нѣмецкими законодательствами, проектъ совсѣмъ устраняетъ, не причисляя ихъ даже къ разряду относительныхъ:

Непреодолимое отвращеніе супруговъ другъ къ другу — единичное или-же взаимное. Этотъ поводъ отвергнуть проектомъ, какъ несогласный съ существомъ брака, представляющаго собою выше воли супруговъ стоящій нравственный и юридическій порядокъ, и какъ поводъ, служащій



нерѣдко лишь мантией, прикрывающей своеволие супруговъ въ дѣлѣ развода.

Равно не должны быть признаны достаточнымъ основаніемъ для развода: неспособность къ брачному сожитію, явившаяся въ періодъ брачной жизни безъ вины супруга, а равно и неизлѣчимая болѣзнь, такъ какъ разводъ, при наличности этихъ условій, противорѣчилъ бы существу брака, въ которомъ супруги должны дѣлать не только радость и счастье, но и страданіе и горе. Хотя психическую болѣзнь уложеніе считаетъ поводомъ къ разводу.

Впрочемъ, и неспособность и болѣзнь супруга, если онѣ произошли по винѣ его, могутъ быть приняты во вниманіе, при испрошеніи развода на основаніи § 1568, т. е. какъ одна изъ причинъ относительныхъ.

Равно составители уложенія отвергли и принятый въ саксонскомъ законодательствѣ поводъ къ разводу по причинѣ такого болѣзненнаго состоянія жены, что при этомъ состояніи продолженіе супружескаго сожитія угрожало-бы опасностью для ея жизни (§ 1742),—отвергли потому, что одна лишь возможность со стороны мужа пользоваться своими супружескими правами, не обращая вниманія на болѣзненное состояніе жены, не можетъ служить основаніемъ для развода. Другое дѣло, если бы мужъ проявилъ намѣреніе принудить жену къ сожителству, въ такомъ случаѣ жена могла бы требовать развода по причинѣ такого нарушенія супружескихъ обязанностей, которое совершенно расшатываетъ бракъ, т. е. по причинѣ относительной.

Наконецъ, и перемѣна религіи, какъ обстоятельство нарушающее семейный миръ, не можетъ составить повода къ разводу, даже и относительнаго, ибо это указывало-бы на право государства вторгаться въ вопросъ совѣсти и усматривать въ перемѣнѣ религіи виновность супруга, сдѣлавшаго такую перемѣну (Мотивы, стр. 569—572).

#### *б) Относительные поводы къ разводу.*

Современныя нѣмецкія законодательства, устанавливая поводы къ разводу, обыкновенно аналогически выводятъ ихъ



изъ двухъ основныхъ поводовъ: нарушенія супружеской вѣрности и злонамѣреннаго оставленія однимъ супругомъ другого (Ср. пр. ул. II, 1, §§ 700—702, 703). Но эта аналогія, давая возможность легкаго установленія нѣкоторыхъ поводовъ (дурное обращеніе, сварливость, дѣйствія, подвергающія опасности жизнь и здоровье) не достаточна для установленія другихъ (совершеніе супругомъ преступленія или проступка, присужденіе къ продолжительному лишенію свободы, безчестное или безнравственное поведеніе, принятіе на себя позорнаго промысла).

Вотъ почему за отправную точку, при разводѣ вслѣдствіе наступленія относительныхъ поводовъ къ нему, составители проекта приняли слѣдующее положеніе: такое разрушеніе брачныхъ узъ дѣйствиємъ одного изъ супруговъ, что при наличности его невозможно сохранить бракъ въ силѣ.

Въ этомъ случаѣ въ основу кладется субъективный взглядъ и бракъ по этимъ причинамъ можетъ быть расторгнутъ, даже не взирая на то, что самъ испрашивающій развода супругъ тоже виновенъ въ соучастіи, — въ совершеніи дѣйствія, давашаго поводъ къ разводу или въ томъ, что выразилъ на совершеніе этого дѣйствія свое согласіе. Эти поводы къ разводу описаны въ уложеніи такъ: супругъ имѣетъ право требовать развода, если другой супругъ, вслѣдствіе тяжкаго нарушенія установленныхъ бракомъ обязанностей или безчестнаго и безнравственнаго поведенія, будетъ признанъ виновнымъ въ такой расшатанности брачныхъ узъ, что отъ другого супруга не можетъ быть потребовано продолженіе брачной жизни. Сюда же должно быть отнесено и грубое оскорбленіе (§ 1568).

Вообще здѣсь предполагается злонамѣренное или грубо-нерадивое поведеніе одной стороны по отношенію къ другой. Въ остальномъ — дѣло свободнаго усмотрѣнія судьи взвѣсить: подходитъ ли фактъ подъ статью закона, обращая вниманіе на жизненные отношенія и на воззрѣнія того круга, къ которому принадлежитъ жалующійся супругъ, на его образованіе, на силу нравственнаго ощущенія, на его прежнюю супружескую жизнь, а главнымъ образомъ на то, на сколько неодобрительное поведеніе супруга вообще должно вліять на здоровое супружество (Dernburg, Das bürgerl. Recht, S. 82, 83).



Сопоставляя этотъ § съ соответственными узаконеніями прусск. земскаго уложенія, усматриваютъ, что сюда можетъ подойти цѣлый рядъ поводовъ, допускаемыхъ этимъ уложе-ніемъ, какъ-то:

1) Столь близкое общеніе съ лицомъ другаго пола, что является основательное предположеніе нарушенія супружеской вѣрности (II, 1 § 673 и сл.).

2) Отказъ принять жену въ общую супружескую квартиру (§ 687).

3) Упорный отказъ въ выполненіи супружескаго долга (§ 694).

4) Лишеніе свободы, грубое оскорбленіе чести (§ 700).

5) Насиліе и брань (§ 702).

6) Неуживчивость и сварливость, подвергающія опасности жизнь и здоровье (§ 703).

7) Совершеніе тяжкаго преступленія или проступка, или осужденіе за совершеніе ихъ (§ 704 и сл.).

8) Принятіе позорнаго промысла (707).

9) Пьянство, мотовство, безпорядочное веденіе хозяйства (§ 708 и сл.).

10) Упорный отказъ въ выдачѣ содержанія (§ 711 и сл.)<sup>1)</sup>.

Но въ то время, какъ по прусскому уложенію все это абсолютныя поводы, т. е. такіе, при наличности которыхъ разводъ долженъ быть непременно разрѣшенъ, по общегерманскому уложенію онъ можетъ быть данъ условно, если судъ убѣдится, что перечисленныя причины разрушительно дѣйствуютъ на бракъ.

Наконецъ, въ числѣ поводовъ къ разводу совершенно особо стоитъ душевный недугъ супруга (§ 1569).

Въ первоначальномъ проектѣ этотъ поводъ былъ отвергнутъ, главнымъ образомъ потому, что имъ нарушается коренное начало, положенное составителями проекта въ основу бракоразводнаго права—виновность супруга; кромѣ того, приз-

<sup>1)</sup> *Jacobi*. „Das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“, стр. 15 и сл. *Ср. Dernburg*, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches, стр. 82, 83.



навъ поводомъ къ разводу душевную болѣзнь, пришлось-бы допустить разводъ, при наличности другихъ болѣзней, исключających возможность супружескаго общенія.

Но, послѣ того, какъ на XX съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, въ юридической литературѣ и въ журнальной прессѣ былъ высказанъ противоположный взглядъ, во II-мъ проектѣ (§ 1464) и въ докладѣ рейхстагу душевная болѣзнь была принята въ число поводовъ къ разводу. Но въ докладѣ коммисіи, назначенной рейхстагомъ (въ виду возраженія правительствъ баварскаго и мекленбургскаго), не взирая на то, что этотъ поводъ признанъ прус. улож. и баденскимъ, и не взирая на возраженія правительствъ этихъ государствъ, поводъ этотъ былъ вычеркнутъ и во 2-мъ чтеніи въ рейхстагѣ. Но при 3-мъ чтеніи возобновился весьма оживленный обмѣнъ мыслей по этому вопросу, приведшій къ противоположному рѣшенію.

Главныя соображенія, высказанныя противъ признанія за душевной болѣзью повода къ разводу, были такія: нѣтъ возможности, при современномъ состояніи психіатріи, установить съ несомнѣнностью неизлѣчимость душевной болѣзни. Каковъ-же долженъ быть ужасъ больного, узнавшаго въ минуты просвѣтленія сознанія или послѣ выздоровленія, что онъ уже не имѣетъ, быть можетъ, горячо любимаго имъ супруга. Бываютъ и такія потери разсудка, которыя наступаютъ медленно, когда больной можетъ, до нѣкоторой степени, самъ предвидѣть надвигающуюся бѣду. Какъ угнетающе должно дѣйствовать на такихъ больныхъ сознаніе, что потеря разсудка повлечетъ для нихъ потерю супруга, а слѣдовательно и лишеніе того ухода, котораго онъ можетъ ожидать отъ столь близкаго человѣка.

Далѣе, съ точки зрѣнія христіанской, бракъ есть союзъ пожизненный, заключаая который супруги рѣшили дѣлить не только радость, но и горе. Никакая мораль не можетъ примириться съ мыслью, что здоровый супругъ вправѣ покинуть больного, попавшаго въ бѣду невинно.

Уложеніе стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что вина супруга даетъ право на разводъ невинному. Но разводъ по причинѣ душевной болѣзни былъ-бы именно нарушеніемъ этого разумнаго принципа.



Говорятъ, что душевно-больной все равно, что мертвый, но это невѣрно: пока духъ отъ человѣка не отлетѣлъ, онъ не можетъ быть уподобленъ мертвому, и нельзя съ его правами такъ же обращаться, какъ съ правами умершаго (von Buschka).

Въ пользу признанія душевной болѣзни поводомъ къ разводу указывали на то, что никто не рѣшится настаивать на допущеніе развода въ случаѣ не твердо установленной неизлѣчимости болѣзни. Разводъ предполагается допустить лишь тогда, когда нѣтъ ровно никакой надежды на выздоровленіе больного, и такіе случаи бываютъ. Для такого больного не можетъ быть рѣчи о нравственныхъ страданіяхъ, разъ сознаніе его покинуло навсегда. Вотъ почему неосновательно рассуждаютъ тѣ, которые говорятъ: нечеловѣчно усугублять горе несчастнаго супруга еще разводомъ; но въ томъ-то и дѣло, что здѣсь человѣка съ человѣческими чувствами уже нѣтъ, —это чисто животная жизнь. Слѣдовательно и о человѣческихъ страданіяхъ не можетъ быть и рѣчи. Вообще, когда говорятъ о томъ, что страданія больного облегчаетъ нѣжный уходъ за нимъ близкихъ ему людей, то имѣютъ въ виду больного физически или если и психически, то сознающаго еще свое я. Но, вѣдь, проектируемый законъ имѣтъ въ виду больныхъ психически, такъ сказать, не существующихъ. Въ частности, что касается попеченія о больномъ, то трудно предположить, чтобы это попеченіе было усерднѣе только потому, что здоровый супругъ знаетъ, что судьба связала его безповоротно, быть можетъ на всю жизнь, съ больнымъ.

Даже съ точки зрѣнія религіозной, признавая бракъ таинствомъ, разводъ въ этомъ случаѣ можетъ быть допущенъ: здѣсь брачныя узы расторгаются не своевольно, но вслѣдствіе постигшаго супруговъ случайнаго несчастія, какъ вслѣдствіе смерти одного изъ нихъ.

Справедливо, что уложеніе избрало для себя руководящимъ началомъ при разводѣ наличность вины одного изъ супруговъ; но нисколько не противно задачамъ разумнаго законодательства ввести еще и другое начало при разводѣ, разъ этотъ разводъ необходимъ по интересамъ участниковъ и самаго общества.

Говорятъ еще, что для дѣтей очень тяжело сознавать, что ихъ родитель расторгъ бракъ вслѣдствіе болѣзни дру-



гаго родителя, что отъ этого страдаетъ чувство пiетета; но, говоря это, оставляютъ безъ вниманiя, что, вѣдь, тутъ разумѣется такая степень болѣзни, когда этотъ несчастный родитель одержимъ полнымъ помраченіемъ сознанiя, когда онъ дошелъ до такого состоянiя, что ведетъ уже чисто-животную жизнь, и что для дѣтей нахожденiе такого родителя въ живыхъ въ заведенiи для умалишенныхъ равносильно нахожденiю на кладбищѣ.

Есть еще соображенiя экономическаго характера, которыя требуютъ развода въ рассматриваемомъ случаѣ: въ классахъ обезпеченныхъ не настолько чувствуется лишенiе вслѣдствiе неизлѣчимой душевной болѣзни матери, — дѣтямъ можетъ быть нанята хорошая воспитательница, но въ классахъ необезпеченныхъ положенiе дѣтей безъ матери, хозяйства безъ хозяйки крайне тяжелое.

Наконецъ, съ точки зрѣнiя нравственной: справедливо-ли здороваго человѣка привязывать къ больному, заставляя его выжидать годы, десятки лѣтъ, быть можетъ всю жизнь развязки печальной драмы? Можно-ли ожидать и можно-ли требовать, чтобы этотъ несчастный супругъ хранилъ цѣломудріе и не сталъ искать незаконныхъ путей для удовлетворенiя своихъ фізіологическихъ потребностей? (Lenzman и Mupskel)<sup>1)</sup>.

Въ результатѣ душевная болѣзнь была признана рейхстагомъ поводомъ къ разводу, при наличности слѣдующихъ условій: если она длилась по крайней мѣрѣ три года и достигла такой степени, что духовное общенiе между супругами прекратилось и исчезла всякая надежда на восстановление этого общенiя (§ 1569).

Такимъ образомъ, и этотъ поводъ къ разводу, по существу своему, долженъ быть причисленъ къ разряду поводовъ относительныхъ, такъ какъ лишь при наличности вышеуказанныхъ условій онъ получить дѣйствительное значенiе.

Въ дополненiе къ сказанному объ этомъ поводѣ къ разводу слѣдуетъ упомянуть, что на практикѣ онъ можетъ получить и весьма ограниченное примѣненiе, такъ какъ послѣднее

---

<sup>1)</sup> Zweite und dritte Berathung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches im Reichstage 1896.



условіе—неизлѣчимость болѣзни—опредѣленности въ себѣ не заключаетъ.

Говоря о поводахъ къ разводу, слѣдуетъ упомянуть, что въ уложеніи существуетъ слѣдующее весьма важное правило: если извѣстное обстоятельство и не можетъ само по себѣ составить повода къ разводу, то оно можетъ служить подкрѣпленіемъ другаго повода къ разводу (§ 1573). Это, конечно, должно быть приложимо только къ поводамъ относительнымъ. Безусловные, въ силу своей безусловности, должны опираться на вполнѣ опредѣленное основаніе.

Кромѣ развода, въ вышеуказанныхъ случаяхъ новое уложеніе допускаетъ также и разлученіе супруговъ, о чемъ было уже упомянуто.

Такъ какъ по мысли уложенія вина кого-либо изъ супруговъ есть для невиннаго поводъ къ разводу, то прощеніе вины прекращаетъ право на разводъ. Конечно, это не касается развода по причинѣ душевной болѣзни (§ 1570).

Кромѣ того, право на разводъ погашается 10-лѣтней давностью, со дня наступленія повода (§ 1571).

### **В. Послѣдствія развода.**

Во всѣхъ случаяхъ развода (кромѣ развода вслѣдствіе психической болѣзни) въ рѣшеніи должно быть указано, кто изъ супруговъ виновенъ въ разводѣ. Если супругъ-отвѣтчикъ, въ свою очередь, предъявитъ встрѣчный искъ о разводѣ, и этотъ искъ будетъ признанъ основательнымъ, тогда оба супруга считаются виновными. Даже и безъ предъявленія встрѣчнаго иска, но по одному заявленію отвѣтника, истецъ можетъ быть признанъ тоже виновнымъ, если изъ обстоятельствъ дѣла обнаружится, что и отвѣтникъ имѣетъ право искать развода (§ 1574). Эта послѣдняя льгота дана супругу отвѣтчику на тотъ случай, если-бы онъ по внушенію совѣсти не захотѣлъ-бы выступать со встрѣчнымъ искомъ: чтобы не принуждать его къ этому косвенно, грозя невыгодами, при признаніи его виновнымъ, ему данъ выходъ изъ затрудненія (Мотивы, стр. 607, 608).



Въ этомъ случаѣ новое уложеніе послѣдовало уже раньше существовавшей законодательной практикѣ (Ср. пр. ул. II, 1, § 745 и сл.). Признаніе виновности супруга имѣетъ важное значеніе, что касается права разведенной жены на имя мужа, права невиннаго супруга на полученіе содержанія отъ виновнаго, относительно даренія между супругами, относительно попеченія о дѣтяхъ и участія въ содержаніи ихъ.

Вслѣдъ за римскимъ правомъ, многія нѣмецкія законодательства допускаютъ бракоразводные штрафы для виновнаго супруга (Ср. пр. ул. II, 1, § 783 и сл.). Общегерманское уложеніе не послѣдовало этому примѣру, а примѣру законодательства французскаго (ст. 299—301) и саксонскаго (§ 1750), вообще не допускающихъ никакихъ имущественныхъ выгодъ для получившаго разводъ супруга, какъ не согласныхъ съ существомъ брака. Уложенія эти даютъ лишь право на содержаніе невинному супругу въ случаѣ нужды его (тѣ же статьи).

Съ точки зрѣнія публичной, такіе штрафы являются какъ-бы косвеннымъ побужденіемъ къ исполненію брачныхъ обязанностей, а съ точки зрѣнія частной (вознагражденіе за вредъ) — представляются требованіемъ часто неопредѣленнымъ и возбуждающимъ корыстные инстинкты (Мотивы, стр. 616).

Что касается права жены на фамиліальное имя мужа, то практика законодательствъ въ этомъ отношеніи различна: французская юриспруденція за то, что разведенная теряетъ право на имя мужа: бракъ потерялъ единеніе, въ томъ числѣ и имени супруговъ, которое онъ имѣлъ до наступленія развода. Саксонское законодательство (§ 1748)—за сохраненіе имени, считая его приобрѣтеннымъ правомъ жены. Прусское уложеніе разрѣшаетъ носить имя мужа только женѣ разведенной не по ея винѣ (II, 1, §§ 741, 742).

Новое уложеніе, очевидно, раздѣляетъ мнѣніе прусскаго уложенія. Разведенная сохраняетъ фамиліальное имя мужа, если не пожелаетъ именоваться своимъ прежнимъ именемъ—дѣвичьимъ или по прежнему браку (если, впрочемъ, она не была разведена, по винѣ ея, состоя въ томъ бракѣ). Но если жена была признана виновной въ разводѣ, то мужъ имѣетъ право воспретить ей носить свое имя (§ 1577).



Другое послѣдствіе развода есть право невиннаго супруга на содержаніе отъ виновнаго. Въ вопросѣ о назначеніи содержанія германское уложеніе, отвергнувъ взглядъ прусскаго улож. (II, 1, § 798) на содержаніе, какъ на вознагражденіе за вредъ, и присоединившись ко взгляду французскаго кодекса (ст. 301) и саксонскаго улож. (§ 1750), выводитъ его изъ чувства справедливости (невинный супругъ долженъ или продолжать сдѣлавшійся для него невыносимымъ бракъ, или лишиться средствъ къ жизни) и изъ общественнаго интереса—необходимости противодѣйствовать разводу, а при наступленіи его, избѣгать отягощенія кассы для бѣдныхъ. Такимъ образомъ, здѣсь обязанность содержанія супруга имѣетъ аналогію съ обязанностью содержанія ближайшихъ родственниковъ.

Виновный въ разводѣ мужъ обязанъ содержать свою разведенную жену, если у нея нѣтъ своихъ средствъ, или же если она не можетъ добывать ихъ привычнымъ для нея трудомъ. Виновная въ разводѣ жена обязана при такихъ-же условіяхъ содержать мужа.

Если обязанный выдачей содержанія супругъ, вслѣдствіе лежащихъ на немъ другихъ такихъ-же обязанностей по отношенію къ женѣ по новому браку, или по отношенію къ дѣтямъ, не въ состояніи будетъ нести этой обязанности полностью, то она можетъ быть сбавлена соотвѣтственно имущественнымъ средствамъ и вообще справедливости (§ 1579).

Выдается содержаніе посредствомъ ренты, вносимой впередъ, а въ исключительныхъ случаяхъ—посредствомъ внесенія опредѣленной капитальной суммы (§§ 1581, 760). По смерти обязаннаго давать содержаніе супруга, обязанность его переходитъ на его наслѣдниковъ (§ 1582).

Вступленіе въ новый бракъ прекращаетъ право на содержаніе (§ 1581), такъ какъ съ этого времени предполагается измѣненіе имущественныхъ отношеній прежнихъ супруговъ.

Къ числу послѣдствій развода относится также возвратъ всего подареннаго (въ періодъ обрученія или брака) невиннымъ супругомъ виновному.

Взысканіе подлежитъ годичной давности, со дня рѣшенія о разводѣ и мыслимо только при жизни разведенныхъ супруговъ (§ 1584).



Это постановление сдѣлано по примѣру прусскаго права (II, 1, §§ 773—775) и французскаго кодекса (ст. 299—300) и основано на началахъ справедливости (Мотивы, стр. 612).

*Вліяніе развода на положеніе дѣтей.*

Такъ какъ существованіе или прекращеніе брака родителей не можетъ имѣть вліянія на судьбу дѣтей, уже родившихся въ этомъ бракѣ, то вообще разводъ не можетъ измѣнить юридическаго положенія дѣтей. По общему правилу разводъ оказываетъ вліяніе на право воспитанія дѣтей, но не на права, вытекающія изъ родительской власти (пользованіе дѣтскимъ имуществомъ, ср. пр. ул. II, 2, §§ 92—104, саксонс. § 1749 и франц. 302, 303, 386). Такъ и по уложенію, представляющему за свое несовершеннолѣтнее дитя, отецъ не лишается права пользованія дѣтскимъ имуществомъ, хотя бы онъ и былъ признанъ виновнымъ въ разводѣ (§§ 1627 и 1628, 1635 и 1649), потому что, съ одной стороны, интересъ дитяти требуетъ, чтобы попеченіе объ его имуществѣ было ввѣрено тому изъ родителей, который способенъ приложить болѣшую заботу, а къ этому въ большинствѣ случаевъ способенъ отецъ, съ другой стороны, изъ того, что отецъ признанъ виновнымъ въ разводѣ, не слѣдуетъ, чтобы онъ не могъ надлежаще выполнять своихъ обязанностей по отношенію къ дѣтямъ. Кромѣ того, другой порядокъ былъ-бы не привычнымъ нововведеніемъ среди нѣмецкаго народа и могъ-бы повлечь за собою столкновеніе между супругами (Мотивы, стр. 622, 623).

Большинство нѣмецкихъ законодательствъ держатся о правѣ воспитанія дѣтей того мнѣнія, что это право должно быть предоставлено невиновному супругу, если опекунскій судъ не найдетъ лучшимъ для блага дитяти отдать его другому супругу или постороннему лицу (ср. пр. ст. II, 2, §§ 92, 94, 97—100; франц. улож. 302), другіе (сак. § 1749) предоставляютъ рѣшеніе этого вопроса всецѣло опеку. На этой-же точкѣ зрѣнія стоитъ и новое уложеніе: при жизни разведенныхъ супруговъ забота о дитяти принадлежитъ невиновному супругу; если оба виновны, то попеченіе о сыновьяхъ принадлежитъ отцу, кромѣ мальчиковъ, не достиг-



шихъ 6 лѣтъ, т. е. школьнаго возраста, забота о дочеряхъ—матери; но опекунскій судъ можетъ, по соображеніямъ интересовъ дитяти, установить и другой порядокъ. Такое раздѣленіе дѣтей по поламъ оправдываютъ составители уложенія тѣмъ, что было-бы слишкомъ жестоко по отношенію къ матери лишить ее совсѣмъ дѣтей и, съ другой стороны, интересъ дочерей требуетъ надзора материнскаго (Мотивы, стр. 620, § 1635).

Равно было признано, что окончательное рѣшеніе вопроса о призрѣніи дѣтей слѣдуетъ предоставить опекунскому суду, ибо обстоятельства случая могутъ имѣть свои особенности.

При этомъ составители уложенія не усвоили себѣ правила о распредѣленіи дѣтей между разведенными супругами по обоюдному ихъ соглашенію, такъ какъ забота о дѣтяхъ есть обязанность родителей, отъ которой они не вправѣ отказываться, и такъ какъ допустимость такихъ соглашеній косвенно способствуетъ облегченію разводовъ, чему не сочувствуетъ уложеніе (Мотивы, стр. 626, 627).

На обязанность содержанія дѣтей родителями, по возрѣнію общаго нѣмецкаго права, разводъ не долженъ оказывать вліянія, такъ какъ родство, а не бракъ, источникъ этой обязанности, (сакс. § 1749; ср. фр. ст. 303).

По прусскому уложенію мужъ имѣетъ право требовать отъ признанной виновной въ разводѣ жены на покрытіе расходовъ по содержанію дѣтей взноса, равнаго, по крайней мѣрѣ, половинѣ этого расхода, а если ей переданы дѣти до 4-лѣтняго возраста, то она должна нести всѣ расходы по содержанію ихъ (II, 2, §§ 103—107). Составители уложенія признавали справедливымъ привлечь жену къ содержанію дѣтей, такъ какъ при разводѣ мужъ лишается того преимущественнаго положенія, которымъ онъ пользовался въ бракѣ (Мотивы, стр. 629). По уложенію отецъ обязанъ давать содержаніе дѣтямъ, но если право пользованія дѣтскимъ имуществомъ предоставлено матери, то—мать (§ 1606).

Относительно опредѣленія степени участія разведенныхъ родителей въ содержаніи дѣтей составители уложенія разсуждали слѣдующимъ образомъ: такъ какъ мужъ вслѣдствіе раз-



вода лишается права пользованія и управленія женинымъ имуществомъ, то справедливо и при разводѣ привлечь жену къ участию въ содержаніи дѣтей, какъ то бываетъ, при установленіи имущественной раздѣльности (Gütertrennung); при этомъ послѣдовательнѣе всего было-бы возложить на жену половину издержекъ. Это дало-бы возможность избѣжать и тѣхъ затрудненій, которыя встрѣчаются, при опредѣленіи относительной мѣры участія ея въ содержаніи, но такое рѣшеніе вопроса было-бы несправедливо, если-бы мужъ одинъ признанъ былъ виновнымъ въ разводѣ.

Но, въ виду того, что пользовладѣніе дѣтскимъ имуществомъ предназначено для покрытія именно издержекъ по содержанію дѣтей, справедливо привлечь жену съ содержанію дѣтей лишь въ томъ случаѣ, когда мужъ лишенъ этого пользованія. Если же это пользовладѣніе за нимъ сохраняется, то (согласно началу, выраженному въ § 1485) жена должна участвовать въ содержаніи дѣтей лишь въ той мѣрѣ, въ какой оно не покрывается доходами съ дѣтскаго имущества. Этимъ мужъ не ставится, впрочемъ, въ стѣснительное положеніе, такъ какъ онъ имѣетъ право отказаться отъ пользованія и вмѣстѣ съ тѣмъ и отъ обязанности содержанія дѣтей. Отъ такого распредѣленія этой обязанности не страдаютъ и интересы дитяти, потому что, хотя по общему правилу мужъ, оставаясь пользовладѣтелемъ дѣтскимъ имуществомъ, и не можетъ требовать взноса отъ жены съ этою цѣлью, но по другому правилу, разъ отецъ не въ состояніи дать содержанія дитяти, послѣднее имѣетъ право требовать его отъ матери (§ 1485 по проекту и § 1606 по улож.). Въ извѣстныхъ случаяхъ, пожалуй, мужъ предпочтетъ отказаться отъ пользовладѣнія, но и здѣсь интересы дитяти не пострадаютъ, такъ какъ, отказываясь отъ пользовладѣнія, онъ не можетъ отказаться отъ управленія дѣтскимъ имуществомъ (Мотивы, стр. 629—630).

Въ результатѣ право дѣтей на содержаніе отъ разведенныхъ родителей опредѣляется такъ: при разводѣ различается, кому поручено попеченіе о лицѣ дитяти—если мужу, то жена обязана отъ доходовъ своихъ или изъ заработковъ дѣлать взносъ, если впрочемъ, не хватитъ для содержанія дѣтей доходовъ, которые получаетъ мужъ, какъ пользовладѣтель дѣт-



скаго имущества. Если женѣ поручена забота о дитяти и предвидятся значительные расходы по содержанію его, то жена, въ свою, очередь имѣетъ право требовать отъ мужа взноса для покрытія ея расходовъ по содержанію дитяти (§ 1585).

Обще-германское право, провозгласившее свою полную независимость въ дѣлѣ развода отъ правилъ церковныхъ, на самомъ дѣлѣ не осталось вполне чуждымъ этимъ правиламъ. Даже основной принципъ его—виновность супруга, какъ исходный пунктъ, при установленіи поводовъ къ разводу, есть, какъ выше указано было, и основное начало протестантскаго каноническаго права.

Вообще исторія и современный опытъ показываютъ, что въ постановленіяхъ о разводѣ законодателью нелегко освободиться отъ воздѣйствія церкви. Есть вопросы, при рѣшеніи которыхъ исторія всегда беретъ верхъ надъ современными теченіями. Религія, и главнымъ образомъ религія христіанская—это такая сила, воевать съ которой самымъ смѣлымъ законодателямъ оказывается нелегко, а еще труднѣе торжествовать побѣду. Казалось-бы, что послѣ той реакціи, которую вызвалъ собою протестантизмъ въ вопросахъ религіозныхъ, послѣ съуженія поля дѣйствія церкви, послѣ признанія брака самимъ Лютеромъ «дѣломъ свѣтскимъ», протестантскимъ законодателямъ явится полная возможность совсѣмъ не считаться съ требованіями вѣроисповѣдными, при созданіи бракоразводныхъ нормъ; но однако-же этого нигдѣ не случилось: и послѣ реформаціи церковъ продолжала вѣдать судъ по брачнымъ дѣламъ и, притомъ, не только въ государствахъ католическихъ, но и протестантскихъ, въ томъ числѣ и въ Англіи. Естественнo, что духовный судъ не могъ проводить въ своихъ рѣшеніяхъ началъ, несогласныхъ съ предписаніями церкви.

Получившая въ концѣ XVIII вѣка распространеніе и проникшая въ законодательства мысль объ отдѣленіи въ бракѣ элемента церковнаго отъ свѣтскаго и о подчиненіи брака вѣдомству законодательства и суда свѣтскаго (такъ называемая секуляризація брака), —мысль, развившаяся прежде всего во Франціи (если не считать не долго существовавшаго граждан-



скаго брака въ Голландскихъ Штатахъ и въ Англіи при Кромвелѣ) и потомъ распространившаяся во всей Европѣ, тоже не повлекла за собою изгнанія изъ гражданскихъ кодексовъ церковныхъ воззрѣній на бракъ и на разводъ.

Замѣчательно, что въ той странѣ, гдѣ такъ усердно работали надъ секуляризацией брака правительство, юриспруденція и философія,—во Франціи, законодатель по нѣскольку разъ переходилъ отъ запрета развода до разрѣшенія его, но и признавъ потребность въ немъ въ послѣднее время, онъ въ поводахъ къ разводу старается держаться тѣхъ-же правилъ которыя даны католическою церковью для разлученія.

Италія имѣетъ гражданскій бракъ, но и слышать не хочетъ о разводѣ, не допускаемомъ ея національною религіею.

Нельзя не замѣтить внутренняго противорѣчія въ этихъ постановленіяхъ: бракъ признается дѣломъ свѣтскаго законодателя въ самомъ своемъ существѣ, въ самомъ своемъ основаніи—государство опредѣляетъ условія и порядокъ его заключенія; но расторженіе его опредѣляется по началамъ постановленій церковныхъ. Очевидно, что государству легче провозгласить общее начало (о свѣтскомъ характерѣ брака), установить для него свѣтскую (гражданскую) форму, чѣмъ взять въ свои руки бракоразводное право. Оно и понятно: съ голымъ принципомъ, не осуществившимся въ жизненныхъ фактахъ, могутъ примириться и не согласные съ нимъ. Гражданская форма брака, даже и тамъ, гдѣ она имѣетъ общеобязательный характеръ, не ставитъ брачующихся въ непремѣнное столкновеніе съ совѣстью убѣжденнаго католика или протестанта: записавши бракъ у гражданского чиновника, никому не воспрещено тотчасъ-же отправиться въ церковь и обвѣнчаться по правиламъ своей религіи. Но признать бракъ расторгнутымъ въ то время, когда правила религіи развода совсѣмъ не допускаютъ—это значитъ войти уже въ прямое разнорѣчіе съ ними. Еще большимъ нарушеніемъ будетъ вступленіе въ новый бракъ послѣ развода, такъ какъ въ этомъ случаѣ будетъ разомъ два преступленія: незаконный разводъ и незаконный бракъ. У протестантовъ, при разногласіи въ бракоразводныхъ постановленіяхъ, церковныхъ и свѣтскихъ, оно не можетъ быть столь рѣзкимъ, какъ у католиковъ, совсѣмъ не знающихъ развода. Но все-же оно возможно и бывало: и



для протестанта бракъ послѣ развода, церковью не признаннаго, не бракъ, а прелюбодѣянiе.

Неудобства такихъ столкновений между церковью и государствомъ ясны всякому. Ни одинъ благоразумный законодатель не станетъ на нихъ напрашиваться, а, напротивъ, постарается ихъ избѣжать. Вотъ почему брачное право въ современныхъ кодексахъ далеко не отличается цѣльностью, единствомъ началъ и послѣдовательнымъ ихъ проведенiемъ во всѣхъ его отдѣлахъ.

Такъ, и при составленiи новаго германскаго уложенiя, составители его, съ одной стороны, считались съ основными началами церковнаго протестантскаго права, а съ другой — въ угоду католикамъ, допустили разлученiе, хотя въ § 1588 категорически говорится: церковныхъ брачныхъ обязанностей постановленiя этого отдѣла не касаются. Да, не касаются по буквѣ закона, но по духу его касаются, и не разъ.

---

Подведемъ въ заключенiе итогъ тѣмъ основнымъ положенiямъ, которыя внесены нѣмецкими законодателями въ свой новый кодексъ.

- 1) Законодатели эти, желая во главу угла бракоразводныхъ нормъ положить исключительно начала этико-юридическiя, не остались вполнѣ чужды и соображенiй религiозныхъ.
- 2) Число поводовъ къ разводу въ новомъ уложенiи, сравнительно со старымъ нѣмецкимъ кодексомъ, прусскимъ ланд-рехтомъ, сокращено.

Такiе поводы къ разводу, какъ неуживчивость и сварливость, оскорбленiя, безпорядочный образъ жизни и непреодолимое отвращенiе, не нашли себѣ мѣста въ новомъ уложенiи, не взирая на сильную поддержку въ парламентѣ и въ прессѣ сторонниками прусскаго бракоразводнаго права его законоположенiй.

Составители германскаго кодекса не нашли возможнымъ послѣдовать примѣру даже сравнительно болѣе строгаго къ разводу — саксонскаго уложенiя. Вмѣсто 16 поводовъ по прусскому уложенiю и 12 по саксонскому, новое уложенiе допускаетъ всего 6 поводовъ, и въ этомъ надо признать серьезное, болѣе согласное съ существомъ брака, рѣшенiе бракоразвод-



наго вопроса, чѣмъ это было сдѣлано предшествовавшими нѣмецкими законодателями.

Въ этомъ отношеніи новый нѣмецкій кодексъ ближе къ гражданскому кодексу французскому (въ его недавней новеллѣ о разводѣ), нежели къ кодексамъ нѣмецкимъ.

Обще-германское уложеніе еще разъ подтвердило не разъ доказанное исторіей положеніе, что какъ отнесеніе брачнаго права къ области права свѣтскаго не означаетъ полного отрѣшенія отъ воззрѣній религіи въ вопросахъ брачныхъ, такъ и гражданская форма брака не связана съ перенесеніемъ въ сферу права брачнаго началъ права договорнаго и съ установленіемъ свободы разводовъ. Хотя французы еще со времени первой революціи выставили положеніе, что бракъ есть ни что иное, какъ контрактъ въ глазахъ свѣтскаго законодателя, однако-же они не могли провести въ жизнь это начало и многіе годы держали этотъ «контрактъ» нерасторжимымъ.

Новое германское уложеніе допускаетъ расторгимость брачнаго «контракта», однако, по основаніямъ, далекимъ отъ началъ договорнаго права и притомъ въ предѣлахъ весьма умѣренныхъ.

Эта сдержанность въ бракоразводныхъ поводахъ, при довольно свободной предшествовавшей законодательной практикѣ, показываетъ, что въ сознаніи нѣмецкаго народа обнаруживается поворотъ къ большому, чѣмъ доселѣ было, закрѣпленію брака.

3) Сокративъ число поводовъ къ разводу, въ самихъ поводахъ германское уложеніе различаетъ, какъ указано было, поводы безусловные, при наличности которыхъ, независимо отъ особенностей даннаго случая, долженъ быть допущенъ разводъ, и условные, сила и значеніе которыхъ оцѣнивается въ связи со всѣми обстоятельствами подлежащаго сужденію дѣла. Мы уже указывали на разумность и цѣлесообразность такого дѣленія. Каждое супружество имѣетъ свои индивидуальныя особенности. Есть такого рода преступные и даже преступные факты, которые способны подорвать всякій бракъ; но есть такія обстоятельства, которыя для однихъ браковъ имѣютъ, такъ сказать, смертельное значеніе, а для другихъ не лишаютъ надежды на излеченіе.



Конечно, не легко заранѣе, а priori, опредѣлить, когда нарушение установленныхъ бракомъ обязанностей и безчестное и безнравственное поведеніе супруга будутъ признаны въ такой мѣрѣ расшатывающими бракъ, что при наличности ихъ нельзя заставить невиннаго супруга оставаться въ бракѣ (§ 1568). Этотъ вопросъ можетъ рѣшить только судъ, взвѣсивъ всѣ обстоятельства, ему представленныя (тяжесть обвиненія, поводъ къ преступленію, условія брачной жизни, наличность или отсутствіе дѣтей, продолжительность брака), и ознакомившись съ личностью и характеромъ супруговъ. И надо имѣть большое довѣріе къ судьямъ, чтобы въ руки ихъ дать законъ, надѣляющій ихъ такими полномочіями. Нѣмецкій судья, примѣняя § 1568, поневолѣ войдетъ въ ближайшее общеніе съ законодателемъ. Не договоренное послѣднимъ говоритъ онъ, такъ что, строго говоря, по уложенію нельзя еще составить себѣ понятія, какимъ въ дѣйствительности окажется новое бракоразводное право въ Германіи. При снисходительности суда онъ можетъ расторгимость брака довести до границъ, установленныхъ прусскимъ ландрехтомъ и, наоборотъ, при строгости онъ можетъ напомнить времена господства каноническаго права. Подобный законъ былъ рѣшительно немыслимъ, когда судьи были связаны теоріей предусмотренныхъ (формальныхъ) доказательствъ.

Конечно, со временемъ выработаются судебные прецеденты, въ особенности въ видѣ рѣшеній верховнаго суда, что облегчитъ судебную работу, но даже и при этихъ условіяхъ потребуется не мало усердія, опытности и добросовѣстности отъ тѣхъ судебныхъ мѣстъ, которымъ придется рѣшать бракоразводныя дѣла.

Предоставленіе всецѣло суду признанія или непризнанія извѣстнаго обстоятельства достаточнымъ поводомъ къ разводу, этотъ субъективизмъ новаго закона можетъ, при неблагоприятныхъ условіяхъ, принести и не желанные результаты: судъ вмѣсто твердыхъ началъ можетъ внести нѣкоторую неустойчивость и шатаніе въ вопросахъ о допустимости или недопустимости развода,—опасеніе, на которое отчасти и обращали вниманіе противники новаго закона. Но это опасеніе напоминаетъ только старую истину, что хорошій законъ можетъ быть испорченъ плохимъ судомъ и что юридическій



порядокъ поддерживается настолько-же разумными законами на сколько и хорошими судьями.

4) Уложеніе отвергло разводъ по обоюдной волѣ супруговъ, считая его несогласнымъ съ существомъ брака, какъ союза пожизненнаго, какъ союза высокой этической и государственной важности. Обоюдное согласіе рождаетъ бракъ, какъ союзъ, вмѣщающій въ себѣ и договорный элементъ, по одного этого согласія недостаточно для его расторженія.

Французскій кодексъ, вводя въ свое время разводъ по этой причинѣ, поставилъ весьма строгія условія его допустимости. Приэтомъ замѣчательно, что составители кодекса считали, что вводимый ими разводъ не будетъ въ существѣ своемъ разводомъ по обоюдному согласію, т. е. основаннымъ только на одной волѣ супруговъ, а разводомъ по опредѣленнымъ и весьма серьезнымъ причинамъ, но такимъ, открыть которыя для лица, имѣющаго право на разводъ, неудобно (какъ напримѣръ, въ случаѣ покушенія одного супруга на жизнь другаго, или въ случаѣ прелюбодѣянія). Однако-же жизнь этихъ предположеній не оправдала, и разводы по обоюдному согласію оказались на дѣлѣ разводами своевольными, опирающимися въ большинствѣ случаевъ на такъ называемое несходство характеровъ.

Что касается условій этого развода, которыя ставилъ французскій кодексъ, а нынѣ ставитъ бельгійскій, то они таковы. 1) Зрѣлый возрастъ не менѣе 25 л. для мужа и 21 г. для жены (ст. 275), дабы разводъ не былъ актомъ юношескаго легкомыслія. 2) Со дня заключенія брака должно пройти не менѣе 2-хъ лѣтъ (ст. 276), какъ минимальный срокъ, въ теченіи котораго можетъ обнаружиться несходство характеровъ. 3) Разводъ по обоюдному согласію немислимъ по истеченіи 20 лѣтъ супружества или по достиженіи женой 45 лѣтняго возраста (ст. 277). Въ Государственномъ Совѣтѣ по поводу перваго, указаннаго въ этомъ п. условія, говорилось, что обыкновенно разводъ по соглашенію наступаетъ вслѣдствіе несходства характеровъ, между тѣмъ, двадцатилѣтнее супружество доказываетъ противное. Что касается втораго условія, то, вѣроятно, здѣсь имѣлись въ виду интересы жены—возможность вступленія въ новый бракъ, на что, по достиженіи 45 л., надеждъ мало. 4) Должно быть дано согласіе на разводъ со



стороны родителей или других восходящихъ (ст. 278) — мѣры при разводѣ по другимъ основаніямъ совершенно неизвѣстны и имѣющая цѣлью ослабить свободу развода по соглашенію супруговъ. 5) Должно быть согласіе относительно дѣтей: кто изъ родителей беретъ на себя обязанность ихъ содержанія и воспитанія (ст. 280).

Если всѣ эти условія на лицо и если, не взирая на двукратно принятыя судомъ мѣры къ примиренію враждующихъ супруговъ, они будутъ настаивать на разводѣ, то таковой имъ долженъ быть разрѣшенъ (ст. 281—294).

Какъ выше было указано, разводъ по обоюдному соглашенію былъ отмѣненъ закономъ 8 мая 1816 г. (вмѣстѣ съ отмѣной вообще развода), просуществовавши, такимъ образомъ всего 12 л. и засимъ не былъ возстановленъ, не взирая на возстановленіе развода въ 1884 г.

Обоюдное соглашеніе осталось основаніемъ для развода въ Бельгіи, гдѣ кодексъ Наполеона въ этомъ случаѣ не потерпѣлъ измѣненій.

Въ Прусскомъ земскомъ уложеніи обоюдное соглашеніе тоже является основаніемъ для развода, правда въ исключительномъ случаѣ, (и подъ прикрытіемъ указаннаго въ законѣ повода — непреодолимаго отвращенія) въ случаѣ «совершенно» бездѣтности, т. е. когда надежды нѣтъ на рожденіе дѣтей (Dernburg, ук. соч., стр. 56).

5) Въ одномъ изъ самыхъ главныхъ поводовъ къ разводу, при расторженіи брака вслѣдствіе нарушенія супружеской вѣрности, новое уложеніе съ полнымъ основаніемъ не усвоило себѣ того различія въ установленіи невѣрности мужа и жены, котораго держался до недавняго времени (до закона 1884 г.) законъ французскій и доселѣ держится законъ бельгійскій, — различія, въ силу котораго мужъ считается нарушителемъ супружеской вѣрности только тогда, когда онъ содержитъ наложницу въ общей супружеской квартирѣ, а жена во всѣхъ случаяхъ (ст. 239). Италіанскій кодексъ опредѣляетъ почти также прелюбодѣяніе мужа, говоря о разлученіи супруговъ (ст. 150).

Французскіе юристы оправдывали существованіе этого закона слѣдующими соображеніями: если, говорили они прелюбодѣяніе, учиненное мужемъ, является весьма чувстви-



тельнымъ нарушеніемъ правилъ нравственности и супружескихъ обязанностей, то нельзя отрицать того, что прелюбодѣяніе жены заключаетъ въ себѣ еще болѣе виновности какъ потому, что жена должна быть болѣе мужа воздержана по присущей полу ея стыдливости, такъ и потому, что, согласно нашимъ нравамъ или, если угодно, нашимъ предразсудкамъ, прелюбодѣяніе жены наноситъ чести мужа самое тяжелое поражение и, потому, что оно можетъ повлечь за собою самыя печальныя послѣдствія, вводя въ семью чужихъ дѣтей. (Demolombe, Cours, t. II, p. 470).

Правда, что другіе комментаторы Наполеонова кодекса находили этотъ законъ несправедливымъ и, соглашаясь съ тѣмъ, что прелюбодѣяніе жены преступнѣе, нежели мужа, считали правильнымъ подвергать жену болѣе сильному наказанію, нежели мужа, но въ дѣлѣ развода прелюбодѣяніе обоихъ супруговъ признавали равнозначущимъ (Laurent, Principes, t. III, pp. 216—220).

Неравенство мужа и жены, при опредѣленіи прелюбодѣянія, и именно въ смыслѣ снисходительности къ мужу, не есть, впрочемъ, нѣчто присущее только нравамъ французовъ. Это исконное древнеримское воззрѣніе, оно усвоено было также древними германцами, признавалось многими славянскими племенами, и сохраняется доселѣ въ Англіи (см. мое изслѣд. о Разводѣ, стр. 99 и сл.).

Тамъ, гдѣ сохранился въ силѣ французскій законъ, уцѣлѣла и доктрина съ нимъ связанная, едва-ли не болѣе жестокая, чѣмъ самъ законъ. «Конкубиной признается женщина, которая не состоя въ бракѣ съ извѣстнымъ лицомъ, живетъ съ нимъ такъ, какъ если-бы она была его женой. (Опредѣленіе, данное французскимъ академическимъ словаремъ). Отсюда всѣ случайныя связи мужа съ посторонней женщиной, будь онѣ даже въ общей супружеской квартирѣ, подъ законъ не подходятъ. Но и связь постоянная съ женщиной, живущей въ томъ-же домѣ, но въ другомъ этажѣ его, не нарушаетъ закона, какъ равно и связь въ общей супружеской квартирѣ, но не въ мѣстѣ постоянного жительства мужа, и т. д. Вопросъ этотъ «разработанъ» французской судебной практикой съ большою тонкостью и вездѣ тенден-



ція его одна: быть поснисходительнѣе къ мужу (Demolombe, ук. соч., стр. 470 и сл., Laurent, указ. соч., стр. 220 и сл.).

6) Наконецъ, какъ послѣднюю принципіальную особенность новаго уложенія нужно отмѣтить признаніе основаніемъ для всѣхъ поводовъ (кромѣ безумія) начало виновности (Verschuldungsprinzip). Принципа этого, впрочемъ, не чуждо и французское законодательство.

Въ усвоеніи этого начала, какъ уже было отмѣчено, обнаружилось вліяніе каноническаго права. Выше было указано, что принятіе начала виновности не можетъ быть оправдываемо существомъ брака и развода. Правда, что оно даетъ возможность значительно сократить число поводовъ къ разводу. Но тѣмъ не менѣе усвоеніе этого принципа не обезпечиваетъ крѣпости брака. Съ точки зрѣнія принципа виновности неспособность къ брачному сожитію, оказавшаяся у супруга безъ всякой вины съ его стороны, не составляетъ повода къ разводу; но развѣ можно назвать бракъ крѣпкимъ при наличности подобнаго условія?

Таковы отправныя точки новаго германскаго уложенія. Изложенное показываетъ, что, создавая постановленія о разводѣ, творцы новаго германскаго кодекса не стремились quand-mêте къ новизнѣ: напротивъ, эти постановленія они обильно черпали изъ источниковъ, до нихъ существовавшихъ, и притомъ не только національныхъ, нѣмецкихъ, но отчасти и изъ чужихъ. Все заслуживающее, по ихъ мнѣнію, заимствованія, позаимствовано ими изъ прежнихъ уложеній. Какъ нѣчто исключительно присущее новому уложенію, должно быть признано введеніе поводовъ относительныхъ, устанавливаемыхъ судомъ, а не законодателемъ. Мы уже раньше указывали, что этотъ пріемъ законодательной работы, приближая законъ къ жизни и перенося при рѣшеніи многихъ бракоразводныхъ дѣлъ центръ тяжести изъ книги законовъ въ залъ суда, даетъ возможность, рѣшая эти дѣла, достигать не формальной только, а и матеріальной правды. Но вмѣстѣ съ тѣмъ безспорно, что онъ вноситъ нѣкоторую неопредѣленность въ бракоразводное право Германіи. Вотъ почему только будущее покажетъ, насколько скрѣпленъ бракъ новымъ уложеніемъ, какъ того желали его составители.



ж) Швейцарское законодательство.

По новому гражданскому кодексу Швейцаріи разводъ допускается въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) въ случаѣ прелюбодѣянiя, совершеннаго однимъ изъ супруговъ, 2) въ случаѣ покушенiя на жизнь, жестокаго обращенiя и тяжкихъ обидъ, нанесенныхъ однимъ супругомъ другому, 3) въ случаѣ совершенiя супругомъ позорящаго преступленiя или веденiя столь непристойнаго образа жизни, что совмѣстная жизнь съ нимъ сдѣлалась для другаго супруга невыносимой, 4) въ случаѣ если одинъ супругъ оставилъ другаго супруга съ злымъ умысломъ или когда онъ безъ серьезныхъ основанiй не возвращается въ супружеское жилище; (отсутствіе должно продолжаться не менѣе двухъ лѣтъ), 5) въ случаѣ психическаго заболѣванiя супруга, если это состоянiе дѣлаетъ дальнѣйшую совмѣстную жизнь невозможной для здороваго супруга и если по истеченiи трехъ лѣтъ болѣзнь признана врачами-спеціалистами неизлѣчимой, 6) въ случаѣ, если въ супружескія отношенiя вкрался такой глубокой разладъ, что совмѣстная жизнь стала невыносимой.

Допускается какъ разводъ, такъ и разлученіе супруговъ. Вмѣсто просимаго развода судъ можетъ разрѣшить только разлученіе, если существуетъ вѣроятность примиренiя супруговъ. Разлученіе объявляется на срокъ отъ одного года до трехъ лѣтъ или на неопредѣленный срокъ. По истеченiи срока, если примиреніе не состоялось, одна изъ сторонъ можетъ требовать развода. При разлученiи на неопредѣленный срокъ, каждый изъ супруговъ имѣетъ право требовать развода, если разлученіе продолжалось три года и примиреніе не состоялось.

Разведенная жена сохраняетъ приобрѣтенное ею вслѣдствіе брака личное состоянiе, но принимаетъ вновь фамилію, которую носила до заключенiя расторгнутаго брака. Объявляя разводъ, судья опредѣляетъ срокъ, самое меньшее въ одинъ годъ и самое большее въ два года, въ теченiи котораго виновная сторона не можетъ вступить въ новый бракъ; въ томъ случаѣ, когда разводъ объявленъ по причинѣ прелюбодѣянiя, срокъ можетъ быть продолженъ до трехъ лѣтъ.



Въ этотъ срокъ входитъ и время объявленнаго судьей разлученія. Невинный супругъ, не имѣющій средствъ, имѣетъ право на алименты отъ виновнаго. Невинный супругъ имѣетъ право требовать отъ виновнаго возмѣщенія понесенныхъ первымъ вслѣдствіе развода имущественныхъ потерь, а если при этомъ серьезно пострадали и его личные интересы, то судья можетъ присудить въ его пользу денежную сумму въ качествѣ нравственнаго удовлетворенія. Въ случаѣ постановленія суда о разводѣ или разлученіи, должны быть сдѣланы судомъ, по выслушаніи родителей и, въ случаѣ надобности опекунскаго учрежденія, необходимыя распоряженія относительно осуществленія родительской власти и личныхъ отношеній между родителями и дѣтьми. Тотъ изъ родителей, у котораго взяты дѣти, обязанъ сообразно со своими средствами дѣлать взносы на воспитаніе и содержаніе дѣтей. Онъ имѣетъ право сохранить соотвѣтственныя личныя сношенія съ дѣтьми (ст. 137—158).

Изъ этихъ постановленій, представляющихъ собою послѣднее слово законодательнаго рѣшенія вопроса о разводѣ, мы видимъ, что и швейцарскіе законодатели существенныхъ нововведеній въ это дѣло не внесли: основанія для развода въ общемъ приняты тѣ-же, что и въ другихъ законодательствахъ. При этомъ нельзя замѣтить подражанія исключительно какому-нибудь одному изъ предшествовавшихъ кодексовъ: скорѣе можно сказать, что швейцарское уложеніе совмѣщаетъ въ себѣ и поводы, принятые кодексами типа французскаго и поводы, указанные уложеніями нѣмецкими. По примѣру общегерманскаго уложенія различаются поводы къ разводу безусловные: прелюбодѣяніе, жестокое обращеніе, совершеніе позорящаго преступленія, злонамѣренное оставленіе, психическая болѣзнь, и поводы относительные: веденіе супругомъ столь непристойнаго образа жизни, что совмѣстная жизнь съ нимъ другаго супруга сдѣлалась невозможной; (въ этомъ случаѣ каждый изъ супруговъ можетъ требовать развода); возникновеніе столь глубокаго разлада въ супружескихъ отношеніяхъ, что совмѣстная жизнь стала невыносимой. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ, если виновникомъ такого разлада является одинъ изъ супруговъ, тогда вопросъ о разводѣ можетъ быть возбужденъ только другимъ супругомъ. Въ частности надо



замѣтить, что въ признаніи душевной болѣзни поводомъ къ разводу швейцарское законодательство послѣдовало примѣру нѣмецкихъ уложеній (прусскаго, саксонскаго и общегерманскаго); французскій кодексъ въ число поводовъ къ разводу этой болѣзни не включаетъ, считая, что супруги должны дѣлить не только счастье, ни и несчастье.

Относительно признанія поводомъ къ разводу — совершенія позорящаго преступленія, не совсѣмъ ясно: достаточно ли констатированія наличности такого преступленія или же требуется, чтобы супругъ понесъ наказаніе или былъ по крайней мѣрѣ присужденъ къ наказанію за такое преступленіе (какъ-то предписывается кодексами прусскимъ, австрійскимъ, саксонскимъ и французскимъ). Полагаемъ, что требуется это послѣднее, т. е. осужденіе, значитъ констатированіе преступности судомъ.

Непристойный образъ жизни упоминается, какъ поводъ къ разводу, въ прусскомъ ландрехтѣ (безпорядочный образъ жизни—пьянство, расточительность или безпутное веденіе хозяйства), но какъ поводъ абсолютный. Швейцарское уложеніе говоритъ о немъ, какъ о поводѣ относительномъ—дающемъ право на разводъ при условіи, если совмѣстная жизнь стала невыносимой; при этомъ же условіи возможно ходатайствовать о разводѣ и при разладѣ въ супружескихъ отношеніяхъ. Это требованіе весьма напоминаетъ вышеприведенный § 1568 общегерманскаго уложенія и быть можетъ и швейцарскій законъ былъ написанъ не безъ принятія во вниманіе этого §. Касательно этого надо сказать то же, что мы выше говорили, ведя рѣчь объ относительныхъ поводахъ къ разводу по общегерманскому уложенію: дать то или другое направленіе бракоразводной практикѣ, толкуя законъ о выносимости или невыносимости непристойнаго поведенія супруга или супружескаго разлада, вполнѣ будетъ зависеть отъ суда. Нельзя не замѣтить при этомъ, что подъ понятіе невыносимаго супружескаго разлада можно подвести многое и, при снисходительности къ разводу, швейцарскіе судьи могутъ со своимъ уложеніемъ пойти даже дальше прусскаго ландрехта.

Можно сочувствовать постановленію швейцарскаго закона о допустимости по усмотрѣнію суда или окончательнаго развода или временнаго разлученія: случаи, когда острая



вражда между супругами проходитъ, послѣ того какъ они проживутъ нѣкоторое время врозь, нерѣдки, а между тѣмъ окончательный разводъ сразу перерѣзываетъ нить, которая могла бы еще связывать супруговъ. Зато нельзя сочувствовать наказанію, налагаемому на супруга въ видѣ воспрещенія ему вступать въ бракъ послѣ развода даже до 3-хъ лѣтъ. Одно изъ двухъ: или супругъ совершилъ преступленіе, наказуемое уголовной карой, тогда онъ ее и понесетъ, или же дѣяніе его не можетъ быть ему вѣнено въ уголовную вину—тогда его карать не слѣдуетъ, и при томъ довольно ощутительно: временнымъ ограниченіемъ въ правахъ состоянія, какимъ является лишеніе права вступать въ бракъ.

### III. Русское право.

#### *а) Историческій очеркъ.*

#### 1. До-христіанскій періодъ.

О томъ, какими правилами руководствовались наши предки въ вопросѣ о расторженіи брака въ до-христіанскую эпоху, достовѣрными свѣдѣніями мы не располагаемъ; однако-же можно сдѣлать нѣкоторое заключеніе и изъ тѣхъ немногихъ данныхъ, которыя намъ сохранила исторія, въ особенности бросая, такъ сказать, ретроспективный взглядъ отъ позднѣйшаго времени.

Изъ лѣтописи мы узнаемъ о двухъ способахъ заключенія брака, бытовавшихъ у насъ въ древнѣйшую эпоху: путемъ увода жены (умычки) и путемъ приведенія ея къ жениху родственниками.

Уводъ или умычка, по рассказу лѣтописца, совершался по обоюдному соглашенію умыкаемой и умыкающаго. Очевидно, это была вторая стадія женокрадства: первая была вполнѣ насильственнымъ захватомъ безъ всякаго участія воли уводимой.

Въ лѣтописи нашей мы не имѣемъ свѣдѣнія о приобрѣтеніи женъ посредствомъ купли. Но несомнѣнность существованія у насъ этого, присущаго всѣмъ народамъ низшей куль-



туры, способа добыванія женъ доказывается слѣдующими соображеніями:

1. Безъ купли невѣсты трудно понять появленіе въ жизни полянъ, а потомъ и другихъ славянскихъ племенъ древней Руси, брака—договора между родственниками жениха и невѣсты. Этотъ послѣдній способъ заключенія брака есть сдѣлка той-же юридической природы, что и купля, но лишь сдѣлка, облеченная въ болѣе культурную форму уступки безъ наличности эквивалента въ грубомъ видѣ—платы.

2. Многочисленные свадебные обряды, сватовская формула: «у васъ товаръ, у насъ купецъ», «пропой невѣсты», «выкупъ мѣста около невѣсты женихомъ», и т. п., являющіеся лишь переживаніемъ нѣкогда имѣвшихъ юридическую силу дѣйствій, подтверждаютъ предположеніе о существованіи купли невѣсты: на Западѣ точно также прежняя купля впослѣдствіи была замѣнена символическими дѣйствіями.

3. Вѣно, о которомъ говоритъ лѣтопись, есть ничто иное, какъ выкупъ, который платитъ женихъ родственникамъ невѣсты.

4. У всѣхъ арійскихъ народовъ и другихъ бракъ первоначально заключался въ видѣ купли.

Наконецъ, самый культурный для той эпохи способъ заключенія брака состоялъ въ приведеніи родственниками невѣсты въ домъ жениха; этому способу предшествовало «хожденіе зятя (жениха) по невѣсту» съ цѣлью купли ея. Способъ этотъ практиковался у классическихъ народовъ и у евреевъ. Ему предшествовало, конечно, соглашеніе между родственниками жениха и невѣсты.

Каждый способъ заключенія брака оказывалъ свое вліяніе на крѣпость его (объ этомъ мы уже упоминали).

Кто укралъ жену, хотя-бы и съ ея согласія, тотъ становится ея господиномъ. О правильномъ разводѣ говорить здѣсь трудно: сегодня укралъ, а завтра можетъ бросить, чтобы украсть другую. Купля — актъ мирнаго приобрѣтенія —напротивъ, не исключаетъ возможности условій при продажѣ, и продавецъ-родственникъ можетъ, до нѣкоторой степени, слѣдить за судьбой этого живаго товара.

Наконецъ, что касается заключенія брака посредствомъ приведенія невѣсты къ жениху, то, принимая во вниманіе, что



въ сохраненіи брака былъ заинтересованъ такой сильный представитель тогдашняго правопорядка, какъ родъ, надо полагать, что этотъ способъ заключенія брака способствовалъ развитію нѣкоторыхъ правильныхъ поводовъ къ разводу.

Конечно, господство, даже послѣ принятія христіанства, многоженства и наложничества не могло способствовать крѣпости брачныхъ узъ, что и подтверждается уже гораздо позже, въ христіанскую эпоху, раздававшимися сѣтованіями русскихъ іерарховъ о безпричинномъ бросаніи женъ мужьями и мужей женами. (См. изслѣд. О разводѣ, стр. 3—26).

## 2. Христіанская эпоха.

### *аа) Время до Петра Великаго.*

Правила о разводѣ, получившія силу въ нашемъ отечествѣ со времени принятія христіанства нашими предками, ведутъ свое начало изъ Византіи, откуда была нами позаимствована новая религія, духовнымъ властямъ которой (т. е. Византіи) была подчинена наша церковь въ теченіи нѣсколькихъ вѣковъ. Въ греческой-же церкви постановленія, касавшіяся дѣлъ ей подвѣдомыхъ, помѣщались въ особыхъ сборникахъ церковно-свѣтскаго права, или въ такъ называемыхъ *номоканахъ*.

Эти *номоканы*, получившіе у насъ названіе «*кормчихъ*», въ самые первые вѣка послѣ принятія христіанства были у насъ въ большомъ ходу въ славянскихъ переводахъ. *Номоканы*, какъ самое слово показываетъ, представляли изъ себя сборники съ двойственнымъ содержаніемъ — свѣтское и церковное право. Каноническая часть заключала въ себѣ постановленія соборовъ — вселенскихъ и помѣстныхъ, правила апостольскія и правила нѣкоторыхъ отцовъ церкви. Въ русскихъ спискахъ сюда присоединялись каноническіе отвѣты митрополитовъ, епископовъ и другихъ іерархическихъ лицъ.

Свѣтскій отдѣлъ заключаетъ въ себѣ краткія извлеченія и отрывки изъ постановленій византійскихъ императоровъ — кодекса и новеллъ Юстиніана, Эклоги Льва Исавряннина и Прохирона Василия Македонянина; а изъ русскихъ статей — цер-



ковные уставы Великихъ Князей Владиміра и Ярослава. Сначала эти номоканоны обращались въ разныхъ спискахъ, а потомъ одинъ изъ нихъ былъ напечатанъ. (Заслуживаетъ вниманія, что въ печатную кормчую вошли, кромѣ каноническихъ постановленій, только статьи греческаго происхожденія).

По поводу этихъ источниковъ надо замѣтить слѣдующее. По историческому своему происхожденію они представляютъ большое разнообразіе. Они слагались на пространствѣ многихъ вѣковъ (15 или 16 столѣтій). Въ теченіи этого времени всѣ стороны брачнаго права подвергались многимъ перемѣнамъ. Каждая отдѣльная статья, принятая русскою церковью въ качествѣ источника права, носила на себѣ отпечатокъ обстоятельствъ и понятій времени своего происхожденія. Между тѣмъ всѣ статьи о бракѣ располагались въ русскихъ сборникахъ безъ отношенія ко времени ихъ появленія, въ видѣ положительныхъ законовъ и правилъ, обязательныхъ для всякаго времени и народа.

Степень каноническаго достоинства статей о бракѣ чрезвычайно различна: между ними есть статьи, имѣющія значеніе законодательства вселенской церкви (правила апостольскія, опредѣленія соборовъ), есть постановленія государей византійскихъ и русскихъ, есть, наконецъ, частныя мнѣнія. При этомъ славянскій переводъ большей части греческихъ статей о бракѣ крайне темный, иногда невѣрный.

При такихъ условіяхъ, понятно, какъ трудно было пользоваться на практикѣ такими источниками брачнаго права, въ особенности людямъ не очень книжнымъ, каковы были приходскіе священники.

Теперь посмотримъ, какія-же постановленія о разводѣ заключались въ вышеприведенныхъ источникахъ, главнымъ образомъ, иноземнаго происхожденія и какъ относилась къ нимъ русская жизнь.

И прежде всего—какія существовали основанія для развода.

1. Во главѣ поводовъ къ разводу стояло, конечно, прелюбодѣянiе — которымъ одновременно нарушалась и фізіологическая и этическая сторона брака. Этотъ поводъ одинаково признавался и церковнымъ и свѣтскимъ правомъ. Но, въ противоположность нашему теперешнему правосознанію,



мужъ считался нарушителемъ супружеской вѣрности, лишь вступая въ связь съ замужней, а жена, находясь въ связи со всякимъ мужчиной.

Такое опредѣленіе прелюбодѣянiя вытекало изъ древне-римскаго взгляда на супружескія обязанности: по этому взгляду мужъ не могъ быть виновнымъ предъ своей женой въ прелюбодѣянiи, а только передъ другимъ мужемъ, если онъ имѣлъ недозволенное общеніе съ женой послѣдняго. Связь его съ незамужней считалась только безнравственнымъ поступкомъ, который, лишь при особыхъ условіяхъ, могъ составить поводъ къ разводу. Этотъ односторонній взглядъ на прелюбодѣянiе, конечно, былъ несогласенъ и съ буквой и съ духомъ евангельскаго ученiя. Но большинство учителей церкви мирилось съ нимъ: «таковъ обычай», говорилъ Св. Василій Великій и, очевидно, бороться съ этимъ обычаемъ было весьма трудно.

Прелюбодѣянiе жены считалось на столько преступнѣе прелюбодѣянiя мужа, что мужъ, согласно древне-римскому, а также древне-греческому и еврейскому праву, не только имѣлъ право, но и обязанъ былъ развестись съ невѣрною женою; по греческому праву мужъ долженъ былъ бросить жену, застигнутую въ прелюбодѣянiи, если не желалъ навлечь на себя позоръ.

Въ нашей церковной практикѣ обязательный разводъ вслѣдствіе прелюбодѣянiя жены предписывался для священнослужителей.

Это льготное положеніе мужа въ вопросѣ о значеніи прелюбодѣянiя для развода нашло себѣ полное сочувствіе въ тогдашнихъ русскихъ нравахъ и есть несомнѣнное основаніе предполагать, что и наши предки (какъ и другіе славяне, а равно и германцы) допускали возможность развода, только при невѣрности жены, а не мужа.

2. Въ римскомъ и византійскомъ правѣ, и въ слѣдъ за ними въ правилахъ Восточной Церкви, обрученіе уподоблялось браку. Отсюда невѣрность по отношенію къ жениху, а тѣмъ болѣе добрая беременность не отъ жениха разсматривалась какъ невѣрность въ отношеніи мужа, и если она обнаружилась, по заключеніи брака, то составляла поводъ къ разводу.



Наша церковь раздѣляла взглядъ на обрученіе Церкви Восточной, но въ практикѣ, повидимому, только нарушеніе цѣломудрія невѣстами священнослужителей составляло для послѣднихъ, по заключеніи брака, поводъ къ разводу. Но, что касается мірянъ, то, кажется, для нихъ это обстоятельство не служило, по крайней мѣрѣ въ древнѣйшее время, основаніемъ для развода: языческая религія древнихъ руссовъ допускала вольное общеніе половъ и даже возводила его, повидимому, въ культъ, а правила старой религіи, при общей грубости нравовъ, были весьма живучи, какъ видно изъ многочисленныхъ жалобъ на это нашихъ древнихъ іерарховъ.

3. Кромѣ прелюбодѣянія, извѣстенъ былъ цѣлый рядъ поводовъ къ разводу по обстоятельствамъ, болѣе или менѣе аналогичнымъ съ прелюбодѣяніемъ, т. е. вслѣдствіе обнаруженія въ поведеніи мужа или жены фактовъ, дающихъ возможность, съ извѣстной вѣроятностью, предполагать нарушеніе супружеской вѣрности. Такими фактами, бросающими невыгодную тѣнь на поведеніе жены признавалось посѣщеніе ею извѣстныхъ лицъ или мѣстъ, гдѣ она легко могла поддаться соблазну, а именно:

1. Если жена противъ воли мужа пировала съ посторонними мужчинами или мылась съ ними въ банѣ.

2. Если жена безъ вѣдома или безъ согласія мужа посѣщала циркъ, театръ или амфитеатръ.

3. Если жена противъ воли мужа провела ночь внѣ дома, развѣ бы у своихъ родителей.

Всѣ эти поводы позаимствованы изъ юстиніановскихъ новеллъ и выросли на почвѣ римской жизни.

Общія купальни для обоихъ половъ были исконнымъ римскимъ обычаемъ. Поэтому посѣщеніе ихъ только противъ воли мужа было преступно.

Посѣщеніе зрѣлищъ считалось предосудительнымъ потому, что въ этихъ увеселительныхъ мѣстахъ женамъ грозила особенная опасность быть обольщенными.

Восточная Церковь, усвоивъ эти поводы къ разводу, въ практикѣ своей, постановляя рѣшенія, сообразовалась съ образомъ жизни одного и другаго супруга, взаимными между ними отношеніями и даже поведеніемъ на судѣ.



У насъ, едва-ли можно въ томъ сомнѣваться, эти поводы были лишь мертвой буквой закона. Въ русской жизни не было задатковъ для воспріятія указанныхъ поводовъ. Въ древнѣйшее время, до «развитія терема», русскія женщины пользовались сравнительною свободою, и пированіе въ обществѣ мужчинъ вовсе не было порокомъ такой важности, чтобы составить поводъ къ разводу. Въ это время женщины, въ особенности изъ простаго класса, часто присутствовали на пирахъ и братчинахъ. Мало того, даже въ монастыряхъ давались пиры, на которыхъ присутствовали женщины.

Что же касается посѣщенія цирковъ и театровъ, то эти преступленія къ древне-русской женщинѣ были не приложимы, потому что подобныхъ зрѣлищъ у насъ не было. А относительно посѣщенія бань надо замѣтить, что у насъ было въ обычаѣ мыться въ одной мыльнѣ не только мужчинамъ и женщинамъ мірянамъ, но даже чернецы и черницы мылись и парились вмѣстѣ.

Въ свою очередь жена имѣла право развестись съ мужемъ, при наличности на его сторонѣ слѣдующихъ проступковъ:

1. Если мужъ въ общей супружеской квартирѣ, или въ другомъ домѣ, но въ томъ-же городѣ, гдѣ и жена, заведетъ связь съ другой женщиной.

2. Если мужъ сдѣлаетъ умыселъ противъ цѣломудрія жены и покусится предать ее на прелюбодѣяніе другимъ.

3. Если мужъ ложно обвинялъ жену въ нарушеніи супружеской вѣрности.

И эти поводы едва-ли имѣли у насъ жизненное значеніе. Нравственность мужскаго пола стояла въ тѣ времена не высоко, по свидѣтельству какъ русскихъ, такъ и иностранцевъ—современниковъ; въ особенности съ водвореніемъ крѣпостнаго права, заведеніе незаконныхъ связей въ общей супружеской квартирѣ было явленіемъ зауряднымъ.

Кромѣ того, искъ жены къ мужу о разводѣ по такимъ причинамъ не ладила съ той безграничной властью надъ женой, которой онъ располагалъ: вѣдь, даже за убійство жены мужьямъ даже въ 17 столѣтіи назначалось сравнительно слабое наказаніе.

До насъ дошла любопытная поручная записка отъ 1677 г., въ которой поручители ручаются предъ кредиторами, что



должникъ явится къ сроку для выполненія обязательства вмѣстѣ съ своею женою и что ему «той своей жены не убить, не замучить, не постричь безъ властелина вѣдома».

Относительно права мужей располагать цѣломудріемъ женъ есть свидѣтельство о закладѣ женъ съ правомъ залогодержателя пользоваться закладомъ. Все это вмѣстѣ внушаетъ большое сомнѣніе, чтобы жены могли требовать развода по вышеуказаннымъ поводамъ.

Такое-же сомнѣніе и по вышеприведеннымъ соображеніямъ представляется и относительно права жены на разводъ, въ случаѣ покушенія мужа на жизнь жены: если само убійство едва каралось, то тѣмъ болѣе только покушеніе на убійство. Къ тому-же нелегко было отдѣлить вполнѣ дозволенное для мужа «ученіе» (т. е. битье) жены отъ покушенія.

Другое дѣло обратный случай: покушеніе жены на жизнь мужа—здѣсь онъ имѣлъ полную поддержку въ нравахъ и этотъ поводъ къ разводу имѣлъ жизненную силу.

Взглядъ церкви на бракъ какъ на таинство естественно долженъ былъ вліять на крѣпость брака, при разнѣрїи супруговъ, ибо здѣсь не могло быть полноты религіознаго и нравственнаго общенія между ними. Но сюда присоединилась еще и другая точка зрѣнія: супружеская привязанность могла послужить мотивомъ для благотворнаго вліянія супруга христіанина на не-христіанина, побудивъ послѣдняго креститься.

Отсюда 4 — разводъ по разнѣрїю допускается:

а) если не обратившійся супругъ не хочетъ жить въ согласіи или отказывается въ исполненіи супружескихъ обязанностей;

б) если обратившійся супругъ убѣдится въ невозможности склонить невѣрнаго къ обращенію.

Несомнѣнно, что въ древней Руси, при слабомъ и медленномъ распространеніи христіанства и при постоянномъ общеніи христіанъ съ не-христіанами, вопросы о крѣпости такихъ браковъ могли возбуждаться; но вмѣстѣ съ тѣмъ, благодаря этимъ причинамъ, а также и тому, что и крестившіеся тяготѣли еще къ старому богу («крестившіяся татарки къ жениху по татарскому своему обычаю приходятъ и вѣнчався



у церкви, снова вѣнчаются въ своихъ домѣхъ попы татарскими»), можно думать, что мысль о разводѣ по этому поводу могла возникнуть лишь въ исключительныхъ случаяхъ.

Равно нѣтъ указаній на то, чтобы у насъ бытовалъ и другой чисто церковный поводъ къ разводу, бытовавшій въ Византіи и на Западѣ—5) воспріятіе отъ купели своего дитяти: въ Византіи родители воспринимали своихъ дѣтей, чтобы, такимъ образомъ, прикрыть разводъ по обоюдному согласію. Такое ухищреніе уже предполагало извѣстныя богословскія свѣдѣнія, которыя едва-ли были присущи русскимъ людямъ отдаленнаго прошлаго.

Всѣ эти поводы къ разводу влекли за собою опредѣленныя наказанія.

Засимъ существовалъ рядъ поводовъ, которые не влекли наказанія. Ихъ двѣ категоріи. Одни истекали изъ причинъ физическихъ, другія—моральныхъ. Къ числу первыхъ относятся:

6. Неспособность къ брачному сожитію, если она добрачная и продолжалась въ бракѣ не менѣе трехъ лѣтъ. Это общепризнанный какъ Восточною, такъ и Западною Церковью поводъ къ разводу и самый распространенный поводъ къ разводу у народовъ разныхъ временъ и національностей. Есть положительныя свидѣтельства о пользованіи имъ у насъ въ до-Петровской Руси.

7. Безвѣстное отсутствіе въ теченіи 5 лѣтъ и взятіе супруга въ плѣнъ составляли поводъ къ разводу *de jure* и, едва-ли можно сомнѣваться, имѣя въ виду нѣкоторыя данныя (Василій Бѣльскій), и *de facto*.

8. Болѣзни: спеціально упоминается въ кормчей о проказѣ. Надо полагать, что въ жизни здѣсь понималась вообще заразительная или даже неизлѣчимая болѣзнь—«лихой недугъ»—(Уст. Ярослава). Въ вопросѣ о примѣненіи этого повода существовала, кажется, борьба между официальнымъ и неофициальнымъ правосознаніемъ. Власти церковныя, имѣя въ виду духовное единеніе супруговъ, были противъ разводовъ, вслѣдствіе болѣзни кого-либо изъ нихъ. Но неофициальное правосознаніе считало болѣзнь достаточнымъ основаніемъ къ разводу (разводъ В. К. Симеона Ивановича со своей женой).



9. Но самымъ излюбленнымъ и самымъ распространеннымъ поводомъ къ разводу было принятіе монашества. Здѣсь сходились взгляды церкви съ общественною моралью и нравами тогдашняго общества.

Можно положительно утверждать, что ни одинъ изъ поводовъ къ разводу, указанныхъ въ кормчей, не бытовалъ у насъ съ такимъ успѣхомъ, какъ постриженіе въ монашество.

При какихъ-же условіяхъ это постриженіе составляло поводъ къ разводу? Не подлежитъ сомнѣнію, что основнымъ правиломъ въ древне-церковной практикѣ и въ народномъ правосознаніи было обоюдное согласіе мужа и жены на прекращеніе брака этимъ способомъ («если мужу жена не даетъ ножницъ, то не должно постригать его въ монахи; то-же и женѣ», говорилъ митрополитъ Григорій). Но вмѣстѣ съ тѣмъ не подлежитъ также никакому сомнѣнію, что на практикѣ и воли одного супруга, и преимущественно мужа, было вполне достаточно для того, чтобы путемъ самопостриженія или постриженія жены расторгнуть бракъ. Сплошь и рядомъ поступали въ монастырь жены, «утаився мужей своихъ и мужья, утаився женъ».

Но чаще и обынѣе, чѣмъ одностороннее и самовольное постриженіе, было приневоленіе другаго супруга (обыкновенно жены) къ принятію монашества. Иногда такое насильное постриженіе мотивировалось какимъ-нибудь обстоятельствомъ, дѣлавшимъ продолженіе брака невозможнымъ, иногда обходилось и безъ этого.

Самымъ обыкновеннымъ мотивомъ принудительнаго постриженія было безплодіе. На этомъ основаніи была, какъ извѣстно, пострижена супруга В. К. Василія Ивановича, Соломонія Сабурова. Равно болѣзнь считалась тоже уважительнымъ основаніемъ.

Но еще чаще дѣло обходилось безъ всякихъ мотивовъ. Это тѣмъ легче было сдѣлать, что постригали безъ игуменовъ, какъ то требовалось, и даже внѣ монастыря: въ частныхъ домахъ, въ пустой избѣ и т. п., безъ свидѣтелей, насильно, иногда сопровождая обрядъ возмутительными сценами, какъ то было, при постриженіи В. княгини Соломоніи.

Чтобы судить о степени распространенности этого повода, надо принять во вниманіе причины, побудившія древне-



русского человека идти въ монастырь, а именно: аскетическій, привитый Византіей, взглядъ на женщину, воззрѣніе на бракъ, какъ на учрежденіе, вызванное къ жизни нужды и немощи ради человѣческой. Въ монастыри шли разные люди и подѣ влияніемъ разныхъ обстоятельствъ: одни, увлекаясь душеспасительностью иноческой жизни, другіе—въ умиленіи за особую, ниспосланную небомъ милость, третьи—удрученные разнаго рода физическими и общественными бѣдствіями, кто убѣгалъ отъ помѣщика, кто отъ Грознаго царя, а кто отъ тюрьмы и висѣлицы, нѣкоторые шли съ намѣреніемъ пожить праздно и привольно. Всѣ, связанные бракомъ лица, искавшія ангельскаго чина, разрывали свои браки.

10. Посвященіе въ епископы лица женатаго требовало предварительно поступленія жены въ монастырь и, слѣдовательно, составляло поводъ къ разводу. Такъ какъ у насъ въ древнее время избирались въ епископы и женатые, то, слѣдовательно, поводъ этотъ примѣнялся и у насъ. Этотъ поводъ къ разводу не указанъ въ печатной кормчей.

11. Безплодіе жены у насъ въ древности, какъ и у другихъ народовъ арійскаго и не арійскаго корня, было поводомъ къ разводу. Разительный примѣръ этого повода записала наша исторія въ лицѣ В. К. Василя Ивановича, развѣвшагося по этой причинѣ съ своей женой послѣ 20-лѣтняго супружества.

Есть еще указанія и на другіе поводы къ разводу, какъ то: невозможность содержанія жены мужемъ вслѣдствіе голода, систематическое преслѣдованіе ея мужемъ, вражда между родственниками и удержаніе жены родителями ея и вражда и несогласная жизнь супруговъ.

Эти поводы являются, такъ сказать, переходомъ къ весьма распространенному въ старину прекращенію брака по обоюдному согласію супруговъ.

Разводы этого рода были излюбленными способами прекращенія брака. Судя по многочисленности подобныхъ разводныхъ, сохранившихся, какъ относительно Восточной, такъ и въ особенности Западной Руси, надо думать, что такіе разводы были зауряднымъ явленіемъ и притомъ даже не самой древней эпохи (а напр., XVI и XVII вв.). «Мы договорились полюбовно», гласятъ разводныя, «чтобы намъ расторгнуть



бракъ и мужу на иной женѣ жениться» или—«какъ мы по своей волѣ сошлись, такъ по своей доброй волѣ и разошлись, за то одинъ къ другому на вѣчныя времена не будетъ представлять претензіи». Такимъ образомъ исключительно обоюдная воля супруговъ рѣшала судьбу заключеннаго ими брака. При этомъ разводы такіе совершались съ вѣдома и при участіи официальныхъ властей—доказательство, что они выражали дѣйствительно жившее тогда право.

Изложенное показываетъ, что въ до-Петровской Руси извѣстно было немало весьма разнообразныхъ поводовъ къ разводу. Это количество ихъ и разнообразіе объясняется тѣмъ, что русское бракоразводное право древняго періода было продуктомъ исторической жизни двухъ народовъ: римскаго и русскаго.

Разсмотрѣніе всѣхъ этихъ поводовъ рядомъ не означаетъ, конечно, что они рядомъ стояли и въ дѣйствительности. Мы пытались возстановить жизненную силу cadaго изъ нихъ. Но мы должны сознаться, что въ нашемъ распоряженіи нѣтъ средствъ для полнаго возстановленія ихъ исторической роли. Еще съ меньшею точностью можно говорить о періодѣ дѣйствія того или другаго повода. Можно однако-же предположить, что поводы, возникшіе вслѣдствіе пораженія въ бракѣ элемента реального, полового и даже экономическаго, (какъ-то: прелюбодѣяніе, неспособность къ брачному сожитію, болѣзнь, безплодіе, неимѣніе средствъ къ жизни у мужа) заявили о себѣ въ практикѣ раньше, чѣмъ поводы, источникъ которыхъ лежитъ въ нарушеніи элемента нравственнаго, этического или религіознаго (какъ-то: систематическое преслѣдованіе жены мужемъ, ложное обвиненіе въ безчестномъ поступкѣ, принятіе монашества).

Разнообразіе примѣненія поводовъ къ разводу по времени вѣроятно, въ извѣстной мѣрѣ, соотвѣтствовало разнообразію примѣненія ихъ и по мѣсту. Припомнимъ, что источники бракоразводнаго права отличались крайнимъ разнообразіемъ, ходили по рукамъ въ спискахъ разныхъ видовъ, припомнимъ также, что вершеніе брачныхъ дѣлъ подвѣдомо было тогда мѣстной власти—епископамъ, которые пользовались въ то время большою самостоятельностью—и станетъ понятной трудность воспроизведенія исторической судьбы разсмотрѣн-



ныхъ нами поводовъ къ разводу. (См. мое Изслѣд. о разводѣ стр. 27—201).

*бб) Время отъ Петра Великаго.*

Съ Петра В. замѣчается явственно новое теченіе въ области нашего бракоразводнаго права. Это теченіе вызвано было мѣрами этого Государя, направленными на поднятіе значенія личности русской женщины въ обществѣ и въ особенностяхъ въ семьѣ, указами, изданными Петромъ и постановленіями церкви, имѣвшими цѣлью гарантировать свободу брачующихся и наконецъ законами его и его преемниковъ, положившими начало, согласно которому всѣ законодательныя нормы, касающіяся брачнаго права, требовали санкціи монарха.

Такъ Петръ В. обратилъ вниманіе на то, что въ древней Руси мало придавалось значенія волѣ самихъ брачующихся. Рѣшающую силу, при заключеніи брака, имѣла воля родителей. Петръ В. всталъ противъ этихъ «принужденныхъ браковъ», а равно и противъ рядныхъ и сговорныхъ записей съ «зарядами» (неустойками). Такъ онъ издаетъ повелѣніе, по которому «никакого генеральнаго опредѣленія не чинить въ Синодѣ, безъ подписанія собственной его Императорскаго Величества руки». Относительно въ частности бракоразводныхъ дѣлъ, указомъ 13 декабря 1744 г. было предписано, чтобы разводы знатныхъ персонъ восходили на Высочайшее усмотрѣніе. И въ отдѣльныхъ случаяхъ съ соизволенія русскихъ государей разрѣшаются разводы, въ особенности лицамъ высшихъ классовъ (генераль-прок. Ягужинскій, графъ Апраксинъ).

Въ область источниковъ бракоразводнаго права начинаетъ проникать право свѣтское—Синодъ, при отсутствіи опредѣленнаго постановленія въ церковныхъ правилахъ, обращается къ Уложенію, Генеральному Регламенту, а впослѣдствіи къ Своду Законовъ. Сверхъ того, для пополненія пробѣловъ онъ прибѣгаетъ къ праву не писанному—къ утвержденному практикой обычаю.

Что касается поводовъ къ разводу, то отчасти нѣсколько видоизмѣняются старые поводы, отчасти вводятся новые.



1. Основнымъ поводомъ остается прелюбодѣяніе, но съ слѣдующими измѣненіями:

а) Въ практикѣ примѣняется, какъ твердое правило, что прелюбодѣяніе мужа признается въ такой-же степени поводомъ къ разводу, какъ и прелюбодѣяніе жены, и притомъ, какъ кажется, безразлично, была-ли нарушена супружеская вѣрность съ замужней женщиной или незамужней.

б) Не замѣчается никакихъ слѣдовъ извѣстнаго предшествовавшему періоду—принудительнаго развода по прелюбодѣянію.

2. Двоебрачіе, т. е. заключеніе новаго, при существованіи прежняго брака, давало право на разводъ супругу, оставленному двоебрачникомъ.

Надо замѣтить, что многобрачіе бытовало въ самыхъ широкихъ размѣрахъ въ рассматриваемомъ періодѣ (нѣкій Иванъ Филиповъ въ теченіи одного года послѣдовательно женился на 5-ти женахъ). При этомъ бывали случаи, что церковно-судебная власть, вопреки правиламъ, принимая во вниманіе особенность случая, расторгала не второй бракъ, а напротивъ первый, оставляя въ силѣ второй.

Бывали также случаи, что лица, разведенныя со второю женою, опять вступали съ нею въ бракъ по смерти первой, безъ повторенія вѣнчанія, опять-таки вопреки правиламъ: потребности жизни заставляли дѣлать такіа отклоненія.

3. Неспособность къ брачному сожитію, оставаясь поводомъ къ разводу для жены, распространяется церковно-судебной практикой и на мужа, давая ему право на разводъ при неспособности жены.

4. Болѣзнь продолжала считаться поводомъ къ разводу, но сначала неохотно, а потомъ и совсѣмъ перестала признаваться поводомъ, кромѣ болѣзни психической.

5. Безвѣстное отсутствіе: чтобы составить поводъ къ разводу требовалось не только 5-лѣтняя продолжительность его, (только для солдатокъ никакая давность въ уваженіе не принималось), но и невиновность оставленнаго супруга въ отлучкѣ оставившаго, а по нѣкоторымъ рѣшеніямъ—добропорядочное поведеніе перваго во время отлучки послѣдняго. Сверхъ того пропавшій безъ вѣсти, хотя-бы



впослѣдствіи и возвратился, осуждался на всегдашнее безбрачіе—правило тоже новое.

6. Въ противоположность практикѣ предшествовавшаго періода ссылка за совершенное преступленіе стала поводомъ къ разводу.

Въ этомъ вопросѣ русское правосознаніе пошло дальше кормчей, не знавшей такого повода. Заслуживаетъ вниманія, что русское законодательство, вводя этотъ поводъ къ разводу, а духовно-судебная практика, примѣняя его, не встрѣчала затрудненія въ согласованіи его съ постановленіями кормчей, какъ въ канонической, такъ и въ неканонической части и, что существеннѣе, съ ученіемъ евангельскимъ и правилами апостольскими. Вѣрнѣе—она и не задавалась этимъ вопросомъ. Другая особенность — въ до-петровское время при разводѣ на первый планъ обыкновенно выдвигались интересы мужей, а въ данномъ случаѣ на первый планъ поставленъ интересъ женъ.

Вначалѣ разводъ разрѣшался только вслѣдствіе присужденія къ вѣчной каторжной работѣ (а не къ сосланнымъ на урочные годы), причемъ судебный приговоръ расторгалъ бракъ *ipso iure*, безъ ходатайства жены, а потомъ поводомъ къ разводу стала и простая ссылка и заточеніе и притомъ (съ Елизаветы) съ позволенія только Синода, слѣдовательно, въ силу ходатайства невиннаго супруга. Далѣе, бывъ прежде поводомъ къ разводу лишь для женъ осужденныхъ мужей, ссылка признана была поводомъ и для мужей осужденныхъ женъ.

7. Покушеніе одного супруга на жизнь другого, оставаясь поводомъ къ разводу, какъ-бы незамѣтно выходитъ изъ практики: супругамъ враждующимъ совѣтуется примириться, въ крайнемъ случаѣ предлагается разлученіе вмѣсто развода.

8. Принятіе монашества. Относительно этого повода въ Духовномъ Регламентѣ сказано: «обычаемъ водится, что мужъ съ женою расторгаютъ бракъ съ тѣмъ, чтобы мужу постричься въ монахи, а женѣ быть свободной выйти замужъ. Такой разводъ простымъ людямъ кажется правильнымъ, но Слову Божию онъ вполне противорѣчитъ». Требо-



валось для законности постриженія дозволеніе Синода, опредѣленный возрастъ (50, 60 л.) и призрѣніе дѣтей.

Но старая привычка не только постриженій одного супруга по уговору съ другимъ, но и безъ такого, была настолько сильна, что самъ Синодъ иногда закрѣплялъ своимъ рѣшеніемъ такія единоличныя постриженія и сопряженные съ ними разводы.

Въ большемъ ходу были также и насильственные постриженія женъ мужьями съ цѣлью разорвать, такимъ образомъ, бракъ для заключенія новаго. При этомъ, какъ и въ старой Руси, мужья, принуждая къ постриженію женъ, позволяли себѣ самое грубое физическое насиліе надъ ними.

9. Возникновеніе духовнаго родства между мужемъ и женою стало, повидимому, не только по буквѣ закона, но и въ дѣйствительности поводомъ къ разводу. При чемъ закону дано было болѣе широкое толкованіе, чѣмъ въ предшествовавшемъ періодѣ. Такъ, напримѣръ, не только воспріятіе своего дитяти отъ крещенія считалось поводомъ къ разводу съ женой, но признавались иногда недѣйствительными браки между лицами, до брака воспринимавшими вмѣстѣ чужое дитя.

10. Въ случаѣ обращенія одного изъ супруговъ изъ раскола въ православіе и нежеланія другаго послѣдовать примѣру перваго, бракъ ихъ расторгался и принявшему православіе дозволялось вступать въ новый бракъ, для чего ему выдавался «отверзтый указъ».

11. Невозвращеніе въ теченіе двухъ лѣтъ изъ отпуска въ свое отечество военноплѣннаго (христіанскаго вѣроисповѣданія), женившагося на русской подданной, тоже считалось основаніемъ для развода. (Впервые это было постановлено относительно военноплѣнныхъ поляковъ, потомъ шведовъ).

Въ настоящемъ періодѣ, какъ и въ предыдущемъ, кромѣ разводовъ, основанныхъ на законныхъ причинахъ, существовали разводы нелегальные, самовольные, которые вытекали или изъ единоличной власти мужа или-же изъ обоюднаго соглашенія супруговъ. Выдача отпускныхъ мужьями женамъ совершалась, какъ и въ старину, съ облеченіемъ въ *quasi*—законную форму и съ участіемъ официальныхъ вла-



стей. Иногда самъ Синодъ склоненъ былъ какъ-бы признавать нѣкоторое значеніе за «отпускными письмами».

Въ достаточныхъ размѣрахъ практиковались также разводы по обоюдному согласію. Два обстоятельства способствовали развитію такихъ разводовъ. Во 1-хъ, воспрещеніе и преслѣдованіе разводовъ посредствомъ постриженія одного изъ супруговъ въ монашество. Во 2-хъ, введеніе разнаго рода затрудненій и стѣсненій въ бракоразводныхъ процессахъ.

Въ силу этихъ затрудненій приходилось искать у низшей власти того, чего нельзя было добиться у высшей. И вотъ, по словамъ синодскаго указа, «нѣкоторые люди съ женами своими, не ходя къ правильному суду, самовольно между собою разводятся и къ такимъ разводнымъ прикладываютъ руки ихъ духовные отцы», а по другому указу отпускные письма пишутъ не только священники, но и церковнослужители.

Въ этомъ-же періодѣ впервые легально дозволяется разлученіе супруговъ: или пока идетъ процессъ о разводѣ, или-же взамѣнъ послѣдняго, вслѣдствіе несогласной жизни супруговъ и въ особенности вслѣдствіе грубаго и жестокаго обращенія мужа съ женою.

Сравнивая поводы къ разводу, практиковавшіеся въ настоящемъ періодѣ съ поводами предшествовавшаго періода, мы видимъ, во 1-хъ, значительное уменьшеніе числа поводовъ къ разводу, что объясняется какъ большимъ укрѣпленіемъ брачнаго союза въ общественномъ сознаніи, такъ и стѣсненіемъ сферы дѣйствія обычнаго права, параллельно съ большимъ развитіемъ законодательной дѣятельности. Во 2-хъ, появленіе нѣкоторыхъ новыхъ поводовъ, неизвѣстныхъ предшествовавшему періоду (ссылка и лишеніе всѣхъ правъ состоянія, невозвращеніе военноплѣнныхъ къ своимъ женамъ и обращеніе изъ раскола въ православіе), которые находились въ прямой связи съ воздѣйствіемъ свѣтской власти на бракоразводное право. Въ 3-хъ, исчезновеніе изъ практики нѣкоторыхъ поводовъ къ разводу или болѣе рѣдкое; сравнительно съ предшествовавшимъ періодомъ, пользованіе ими (покушеніе, болѣзнь).

---



## б) Дѣйствующее бракоразводное право.

### аа) Матеріальное.

#### І. Относительно лицъ православнаго исповѣданія.

Дѣйствующее для православныхъ бракоразводное право въ основѣ своей есть плоть отъ плоти и кость отъ костей бракоразводнаго права предшествовавшаго періода. Та-же власть, вѣдающая дѣла о разводахъ, тѣ-же главные источники бракоразводнаго права. Но тѣмъ не менѣе, оно представляетъ собою скорѣе послѣднее звено въ цѣпи историческаго развитія, чѣмъ итогъ прошлаго. Кромѣ того нѣкоторые, отдѣльныя постановленія сообщили нѣсколько иную окраску прежнимъ нормамъ.

Воздѣйствіе и вліяніе свѣтской власти на развитіе брачнаго и съ нимъ и бракоразводнаго права получили официальную санкцію. Въ Законахъ Основныхъ по этому поводу говорится такъ: «въ управленіи церковномъ самодержавная власть дѣйствуетъ посредствомъ Свят. Синода, ея учрежденнаго» (ст. 43). При этомъ весьма дѣятельнымъ и вліательнымъ проводникомъ этой власти является еще Петромъ Великимъ учрежденный оберъ-прокуроръ. Съ 1805 г. всѣ бракоразводныя дѣла со всѣхъ концовъ обширной русской Имперіи сосредоточиваются въ синодѣ (только немногія не восходятъ на ревизію этой высшей инстанціи). Эта централизація бракоразводныхъ процессовъ способствовала, конечно, не мало развитію постоянства въ бракоразводной практикѣ; но вмѣстѣ съ тѣмъ, и укрѣпленію въ ней письменнаго производства и связаннаго съ заглазнымъ и по мертвому матеріалу изученіемъ дѣла и съ неминуемыми отъ этого послѣдствіями — достиженіемъ больше формальной основательности, чѣмъ матеріальной правды.

Что касается источниковъ бракоразводнаго права, то, хотя въ общемъ они и остаются прежними; но вмѣстѣ съ тѣмъ мы замѣчаемъ здѣсь и нѣкоторое нововведеніе. Нашъ печатный номоканонъ, бывшій до сихъ поръ не фигурально, а въ дѣйствительности кормчимъ для нашего духовнаго правительства, съ 1836 г. не издается болѣе. Мѣсто его съ



1839 г. заняла такъ называемая «Книга Правиль св. апостоловъ, св. соборовъ вселенскихъ и помѣстныхъ и св. отецъ». Этимъ самымъ II-я ч. кормчей, т. е. канонизованное византійское право, отошло въ исторію. Это устраненіе изъ практики свѣтской части кормчей безъ замѣны соотвѣтственными національными постановленіями едва ли можно считать благотѣльнымъ, при нынѣшнемъ состояніи законодательства русской церкви. Опытъ показалъ, что съ однимъ канономъ этой церкви нельзя ни управлять, ни творить судъ. Не говоря о томъ, что никакая всеобъемлющая аналогія не можетъ извлечь изъ каноновъ всего потребнаго для этой жизни, сами каноны заключаютъ въ себѣ не мало постановленій случайнаго происхожденія, предназначенныхъ дѣйствовать въ тѣхъ именно обстоятельствахъ, которыми они вызваны и внѣ которыхъ не могутъ имѣть приложенія. Причемъ, многія изъ этихъ обстоятельствъ имѣли чисто мѣстный и временный характеръ.

Судебная практика предшествовавшаго періода, сознавая недостаточность каноническихъ постановленій, усердно черпала дополнительныя постановленія изъ законовъ византійскихъ императоровъ, пользуясь для того логическимъ толкованіемъ и аналогіей въ возможно широкихъ размѣрахъ. Конечно, и здѣсь дѣло не обходилось безъ затрудненій: жизнь римская позднѣйшаго періода и жизнь русская представляли всегда не мало различій, но все-таки легче было нашимъ духовнымъ судьямъ вершить бракоразводныя дѣла, располагая болѣе обильнымъ и болѣе жизненнымъ матеріаломъ, чѣмъ какой заключается въ одномъ канонѣ. Теперь, повидимому, этимъ судьямъ должно оказывать подмогу русское свѣтское право вмѣсто византійскаго. Но эта подмога крайне слабая и удовлетвориться ею весьма трудно. Такъ, напримѣръ, тщетно искали-бы духовные судьи разрѣшенія своихъ сомнѣній въ нашемъ Сводѣ гражд. законовъ. Напротивъ, этотъ Сводъ, что касается брачнаго права, самъ весь сомнѣніе безъ Устава Дух. Консисторій, достоинства котораго тоже весьма сомнительны въ области этого права.

Все это вмѣстѣ порождаетъ необыкновенную пестроту и разнохарактерность брачныхъ нормъ: тутъ и соборы, и св. отцы, и Петръ Великій со своимъ Регламентомъ, и указы недавняго времени, изданные по разнымъ случаямъ, и все это



не сведено, не объединено и даже не издано въ одной книгѣ. Справедливо сравниваютъ это хаотическое состояніе дѣйствующаго церковнаго права (не одного брачнаго) съ состояніемъ нашего законодательства до изданія Свода Законовъ.

Обращаясь къ изложенію самыхъ постановленій о разводѣ, мы рассмотримъ сначала матеріальныя, а потомъ процессуальныя постановленія. Начнемъ съ разсмотрѣнія поводовъ къ разводу.

Дѣйствующее законодательство знаетъ слѣдующіе поводы къ разводу:

1) Прелюбодѣяніе (т. X, ч. I, ст. 45, Уст. Дух. Конс., изд. 1883 г., ст. 238). Подъ прелюбодѣяніемъ по теперешнему законодательству разумѣется «оскорбленіе святости брака» фактомъ половой связи одного изъ супруговъ съ лицомъ постороннимъ, все равно—состоящимъ въ бракѣ или свободнымъ, а равно безразлично — будетъ-ли такая связь имѣть характеръ продолжительнаго сожительства или-же—представляетъ собою только единичный фактъ, и его одного вполне достаточно, по мысли нашего законодательства, для возбужденія иска о разводѣ. Необходимо только, чтобы этотъ фактъ удовлетворялъ требованію состава преступленія—прелюбодѣянія, относительно субъекта, объекта и внѣшняго дѣйствія, т. е., чтобы онъ былъ совершенъ лицомъ, «состоящимъ въ бракѣ» (поэтому прелюбодѣяніе немыслимо ни послѣ смерти супруга, ни послѣ развода, ни въ бракѣ абсолютно недѣйствительномъ), и чтобы извѣстный актъ былъ фактомъ состоявшимся, а не однимъ лишь покушеніемъ, былъ совершенъ сознательно и свободно, словомъ, чтобы онъ могъ быть вмененъ въ вину супругу-прелюбодѣю. Слѣдовательно, прелюбодѣяніе, совершенное вслѣдствіе насилія или во снѣ, не можетъ составить повода къ разводу<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ, квалифікація прелюбодѣянія, какъ повода къ разводу, въ дѣйствующемъ законодательствѣ, ведетъ свое начало отъ позднѣйшаго періода—послѣ-Петровской Руси и расходится радикально съ византійскимъ зако-

<sup>1)</sup> Эти требованія надо вывести изъ постановленія закона, дающаго право оскорбленному супругу *ad libitum* — преслѣдовать оскорбившаго уголовнымъ судомъ или некая разводъ. Улож. о нак., ст. 1585.



нодательствомъ, различавшимъ въ данномъ случаѣ роли мужа и жены, въ смыслѣ привиллегіи для перваго.

Послѣдствія развода по прелюбодѣянiю супруга заключались до изданія Высочайше Утвержд. 28 мая 1904 г. опредѣленія Св. Синода въ воспрещеніи брака виновному супругу на всегда (У. Д. К., ст. 253). Постановление это имѣло основу въ кормчѣй лишь отчасти, а именно, что касается воспрещенія брака для жены; мужу путь къ новому браку не былъ закрытъ абсолютно, а лишь съ соучастницей прелюбодѣянiя. Св. Синодъ, отмѣняя это постановление, руководствовался слѣдующими соображеніями: практика древней церкви, подъ вліяніемъ гражданскихъ законовъ того времени, признававшихъ вину прелюбодѣянiя лишь за женою, разрѣшала новый бракъ одному только мужу, нарушившему супружескую вѣрность; жена-же, изобличенная въ прелюбодѣянiи, пожизненно заключалась въ монастырь, съ постриженіемъ въ монашество. Такая практика была принята и русскою церковью: вступленіе въ новый бракъ виновному въ прелюбодѣянiи мужу до XVIII в. также не воспрещалось, а виновная жена помѣщалась въ монастырь на постоянное житіе. Позднѣйшая Синодальная и епархіальная практика стала распространять такое запрещеніе новаго брака и на мужей. Эта практика съ 1841 г. стала закономъ (Уст. Дух. Конс., ст. 256 изд. 1841 г.). Въ большей части современныхъ православныхъ восточныхъ церквей дозволяется вступленіе въ бракъ обоимъ супругамъ, нарушившимъ супружескую вѣрность — въ Сербіи чрезъ годъ, а въ Черногоріи чрезъ три года по расторженіи брака. Признавая подлежащимъ отмѣнѣ дѣйствовавшій доселѣ законъ о недопущеніи новаго брака для супруга, виновнаго въ прелюбодѣянiи, Св. Синодъ «ради святости таинства брака и охраны нравственности», призналъ полезнымъ ввести слѣдующія ограниченія: вступленіе въ новый бракъ дозволить виновному супругу только одинъ разъ, съ лишеніемъ его права, въ случаѣ повторенія нарушенія святости брака, вступать въ супружество на всегда, б) прежде вступленія въ новый бракъ такое лицо должно выполнить семилѣтнюю церковную епитимію, но срокъ этотъ можетъ быть сокращенъ епархіальнымъ архіереемъ съ тѣмъ, однако, чтобы онъ былъ не менѣе двухъ лѣтъ (Уст. Дух. Конс., ст.



253, въ новой редакціи. Опреѣленіе Св. Синода 18 марта и 30 апрѣля 1904 г.).

Согласно руководственнымъ указаніямъ Св. Синода, преподаннымъ епархіальнымъ начальствамъ на дозволеніе лицу, бракъ котораго былъ расторгнутъ по винѣ его прелюбодѣянія, вступать въ новое супружество, требуется разрѣшеніе епархіальнаго начальства, при чемъ ходатайство это можетъ быть возбуждаемо и подлежать удовлетворенію, только по выполненіи виновнымъ супругомъ епитиміи и по представленіи объ этомъ удостовѣренія отъ духовнаго отца, подъ наблюденіемъ котораго отбывалась епитимія. Такъ какъ новый законъ умалчиваетъ о воспрещеніи брака съ соучастникомъ или соучастницей прелюбодѣянія, то, очевидно, что такой бракъ не воспрещается<sup>1)</sup>.

Что касается епитиміи, то она назначается виновному въ нарушеніи супружеской вѣрности супругу не только при ходатайствѣ о разводѣ, но и при преслѣдованіи этого супруга другимъ, оскорбленнымъ, судомъ уголовнымъ (Улож. о наказ. ст. 1585).

Относительно обращенія этого послѣдняго супруга къ уголовной юстиціи существуютъ такія постановленія: «состоящее въ бракѣ, изобличенное въ прелюбодѣянніи лицо подвергается за сіе, по жалобѣ оскорбленнаго въ чести супруга: заключенію въ монастырѣ, если въ томъ мѣстѣ есть монастыри его исповѣданія, или-же въ тюрьмѣ на время отъ 4-хъ до 8-ми мѣсяцевъ» (Ул. о нак., ст. 1585). А Уставомъ Угол. Суд. опредѣляется подсудность по этому преступленію такимъ образомъ: «дѣла по жалобѣ одного изъ супруговъ на нарушеніе другимъ святости брака прелюбодѣяніемъ вѣдаются: 1) уголовнымъ судомъ, когда оскорбленный супругъ проситъ о наказаніи виновнаго по уголовнымъ законамъ (Улож. о нак., ст. 1585), или 2) судомъ духовнымъ, когда оскорбленный супругъ проситъ о расторженіи брака и о наказаніи виновнаго по правиламъ церковнымъ» (1016). Обѣ

<sup>1)</sup> Цирк. Ук. Св. Синода 14 іюля 1904 г. № 11. См. С. Григоровскій. Сборникъ церковныхъ и гражданскихъ законовъ о бракѣ и разводѣ, Изд. 9-е, С.-ПБ. 1908 г. стр. 215 и слѣд. Ср. мое соч. О разводѣ по русскому праву стр. 201 и слѣд.



статьи положительно разрѣшаютъ одинъ вопросъ: наказаніе не назначается виновному супругу *ex officio*, а лишь «по жалобѣ» оскорбленнаго супруга. Но прямаго отвѣта въ указанныхъ статьяхъ нѣтъ на другой вопросъ: мыслимо-ли совмѣстное преслѣдованіе виновнаго супруга двумя процессами — уголовнымъ, съ цѣлью подвергнуть назначаемому Уложеніемъ дисциплинарному наказанію, и церковнымъ, съ цѣлью расторгнуть бракъ. Но что не разрѣшается прямымъ смысломъ статей, то разъясняется редакціонными матеріалами: при окончательной редакціи, составители Уставовъ послѣдовали (затребованному ими) мнѣнію Синода, т. е. отвергли возможность одновременнаго преслѣдованія виновнаго супруга двумя средствами<sup>1)</sup>. Этимъ, конечно, не отнимается у оскорбленнаго супруга право, по начатіи иска въ одномъ судѣ и по прекращеніи его тамъ вслѣдствіе формальной причины, примиренія или даже вслѣдствіе отказа, возбуждать дѣло въ другомъ судѣ: запрещеніе касается только подведенія супруга—прелюбодѣя подъ двѣ кары и одновременнаго преслѣдованія его двумя судами.

Такимъ образомъ, дѣйствующее законодательство не знаетъ наказаній за прелюбодѣяніе сверхъ развода: въ этомъ отношеніи и правила кормчей, и обычаи судебной практики отошли въ исторію; равно отошли въ исторію и имущественные штрафы, налагавшіеся на виновнаго супруга.

Только въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ уцѣлѣло старое законодательство Литовскаго Статута: «Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской, признаніе брака недѣйствительнымъ, а равно и разлученіе супруговъ, по опредѣленію духовнаго суда, имѣютъ слѣдующія послѣдствія въ отношеніяхъ къ ихъ имуществу: а) если мужъ признанъ виновнымъ, то обязанъ возвратить женѣ ея приданое, а жена сверхъ того удерживаетъ въ пожизненномъ владѣніи имущество мужа, служившее приданому обезпеченіемъ; б) когда же судомъ обвинена жена, то лишается приданаго и не можетъ отыскивать онаго изъ имущества своего мужа; в) если никто изъ супруговъ не признанъ виновнымъ, а бракъ ихъ,

<sup>1)</sup> См. Судебные Уставы 20 ноября 1864 г. Изд. Госуд. Канц. 2-е изд. Ч. II. Уст. Уголов. Суд., ст. 1016.



по какой-либо причинѣ, объявленъ недѣйствительнымъ, то имущества ихъ обращаются въ то положеніе, въ коемъ были до брака». (Т. X, ч. I, ст. 118).

Возникаетъ вопросъ — допустимъ-ли разводъ, если оба супруга окажутся виновными въ прелюбодѣянiи: и отвѣтчикъ и истецъ. Говорятъ, (Тригоровскій, О бракѣ и разводѣ, стр. 212—214, 218), что взаимность вины лишаетъ истца права на разводъ, потому что въ ст. 45 зак. гр. сказано: «бракъ можетъ быть расторгнутъ по просьбѣ одного изъ супруговъ», но статья эта, высказавъ такое общее положеніе, затѣмъ указываетъ на отдѣльные случаи развода и ведетъ рѣчь о расторженіи брака не только вслѣдствіе прелюбодѣянiя, но также вслѣдствіе присужденія къ лишенію всѣхъ правъ состоянія. Между тѣмъ въ этомъ послѣднемъ случаѣ разводъ возможенъ и по просьбѣ одного и по просьбѣ другаго супруга. Такимъ образомъ изъ буквального смысла статьи вовсе не видно, чтобы законъ ставилъ удареніе на словѣ «о одного», говоря о разводѣ по прелюбодѣянiю. Еще менѣе въ пользу ограничительнаго толкованія *ratio juris*: нельзя отыскать разумной причины, почему бракъ надорванный на половину (когда одинъ супругъ виновенъ въ прелюбодѣянiи) можетъ быть расторгнутъ, а когда онъ разрушенъ вполне (при виновности обоихъ), онъ долженъ быть сохраненъ. Можно сказать другое, что въ такомъ случаѣ существуетъ двойное основаніе для развода, такъ какъ есть не одно, а два нарушенія супружеской вѣрности.

Что касается вопроса о судьбѣ дѣтей, послѣ расторженія брака по прелюбодѣянiю, то онъ долженъ быть рѣшаемъ на основаніи общихъ постановленій о внѣбрачныхъ дѣтяхъ (о чемъ ниже<sup>1)</sup>).

<sup>1)</sup> Къ числу послѣдствій преслѣдованія прелюбодѣянiя судомъ свѣтскимъ надо отнести и наказаніе соучастнику прелюбодѣянiя: церковное покаяніе и тюремное заключеніе отъ 2—4 мѣсяцевъ или арестъ отъ 3-хъ недѣль до 3-хъ мѣс., если этотъ соучастникъ не состоитъ самъ въ бракѣ, въ послѣднемъ случаѣ онъ наказывается заключеніемъ въ тюрьмѣ отъ 4-хъ до 8-ми мѣсяцевъ. (Улож. о нак., ст. 1585). Епитимія назначается соучастнику прелюбодѣянiя, какъ и виновному супругу, и при искѣ о прелюбодѣянiи: семилѣтняя, если онъ самъ состоитъ въ бракѣ и четырехлѣтняя, если онъ не связанъ бракомъ, впрочемъ съ разрѣшенія архіерея она можетъ быть сокращена. (Тригоровскій, стр. 281)-



2) Прелюбодѣяніе квалифицированное—двоебрачіе, бигамія, составляет и по дѣйствующему законодательству поводъ къ разводу, если супругъ бигамиста не пожелаетъ жить съ двоебрачникомъ. Слѣдствіе такого развода для разведенныхъ заключается въ осужденіи на всегдашнее безбрачіе бигамиста и въ дозволеніи втораго брака невинному супругу (Уст. Дух. Конс., ст. 214). Но если оба супруга будутъ виновны въ бигаміи, то, по уничтоженіи вторыхъ браковъ ихъ, возстановляется первый, и, въ случаѣ прекращенія этого брака смертью кого-либо изъ супруговъ, оставшемуся въ живыхъ воспрещается навсегда вступленіе въ новый бракъ (ст. 215). Если обвинчанная съ бигамистомъ не знала о томъ, что вѣнчавшійся съ нею уже состоитъ въ бракѣ, то двоебрачникъ обязанъ, «по усмотрѣнію суда и соразмѣрно съ его собственнымъ состояніемъ, доставить по обману обвинчанной съ нимъ средства приличнаго ея состоянію существованія, до вступленія ея въ другое супружество. Онъ долженъ обезпечить и участь дѣтей, рожденныхъ отъ сего брака». (Т. X, ч. I, ст. 666).

Квалифицированнымъ видомъ прелюбодѣянія надо считать и кровосмѣшеніе. Приговоръ уголовного суда за кровосмѣшеніе можетъ служить достаточнымъ основаніемъ для расторженія брака духовнымъ судомъ (Ул. о нак. ст. 1593—1597. Уст. Уг. Суд. ст. 30).

3) Неспособность къ брачному сожитію составляет поводъ къ разводу, при наличности слѣдующихъ условий: если она природная и вообще добрачная, и если со дня заключенія брака истекло не менѣе трехъ лѣтъ. Постановленія относительно этого повода, въ существѣ своемъ, основаны на правѣ до-петровскаго періода точнѣе—на правѣ византійскомъ: оттуда требованіе, чтобы неспособность была добрачною, оттуда ведетъ начало и срокъ (но требованіе, чтобы жена не знала до брака о неспособности мужа, не перешло къ намъ). Но затѣмъ распространеніе этого повода и на женъ принадлежитъ уже практикѣ послѣ-петровскаго періода. Понимая дѣйствующія постановленія въ ихъ точномъ смыслѣ, слѣдуетъ, съ точки зрѣнія ихъ, допустить, что и бракъ съ лицомъ, страдающимъ венерической болѣзнію (сифилисомъ), не можетъ быть расторгнутъ, даже и въ томъ случаѣ, если



болѣзнь нажита супругомъ до брака. Но женамъ самовольно оскотившихся дозволено выходить замужъ за другихъ, если пожелаютъ и будутъ о томъ просить (Высоч. Утв. 8 янв. 1824 г. Полож. Комит. Мин. Полн. Собр. зак. 2 янв. 1824 г. № 29728). По мнѣнію Св. Синода здѣсь нѣтъ развода въ собственномъ смыслѣ, а простое дозволеніе одному супругу, за оскотленіемъ другаго вступать въ новый бракъ (Григоровскій, 234). Но, вѣдь, дозволеніе одному супругу при жизни другаго вступить въ бракъ — прежде всего предполагаетъ разводъ или расторженіе брака.

Если супругъ, ищущій развода по неспособности другаго супруга, окажется самъ виновнымъ въ прелюбодѣянн, то это не лишаетъ его права на разводъ; ст. 134 зак. гражд. именно предполагаетъ такой случай.

Ниже мы увидимъ, что этотъ, столь ограниченный закономъ въ своемъ примѣненн, поводъ къ разводу стѣсненъ еще болѣе процессуальными постановленіями, въ противность византійскому праву, допускающему весьма широкую свободу въ доказательствахъ.

Послѣдствіе развода по причинѣ признанія супруга неспособнымъ къ брачному сожитію заключается въ воспрещенн ему новаго брака на всегда. Правило это принадлежитъ къ числу выработанныхъ русской практикой въ XVIII вѣкѣ. Римско-византійское воззрѣніе не знало этого закона. Чисто каноническія постановленія его тоже не подкрѣпляютъ<sup>1)</sup>.

Прелюбодѣянн и неспособность къ брачному сожитію составляютъ поводы къ разводу и для старообрядцевъ, согласно правиламъ 19 апрѣля 1874 г., причемъ неспособность къ брачному сожитію должна удовлетворять изложеннымъ выше условіямъ. (Т. X, ч. I, ст. 78).

4) Безвѣстное отсутствіе супруга и теперь, какъ и прежде, составляетъ для другаго поводъ къ разводу. Три факта должны быть констатированы, прежде чѣмъ духовный судъ приступить къ постановленію рѣшенія о разводѣ по безвѣстному отсутствію: должно быть удостовѣрено, что между просителемъ-супругомъ и отсутствующимъ былъ дѣй-

<sup>1)</sup> Впрочемъ, 48 пр. Василія В., можетъ быть, благодаря своему общему характеру, отнесено и сюда.



ствительно заключенъ бракъ, что супругъ находится въ безвѣстномъ отсутствіи (поэтому пребываніе даже многіе годы въ извѣстномъ отсутствіи и, такъ называемое, злонамѣренное оставленіе супруга не есть поводъ къ разводу по нашему законодательству—Т. X, ч. I, ст. 54), и что отсутствіе длилось узаконенный срокъ.

Изданныя 14-го января 1895 г. правила о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію одного изъ супруговъ слѣдующія:

1. Когда одинъ изъ супруговъ, отлучившись изъ мѣста своего жительства, будетъ въ продолженіи 5-ти или болѣе лѣтъ находится въ совершенно безвѣстномъ отсутствіи, то оставшемуся супругу дозволяется просить о расторженіи брака и о дозволении вступить въ новое супружество.

2. Просьба о расторженіи брака по случаю безвѣстнаго отсутствія одного изъ супруговъ, съ приложеніемъ метрической выписи о бракѣ, подается въ духовную консисторію по мѣсту жительства просителя.

3. Въ просьбѣ сей проситель обязанъ означить обязательно:

Гдѣ, со времени совершенія брака, проживали, постоянно или временно, супруги, совмѣстно или раздѣльно.

Когда и гдѣ въ послѣдній разъ супруги проживали вмѣстѣ и въ послѣдній разъ видѣлись; когда и при какихъ обстоятельствахъ началось безвѣстное отсутствіе супруга, когда и откуда получены были послѣднія о немъ свѣдѣнія.

Есть-ли у обоихъ супруговъ какое-либо недвижимое имущество, какое именно и гдѣ таковое находится.

Изъ какого рода и сословія происходятъ оба супруга, какія были занятія или служба отсутствующаго супруга, состоятъ ли въ живыхъ родители того и другаго супруга и гдѣ проживаютъ. Сверхъ того, проситель обязанъ означить поименно всѣхъ извѣстныхъ ему родственниковъ, какъ своихъ, такъ и отсутствующаго супруга, съ означеніемъ ихъ званія, извѣстнаго просителю мѣста ихъ жительства и съ указаніемъ принадлежащаго имъ недвижимаго имѣнія.

4. Проситель можетъ представить всякія, имѣющіяся въ его распоряженіи, письменныя доказательства, удостоверяющія безвѣстное не менѣе 5-ти лѣтъ отсутствіе супруга, а



также указать лица, могущія подтвердить обстоятельства, приводимыя имъ въ подкрѣпленіе своего иска.

Примѣчаніе 1-е. Женамъ нижнихъ чиновъ, совершившихъ побѣгъ со службы, пропавшихъ на войнѣ безъ вѣсти и взятыхъ непріятелемъ въ плѣнъ, дозволяется просить о расторженіи брака на основаніи правилъ указанныхъ въ ст. 56 Зак. Гражд. (Т. X, ч. I) (т. е. по истеченіи 5 лѣтъ). Высочайше Утвержд. 19 сентября 1907 г. Полож. Совѣта Министровъ постановлено: дѣйствіе ст. 56 зак. гр. (т. X, ч. I, изд. 1900 г.) предусматривающей порядокъ расторженія браковъ пропавшихъ безъ вѣсти нижнихъ воинскихъ чиновъ, распространить на всѣхъ вообще военнослужащихъ съ сокращеніемъ указаннаго въ этой статьѣ пятилѣтняго срока до двухъ лѣтъ.

5. Приступая къ производству по прошенію, Консistorія разсылаетъ, соображаясь съ показаніями, сдѣланными въ прошеніи, повѣстки, чрезъ полицейскія управленія, къ родителямъ и родственникамъ супруговъ, а равно ко всѣмъ тѣмъ лицамъ, которыя могутъ имѣть ближайшія свѣдѣнія объ отсутствующемъ супругѣ, обстоятельствахъ его отлучки и о дальнѣйшей судьбѣ его. Въ сихъ повѣсткахъ означенныя лица извѣщаются о начатомъ дѣлѣ и обязуются доставить въ Консistorію отзывы о томъ, что имъ извѣстно объ отлучкѣ супруга и о дальнѣйшей судьбѣ его.

6. Независимо отъ сего, Консistorія, буде признаетъ нужнымъ, относится въ Губернское Правленіе по мѣсту послѣдняго жительства отсутствующаго супруга, по мѣсту его службы и занятій и по мѣсту нахождения недвижимаго его имущества, о спросѣ надлежащихъ лицъ относительно его личности.

7. Одновременно съ принятіемъ указанныхъ выше мѣръ дѣлается распоряженіе о напечатаніи въ издаваемыхъ отъ Святѣйшаго Синода и рассылаемыхъ во всѣ приходы Церковныхъ Вѣдомостяхъ объявленія о предъявленномъ искѣ. Въ семъ объявленіи означаются обстоятельно имена и званія просителя и отсутствующаго супруга, съ указаніемъ на время и мѣсто совершенія брака и время отлучки. Силою сего объявленія всѣ мѣста и лица, могущія имѣть свѣдѣнія



о пребываніи отсутствующаго супруга, обязываются немедленно доставить оныя въ Консисторію.

8. Съ полученіемъ достовѣрнаго извѣстія о мѣстѣ пребыванія безвѣстно отсутствующаго супруга, или за смертію одного изъ нихъ, дѣло прекращается.

9. По истеченіи года со времени напечатанія объявленія, Консисторія, по ходатайству просителя, приступаетъ къ разсмотрѣнію обстоятельствъ дѣла, и, буде не окажется въ ономъ показаній или свѣдѣній, возбуждающихъ сомнѣніе въ безвѣстномъ отсутствіи супруга, полагаетъ рѣшеніе о расторженіи брака и о дозволеніи просителю вступить въ новое супружество.

10. Сужденіе о винѣ безвѣстно отсутствующаго супруга, если бракъ будетъ расторгнутъ, отлагается до явки его, или обнаруженія мѣста пребыванія. (Полагать надо, что это сужденіе о виновности связано съ вопросомъ о дозволенности или недозволенности брака для безвѣстно отсутствующаго).

11. Дѣла о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію рѣшаются епархіальнымъ начальствомъ окончательно.

12. Недовольнымъ рѣшеніями и постановленіями епархіальнаго начальства дозволяется приносить, чрезъ Духовную Консисторію, на имя Святѣйшаго Синода, жалобы въ двухъмѣсячный со времени объявленія тѣхъ рѣшеній или постановленій срокъ. (Высоч. повел. 14 янв. 1895 г.).

5) Присужденіе одного изъ супруговъ къ наказанію, соединенному съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, если другой супругъ не послѣдуетъ добровольно за осужденнымъ, составляетъ поводъ къ разводу для невиннаго супруга. Этотъ послѣдній имѣетъ право (согласно ст. 27, п. 1 прим. по продолж. 1895 г. и ст. 46, прим. 2 по прод. 1895 г. Улож. о нак.) «просить свое духовное начальство о совершенномъ расторженіи брака, которое въ разрѣшеніи сей просьбы руководствуется правилами своего исповѣданія». Это постановленіе закона, относительно руководства въ вопросахъ о разводѣ по разсматриваемому поводу правилами соотвѣтственнаго вѣроисповѣданія, надо понимать условно, а именно: оно должно имѣть полное приложеніе лишь постольку, поскольку свѣтское законодательство отказалось отъ регулированія развода между лицами того или другаго вѣроисповѣданія. Вотъ



почему постановление это не имѣтъ, прежде всего, примѣненія къ лицамъ православнаго вѣроисповѣданія, для которыхъ законы, изданные свѣтской властью по вопросамъ религіи, обязательны на ряду съ церковными. Эта оговорка необходима, въ виду того, что правила православнаго вѣроисповѣданія, сами по себѣ, независимо отъ постановлений I ч., X т. и соотвѣтствующихъ ему въ данномъ вопросѣ постановлений Уст. Дух. Конс., даютъ не разрѣшеніе, а воспрещеніе такого развода. Въ силу этой-же причины свѣтскія правила о разводѣ по разсматриваемому поводу обязательны для нашихъ старообрядцевъ (Т. X, ч. I, ст. 78). Напротивъ, для лицъ остальныхъ вѣроисповѣданій они обязательны лишь на столько, на сколько совмѣстимы съ правилами религіи. (Т. XI, ч. I, ст. 369, п. 10). Вотъ почему разводъ по этой причинѣ совершенно не мыслимъ для католиковъ. (Пол. о союзѣ брачномъ, 1836 г. ст. 1 и 62).

Закономъ 14-го Декабря 1892 г. допущенъ разводъ вслѣдствіе присужденія супруга къ ссылкѣ на житье, только для православныхъ и старообрядцевъ. А именно: относительно расторженія браковъ между лицами православнаго вѣроисповѣданія, смѣшанныхъ браковъ лицъ православнаго съ лицами иныхъ исповѣданій, а равно браковъ старообрядцевъ, постановлены слѣдующія правила:

1) Супруги лицъ, присужденныхъ къ ссылкѣ на житье въ Сибирь съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, не послѣдовавшихъ за осужденными въ мѣсто ссылки, могутъ, по истеченіи двухъ лѣтъ со дня вступленія въ законную силу судебного о ссылкѣ приговора, просить о расторженіи брака подлежащую, по мѣсту совершенія онаго, духовную консисторію.

2) Супруги старообрядцевъ обращаются въ подлежащій окружный судъ по мѣсту своего жительства.

Лица (православныя или старообрядцы), присужденныя къ ссылкѣ на житье въ Сибирь, съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, если супруги ихъ не послѣдовали за ними въ мѣсто ссылки, могутъ, по истеченіи двухъ лѣтъ, со дня вступленія въ законную силу судебного приговора, просить подлежащую духовную консисторію о расторженіи брака и о разрѣшеніи вступить въ новый. Ста-



рообрядцы должны обращаться въ подлежащій окружный судъ по мѣсту записи брака въ метрическую книгу. (Тамъ-же ст. 501, допол. по прод. 1895 г.).

Законъ, допустившій разводъ на основаніи присужденія къ ссылкѣ на житье какъ для невиннаго, такъ и для виновнаго супруга и для послѣдняго, при лишеніи его всѣхъ правъ состоянія, является существенно важнымъ нововведеніемъ не только потому, что онъ облегчилъ свободу разводовъ, прибавивъ новые поводы, не только потому, что бракоразводное право пополнилось новымъ законодательнымъ актомъ, исходящимъ отъ свѣтскаго законодателя послѣ весьма продолжительнаго молчанія его; но, главнымъ образомъ, потому, что введены новые поводы чисто свѣтскаго характера и притомъ не имѣющіе достаточно исторической традиціи въ прошломъ. Присужденіе къ вѣчной каторгѣ уподоблялось смерти присужденнаго: «подобно яко-бы умре», говорилось въ петровскомъ указѣ. Теперь присужденіе лишь къ исправительному наказанію одного супруга оказывалось достаточнымъ поводомъ къ разводу для другаго.

Однако возникаетъ сомнѣніе, сохранился-ли этотъ законъ въ силѣ: ссылка на поселеніе въ Сибирь и Закавказье, равно и ссылка на житье въ Сибирь и другія, кромѣ Сибирскихъ, отдаленныя губерніи отмѣнена; при чемъ ссылка на поселеніе въ Сибирь и Закавказье замѣнена или ссылкой на поселеніе въ мѣстностяхъ къ тому предназначенныхъ, или отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія, а ссылка на житье замѣнена или отдачею въ исправительныя арестантскія отдѣленія, или заключеніемъ въ тюрьмѣ на опредѣленный срокъ. (Указъ 12 іюня 1900 г. и Высоч. утв. 10 іюня 1900 г. мнѣніе Госуд. Сов. Собр. Узак. 1900 г. № 67). Допуская разводъ на основаніи ссылки на житье законодатель, очевидно, отправлялся отъ мысли, что разъ фактически безповоротно (при нежеланіи невиннаго супруга слѣдовать за виновнымъ въ ссылку) бракъ прекращенъ, нѣтъ причины сохранять его и юридически цѣлымъ. Наказанія, замѣнившія ссылку на житье — срочныя и посему не могутъ служить основаніемъ для расторженія супружескаго союза.

Невинный супругъ сосланнаго въ каторгу или на поселеніе пользуется правомъ развода при одномъ условіи, если



онъ не послѣдуетъ добровольно за осужденнымъ, для продолженія съ нимъ супружескаго сожитія (У. Д. К., ст. 225. Т. X., ч. I, ст. 50 и Ул. о нак., ст. 27). Это слѣдованіе законъ признаетъ отказомъ отъ права на разводъ по рассматриваемому поводу и притомъ отказомъ безповоротнымъ<sup>1)</sup>. Правило закона, что новое присужденіе къ лишенію всѣхъ правъ состоянія сосланнаго супруга за новое преступленіе, сдѣланное въ ссылкѣ, можетъ создать поводъ къ разводу (Т. X., ч. I, ст. 52 и Уст. Дух. Конс., ст. 226), строго говоря, даже лишнее: оно разумѣется само собою, какъ разумѣется само собою, что оставшійся въ силѣ бракъ, вслѣдствіе послѣдованія невиннаго супруга за виновнымъ, можетъ быть расторгнутъ по прелюбодѣянію, неспособности къ брачному сожитію или 5-лѣтнему безвѣстному отсутствію послѣдняго, хотя объ этомъ законъ и умалчиваетъ.

Такимъ-же прямымъ и необходимымъ логическимъ выводомъ изъ указаннаго выше кореннаго правила является и слѣдующее постановленіе закона: «жены возвращенныхъ, по Высочайшему милосердію или новому приговору суда, изъ ссылки, если въ продолженіи оной не послѣдовало съ разрѣшенія надлежащаго начальства распоряженій, уничтожающихъ бракъ ихъ, и онѣ о расторженіи его не просили, имѣютъ оставаться въ прежнемъ съ ними брачномъ союзѣ неразлучными. То-же разумѣется и о мужьяхъ, коихъ жены по судебному рѣшенію подвергнуты ссылкѣ съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія (Зак. гр., ст. 53). Иначе и быть не должно: разъ бракъ не расторгнутъ, связь супружеская продолжаетъ свою легальную силу. Только нѣкоторое, хотя и вполне разумное, отклоненіе отъ строгости принципа заключаетъ въ себѣ постановленіе, что и одного заявленія просьбы оставшагося супруга достаточно для того, чтобы бракъ его съ сосланнымъ считался подлежащимъ расторженію.

Строго говоря, пока нѣтъ развода, нельзя вести рѣчи о несуществованіи брака, но справедливо предоставить льготу невинному супругу: допустить возможность развода, разъ сей

<sup>1)</sup> „Оставшійся въ своей силѣ бракъ, вслѣдствіе послѣдованія за осужденнымъ“, говорятъ ст. 52, X т. и 226, У. Д. К.



супругъ станетъ хлопотать объ этомъ. Слѣдовательно, въ силу такого смысла статьи, надо дозволить разводъ указанному супругу, не взирая на возвращеніе сосланнаго домой по новому приговору суда, если только просьба о разводѣ была заявлена въ періодъ ссылки супруга<sup>1)</sup>. Но дальше этого не нарушая законъ, идти нельзя: поэтому вступленіе въ бракъ, не прося развода, будетъ воспрещенной закономъ бигаміей, которая не можетъ оправомѣриться послѣдующимъ ходатайствомъ о разводѣ и, слѣдовательно, такой бигамическій бракъ не помѣщаетъ возвратившемуся изъ ссылки супругу требовать продолженія сожителства съ оставшимся дома супругомъ.

Таковы коренныя правила. Примѣненіе ихъ на практикѣ можетъ возбудить вопросъ, съ какого момента надо считать безповоротно высказаннымъ желаніе невиннаго супруга продолжать бракъ съ сосланнымъ, такъ какъ оно можетъ быть выражено до отправки въ ссылку осужденнаго, заявлено официально послѣ отправки, наконецъ, самое слѣдованіе за супругомъ имѣетъ-ли безповоротный характеръ. Намъ кажется, что вопросъ этотъ разрѣшается буквальнымъ смысломъ закона, говорящаго, что бракъ остается въ силѣ «буде (оставшійся супругъ) не послѣдуетъ добровольно за осужденнымъ для продолженія супружескаго сожитія». Стало быть, законъ предполагаетъ два факта — фактъ слѣдованія или, точнѣе, прибытія на мѣсто ссылки и соединеннаго съ нимъ заявленія предъ официальной властью (полицейской), что слѣдованіе имѣло цѣлью продолжать бракъ съ сосланнымъ. Съ этого момента надо считать выраженіе воли невиннаго супруга окончательнымъ и безповоротнымъ.

Лица всѣхъ исповѣданій, приговоренныя къ ссылкѣ въ каторжныя работы, или на поселеніе, съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, если супруги ихъ не послѣдовали за ними въ мѣсто ссылки, могутъ просить о расторженіи брака и о разрѣшеніи вступить въ новый бракъ: ссыльно-каторжные перваго разряда черезъ три года, втораго разряда черезъ два года, а третьяго разряда чрезъ одинъ годъ, послѣ посту-

---

<sup>1)</sup> Ср. Ук. 1807 г. 16 авг. II С. З., № 22591.



пленія въ отрядъ исправляющихся, какъ между собою, — хотя-бы сроки, которые имъ слѣдуетъ пробыть въ работахъ были не одинаковы,—такъ и съ ссыльными, лишенными всѣхъ правъ состоянія; а ссыльно-поселенцы—по истеченіи двухъ лѣтъ со дня вступленія въ законную силу судебного о нихъ приговора. Просьбы сихъ лицъ о расторженіи брака подаются подлежащему, по мѣсту совершенія онаго, духовному начальству. Просьбы старообрядцевъ въ подлежащій окружный судъ (Св. Учр. и Уст. о ссыльныхъ, ст. 409 доп. прод. 1895 г.). Такимъ образомъ и здѣсь окончательное рѣшеніе вопроса о разводѣ зависитъ отъ правилъ вѣроисповѣданія преступника.

Сверхъ вышеуказанныхъ пяти поводовъ къ разводу, дѣйствующему праву извѣстны еще слѣдующіе:

6) Принятіе монашества обоими супругами по взаимному согласію, если они достигли узаконенныхъ для того лѣтъ (по духовному Регламенту жена должна имѣть не менѣе 50 л.) и не имѣютъ малолѣтнихъ дѣтей, требующихъ родительскаго призрѣнія (т. IX, изд. 1899 г. ст. 413).

7) Принятіе крещенія однимъ изъ супруговъ не-христіанъ—если не обратившійся супругъ не пожелаетъ жить съ обращеннымъ или не дастъ обязательства воспитывать дѣтей, если они родятся, въ православной вѣрѣ, а также не укорятъ и не совращать обратившагося супруга (ст. 80-83).

8) Посвященіе мужа въ епископы—поводъ фактически не примѣнявшійся и въ предшествовавшій періодъ.

О состоявшемся рѣшеніи епархіальнаго начальства о расторженіи брака и о послѣдствіяхъ развода для обоихъ супруговъ должна быть сдѣлана отмѣтка въ обыскныхъ и метрическихъ книгахъ, а также и въ гражданскихъ документахъ (Церк. ук. Св. Синода 28 іюня 1888 г. № 10. Григоровскій, стр. 218, 219).

## **II. О расторженіи брака между лицами инославныхъ исповѣданій и нехристіанъ.**

1) Римско-католическое вѣроисповѣданіе развода совсѣмъ не признаетъ, но ему извѣстно разлученіе супруговъ отъ стола и ложа на время опредѣленное или



неопредѣленное. Разлученіе на время неопредѣленное влечетъ за собою послѣдствія расторженія брака, сохраняя только неразрывный брачный союзъ, препятствующій супругамъ вступить въ новый бракъ. Разлученіе на время опредѣленное не уничтожаетъ гражданскихъ послѣдствій брака. Разлученіе можетъ быть опредѣляемо и по взаимному согласію супруговъ, но не иначе какъ въ случаѣ уважительныхъ причинъ.

Основаніями разлученія признаются: 1) прелюбодѣяніе, 2) жестокое обращеніе одного супруга съ другимъ, 3) уличеніе одного изъ супруговъ въ преступленіи или проступкѣ, подвергающемъ его суду и уголовному наказанію, или понужденіе другаго къ учиненію преступления. (Полож. о союз. брачн., ст. 1, 62, 66, 67, 228, 229, 267, 268, 230, 269).

2) Согласно постановленіямъ евангелическо-лютеранскаго и реформатскаго вѣроисповѣданія законными причинами къ разводу признаются: 1) нарушеніе супружеской вѣрности, 2) злонамѣренное оставленіе одного супруга другимъ, 3) долговременная, болѣе 5-ти лѣтъ продолжающаяся, хотя и непроизвольная, отлучка одного изъ супруговъ, 4) отвращеніе или неспособность къ сожитію, 5) неизлѣчимая прилипчивая болѣзнь, 6) сумасшествіе, 7) развратная жизнь, 8) жестокое и угрожающее опасностью жизни обхожденіе, ругательства, иныя чувствительныя оскорбленія, 9) доказанное судебнымъ порядкомъ намѣреніе лишить жизни или чести супруга, 10) тяжкое преступленіе, подвергающее смертной казни, замѣняющимъ оную наказаніямъ или ссылкѣ на поселеніе, въ томъ числѣ и противоестественные пороки (Уст. Ин. Исп., т. X, ч. 1, ст. 369).

3) Разводъ у магометанъ допускается: а) по требованію жены въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) при лишеніи мужа всѣхъ правъ состоянія, 2) при безвѣстномъ отсутствіи его въ теченіи 5 лѣтъ, 3) вслѣдствіе супружеской невѣрности, безумія, оскорбленія и полового безсилія мужа; б) по усмотрѣнію мужа, что возможно, если онъ совершеннолѣтній, въ здоровомъ умѣ и пользуется свободнымъ произволеніемъ, а жена состоитъ въ законномъ и постоянномъ бракѣ и не беременна; в) по обоюдному согласію съ вознагражденіемъ мужа за разводъ; г) вслѣдствіе взаимнаго отвращенія супруговъ;



д) по обряду проклятiя, при двухъ основанiяхъ: 1) при обвиненiи жены въ прелюбодѣянiи и 2) непризнанiи мужемъ дитяти своимъ (см. Малышевъ, Курсъ общ. гражд. права Россiи. Особое прил. 1896, 1932, 1976, 2000, 2195 — 2208, 2221 — 2226).

4) Разводъ у евреевъ. Основныя начала и правила Моисеева закона касательно развода у евреевъ, извлеченныя изъ Талмуда и другихъ религiозныхъ сочиненiй, имѣющихъ обязательную силу, находятся въ канонической книгѣ Эбенгезеръ. Въ этой книгѣ высказано такое положенiе относительно правъ мужа на разводъ: чтобы мужъ не давалъ своей женѣ развода безъ причинъ важныхъ, по крайней мѣрѣ на столько, чтобы онѣ въ глазахъ всякаго богобоязненнаго человѣка казались уважительными. Причемъ, если приведенныя мужемъ причины не признаются женою дѣйствительными для развода, то рѣшенiе раввина въ присутствii двухъ духовныхъ лицъ разрѣшаетъ вопросъ о дѣйствительности развода.

Для жены причины развода съ мужемъ назначены слѣдующiя: 1) физическiе недуги мужа, воспослѣдовавшiе или открытые уже послѣ заключенiя брака и дѣлающiе невозможнымъ сожитiе; 2) когда мужъ, по заключенiи брака, приметъ на себя такiе труды и обязанности, которые угрожаютъ женѣ опасностью лишиться жизни и здоровья; 3) если мужъ предается безрасуднымъ привычкамъ и наклонностямъ, угрожающимъ женѣ потерю жизни; 4) если мужъ по лѣности или злоумышленiю не хочетъ работать и доставлять женѣ средства къ жизни, 5) когда мужъ приметъ другую вѣру. Согласно постановленiю другихъ церковныхъ книгъ евреевъ (глав. обр. Талмуда) мужъ обязанъ развестись съ женой: 1) если не доставляетъ женѣ пропитанiя и содержанiя, 2) если онъ не сожительствуетъ съ ней, или въ теченiи 10 лѣтъ супружеской жизни окажется неспособнымъ къ брачной жизни, 3) если мужъ страдаетъ особою болѣзнью полости рта или носа, распространяющею невыносимыя испаренiя, 4) если онъ доведетъ себя до снисканiя средствъ къ существованiю собиранiемъ собачьяго помета, дубленiемъ кожъ, или добыванiемъ руды, а равно, если страдаетъ проказой (Малышевъ, 1993, 1931, 1971, 1967).



Изложенное показывает, что наше бракоразводное право какъ и брачное, отличается крайнимъ разнообразіемъ началъ, что вытекаетъ, какъ необходимое слѣдствіе, изъ подчиненія брачнаго института въ его существѣ правиламъ религіи<sup>1)</sup>.

## **б) Процессуальныя постановленія о разводѣ.**

1. Общія процессуальныя постановленія. 2. Отдѣльные виды бракоразводнаго процесса.

### *1. Общія процессуальныя постановленія.*

Дѣйствующее бракоразводное процессуальное право, какъ и матеріальное, не только въ существѣ своемъ, но и во многихъ отдѣльныхъ постановленіяхъ, есть продуктъ предшествовавшаго періода. Уставъ Духовныхъ Консисторій, въ которомъ содержится дѣйствующій бракоразводный процессъ, въ большинствѣ случаевъ, только свелъ и редактировалъ правила, прежде изданныя законодательнымъ путемъ и выработанныя духовно-судебной практикой. Основные начала и особенности дѣйствующаго бракоразводнаго процесса слѣдующія:

1) Этотъ процессъ не чисто судебного характера. Въ немъ перемѣшаны функціи судебныя съ административными. Такъ всякое рѣшеніе консисторіи (которая сама представляетъ собою не только судебную, но и правительственную инстанцію), можетъ быть измѣнено, отмѣнено и даже совсѣмъ замѣнено новымъ — административною властью епархіальнаго архіерея. Послѣдняя инстанція по бракоразводнымъ дѣламъ—

<sup>1)</sup> Проектъ Гражд. Уложенія не вноситъ существенныхъ и серьезныхъ измѣненій въ дѣйствующее бракоразводное право. Впрочемъ авторы проекта, откровенно высказываютъ, что они поставили себѣ задачей представить не столько законодательную, сколько компилятивную литературную работу «систематическую сводку брачнаго права всѣхъ существующихъ въ Россіи исповѣданій». Вслѣдствіе этого они проявляютъ крайнюю робость въ своихъ нововведеніяхъ. Къ существующимъ поводамъ къ разводу они предлагаютъ присоединить: посягательство на жизнь супруга или жестокое, опасное для жизни и здоровья съ нимъ обращеніе, если виновность супруга отвѣтника признана вошедшимъ въ силу приговоромъ уголовного суда — условіе которое на практикѣ можетъ весьма затруднить пользованіе этими поводами. (См. мою статью „О проектѣ семейственнаго права“. Ж. Мин. Юстиціи 1903 г. № 2).



Синодъ есть учрежденіе не по названію только («Правительствующій») но и по существу на столько-же, если не болѣе, правительственное, на сколько и судебное. При пересмотрѣ рѣшеній консисторіей и резолюціи архіереевъ, онъ дѣйствуетъ одновременно и въ роли высшаго административнаго, и въ роли судебного органа.

2) Консисторскій процессъ смѣшаннаго характера—обвинительнаго и слѣдственнаго. Хотя инициатива бракоразводнаго дѣла и принадлежитъ заинтересованной сторонѣ, но въ дальнѣйшемъ движеніи процесса (по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ видахъ его) судъ пользуется мѣрами слѣдственными: самъ ex officio собираетъ доказательства, сносится для этого съ подлежащими учрежденіями, назначаетъ увѣщаніе супругамъ, переноситъ дѣло на ревизію въ высшую инстанцію. Элементъ обвинительный сохранился, какъ остатокъ нѣкогда дѣйствовавшей «формы суда»; элементъ слѣдственный—результатъ позднѣйшей бракоразводной практики и законодательства.

3) Настоящій процессъ по бракоразводнымъ дѣламъ, главнымъ образомъ, письменный; устное состязаніе сторонъ, хотя и допускается (при производствѣ дѣлъ о разводѣ по искамъ супруговъ, т. е. по прелюбодѣянію и неспособности), но съ обязательствомъ заносить устные рѣчи въ протоколъ.

4) Консисторское производство не гласное и не публичное.

5) Это процессъ, построенный на формальной теоріи доказательствъ, т. е. на той теоріи, которая ставитъ выше вѣроятность истины, при наличности извѣстныхъ условій, чѣмъ дѣйствительное убѣжденіе судьи въ существованіи или несуществованіи спорнаго факта.

Обращаемся засимъ къ отдѣльнымъ правиламъ этого процесса и прежде всего къ постановленіямъ, касающимся органовъ процесса.—Первая инстанція есть епархіальная духовная консисторія, подчиненная епархіальному архіерею (Уст. Дух. Кон., ст. 1).

Расторженіе браковъ смѣшанныхъ — православнаго съ инославной, или браковъ лицъ инославнаго исповѣданія, но повѣнчанныхъ православными священниками, или лицъ, присоединившихся впослѣдствіе къ православной церкви, подле-



жать компетенціи судовъ духовныхъ православной церкви (т. XVI ч. II Зак. Суд. Гражд. изд. 1892 г. ст. 454, т. X ч. I ст. 73, 65. Уст. Дух. Кон. ст. 237, Цирк. ук. Св. Синода 15 іюня 1887 г. № 13).

Вторая ревизіонная и апелляціонная инстанція есть Синодъ (Уст. Д. Конс., ст. 215, 235, 237). Окончательной компетенціи мѣстнаго епархіальнаго начальства подлежатъ: «дѣла о расторженіи браковъ по присужденію одного изъ супруговъ къ наказанію, влекущему за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія; но епархіальное начальство о всякомъ, данномъ отъ него разрѣшеніи на вступленіе въ бракъ по этой причинѣ, доносить Св. Синоду» (У. Д. К., ст. 229); 2) дѣла о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію (Высоч. пов. 10 декабря 1903 г. Собр. Узак. и расп. прав. № 30 отъ 21 февраля 1904 г. и Церк. Вѣд. № 13—14, 1904 г. ст. 127. Григоровскій, стр. 255).

Территоріально дѣла между консисторіями распредѣляются такъ: «дѣла о расторженіи браковъ вчинаются въ тѣхъ епархіяхъ, въ которыхъ обязанные ими супруги имѣютъ постоянное мѣсто жительства, причемъ для опредѣленія мѣста жительства взять признакъ офіціальный (У. Д. К., ст. 224 и прим.) и нерѣдко фиктивный — приписка вмѣсто дѣйствительной осѣдлости (Ср. ст. 204 Уст. Гражд. Суд.). Впрочемъ, постановленіе это находится въ коллизіи съ Выс. ук. Прав. Сенату отъ 5 Окт. 1906 г., въ которомъ сказано: предоставить сельскимъ обывателямъ и лицамъ другихъ бывшихъ податныхъ сословій свободу избранія мѣста постоянного жительства на одинаковыхъ основаніяхъ съ лицами другихъ сословій, признавъ согласно сему постояннымъ мѣстомъ ихъ жительства не мѣсто приписки, а мѣсто, гдѣ они по службѣ или занятіямъ, или промысламъ, или недвижимому имуществу имѣютъ осѣдлость либо домашнее обзаведеніе (п. 5). Въ силу этого, прим. къ ст. 224. Уст. Дух. Консисторій надо считать потерявшимъ силу.

Относительно сторонъ общимъ правиломъ признается необходимость ихъ личной явки: «повѣренные-же допускаются не иначе, какъ по болѣзни истца или отвѣтчика, засвидѣтельствованной Врачебнымъ Отдѣленіемъ Губ. Правленія, за отсутствіемъ по службѣ, или въ другихъ заслуживающихъ ува-



женія обстоятельствахъ, и то не иначе, какъ по опредѣленію епархіальнаго начальства (ст. 241).

Приведенной статьей дается консисторіи возможность почти вполнѣ устранить представительство, при желаніи ея, что для нѣкоторыхъ лицъ будетъ равняться закрытію пути къ правосудію (напр., тяжело больнымъ и не могущимъ вслѣдствіе этого прибыть въ губернской городъ для освидѣтельствованія)<sup>1)</sup>.

Общій порядокъ движенія бракоразводнаго процесса слѣдующій. По вступленіи просьбы о разводѣ въ консисторію непосредственно или-же вслѣдствіе передачи ея отъ архіерея, дѣло готовится столоначальникомъ къ докладу: составляются подробныя записки, выводятся справки, выписываются «приличные» законы. Дѣла докладываются секретаремъ или, подъ его руководствомъ, столоначальникомъ. Членъ, по части котораго производится докладъ, можетъ также «объяснять дѣло». Послѣ доклада слѣдуетъ обсужденіе дѣла: «при разногласіи Членовъ, Секретарь объясняетъ существо дѣла и докладываетъ о законахъ, на которыхъ можетъ быть основано единогласное рѣшеніе. Такимъ же образомъ поступаетъ онъ и при единогласномъ рѣшеніи, если-бы оное не согласовлось съ обстоятельствами дѣла или законами (ст. 315)<sup>2)</sup>. Архіерей или утверждаетъ заключеніе консисторіи, если найдетъ его правильнымъ, или-же возвращаетъ его обратно въ консисторію для новаго пересмотра или дополненія, если найдетъ его неправильнымъ или изложеніе дѣла неполнымъ, а самое дѣло недостаточно обслѣдованнымъ. Послѣ

<sup>1)</sup> На сколько сужена роль представительства въ консисторскомъ Уставѣ, показываетъ слѣдующая статья: „если судоговореніе произведено повѣренными, то довѣрители должны прочесть оное и утвердить своимъ подписомъ или уполномочить на то кого-либо и о семъ подать просьбу въ Консисторію“ (ст. 238). Спрашивается, зачѣмъ здѣсь новое уполномочіе—тутъ какъ-бы предполагается недовѣріе сторонъ къ своимъ повѣреннымъ.

<sup>2)</sup> „Секретарь, если представленія его противу разногласныхъ или единогласныхъ рѣшеній не были уважены, отмѣчаетъ о томъ въ самыхъ журналахъ и протоколахъ, и подаетъ Преосвященному рапортъ, въ которомъ излагаетъ тѣ объясненія, какія представлялъ Членамъ“ (ст. 326).



этого новаго пересмотра, архіерей, въ случаѣ несогласія съ мнѣніемъ консисторіи, полагаетъ собственное рѣшеніе.—Засимъ дѣло переходитъ на ревизію въ Синодъ, если рѣшеніе не принадлежитъ къ разряду окончательныхъ (Уст. Дух. Конс., ст. 297, 299, 303, 305, 307, 308, 313—316, 318, 319, 325, 326, 328—330, 334).

Этотъ порядокъ разсмотрѣнія дѣлъ консисторіею показываетъ: 1) что дѣятельная и главнѣйшая роль, при изученіи дѣла, принадлежитъ не присутствію, а канцеляріи, которая не только подготавливаетъ фактическій матеріалъ, но и юридическій: подыскиваетъ «приличные законы»; 2) что самое постановленіе рѣшенія совершается подъ непосредственнымъ воздействиемъ и руководствомъ секретаря и 3) что рѣшенія консисторіи имѣютъ характеръ мнѣній, представляемыхъ на усмотрѣніе архіерея.

## *2. Отдѣльные виды бракоразводнаго процесса.*

Перейдемъ теперь къ разсмотрѣнію особенностей процедуры отдѣльныхъ видовъ бракоразводныхъ дѣлъ и прежде всего разводовъ:

1) По прелюбодѣянію и неспособности къ брачному сожитію одного изъ супруговъ. Послѣ полученія просьбы о разводѣ и послѣ принятія ея (если она не подлежитъ возвращенію вслѣдствіе формальныхъ причинъ. См. ст. 266 и 267 Уст. Гр. Суд., причины, въ нихъ поименованныя, распространены и на консисторское производство согл. опред. Св. Синода 19 октября—22 ноября 1883 г. №2102. Прав. Вѣстн. 1883 г. № 271) епархіальное начальство «поручаетъ довѣреннымъ духовнымъ лицамъ сдѣлать увѣщаніе супругамъ, чтобы они прекратили несогласіе христіанскимъ примиреніемъ и оставались въ брачномъ союзѣ». Увѣщаніе тяжущимся супругамъ предлагается чрезъ мѣстныхъ, по жительству ихъ, приходскихъ священниковъ, въ случаѣ же особой просьбы супруговъ—чрезъ духовниковъ или другихъ священниковъ по ихъ указанію. О результатѣ увѣщанія должно быть донесено консисторіи съ представленіемъ письменныхъ отзывовъ супруговъ. (См. Григоровскій, Сборн. пост. о бракѣ и разводѣ, изд. 9, стр. 190—192). Когда увѣщанія не достиг-



нутъ своей цѣли<sup>1)</sup> (ст. 240), тогда открывается формальное производство. Отвѣтчику выдается засвидѣтельствованная копія исковаго прошенія и назначается день явки (У. Д. К., ст. 245). Истцы и отвѣтчики, какъ указано выше, должны быть на лицо. Если отвѣтчикъ по вызову Консistorіи не является для судоговоренія, то она сообщаетъ объ этомъ мѣстной полиціи для принятія надлежащихъ мѣръ, съ назначеніемъ новаго срока на явку. Сверхъ того предоставляется истцу просить свѣтское начальство о побудительныхъ мѣрахъ къ исполненію таковаго требованія. Если и послѣ принятія этихъ мѣръ отвѣтчикъ не явится для судоговоренія, то епархіальное начальство приступаетъ къ рѣшенію дѣла безъ судоговоренія. Равно безъ судоговоренія рѣшается дѣло и въ томъ случаѣ, если мѣстожителство отвѣтчика неизвѣстно и онъ не явится по истеченіи 6-тимѣсячнаго срока со дня пропечатанія послѣдней публикаціи въ Сенатскихъ Объявленіяхъ (т. XVI ч. II. Зак. Суд. Гр. ст. 110, 112. Цирк. ук. Св. Синода 31 дек. 1852 г. и 12 февр. 1896 г.—См. Григоровскій, стр. 193 и 194). Послѣ явки сторонъ назначается судоговореніе. Тутъ предъявляются документы, если они есть, и выслушиваются стороны и свидѣтели.

Значеніе доказательствъ опредѣляется такъ: «главными доказательствами преступленія должны быть признаны: а) показанія двухъ или трехъ очевидныхъ свидѣтелей и б) прижитіе дѣтей внѣ законнаго супружества, доказанное метрическими актами и доводами о незаконной связи съ постороннимъ лицомъ. Затѣмъ, прочія доказательства, какъ-то: письма, обнаруживающія преступную связь отвѣтчика; показанія свидѣтелей, не бывшихъ очевидцами преступленія, но знающихъ о томъ по достовѣрнымъ свѣдѣніямъ или по слухамъ; показанія обыскныхъ людей о развратной жизни отвѣтчика, и другія,—тогда только могутъ имѣть свою силу, когда соединяются съ однимъ изъ главныхъ доказательствъ, или-же въ своей совокупности обнаруживаютъ преступленіе» (ст. 249). «Собственное признаніе отвѣтчика въ нарушеніи святости

<sup>1)</sup> Нѣсколько странно говорить о прекращеніи несогласій между супругами при разводѣ по неспособности, какъ будто конечное основаніе такого развода есть вражда между супругами.



брака прелюбодѣянiемъ не принимается въ уваженiе, если оно не согласуется съ обстоятельствами дѣла и не сопровождается доказательствами» (ст. 250). Таковы доказательства прелюбодѣянiя.

По окончанiи судоговоренiя составляется записка изъ дѣла и предлагается для рукоприкладства сторонамъ. Затѣмъ слѣдуетъ постановленiе рѣшенiя (ст. 252). Рѣшенiя епархіальнаго начальства по бракоразводнымъ дѣламъ объявляются обѣимъ сторонамъ (ст. 254). Недовольная рѣшенiемъ сторона имѣетъ право апеллировать въ Синодъ<sup>1)</sup>. Но и независимо отъ апелляціи, всѣ постановленiя консисторiи о расторженiи браковъ по прелюбодѣянiю и неспособности поступаютъ на ревизію Синода (ст. 237, 256).

Процессъ этотъ отличается слѣдующими особенностями:

1) Онъ крайне стѣснителенъ для тяжущихся вслѣдствіе воспрещенiя (почти полнаго) представительства.

2) Онъ не достигаетъ цѣлей правосудiя въ силу строго формальнаго характера доказательствъ, что касается прелюбодѣянiя. Очевидно, что, такъ называемыми, «прочими» доказательствами ст. 249 (письма супруговъ, показанiе свидѣтелей не-очевидцевъ и пр.), разъ они имѣютъ силу только тогда «когда соединяются съ однимъ изъ главныхъ доказательствъ или-же въ своей совокупности обнаруживаютъ преступленiе», пользоваться, въ первомъ случаѣ, бесполезно (потому что главное доказательство само рѣшаетъ дѣло), а во второмъ едва-ли возможно: ибо такая «совокупность» можетъ представиться рѣдко; во всякомъ случаѣ здѣсь необходима оцѣнка доказательствъ по внутреннему убѣжденiю суда, на что едва-ли рѣшится консисторiя. Остаются слѣдовательно: 1) свидѣтели — очевидцы такого факта, который меньше всего

---

<sup>1)</sup> „Если рѣшенiемъ епархіальнаго начальства предполагается расторгнуть бракъ: то недовольный симъ рѣшенiемъ долженъ объявить свое неудовольствiе подпискою въ Консисторiю въ теченiи 7-ми дней, послѣ объявленiя ему рѣшенiя и потомъ, въ теченiи двухъ мѣсяцевъ, представить въ Консисторiю отзывъ, съ изложенiемъ основанiй, по которымъ признаетъ рѣшенiе епархіальнаго начальства неправильнымъ. Сей отзывъ епархіальное начальство должно представить Святѣйшему Синоду, вмѣстѣ съ своимъ рѣшенiемъ, подлиннымъ дѣломъ и экстрактомъ изъ оногo“ (ст. 256).



предполагаетъ возможность очевиднаго свидѣтельства о немъ; 2) прижитіе незаконныхъ дѣтей, доказанное метрическими книгами и доводами о незаконной связи. Здѣсь предполагается два случая: 1-й, что въ гражданскомъ судѣ состоялось рѣшеніе о признаніи дитяти лица незаконнорожденнымъ (Уст. Гр. Суд. ст. 1346 и сл.), что потомъ, отмѣчено было въ метрическихъ книгахъ и 2-ой, что духовный судъ доводами истца убѣдится въ незаконнорожденности дѣтей отъ вѣтчицы. Первый случай явленіе рѣдкое, а второй—при формализмѣ консисторскаго производства,—доказательство, воспользоваться которымъ крайне трудно.

Наконецъ, что касается показанія обыскныхъ людей, то значеніе этого доказательства Св. Синодъ опредѣляетъ такъ: указаніе на показанія обыскныхъ людей относительно развратной жизни отвѣтчика, какъ на одно изъ числа второстепенныхъ доказательствъ совершеннаго симъ послѣднимъ нарушенія супружеской вѣрности, должно быть понимаемо только въ томъ смыслѣ, что если объ отвѣтчикѣ, по производившемуся о немъ по гражданскому вѣдомству дѣлу были уже учинены, по распоряженію подлежащихъ властей того же вѣдомства, повальный обыскъ, то показанія, данныя на этомъ обыскѣ, могутъ быть приняты духовнымъ судомъ въ соображеніе при разсмотрѣніи бракоразводнаго дѣла; по непосредственному же распоряженію духовнаго суда производство повальнаго обыска не должно быть учиняемо (Цирк. ук. Св. Синода 28 Авг. 1892 г. № 8. См. Григоровскій, стр. 202).

Результаты этой системы доказательствъ, что касается суда, слѣдующіе: а) пассивность роли его и безучастное отношеніе къ дѣлу—ибо судьями являются свидѣтели, строго говоря; б) насиліе надъ совѣстью судей, обязываемыхъ этой формальной правдой нерѣдко сознательно постановлять рѣшенія матеріально несправедливыя, что влечетъ за собою: в) упадокъ авторитета духовнаго суда. Что касается сторонъ: крайняя трудность, а иногда полная невозможность веденія подобныхъ процессовъ и дороговизна ихъ, между прочимъ, благодаря расходамъ на пріобрѣтеніе необходимыхъ «свидѣтелей—очевидцевъ».

Замѣчательно, что процессъ о разводѣ по искамъ супруговъ, сравнительно съ процессомъ предшествуемаго періода,



есть, можно сказать, шагъ назадъ. Того безпощаднаго формализма въ доказательствахъ, который господствуетъ теперь, тамъ не было; непремѣнной очевидности свидѣтельства не требовалось, а равно придавалось значеніе и другимъ фактамъ, такъ напр., отношеніямъ между подозрѣваемыми въ прелюбодѣяннѣ, поведенію супруговъ; равно и неспособность къ брачному сожитію доказывалось не одной только экспертизой.

Производство о разводѣ по неспособности къ брачному сожитію заключается главнымъ образомъ, въ освидѣтельствovanіи лица, оговариваемаго въ неспособности по требованію духовнаго суда въ присутствіи Врачебнаго Отдѣленія Губернскаго Правленія. Заключение Врачебнаго Управленія поступаетъ на утвержденіе Медицинскаго Совѣта Министерства Внутреннихъ Дѣлъ. Иногда, смотря по обстоятельствамъ дѣла, въ тѣхъ случаяхъ, когда обвиняемой въ неспособности стороною является мужъ, производится освидѣтельствованіе не только сего послѣдняго, но и жены истицы «на предметъ опредѣленія нахождения ея въ дѣвственномъ состояніи», какъ выражается Синодъ. Вообще же, соображаясь съ обстоятельствами дѣла, судъ можетъ признать необходимымъ освидѣтельствованіе обоихъ супруговъ. Иногда сверхъ освидѣтельствованія консисторія производитъ разслѣдованіе о томъ, жили-ли по вступленіи въ бракъ супруги совмѣстно и какъ долго, имѣли-ли, а если нѣтъ, то почему супружеское сожитіе и т. п. (Сепар. опред. Св. Синода 1853 г. № 196, 1855 г. № 11. Григорѣвскій, стр. 310). Легко понять—многіе-ли рѣшатся на разводъ по этой причинѣ, обставленной такой процедурой.

Что касается засимъ производства дѣлъ о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію, то правилами, изданными 14 января 1895 г., производство это значительно облегчено сравнительно съ недавнимъ временемъ, когда для удостовѣренія въ безвѣстномъ отсутствіи лицъ неподатныхъ классовъ требовалось собраніе справокъ во всѣхъ Губ. Правленіяхъ Имперіи.

Расторженіе браковъ вслѣдствіе многобрачія, т. е. заключенія новаго или новыхъ браковъ, при существованіи прежняго, подсудно консисторіи той епар-



хія, въ которой браки были совершены (Уст. ст. 207). Производство по такимъ дѣламъ двойственное—въ свѣтскихъ и въ духовныхъ судахъ. Поступивъ первоначально въ уголовный судъ съ цѣлью преслѣдованія многобрачія, какъ преступленія, они переходятъ на разсмотрѣніе духовнаго суда, который долженъ сообщить первому свѣдѣнію о совершеніи брака при существованіи уже другаго (Уст. Угол. Суд. 1013). Затѣмъ, послѣ постановленія приговора уголовнымъ судомъ, они возвращаются опять въ консисторію, для констатированія незаконности втораго брака, назначенія эпитиміи виновнымъ въ двоебрачіи (ст. 212) и наказанія духовныхъ лицъ, вѣнчавшихъ этотъ бракъ, отсюда они могутъ опять стать предметомъ сужденія свѣтскаго суда (гражданскаго), когда возникаетъ рѣчь о правахъ, вытекающихъ изъ втораго брака (ст. 1337 Уст. Гражд. Суд.).

Остальные поводы къ разводу въ процессуальномъ отношеніи не представляютъ никакихъ особенностей<sup>1) 2)</sup>.

Существующій бракоразводный процессъ есть институтъ, по справедливости, «ветхій деньми». Всѣ изложенныя выше особенности его (смѣшеніе суда и администраціи, преобладаніе слѣдственнаго элемента и письменности, порученіе канцеляріи судебныхъ функцій, отсутствіе гласности) суть

<sup>1)</sup> Изложеннымъ правиламъ подлежатъ и расторженія браковъ православныхъ съ иновѣрцами (Т. X. ч. I, ст. 73, 74, Уст. Д. К., ст. 257).

<sup>2)</sup> Признаваемые нашимъ законодательствомъ (Т. X., ч. I) поводы къ разводу для лицъ православнаго вѣроисповѣданія составляютъ легальные поводы къ разводу и для старообрядцевъ. Подсудность ихъ опредѣляется слѣдующимъ образомъ: дѣла о расторженіи браковъ, вслѣдствіе нарушенія супружеской вѣрности или неспособности къ брачному сожитію, вѣдаются окружнымъ судомъ по мѣсту жительства отвѣтчика. Дѣла о расторженіи браковъ съ лицами, лишенными всѣхъ правъ состоянія—по мѣсту жительства просителей. Дѣла о расторженіи браковъ по безвѣстному отсутствію одного изъ супруговъ—по мѣсту нахождения имущества отсутствующаго или по мѣсту записи брака въ метрическую книгу (Уст. Гр. Суд., ст. 1356<sup>1</sup>—49).—Всѣ эти дѣла производится общимъ порядкомъ, но съ заслушаніемъ заключенія прокурора, который въ дѣлахъ, въ которыхъ нѣтъ отвѣтчика, обязанъ собрать доказательства. Кромѣ того, къ производству дѣлъ по безвѣстному отсутствію примѣняются ст. 1536<sup>4</sup>, 1451—1460 Уст. Гражд. Суд. А въ дѣлахъ о расторженіи брака по прелюбодѣянью ст. 47, X т.: собственное признаніе, не подкрѣпленное обстоятельствами дѣла, не имѣетъ значенія.



вмѣстѣ съ тѣмъ и давно признанные и наукою, и практикою законодательствъ, въ томъ числѣ и нашего, недостатки процесса. Но самую большую язву составляетъ формальная теорія доказательствъ, пріютившаяся, какъ-бы въ насмѣшку надъ жизнью, именно въ той области судебной практики, гдѣ меньше всего должно быть формы<sup>1)</sup>.

Важный изъянъ бракоразводнаго процесса — двойственность компетенціи властей духовной и свѣтской. Отсюда коллизія между опредѣленіями той и другой, и надо сознаться, не къ выгодѣ духовнаго суда. Такъ уголовный искъ о прелюбодѣяннѣ, возбужденный въ свѣтскомъ судѣ, можетъ быть выигранъ, если только общая сумма представленныхъ на судъ фактовъ убѣдитъ присяжныхъ въ справедливости иска. Но тотъ-же искъ въ судѣ духовномъ (если предположить, что супругъ обиженный прекратилъ дѣло въ послѣднемъ и пе-

---

<sup>1)</sup> Вотъ какъ освѣщаетъ церковная газета эту сторону духовнаго процесса. „Церковно-Общественный Вѣстникъ“ подробно разбираетъ его и доказываетъ, что можно съ увѣренностью сказать, „что прямое нарушеніе супружеской вѣрности никогда почти не бываетъ причиною развода; онъ обыкновенно, является слѣдствіемъ или сдѣлки, или обмана. Часто случается такъ, что обвиненная судомъ сторона въ сущности является относительно правою. Бывали случаи, что мужъ продавалъ свою жену ея любовнику и принималъ на себя вину для того лишь, чтобы дать ей возможность выдти замужъ; бывали и такіе, когда онъ вынужденъ былъ всѣми силами и неправдами развязаться съ своею красивою половиною, даже съ принятіемъ на себя уголовного преступленія. Бывало наконецъ, что и жена, измученная невѣрностью мужа, нравственными и нерѣдко физическими страданіями, смѣло шла на позоръ и нищету, рѣшаясь признать себя виновною. Гнусный спектакль подготовлялся заранѣе: свидѣтели дѣлались очевидцами не случайнаго, а обдуманнаго факта. Иначе и быть не могло. Какъ ни глубоко современное нравственное паденіе, но во всякомъ случаѣ нельзя представлять Русь землею какого-то безстыднаго разврата при публикѣ. Еще чаще подобное достовѣрное свидѣтельство является совершенно вымышленнымъ, и „достовѣрные“ свидѣтели разыгрываютъ гнусную и преступную роль лже-свидѣтелей. Во всякомъ почти бракоразводномъ дѣлѣ фигурируетъ бракоразводныхъ дѣлъ мастеръ, за дорогую цѣну устранивающий достовѣрность, улаживающій дѣло съ какимъ-нибудь столоначальникомъ или секретаремъ консисторіи и подбирающій свидѣтелей изъ подонковъ общества. Сами судьи часто знаютъ это, но они обязаны вѣрить наглому надувательству, если только соблюдены всѣ требуемые закономъ условія“.



ренесъ въ первый) имѣтъ всѣ шансы на выигрышъ, если онъ не опирается на «очевидцевъ—свидѣтелей».

Такъ дѣла по многобрачію нерѣдко имѣютъ такую судьбу: судъ гражданскій оправдываетъ двоебрачника и косвенно какъ-бы признаетъ законнымъ его второй бракъ; судъ духовный обвиняетъ его, присуждаетъ къ церковному наказанію и расторгаетъ бракъ.—Въ дѣлахъ о неспособности нельзя не признать крайней стѣснительности въ доказательствахъ. Освидѣтельствованіе въ официалномъ медицинскомъ учрежденіи (обыкновенно обоихъ супруговъ) единственное и, надо сознаться, крайне тяжелое для сторонъ процессуальное средство. Старая практика была въ этомъ отношеніи не такъ формальна.

Таково наше дѣйствующее бракоразводное право. Въ своемъ историческомъ развитіи оно имѣтъ многія черты сродства съ западно-европейскимъ правомъ и нѣкоторыя черты отличія. И мы, какъ и другіе народы, начали свою историческую жизнь при значительной безпорядочности брачнаго, а въ томъ числѣ и бракоразводнаго, права. Вначалѣ и у насъ произволъ мужа рѣшалъ, сохранить-ли бракъ въ силѣ, или же отвергнуть неудобную ему жену. Постепенно, хотя и медленно, стала пріобрѣтать и жена нѣкоторое право голоса въ этомъ вопросѣ и, такимъ образомъ, вырабатывается практика разводовъ, по соглашенію или договору между супругами.

Христіанская религія, взявшая бракъ подъ свою защиту и надзоръ, ведетъ и на Западѣ и у насъ сильную борьбу и съ разводами односторонними и съ разводами двусторонними. Она желаетъ регулировать разводъ въ духѣ евангельскихъ правилъ и старается дѣйствовать въ этомъ отношеніи на законодателей. Но при этомъ она встрѣчаетъ весьма энергичный отпоръ въ нравахъ и обычаяхъ, противодѣйствовавшихъ упорядоченію бракоразводнаго права; но параллельно съ этимъ въ самой христіанской церкви постепенно обнаруживалось разногласіе относительно допустимости и недопустимости развода; вслѣдствіе этого законодательная практика направилась по двумъ противоположнымъ теченіямъ: запрета раз-



вода въ странахъ католическихъ и допущенія его въ странахъ православныхъ и протестантскихъ.

Вліяніе религій было столь сильно въ этомъ вопросѣ, что даже изъятіе на Западѣ брачнаго права изъ вѣдомства церкви и перенесеніе въ вѣдомство свѣтскаго законодательства не устранило вполнѣ церковной точки зрѣнія на этотъ предметъ.

У насъ брачное право въ основныхъ своихъ постановленіяхъ (у кореннаго русскаго населенія—православнаго) вырабатывалось общими силами церкви и государства, но получило нѣсколько своеобразное развитіе вслѣдствіе усвоенія нами брачнаго законодательства иноземнаго—византійскаго. Отсюда въ исторіи нашей наблюдается въ теченіи продолжительнаго времени нѣкоторая рознь и даже борьба между официальнымъ закономъ и неофициальнымъ народнымъ правосознаніемъ. Съ самаго начала нашей исторіи начинается это раздвоеніе въ русской мысли: старые нравы влекутъ русскаго человѣка къ прежней свободѣ разводовъ, новая культура—къ ограниченію этой свободы и къ упорядоченію разводовъ. Подъ вліяніемъ борьбы этихъ двухъ силъ жизнь направляется по діагонали параллелограмма ихъ. Представителямъ новой религій приходится уступать подъ напоромъ жизненной волны, а русской старинѣ по немного сдаваться подъ дѣйствіемъ христіанской проповѣди. Въ общемъ однако прогрессивное движеніе русскаго правосознанія, въ смыслѣ приближенія его къ христіанскому идеалу, было медленнымъ: слишкомъ несчастлива была судьба русскаго народа политическая, задерживавшая его развитіе, слишкомъ мало было къ нему притока здоровыхъ, культурныхъ источниковъ, слишкомъ низокъ былъ общій умственный и нравственный уровень его, чтобы онъ могъ скоро впитать въ себя соки евангельской истины. Мало того, даже византійскіе законы, рассчитанные тоже на нравы расшатанные, были для старой Руси не по плечу, такъ сказать, слишкомъ идеальны. И вотъ, вдобавокъ къ византійскимъ, появляются еще свои, выработанные русской жизнью, поводы къ разводу. Въ общемъ получается обширная схема этихъ поводовъ, но и она не удовлетворяетъ правосознанія тогдашней эпохи: разводовъ ищутъ еще помимо легальныхъ поводовъ, обращаются для



этого къ некомпетентной власти и упорно держатся взгляда, что разводъ есть дѣло частное, и что личная воля супруговъ сама законъ для брака.

Въ такомъ состояніи подходитъ русское общество ко времени великихъ реформъ Великаго русскаго монарха. Стремленіе этого монарха преобразовать не только русское государство, но и русское общество, оставило слѣды и въ юридической судьбѣ брачнаго союза. Съ Петра Великаго свѣтская власть становится дѣятельной силой въ бракоразводномъ правѣ и судѣ. Оффиціальное правосознаніе вырабатывается подъ ея непосредственнымъ воздѣйствіемъ. Появляются причины развода, основанныя на свѣтскихъ законахъ, изданныхъ русскими императорами (какъ въ кормчей—византійскими), а главное, создается духовное судебно-правительственное учрежденіе, вполнѣ подчиненное свѣтской власти, которая чрезъ его посредство начинаетъ регулировать брачныя дѣла и общими, и сепаратными указами. Пользуясь этими повелѣніями свыше и имѣя въ рукахъ старую законную книгу (кормчую), духовно-судебная практика вырабатываетъ русско-византійское бракоразводное право, которое все больше и больше закрѣпляетъ бракъ. Въ результатъ старое византійское законодательство мало по малу забывается, и въ заключеніе отъ него остаются одни лишь отрывки. Оффиціальная свобода разводовъ постепенно стѣсняется, и число поводовъ къ разводу дѣлается все меньше и меньше. Но не оффиціально русскіе люди и Петровской Руси легко разрываютъ свои браки, то обращаясь для этого къ содѣйствію низшей духовной власти, то разводясь сами, «не ходя къ святительскому суду». Лица высшихъ классовъ прибѣгаютъ для обхода закона къ милости русскихъ монарховъ и нерѣдко получаютъ отъ нихъ то, чего не могутъ дать каноны. Какъ въ старое время религія, такъ теперь нравы слабо сдерживаютъ порывы своеволія. Ко всему этому одна часть русскихъ людей отдѣляется отъ православной церкви, устраиваетъ брачную жизнь согласно своимъ религіознымъ воззрѣніямъ и, надо сознаться, не съ пользой для укрѣпленія брачныхъ узъ. Несогласіе между закономъ и жизнью сознается въ эпоху кодификаціонныхъ работъ и духовной и свѣтской властью. Но попытки кодификаторовъ преобразовать брако-



разводное право на началахъ сближенія требованій жизни съ предписаніями закона не достигаютъ желанной цѣли.

Съ такимъ наслѣдствомъ передаетъ исторія судьбу русскаго брака современному обществу.

Состояніе брачныхъ узъ въ нашемъ обществѣ представляется въ такомъ видѣ. Легально онѣ довольно прочно закрѣплены: расторженіе ихъ допускается кодексомъ лишь въ виду самаго чувствительнаго пораженія важнѣйшихъ брачныхъ элементовъ—этического и физическаго, а бракоразводный судъ и при наличности законныхъ поводовъ къ разводу весьма затрудняетъ доказываніе ихъ. Что-жѣ касается дѣйствительной, фактической крѣпости брака, то русское общество далеко не можетъ похвалиться ею. Браки, существующіе юридически и фактически разорванные, представляютъ заурядное явленіе. Даже судъ гражданскій,—а только немногіе семейные раздоры доходятъ до суда—можетъ констатировать частыя несогласія въ супружествахъ и частыя ходатайства о разлученіяхъ, хотя временныхъ. Суду-же уголовному нерѣдко приходится быть свидѣтелемъ другихъ, еще болѣе печальныхъ фактовъ—возникновенія тяжкихъ уголовныхъ преступленій (даже убійствъ), вслѣдствіе невозможности прекратить бракъ, находящійся въ патологическомъ состояніи.

Жизнь ищетъ выхода изъ тѣснаго круга, начертаннаго для нея закономъ, и этотъ выходъ сопровождается крайне неутѣшительными явленіями: попытками обойти законъ посредствомъ созданія формально существующихъ, но реально фиктивныхъ, поводовъ къ разводу. Но это лишь конечная цѣль борьбы между закономъ и жизнью; средства ея еще печальнѣе: лжесвидѣтельства, подлоги, самообвиненія въ преступленіи и т. п.

Такое положеніе законодательства нельзя назвать нормальнымъ.

Наше бракоразводное законодательство, сравнительно съ дѣйствующими западно-европейскими кодексами, допускающими разводъ, отличается не столько строгостью своихъ бракоразводныхъ нормъ, сколько ихъ невыдержанностью въ принципіальномъ отношеніи и нѣкоторой отрывочностью. Такъ, если законъ признаетъ, что отношенія между супругами должны быть основаны на чувствѣ взаимной привязан-



ности и уваженія (зак. гражд. ст. 106, 107), то естественно надо также признать достаточной причиной для расторженія брака грубое оскорбленіе этого чувства. Между тѣмъ, дѣйствующій законъ даже покушеніе одного супруга на жизнь другого, если оно не повлечетъ за собою тяжкой уголовной кары, сопряженной съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, не считаетъ основаніемъ для развода. Если продолжительное пребываніе супруга въ неизвѣстности есть поводъ къ разводу, то не аналогично-ли и не безвѣстное пребываніе его, но съ явно выраженнымъ злымъ умысломъ—покинуть другого супруга на всегда и не возвращаться къ нему болѣе. Равно и другая аналогія можетъ оправдывать такой-же выводъ: если сосланный за преступленіе супругъ, разъ другой невиновный супругъ за нимъ не послѣдуетъ, можетъ просить развода, отчего не можетъ просить его не совершившій преступления, но оставленный супругъ: и тамъ и здѣсь фактически брака нѣтъ. Если неспособность къ брачному сожитію есть поводъ къ разводу, то почему не можетъ составить такого повода—заразительная неизлѣчимая болѣзнь (сифилисъ), исключаящая возможность полового общенія безъ опасности потери здоровья.

Эта непослѣдовательность дѣйствующихъ бракоразводныхъ нормъ явилась результатомъ историческаго сложенія ихъ: нѣкогда цѣльное, хотя и чужое, византійское законодательство постепенно выходило изъ жизни, не будучи замѣнено другимъ тоже цѣльнымъ закономъ: одни нормы отпадали, другія вводились, не будучи взаимно связаны общей идеей. Только коренной пересмотръ бракоразводнаго права можетъ сообщить ему характеръ законодательства идейно единого, проникнутаго общей мыслью. Только при полной реформѣ бракоразводнаго права возможно будетъ привести въ согласіе его нормы съ общимъ воззрѣніемъ на бракъ и на взаимныя отношенія супруговъ. Къ сожалѣнію, ту попытку реформы этого права, которая сдѣлана въ проектѣ гражданского уложенія, нельзя назвать удачной.

Мы видѣли, что въ западно-европейской бракоразводной законодательной практикѣ замѣчается стремленіе даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ существовала широкая свобода разводовъ (въ Германіи), ограничить ихъ и въ пользу этого стре-



мленія, при составленіи обще-германскаго уложенія, были выставлены весьма серьезныя основанія. Многія изъ нихъ имѣютъ не мѣстный только или чисто національный характеръ, но общій или общекультурный и могутъ быть приняты во вниманіе и нами, при пересмотрѣ бракоразводнаго права.

Намъ кажется однако, что не только обще-германское уложеніе, но и другія западно-европейскія законодательства не достаточно обращаютъ вниманіе при начертаніи правилъ о разводѣ на составъ семьи. Между тѣмъ, къ этому составу нельзя относиться безразлично. Безспорно, что самое тяжкое впечатлѣніе въ моральномъ отношеніи и самое щекотливое въ социальномъ, производятъ разводы супруговъ, имѣющихъ дѣтей, требующихъ призрѣнія. Здѣсь разрывается не только бракъ, но и семья.

Вотъ почему расторженіе такихъ браковъ должно быть допускаемо съ особою осторожностью. Родительскія обязанности требуютъ нѣкоторой жертвы со стороны супруговъ—необходимость поступиться своимъ личнымъ благомъ, въ виду блага дѣтей. Едва-ли должны быть также расторгаемы всегда по однимъ и тѣмъ-же причинамъ—и супружества непродолжительныя и тѣ, въ которыхъ ищущіе развода прожили уже большую часть своей жизни. *Naturali aequitate motus*, какъ говоритъ римскій юристъ, законодатель не можетъ не допустить здѣсь нѣкоторой «дифференціаціи» въ своихъ постановленіяхъ.

Условія нашего юридическаго быта не заключаютъ въ себѣ препятствій для преобразованія нашего бракоразводнаго права. Историческая традиція за возможное примиреніе въ этомъ вопросѣ нуждъ духовныхъ съ немощами человѣческими: православная церковь на запросы жизни не отвѣчаетъ въ этомъ случаѣ католическимъ *pop rommum*, а узаконенія о разводѣ послѣдняго времени относительно сосланныхъ за преступленіе супруговъ показываютъ, что эта точка зрѣнія продолжаетъ жить и въ дѣйствующей законодательной практикѣ.

Внѣ сомнѣнія, что улучшенію даже дѣйствующаго матеріальнаго бракоразводнаго права помогло-бы не мало преобразование бракоразводнаго процесса на началахъ современной процессуальной науки и законодательной практики западно-европейскихъ народовъ, началахъ, ставшихъ достояніемъ и



нашей юридической жизни, благодаря Судебнымъ Уставамъ Императора Александра II. Сдѣлайте бракоразводный судъ устнымъ, возможно по свойству дѣлъ гласнымъ, независимымъ отъ канцеляріи, процессъ свободно доказываемымъ, и даже теперешнія постановленія о разводѣ получатъ другой характеръ: бракоразводный процессъ упростится удешевится, ускорится, а главное облагородится: потеряетъ присущіе ему теперь свойства дѣла, внушающаго чувство брезгливости человѣку морально чистоплутному. Полная-же бракоразводная реформа и совершенно невозможна безъ коренныхъ измѣненій въ бракоразводномъ процессѣ. Въ рукахъ прежняго формальнаго суда, закрытаго бумагой и канцеляріей отъ внутренней, жизненной правды, и разумный законъ будетъ виномъ новымъ, влитымъ въ старые мѣха. И здѣсь—для реформы процессуальной, какъ и для перемѣнъ въ матеріальномъ бракоразводномъ правѣ, нѣтъ препятствій ни въ самомъ существѣ подлежащихъ реформѣ постановленій, ни въ исторической традиціи: бракоразводный процессъ — дѣло чисто мірское. Церковь въ этомъ случаѣ всегда примыкала къ свѣтскому закону и обычаю и судила такъ, какъ и міряне; поэтому нѣтъ препятствій и теперь не примѣнить къ рѣшенію бракоразводныхъ дѣлъ выработанныя современной юридической жизнью правила свѣтскаго суда и такимъ образомъ и матеріально и формально исправить, улучшить и дополнить наше обветшалое бракоразводное право.

---

Изложенное показываетъ, что развитіе правосознанія въ вопросѣ о прекращеніи брака разводомъ шло слѣдующимъ путемъ. Въ первоначальное время бракъ былъ не крѣпокъ: одной воли мужа было достаточно для его расторженія. Позже эта самовластная воля стала ограничиваться, отчасти вслѣдствіе смягченія нравовъ, отчасти благодаря вліянію на нее рода и семьи, бравшихъ подъ свою защиту безправную жену. Постепенно и жена стала заявлять свой голосъ при разводѣ, и вошли въ жизнь разводы по обоюдному согласію мужа и жены. Съ обоюдной волей супруговъ считались и законодатели въ своихъ постановленіяхъ, но когда установился законодательный запретъ на разводы этого рода, они долго бы-



товали, выражая собою, такъ сказать, не официальное правосознаніе.

Христiанская религія взяла бракъ подъ свою опеку. Однако же, лишь спустя много времени и послѣ большихъ усилій ей удалось провести въ юридическій бытъ свои воззрѣнія на разводъ, какъ на союзъ пожизненный, не расторгимый ни единичной, ни обоюдной волей супруговъ. Вначалѣ, впрочемъ, и сама церковь не держалась твердыхъ правилъ въ вопросѣ о расторгимости брака, причемъ замѣтна была нѣкоторая двойственность и въ церковной практикѣ, которая въ концѣ концовъ привела къ полному запрету развода и допущенію только разлученія Западной церковью и къ дозволенности развода церковью Восточной, считавшейся въ этомъ случаѣ не только съ каноническими требованіями, но и съ условіями государственной жизни. Протестантскія вѣроисповѣданія признали разводъ допустимымъ, и постепенно легализовали цѣлый рядъ поводовъ къ нему. Эти вѣроисповѣдныя воззрѣнія послужили руководящимъ началомъ для свѣтскихъ законодателей при созданіи бракоразводныхъ нормъ. Кодексы странъ католическихъ или отвергли совершенно разводъ, не взирая на существующій у нихъ гражданскій бракъ, допустивъ только разлученіе супруговъ (кромѣ Франціи), или разрѣшили разводъ для однихъ не-католиковъ (Австрія); кодексы государствъ съ православнымъ населеніемъ допустили только разводъ, а государства протестантскія знаютъ и разводъ и разлученіе. Нѣкоторыми нѣмецкими уложеніями была введена весьма широкая свобода разводовъ. Противъ этой свободы возстали составители общегерманскаго уложенія и въ немъ, какъ и въ швейцарскомъ уложеніи и еще раньше въ французскомъ бракоразводномъ законѣ 1884 г., замѣтна тенденція ограничить поводы къ разводу предѣлами существенной необходимости. Въ виду этого отвергнуть и разводъ по одному лишь обоюдному соглашенію супруговъ, допускаясь старыми кодексами прусскимъ и французскимъ и сохранившійся до нынѣ въ бельгійскомъ законодательствѣ, какъ заимствованіе изъ французскаго. Кромѣ того въ общегерманскомъ уложеніи поводы къ разводу связаны исключительно съ наличностью вины на сторонѣ отвѣтчика (кромѣ развода по безумію). Въ двухъ новыхъ кодексахъ (герман-



скомъ и швейцарскомъ) ясно обнаружено (раньше слабо проявлявшееся) желаніе законодателя подѣлить свою работу съ судомъ, предоставляя послѣднему полный просторъ при сужденіи о допустимости или недопустимости развода въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

## ОТДѢЛЪ II.

### Отношенія между супругами.

Бракъ, объединяя супруговъ физически, нравственно, экономически и юридически, естественно оказываетъ вліяніе и на ихъ личныя и имущественныя отношенія. Разсмотримъ тѣ и другія. Начнемъ съ личныхъ.

## ГЛАВА III.

### § 7.

#### I. Личныя отношенія между супругами.

а) Взаимныя права и обязанности супруговъ. б) Особыя права мужа. в) Особыя права жены. г) Необходимость согласія мужа на совершеніе женой нѣкоторыхъ юридическихъ актовъ.

Характеръ личныхъ отношеній между супругами находится въ зависимости какъ отъ общаго культурнаго состоянія даннаго народа, такъ и отъ его историческихъ и національных особенностей.

Невысокій уровень культуры древняго Востока, патріархальный строй семьи, взглядъ на бракъ—какъ на союзъ, главнымъ образомъ, половой, создалъ, въ результатъ своемъ, въ древнѣйшее время приниженное положеніе восточной женщины въ бракѣ. Позже подъ вліяніемъ религіи положеніе ея улучшилось.

Роль замужней гречанки едва-ли была лучше: она находилась вѣчно подъ опекой и въ строгомъ подчиненіи мужу, который могъ ее даже завѣщать другому, какъ вещь (Mayer, «Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer». II, стр. 360).



Римляне, любившіе точно юридически опредѣлять жизненные отношенія, придавали особенно строгій характеръ мужнему полновластію. Жена, какъ они характерно выражались, находилась «въ рукахъ мужа», была у него на «правахъ дочери», и какъ таковую онъ могъ учить, наказывать и даже убить. Только вмѣшательство родственниковъ, созвать которыхъ и выслушать обязанъ былъ мужъ въ случаяхъ особенно важныхъ, смягчало строгость мужняго суда (*judicium domesticum*). Разумѣется, съ ослабленіемъ патріархальныхъ нравовъ, съ учащеніемъ свободныхъ браковъ, а также и съ развитіемъ свободы разводовъ, облегчилось мало по малу и положеніе римлянки, какъ жены.

Древніе германцы, не отличавшіеся мягкостью характера и нравовъ, не были мягки и въ отношеніяхъ семейныхъ. Жена находится у нихъ тоже «въ рукахъ мужа», хотя они называютъ эту власть опекой (*mundium*).

Не были мягче эти отношенія и у древнихъ славянъ, въ частности у нашихъ предковъ.

Не вдаваясь въ подробное изслѣдованіе этого вопроса, замѣтимъ, что власть эта была такъ велика, что въ проявленіи своемъ она могла выражаться въ разныхъ и существенныхъ функціяхъ. Довольно сказать, что даже отвѣтственность мужа за лишеніе жизни жены ставилась въ нашемъ правѣ въ связи съ этою властью; при этомъ, что касается древнѣйшаго періода, то даже такой осторожный изслѣдователь, какъ Неволинъ, допускаетъ возможность полной безнаказанности за женоубійство. Конечно, воздѣйствіе религіи и смягченіе нравовъ не могли впоследствии не повліять на измѣненіе взгляда на женоубійство. Но какими привилегіями въ этомъ отношеніи пользовался мужъ, видно изъ того, что даже въ XVII стол. назначались мужьямъ за убійство женъ сравнительно слабыя наказанія. И эта слабость каръ вполнѣ соотвѣтствовала народному правосознанію. Мы уже упоминали о поручной записи отъ 1677 года, въ которой поручители ручаются предъ кредиторами въ томъ, что должникъ явится къ сроку для выполненія своего обязательства вмѣстѣ со своею женою, а также и въ томъ, что ему, должнику, той своей жены «не убить, не замучить, не постричь безъ властелина вѣдома».



Кромѣ этихъ общихъ соображеній, есть еще положительныя свидѣтельства, показывающія, что по народному правосознанію мужу представлялось право наказывать жену и распоряжаться свободой и цѣломудріемъ ея по своему усмотрѣнію. Замѣтимъ присемъ, что мѣры наказанія далеко не отличались мягкостью. Это видно изъ совѣтовъ Домостроя «не бить по уху или по лицу, ни подъ сердце кулакомъ, ни пинкомъ, ни полѣномъ, ни коломъ; вообще не бить ничѣмъ желѣзнымъ или деревяннымъ, такъ какъ многія притчи отъ того бываютъ—слѣпота, глухота, вывихъ ногъ, рукъ, пальцевъ, боль головы и зубовъ, а у беременныхъ женъ и дѣтямъ поврежденіе бываетъ въ утробѣ». Другія историческія свидѣтельства показываютъ, что мужья употребляли еще болѣе энергическія средства «учительства»: «били смертнымъ боемъ» до крови, натирая раны солью, сажали женъ въ крапиву, впрягали въ соху, и уже не съ цѣлью ученія, а съ болѣе прямою цѣлью—«избыть жену». Каковъ былъ авторитетъ мужа, съ точки зрѣнія закона, наглядно показываетъ та страшная казнь, которая полагалась женѣ за убійство мужа—закапываніе живой въ землю (См. мое изсл. о разводѣ, стр. 121—123, 127, 280).

Приступая къ догматическому изложенію личныхъ отношеній между супругами, мы рассмотримъ ихъ въ такомъ порядкѣ: взаимныя права и обязанности обоихъ супруговъ; права, принадлежащія только мужу, и права, принадлежащія только женѣ.

#### *а) Взаимныя права и обязанности супруговъ.*

Къ такимъ правамъ и обязанностямъ, прежде всего, безспорно принадлежить:

1. Взаимное право и обязанность исполненія каждымъ супругомъ супружескаго долга (*debitum conjugale*). Это требуется самимъ существомъ брака, какъ союза прежде всего полового.

У народовъ, ставившихъ на первый планъ физическій элементъ брака, эта обязанность не только была прямо выражена въ ихъ правѣ, но даже точно опредѣлена (наприм., у евреевъ, грековъ и у мусульманъ. Мауер, выше указан. соч., стр. 363).



Въ современныхъ намъ законодательствахъ — въ однихъ (прусское уложеніе, II ч., 1 тит. § 178; австр. улож. § 90; саксонское—§1630; италіанск. ст., 130) о ней говорится прямо; въ другихъ (франц.), она, по мнѣнію юристовъ, можетъ быть логически выведена изъ текста закона (Oudot: «Du droit de famille», стр. 58. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 68. См. § 1353 общегерм. улож.).

Прусскій законъ, съ присущей ему склонностью къ подробной регламентаціи, опредѣленно указываетъ на болѣзнь и на кормленіе женой ребенка грудью, какъ на уважительныя причины (первая—для обоихъ супруговъ, вторая—для жены), освобождающія ихъ отъ выполненія супружеской обязанности (§§ 179, 180). Каноническое право тоже считается съ этой обязанностью (Mayer, стр. 363, 364).

Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ санкція этого постановленія заключается въ правилѣ, создающемъ поводъ къ разводу въ случаѣ упорнаго отказа жены или мужа въ теченіи опредѣленнаго времени отъ выполненія супружескаго долга (прусск.—II, 1, § 694; сакс.—§ 1731).

Нашъ законъ обходитъ этотъ вопросъ молчаніемъ. Практика относительно его намъ неизвѣстна; да едва-ли такіе вопросы и возникали въ свѣтскихъ судахъ, а какъ рѣшаютъ ихъ духовные суды, когда къ нимъ обращаются супруги, мы не знаемъ.

Однако-же Восточная Церковь, какъ и Западная, признаетъ эту обязанность для супруговъ существенной (Zhishman: *Das Eherecht d. Orientalischen Kirche*, стр. 719<sup>1)</sup>).

Дѣйствующій законъ нашъ говоритъ о самомъ крайнемъ случаѣ—о неспособности къ брачному сожитію, считая ее, если она добрачная, поводомъ къ разводу (X т., ч. I, ст. 45, 48, 49). Такимъ образомъ, хотя наличности такой обязанности нельзя отрицать и съ точки зрѣнія нашего закона, но санкціи этому правилу нашъ законъ не указываетъ.

<sup>1)</sup> Какое значеніе въ древне-русскомъ быту придавалось выполненію супружескихъ обязанностей, видно изъ слѣдующихъ словъ Поученія духовника исповѣдывающемуся «... нелишайся ея (т. е. жены), токмо отъ с(ъ)вѣта, или въ празднигы Господьскы, или въ постъ, но по волѣ обою». См. соч. О разводѣ, стр. 141, 142.



2. Вторая обязанность общая обоимъ супругамъ — это обязанность взаимной супружеской вѣрности, вызываемая не физическимъ только, но и нравственнымъ единеніемъ ихъ (прусск. улож. II, I, § 181, австр. § 90, сакс. § 1630, общегерм. § 1565, франц. ст. 212, итал. ст. 130, швейц. ст. 159, остз. ст. 7, т. X. ч. 1, ст. 45, пункт. I и Уст. Дух. Конс. ст. 238; ср. X т. ч. I. ст. 106 и 107. Пр. ст. 108).

Обязанность эта однако-же не всѣми законодательствами понимается одинаково, что касается мужа и жены. Такъ, согласно вышеупомянутому исконному римскому воззрѣнію, мужъ, имѣвшій связь съ незамужней (дѣвицей или вдовой), не совершалъ прелюбодѣянiя, а лишь безнравственный поступокъ (*stuprum*). Только связь съ замужней считалась нарушеніемъ супружеской вѣрности (*adulterium*). Напротивъ, жена, вступая въ связь со всякимъ мужчиной—женатымъ или холостымъ, совершала прелюбодѣянiе (l. 1, 6, 34 D, 48, 5.—l. 8, C. 5, 17. Nov. 117, c. 9, § 5).

Впрочемъ, едва-ли это воззрѣніе можно считать особенностью древняго Рима. Односторонній взглядъ на прелюбодѣянiе, т. е. какъ на проступокъ, главнымъ образомъ, вмѣняемый въ вину женѣ, въ извѣстной мѣрѣ присущъ былъ и другимъ народамъ перваго періода ихъ исторiи: по крайней мѣрѣ, въ этомъ смыслѣ есть данныя, что касается древнихъ грековъ, нашихъ предковъ, а равно и другихъ славянъ (поляковъ, чеховъ, балтійскихъ славянъ), а также древнихъ германцевъ и нашихъ горскихъ племенъ Кавказа. (См. соч. О разводѣ, стр. 99 и 100).

Извѣстное правило Кодекса Наполеона о томъ, что прелюбодѣянiемъ для мужа считается лишь содержаніе конкубины въ общей супружеской квартирѣ (ст. 229, 230), сохраняется доселѣ въ Бельгiи и въ другихъ странахъ, гдѣ этотъ кодексъ остался безъ измѣненiя. Лишь закономъ 27 iюля 1884 г. во Франціи эти статьи измѣнены въ смыслѣ уравниенiя правъ мужа и жены, т. е. прелюбодѣянiе опредѣлено одинаково для ихъ обоихъ.

Тождественно съ бельгійскимъ кодексомъ опредѣляетъ прелюбодѣянiе и кодексъ италіанскій (ст. 150), воспроизводя, такимъ образомъ, опредѣленіе прелюбодѣянiя, данное еще въ Nov. 117 (c. 9, § 5).



Санкція закона, предписывающаго взаимную вѣрность супруговъ, заключается въ томъ, что нарушившій вѣрность супругъ даетъ право другому требовать развода, а гдѣ онъ не допускается, разлученія (прусск. II, I, § 670, австр. § 115, сакс. § 1713, франц. ст. 229, 230, итал. 150, швейц. ст. 137, Уст. иностр. исповѣд. ст. 252, т. X, ст. 45, п. 1, Уст. Дух. Конс. ст. 238).

3. Обязанность взаимопомощи, взаимной поддержки матеріальной и моральной. Обязанность содержанія жены и семьи лежитъ на мужѣ, какъ главному работнику (прусск. II, I, § 185, австр. § 91, сакс. § 1634, общегерм. § 1360, франц. ст. 214, итал. 132, швейц. ст. 159, остз. ст. 9, т. X, ч. 1, ст. 106. Пр. ст. 108), однако-же законодательства признають справедливымъ привлечь къ выполнению этой обязанности и жену, когда мужъ по уважительнымъ причинамъ, напримѣръ, по бѣдности или по болѣзни, не можетъ содержать жены; въ этомъ случаѣ жена должна давать мужу средства для существованія (пр. ул. II, I, §§ 174, 262, сакс. улож. § 1637, общегерм. § 1360, франц. ст. 212; подъ словомъ—«secours» этою статьей понимается именно денежная помощь. См. Laurent, Cours élémentaire de droit civil. T. I, стр. 201, итал. ст. 132. Пр. ст. 115).

Но не только денежно супруги обязаны помогать другъ другу, но также и нравственно поддерживать другъ друга въ болѣзняхъ и другихъ тягостяхъ жизни, такъ какъ бракъ есть союзъ, влекущій за собой не только хозяйственное, но и моральное единеніе «вступившихъ въ законъ» (пр. II, I, § 174, 176, австр. § 90, сакс. 1630, фран. ст. 212, итал. 130, 132, остз. § 9, п. 2, общегерм. § 1353. См. Endemann, Einführung in das Studium d. Bürgerl. Gesetzbuches. II B., стр. 694, 695).

Нашъ законъ говоритъ только объ обязанности мужа содержать жену (зак. гр. ст. 106); но умалчиваетъ объ обязанности жены приходить на помощь мужу въ нуждѣ, что плохо вяжется съ безспорно устанавливаемой закономъ обязанностью взаимной нравственной поддержки другъ друга: для мужа—«облегчать немощи» жены (ст. 106), для жены — «пребывать въ любви», «оказывать угожденіе и привязанность» (ст. 107). Эти постановленія нашего закона не лишены санкціи. Именно, сила ихъ можетъ обнаружиться въ томъ



случаѣ, когда зайдетъ рѣчь объ юридическомъ признаніи раздѣльной жизни супруговъ: когда, напримѣръ, жена, живущая отдѣльно отъ мужа, потребуеъ себѣ содержанія; въ этомъ случаѣ она можетъ сослаться на то, что совмѣстная жизнь съ мужемъ, вслѣдствіе грубаго нарушенія имъ нравственной связи, невозможна. Равно и мужъ можетъ воспользоваться этой статьей, отказываясь принять дурно ведущую себя жену.

Въ силу тѣсной нравственной связи между супругами процессуальный законъ, не желая ставить ихъ въ тяжелое положеніе, которое можетъ быть вызвано борьбою между чувствомъ привязанности и чувствомъ долга—дать правдивое показаніе на судѣ не допускаетъ къ свидѣтельству супруговъ тяжущихся въ дѣлахъ гражданскихъ (Уст. Гр. Суд. ст. 371, п. 4) и даетъ имъ право устранить себя отъ свидѣтельства, а если они не пожелаютъ воспользоваться этимъ правомъ, то допрашиваются безъ присяги въ дѣлахъ уголовныхъ (Уст. Угол. Суд. ст. 705).

4. Обязанность совмѣстной жизни супруговъ. Она принадлежитъ къ существу брака и потому естественно требуется всѣми законодательствами (пр. § 175, австр. § 92, сакс. § 1636, общегерм. § 1353, франц. ст. 214, итал. ст. 131, швейц. ст. 160, остз. ст. 7 и 8, п. 2, т. X, ч. 1, ст. 103. Пр. ст. 112). По общегерман. улож. требованіе супруга о восстановленіи совмѣстной жизни удовлетворяется, если оно не заключаетъ въ себѣ злоупотребленія его правомъ. Злонамѣренное оставленіе одного супруга другимъ составляетъ поводъ къ разводу (§§ 1353, 1567).

Наше древнѣйшее право понимало эту обязанность весьма строго. Даже отбытіе наказанія не разъединяло супруговъ: жена выдавалась «на потокъ и разграбленіе» вмѣстѣ съ мужемъ (Русская Правда, Карамзин. спис. ст. 5) и продавалась въ рабство за долги и преступленія мужа. Въ древній періодъ мы не встрѣчаемъ постановленій о раздѣльной жизни супруговъ; вѣроятно потому, что тогда легальная свобода разводовъ была столь широка, а нелегально браки разрывались столь часто, что не было надобности въ узаконеніи раздѣльной жизни супруговъ. Только въ послѣ-петровскій періодъ, когда свобода разводовъ подверглась значительному стѣсненію, мы встрѣчаемъ правило о раздѣльной жизни



или о разномъжитіи супруговъ. Разлученіе супруговъ практиковалась въ двухъ видахъ: во-1-хъ, какъ мѣра процессуальная, какъ средство разъединить до исхода процесса какъ тѣхъ супруговъ, о законности брака которыхъ шло судебное разбирательство, такъ и тѣхъ, которые возбудили дѣло о разводѣ или о жестокомъ обращеніи одного изъ нихъ съ другимъ. Во-2-хъ, разлученіе назначалось по рѣшенію духовно-судебной власти, вслѣдствіе несогласной жизни супруговъ и въ особенности грубаго и жестокаго обращенія мужа съ женою. Въ этомъ послѣднемъ случаѣ разлученіе было, такъ сказать, суррогатомъ развода.

Разлученіе перваго рода назначалось или *ex officio* самимъ судомъ, или-же по просьбѣ одной изъ спорящихъ сторонъ. Что касается разлученій другаго вида, т. е. назначавшихся вслѣдствіе несогласной жизни супруговъ или жестокаго обращенія одного съ другимъ (обыкновенно мужа съ женою), нерѣдко угрожавшаго жизни послѣдней, то и эти разлученія назначались иногда (въ большинствѣ случаевъ) по просьбѣ супруговъ, иногда же *ex officio* самимъ судомъ, взаимно просимаго тѣмъ или другимъ супругомъ развода. Судъ уступалъ просьбѣ супруговъ разлучить ихъ не прежде, какъ испробовавши всѣ средства къ ихъ примиренію, подвергая ихъ увѣщанію чрезъ ихъ духовныхъ отцовъ, консисторію и даже епархіальнаго архіерея; супруговъ особенно дурнаго поведенія епархіальное начальство отсылало въ монастыри, «для вразумленія къ согласной жизни». Достоинно вниманія, что такія разлученія супруговъ (по просьбѣ о разлученіи) обыкновенно давались судомъ, вслѣдствіе обоюднаго ихъ соглашенія, состоявшейся между ними мировой, иногда увольнительнаго письма отъ мужа—слѣды автономной роли супруговъ въ дѣлѣ развода, случайно обнаружившіеся предъ другимъ вершителемъ судьбы брака—церковнымъ судомъ.

Духовный судъ разрѣшалъ не только разлученія временныя, но иногда и постоянныя. Но, параллельно съ такой практикой духовнаго суда, этотъ судъ ревниво отстранялъ суды и правительство свѣтское отъ утвержденія разномъжитій супруговъ. Этотъ запретъ былъ санкціонированъ Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ Государственнаго Совѣта 16 мая



1819 г., съ распространіемъ этого запрета и на лицъ тѣхъ вѣроисповѣданій, которыя признають бракъ за гражданскій актъ.

Святѣйшій Синодъ, разсматривая дѣло, по просьбѣ отставного поручика Шелковникова о разводѣ съ женою его, по причинѣ распутнаго ея поведенія, встрѣтилъ, что между нимъ, Шелковниковымъ, и женою его совершена была въ С.-Петербургской Гражданской Палатѣ и оставлена въ своей силѣ Правительствующимъ Сенатомъ запись, заключающая въ себѣ условіе, что мужъ приѣмлетъ на себя обязанность давать женѣ ежегодно на содержаніе въ продолженіе жизни своей по 2,500 руб., но съ тѣмъ, чтобы она, по полученіи означенной суммы, въ первый-же годъ выѣхала изъ его дома и жила, гдѣ пожелаетъ. Святѣйшій Синодъ, не находя достаточныхъ причинъ къ разводу Шелковникова съ женою его и признавая сдѣланную между ними запись распустною книгою, подающею поводъ къ вящему ихъ разрыву, и притомъ противною святости супружескихъ обязанностей, полагаетъ оную уничтожить, а для отвращенія на будущее время подобныхъ поступковъ и для охраненія твердости брачныхъ союзовъ постановить правиломъ, чтобы никакія въ гражданскомъ управленіи мѣста и лица не допускали и не утверждали между супругами обязательствъ и другихъ актовъ, въ коихъ будетъ заключаться условіе жить имъ въ разлученіи, или какое-либо другое произвольное ихъ желаніе, клонящееся къ разрыву супружескаго союза. Съ каковымъ положеніемъ Святѣйшаго Синода и министръ духовныхъ дѣлъ и народнаго просвѣщенія согласенъ.

Коммиссія составленія законовъ, въ истребованномъ отъ нея Государственнымъ Совѣтомъ по сему предмету мнѣніи, представила подобное-же мнѣніе. Государственный совѣтъ, въ общемъ собраніи, находя заключеніе Департамента законовъ основательнымъ, полагаетъ оное утвердить съ таковымъ дополненіемъ, чтобы постановленіе объ означенныхъ записяхъ и другихъ актахъ распространено было на всѣ христіанскія исповѣданія, т. е. какъ на тѣ, въ коихъ брачный союзъ почитается таинствомъ, такъ и на тѣ, въ коихъ оный принимается за гражданскій актъ (См. изслѣд. О разводѣ, стр. 347—353).



Въ первый разъ въ 1859 г. въ законѣ свѣтскомъ дается постановленіе, по которому раздѣльная жизнь супруговъ дозволяется помимо судебного приговора о лишеніи всѣхъ правъ состоянія, а именно государственнымъ крестьянкамъ, въ случаѣ ссылки ихъ мужей по приговорамъ обществъ, разрѣшено не слѣдовать за мужьями. Въ 1862 г. это постановленіе было распространено вообще на женъ тѣхъ мужей, которые ссылаются по приговорамъ обществъ.

Нашъ дѣйствующій законъ говоритъ: «супруги обязаны жить вмѣстѣ» (Гражд. зак., ст. 103). Эта обязанность должна быть понимаема не въ смыслѣ безусловномъ, а лишь въ томъ, что, разъ нѣтъ законныхъ основаній для раздѣльной жизни, каждый супругъ имѣетъ право требовать отъ другаго прекращенія такой жизни: мужъ имѣетъ право требовать, чтобы отдѣльно живущая жена возвратилась къ нему, а равно слѣдовала-бы за нимъ, при всякой перемѣнѣ жительства (переселеніи, поступленіи на службу, ст. 103); а жена,—чтобы отдѣльно живущій мужъ взялъ ее къ себѣ. Послѣдовательное проведеніе этого начала представляетъ собою законъ, по которому вступившіе въ бракъ ссыльно-каторжные обязаны, въ случаѣ окончанія однимъ изъ нихъ срока работъ прежде другаго, проживать мужъ съ женою, а жена съ мужемъ, до окончанія того срока работъ, до котораго долженъ пребыть другой супругъ (Уст. о ссыл., ст. 412, п. 2).

И такъ, слѣдовательно, супруги могутъ жить и розно, и никакая власть не можетъ съ этой стороны провѣрять (контролировать) ихъ жизнь, разъ на это есть ихъ добрая, обоюдная воля. Они не имѣютъ только права облекать ихъ волю въ формальный актъ, который устанавливалъ-бы «расторженіе законнаго супружества» и «самовольное разлученіе ихъ» (т. е. безъ законныхъ поводовъ и участія соотвѣтственной власти; ст. 103 и 1529, п. 1), потому что такіе акты направлены были въ обходъ закона, воспреещающаго разводъ по обоюдному согласію и разлученіе супруговъ.

Что законъ именно имѣетъ въ виду въ приведенныхъ статьяхъ самовольное разлученіе, показываетъ тотъ указъ, изъ котораго, главнымъ образомъ, позаимствовано разсматриваемое постановленіе. Указъ этотъ состоялся по вышеприведенному дѣлу Шелковникова.



Такимъ образомъ, законъ нашъ отрицаетъ всякую юридическую силу за актами, которыми устанавливается раздѣльная жизнь супруговъ. Но выше было сказано, что такая раздѣльная жизнь однако-же возможна. Нѣтъ-ли здѣсь противорѣчія: если не преступно для супруговъ жить раздѣльно, то отчего нельзя имъ оформить этого разнжитія, — не все-ли равно розная жизнь безъ акта или съ актомъ. Нѣтъ не все равно: жизнь врозь по доброй волѣ супруговъ, безъ всякаго укрѣпленія этой воли актомъ — простой фактъ, провѣрять который не дѣло власти, какъ не повѣряетъ она — засѣваетъ-ли свое поле собственникъ, или отдаетъ въ наемъ домъ домовладѣлецъ. Но то-же самое разнжитіе, оформленное актомъ, состоявшееся съ вѣдома властей, есть юридическое дѣйствіе, устанавливающее опредѣленное юридическое состояніе — къ чему право безразлично относиться не можетъ и по поводу котораго необходимо сказать — «да, или нѣтъ»: «да, это допустимо»; или — «нѣтъ, это не допустимо».

Другія законодательства, признающія какъ и наше, совмѣстную жизнь супруговъ существенной обязанностью ихъ, нѣсколько мягче относятся къ ней. Такъ, Прусское Земское Уложеніе, во первыхъ, позволяетъ мужу предбрачнымъ договоромъ освободить жену отъ обязанности слѣдовать за нимъ, при перемѣнѣ мѣста жительства (§ 681); во-вторыхъ, одинъ супругъ не можетъ поставить въ вину другому раздѣльную жизнь, если она вынуждена была выполненіемъ публичныхъ обязанностей, настоятельными частными дѣлами или состояніемъ здоровья (§ 177).

Прусская судебная практика не признаетъ недѣйствительными договоры о раздѣльной жизни супруговъ, но съ тѣмъ, чтобы каждый супругъ имѣлъ право во всякое время измѣнить свою волю (Прусск. улож. съ комментар. Коха, 6 изд., прим. 17 къ § 175).

Въ австрійскомъ кодексѣ существуетъ цѣлый рядъ причинъ, освобождающихъ жену отъ обязанности слѣдовать за мужемъ; а именно — если онъ незаконно оставляетъ отечество, если онъ высымается изъ предѣловъ государства, если онъ присужденъ къ заключенію, если онъ поступитъ въ военную службу, если онъ, наконецъ, безъ основательныхъ причинъ оставляетъ то мѣсто, которое было условлено какъ общее



мѣстожителство въ предбрачномъ договорѣ (§ 92 и комментаріи къ нему по изд. Штубенрауха, 3 изд. 1876 г.).

Но особенно обстоятельныя правила по этому поводу даетъ Саксонское Уложеніе, согласно которому жена освобождается отъ обязанности слѣдовать за мужемъ, если угрожаетъ серьезная опасность для ея блага, въ особенности для ея жизни и здоровья, или если ея отказъ отъ слѣдованія оправдывается основательною заботой о содержаніи въ будущемъ (§ 1636).

По Обще-германскому улож. мужъ избираетъ мѣсто жительства и мѣсто поселенія, но жена не обязана подчиняться рѣшенію мужа, если онъ злоупотребляетъ своимъ правомъ (§ 1354), напр., избираетъ завѣдомо нездоровую мѣстность, и въ этомъ случаѣ, живя раздѣльно, она имѣетъ право на полученіе содержанія отъ мужа (§ 1361).

По Швейцарскому уложенію супругъ можетъ имѣть отдѣльное жителство въ теченіи всего времени, когда совмѣстная жизнь грозитъ серьезной опасностью его здоровью, репутаціи или благосостоянію его дѣла, а также во время веденія процесса о разводѣ или разлученіи (ст. 170. Ср. Пр. ст. 112).

По строгости и рѣшительности, если можно такъ выразиться, предписанія ближе всего подходятъ къ нашему закону французскій, согласно которому жена обязана слѣдовать за мужемъ вездѣ, гдѣ онъ вздумаетъ поселиться (ст. 214).

Это рѣшительное предписаніе закона заставляетъ думать нѣкоторыхъ ученыхъ и юристовъ - практиковъ, что мужъ имѣетъ право прибѣгнуть къ содѣйствию общественной власти для водворенія жены. Надо смотрѣть, говорятъ они, не на то дѣйствительно ли средство, а на то законно - ли оно. Впрочемъ, сознаются сторонники этого мнѣнія, что средство это становится все болѣе и болѣе чуждымъ современнымъ нравамъ. (См. М. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*. Paris. 1901. t. III. p. 68 — 69). Другіе находятъ, и съ основаніемъ, что физическое принужденіе для возстановленія совмѣстной жизни рѣшительно не совмѣстимо съ существомъ брака и не достигаетъ цѣли, ибо, водворивши жену въ домъ мужа, власть исполнить свое дѣло, жена-же имѣетъ полную возможность оставить послѣ этого квартиру мужа, такъ какъ



держатъ жену взаперти мужъ не имѣетъ права и никакая власть ему въ этомъ содѣйствіи не окажетъ, потому что это значило-бы содѣйствовать въ противозаконномъ лишеніи свободы (Laurent, выше указан. сочин. стр. 268). Эти соображенія вполне примѣнимы и къ нашему праву (см. Улож. о наказ. ст. 1544). Однако-же нельзя сказать, что законъ объ обязанности жены жить вмѣстѣ съ мужемъ лишенъ санкціи: если жена не оправдаетъ раздѣльной жизни законными причинами, то она лишится права на полученіе содержанія отъ мужа. (См. Изслѣд. о разводѣ, стр. 446 и слѣд.).

И нашему законодательству извѣстны нѣкоторыя изъятія изъ признанной имъ строгой обязанности жены слѣдовать непремѣнно за своимъ мужемъ. Отклоненія эти установлены, главнымъ образомъ, по соображеніямъ интереса публичнаго, а именно:

1. При ссылкѣ супруга по суду, съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, другой супругъ можетъ, если онъ не желаетъ развода, остаться на мѣстѣ и, такимъ образомъ, вести отдѣльную жизнь (Улож. о нак., ст. 27, т. X, ч. I, ст. 52).

2. Жены лицъ, переселяемыхъ по приговорамъ общества, не обязаны слѣдовать за своими мужьями: а) когда переселяемый мужъ изъявитъ согласіе, чтобы жена его оставалась на прежнемъ мѣстѣ жительства; б) въ случаѣ тяжелой и неизлѣчимой болѣзни и в) по жестокому съ нею обращенію мужа, или по явно развратному его поведенію. Въ первомъ случаѣ согласіе мужа удостовѣряется отобранною отъ него передъ подлежащимъ полицейскимъ начальствомъ подпискою; во второмъ—просьбы объ оставленіи на мѣстѣ жительства, по болѣзни, окончательно рассматриваются въ губернскихъ правленіяхъ; наконецъ, въ третьемъ, просьбы, приносимыя по причинѣ жестокаго обращенія или развратнаго поведенія, въ мѣстностяхъ въ которыхъ не введены въ дѣйствіе Судебные Уставы въ полномъ объемѣ или мировыя установленія, рассматриваются судами первой инстанціи, а когда онѣ принесены лицами сельскаго состоянія — судами волостными. Тѣ и другіе руководствуются въ ихъ разсмотрѣніи правилами суда совѣстнаго, назначая съ тѣмъ вмѣстѣ размѣръ содержанія женѣ изъ мужнина имѣнія и распоряжаясь объ учрежденіи опеки надъ дѣтьми ихъ свыше че-



тырнадцатилѣтняго возраста. Постановленныя на семъ основаніи судебныя опредѣленія представляются на окончательное утвержденіе губернаторовъ.

Въ губерніяхъ, въ коихъ введены въ дѣйствіе Судебные Уставы въ полномъ ихъ объемѣ, просьбы женъ лицъ, переселяемыхъ по приговорамъ обществъ, объ оставленіи ихъ въ мѣстѣ жительства по жестокому съ ними обращенію мужей или развратному ихъ поведенію (за исключеніемъ просьбъ лицъ сельскаго состоянія, передаваемыхъ въ волостные суды), подлежатъ разсмотрѣнію уѣздныхъ съѣздовъ, съѣздовъ мировыхъ судей или замѣняющихъ ихъ судебныхъ установлений, которымъ вмѣстѣ съ тѣмъ предоставляется также назначать размѣръ содержанія женамъ изъ мужниныхъ имѣній и принимать мѣры къ учрежденію опеки надъ дѣтьми ихъ выше четырнадцатилѣтняго возраста (Уст. ссыльн., ст. 255, прим. и 256).

Правила относительно слѣдованія женъ за мужьями распространяются также и на случаи удаленія изъ мѣстъ жительства административнымъ порядкомъ (Ст. 236, прим.). Высоч. утвержд. 10 іюня 1900 г. мнѣніемъ Госуд. Совѣта крестьянскимъ обществамъ предоставляется постановлять приговоры объ удаленіи тѣхъ членовъ ихъ, дальнѣйшее пребываніе которыхъ въ средѣ сихъ обществъ угрожаетъ мѣстному благосостоянію и безопасности. Приговоры обществъ подлежатъ повѣркѣ на мѣстѣ чрезъ земскихъ начальниковъ и уѣздныхъ предводителей дворянства и утверждаются губернскимъ присутствіемъ. Членамъ семьи удаляемаго предоставляется, если они того пожелаютъ, не слѣдовать за нимъ въ мѣсто новаго водворенія (Собр. Узак. и расп. прав. № 67, ст. 1509). Указомъ Прав. Сената предложено крестьянскимъ учрежденіямъ выдавать крестьянкамъ паспорта помимо согласія мужей, если послѣдніе будутъ признаны виновными въ жестокомъ обращеніи (1 Общ. Собр. 3 ноября 1899 г.).

Не участвовавшіе въ преступленіи мужья, при всѣхъ родахъ ссылки и переселенія ихъ женъ, слѣдуютъ за ними единственно по собственному на то желанію, если сами они не состоятъ подъ слѣдствіемъ или судомъ и вообще неприкосновенны къ дѣламъ, по которымъ не могутъ немедленно оставить мѣсто жительства (Уст. ссыльн., ст. 257).



3. На время заключенія одного изъ супруговъ въ тюрьму другой ео ipso разлучается съ заключеннымъ; арестантамъ женатымъ запрещается жить вмѣстѣ съ женами (Уст. содерж. подъ страж., ст. 297, т. X, ч. 1, ст. 19).

4. Женатымъ нижнимъ чинамъ морскаго вѣдомства, возвращающимся на службу изъ временнаго безсрочнаго отпуска, а равно вновь поступающихъ на службу женатымъ рекрутамъ не дозволяется брать съ собою семейства. (Высочайшее повелѣніе 18 іюня 1866 г., п. 3, П. С. З. 1866 г., № 43492.)

5. Въ военное время, при передвиженіи войскъ, запрещается слѣдовать за ними женамъ военныхъ нижнихъ чиновъ (т. IV, Уст. земск. пов., ст. 259, прим. 5).

6. При ссылкѣ евреекъ въ Сибирь на поселеніе за преступленіе, мужья ихъ за ними слѣдовать не могутъ (Уст. ссыльн., ст. 264).

По остзейскимъ законамъ жена освобождается отъ обязанности слѣдовать за мужемъ не только тогда, когда онъ за преступленіе приговоренъ судомъ къ ссылкѣ въ каторжныя работы или на поселеніе, но и тогда, когда самъ онъ по другой какой-либо предосудительной причинѣ куда удаляется (ст. 8, п. 2).

До сихъ поръ мы видимъ, что законъ опредѣляетъ мѣстожителство жены по мѣсту жительства мужа, но есть и случай обратный: мѣстожителство мужа опредѣляется по мѣсту жительства жены; это бываетъ тогда, когда женщина, осужденная за преступленіе къ ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія и причисленная, по истеченіи опредѣленныхъ сроковъ, къ сословію государственныхъ поселянъ или крестьянъ, выйдетъ замужъ; тогда мужъ ея обязывается подпиской не выводить ее и не переселяться на постоянное жителство изъ мѣста поселенія его жены (Уст. ссыльн., ст. 414. См. изслѣд. О разводѣ, стр. 443—445).

Въ постановленія о совмѣстной жизни супруговъ Проектъ предполагаетъ ввести у насъ, какъ цѣльный институтъ, раздѣльное жителство супруговъ. Необходимость во внесеніи въ гражданское уложеніе такого института можетъ наступить вслѣдствіе разнообразныхъ причинъ. Законодательство можетъ совсѣмъ воспретить разводъ, т. е. полное расторженіе брака. Въ такомъ случаѣ разлученіе супруговъ является един-



ственнымъ средствомъ легально установить раздѣльную жизнь супруговъ, если совмѣстная по уважительнымъ причинамъ должна быть признана невозможной. Такой практикѣ слѣдуютъ законодательства, строго придерживающіяся принциповъ католической церкви (италіанское, испанское, португальское). Но потребность въ дозволеніи разжитія супруговъ можетъ возникнуть и при допущеніи развода. Разводъ, какъ мѣра рѣшительная, крайняя, какъ полный разрывъ, уничтоженіе брака, допускается обыкновенно при наличности и доказанности весьма вѣскихъ причинъ. Но могутъ быть не столь серьезныя нестроенія въ супружеской жизни, чтобы изъ за нихъ расторгать бракъ, но онѣ вполне достаточны для того, чтобы разрѣшить супругамъ раздѣльную жизнь. Бываютъ такія супружества, которыя и удовлетворяются этой мѣрой, не имѣя желанія добиваться полного развода и не псмышляя о возможности новаго брака. Вотъ почему во многихъ законодательствахъ (французскомъ, бельгійскомъ, германскомъ, но не итальянскомъ, какъ ошибочно указываютъ редакторы проекта (Объясненіе т. I, стр. 208), на ряду съ разводомъ допускается и разлученіе.

Это сознавало правительство, и извѣстно, что дѣла о несогласной жизни супруговъ (въ числѣ прочихъ) вѣдались Третьимъ Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, которое въ своихъ постановленіяхъ по этимъ дѣламъ руководствовалось особыми указаніями Государя и на основаніи этихъ указаній разрѣшало женамъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ жить отдѣльно отъ мужей. Въ виду того, что дѣлъ такихъ въ Третье Отдѣленіе поступало не мало, были даже попытки создать для производства ихъ особые правила; попытки эти, впрочемъ, не имѣли успѣха. Съ введеніемъ судебной реформы, когда судъ сдѣлался доступнѣе и пріобрѣлъ больше довѣрія у гражданъ, супруги, испытывающіе потребность въ раздѣльной жизни, стали искать помощи у суда. Вотъ тутъ-то съ особенной яркостью обнаружилась недостаточность закона и необходимость найти средства удовлетворить немощамъ жизни.

Мировые суды и суды общіе первыхъ инстанцій, ближе стоящіе къ населенію и имѣющіе возможность наблюдать жизнь непосредственно, а не по бумажному только производ-



ству, склонны были удовлетворять нѣкоторыя ходатайства о раздѣльной жизни. При этомъ мировые суды иногда шли еще дальше: такъ, не взирая на запретъ закона, воспреещающаго совершеніе всякихъ актовъ, клонящихся къ самовольному расторженію законнаго супружества, у мировыхъ судей составлялись мировыя записи о раздѣльной жизни супруговъ, и даже при участіи этихъ судей выдавались «вольныя» мужьями женамъ. Но Сенатъ, до котораго вопли несчастныхъ супруговъ не доходили, въ началѣ своей практики рѣшительно отвергалъ возможность дозволенія раздѣльнаго жительства супруговъ и только въ послѣдствіи смягчилъ свой взглядъ на этотъ вопросъ. Но силами одного суда нельзя было удовлетворить этой потребности: тутъ необходимо вмѣшательство законодателя. Составители Проекта взяли на себя обязанность исполнить эту законодательную работу. Матеріаломъ для нихъ послужили отчасти данныя, почерпнутыя изъ практики административныхъ учрежденій, вѣдавшихъ и вѣдающихъ дѣла о раздѣльной жизни супруговъ, отчасти изъ судебной практики, отчасти изъ постановленій дѣйствующаго законодательства—общаго и мѣстнаго.

Главная мысль, принятая редакціонной комиссіей, какъ исходная точка для установленія основаній раздѣльной жизни, слѣдующая: не придавать перечисленнымъ въ законѣ причинамъ рѣшающаго значенія самимъ по себѣ. Необходимо, кромѣ наличности причинъ, констатированіе факта, что совмѣстная жизнь стала для просителя невыносимой. Сами же причины таковы: жестокое съ супругомъ или съ дѣтьми обращеніе другаго супруга, нанесеніе супругу тяжкихъ оскорбленій, сифилитическая или иная прилипчивая отвратительная болѣзнь другаго супруга, развратная или позорная жизнь его, постоянное пьянство или безрасудное и разорительное для семьи мотовство, а равно такая болѣзнь жены, при которой продолженіе супружескаго сожитія представляется опаснымъ для ея жизни и здоровья (ст. 141).

Такимъ образомъ, при руководствѣ этимъ постановленіемъ, суду предоставляется широкая свобода: онъ, разсматривая одну и ту же причину виновности, но примѣняясь къ обстоятельствамъ даннаго случая, можетъ постановить неодинаковое рѣшеніе: въ одномъ случаѣ допустить разлученіе, а



въ другомъ отказать, — и это вполне понятно. Положимъ, рѣчь идетъ о нанесеніи тяжкаго оскорбленія. Понятіе о тяжести обиды въ значительной степени зависитъ отъ степени умственнаго и нравственнаго развитія обиженнаго и обидчика. То же самое можно сказать и относительно жестокаго обращенія съ супругомъ или съ дѣтьми. Подобный субъективизмъ при рѣшеніи вопросовъ этого рода общегерманское уложеніе допускаетъ и въ дѣлѣ развода. Разумѣется, такой порядокъ предполагаетъ значительное довѣріе къ суду и требуетъ, чтобы послѣдній пользовался полной свободой доказательствъ при разсмотрѣніи этихъ дѣлъ.

Сверхъ этихъ причинъ Проектъ говоритъ о разрѣшеніи отдѣльнаго жительства вслѣдствіе злонамѣреннаго (не менѣе годичнаго) оставленія однимъ супругомъ другаго, и кромѣ того женѣ можетъ быть разрѣшено отдѣльное жительство, когда мужъ не имѣетъ осѣдлости, отказываетъ ей и дѣтямъ въ необходимомъ содержаніи или, при недостаточности доставляемыхъ имъ средствъ, препятствуетъ женѣ снискивать средства къ жизни собственнымъ трудомъ (ст. 142, 143).

Составители Проекта говорятъ: раздѣльное жительство супруговъ не можетъ быть назначаемо на основаніи одного лишь о томъ соглашенія (ст. 145), и притомъ не только предшествовавшаго судебному разбирательству, но и заявленнаго на судѣ согласія одного удовлетворить требованіе другаго о раздѣльномъ жительствѣ. Въ этомъ отношеніи Проектъ не освящаетъ практики административнаго учрежденія, вѣдающаго нынѣ семейнаго дѣла (стр. 245). Поэтому Проектъ тѣмъ самымъ не допускаетъ лишь такого признанія иска, которое дѣлало бы излишнимъ разсмотрѣніе доказательствъ иска, но не исключаетъ признанія въ смыслѣ неоспариванія или даже подтвержденія обстоятельствъ, на коихъ основывается просьба истца, изъ системы доказательствъ, допускаемыхъ уставомъ гражданскаго судопроизводства (стр. 246).

Какъ видно изъ вышеприведеннаго, въ этомъ случаѣ редакціонная коммисія нѣсколько удалилась отъ историческаго прошлаго, допускавшаго разлученіе супруговъ и по взаимному ихъ согласію, и отъ практики административныхъ учреждений, тоже допускающихъ такіа разлученія, и даже въ извѣстной мѣрѣ и отъ дѣйствующаго законодательства,



согласно которому жена переселяемого или удаляемого административнымъ порядкомъ можетъ не слѣдовать за мужемъ съ его согласія (т. XIV изд. 1890 г., ст. 255 п. 1. уст. о ссыльн.).

Можно ли въ самомъ дѣлѣ въ этомъ случаѣ игнорировать вполнѣ волю супруговъ? Развода, полного прекращенія брака, установившейся законодательной практикой на основаніи одного лишь соглашенія супруговъ не допускается.

Важность брачнаго института, особое общественное значеніе его, христіанская мораль не могутъ примириться съ такими разводами. Но разлученіе—мѣра не столь рѣшительная, не влекущая такихъ серьезныхъ послѣдствій, — должна, быть обсуживаема нѣсколько снисходительнѣе. Кто не знаетъ такихъ печальныхъ супружествъ, въ которыхъ мужъ съ женой, не проявляя ни жестокости другъ къ другу или дѣтямъ, ни нетрезвости, ни хозяйственной и нравственной непорядочности, все-таки не ладятъ другъ съ другомъ, и нелады эти все обостряются, и если такіе супруги не разойдутся, возникаетъ опасеніе, что явится, пожалуй, и жестокое обращеніе и что-либо другое изъ предусматриваемаго ст. 141. Слѣдуетъ ли «ждать отъ такихъ супруговъ поступковъ» или разрѣшить имъ теперь же временно разойтись по добру, по здорову? Думается, что общественная мораль не выиграетъ, если будетъ поставлено непремѣннымъ условіемъ, чтобы прежде совершено было ими одно изъ дѣйствій, указанныхъ въ ст. 141, а потомъ уже можно ихъ и разлучить. Лучше же ихъ разлучить, пока они окончательно не озлобили другъ друга, тогда, быть можетъ, еще останется надежда, что они впоследствии сойдутся. Мы полагаемъ, что временное разлученіе возможно допустить и на основаніи одного лишь соглашенія супруговъ. Разлученіе на неопредѣленное время на основаніи одной лишь воли супруговъ разрѣшать было бы неудобно: это могло бы прикрывать въ извѣстной мѣрѣ разводъ, по обоюдному соглашенію супруговъ.

На весьма важный и нерѣдко весьма острый вопросъ при раздѣльной жизни супруговъ—о судьбѣ дѣтей—Проектъ даетъ отвѣтъ такой: прежде всего рѣшеніе этого вопроса предоставляется соглашенію супруговъ; при отсутствіи соглашения, сыновья оставляются у отца, а дочери—у матери;



впрочемъ, невиновный супругъ въ правѣ требовать оставленія у него всѣхъ дѣтей; но въ интересахъ дѣтей судъ можетъ отступить отъ этихъ постановленій (ст. 148). Здѣсь можно возразить противъ сортировки дѣтей по поламъ. Не полъ только, но и возрастъ слѣдуетъ принимать во вниманіе. Мальчикъ ли, дѣвочка ли въ дѣтскомъ возрастѣ одинаково нуждаются въ призорѣ материнскомъ.

Относительно возстановленія супругами совмѣстной жизни, проектъ постановляетъ: данное на раздѣльное жителство разрѣшеніе утрачиваетъ силу вслѣдствіе возстановленія, по взаимному согласію супруговъ, совмѣстной ихъ жизни. Проектъ постановляетъ: данное на раздѣльное жителство. (См. мою статью О проектѣ семейственнаго права. Ж. М. Ю. 1903. Февраль, стр. 85—91).

#### б) *Особыя права мужа.*

Особыя права мужа заключаются въ слѣдующемъ:

1) Мужъ считается главой семьи. Многія законодательства такъ и опредѣляютъ его положеніе («глава семейства» — нашъ Сводъ зак. гр. ст. ст. 107, Пр. ст. 109, Das Haupt der Familie, — австрійское улож. § 92, das Haupt der ehelichen Gesellschaft, — прусское улож. II, 1 § 184, и capo della famiglia — итальянское улож., ст. 131). Какъ понимать это главенство? Это значитъ, что въ брачномъ союзѣ голосу мужа дается рѣшительное и рѣшающее значеніе (прусскій законъ такъ буквально и опредѣляетъ главенство мужа — § 184). Отсюда законъ требуетъ «неограниченнаго послушанія» отъ жены по отношенію къ своему мужу (зак. гр. ст. 107, ср. ст. 108). Другія законодательства требуютъ отъ жены просто «послушанія» (сакс. — Gehorsamkeit § 1631. Швейцарское уложеніе, называя мужа главой супружескаго союза (ст. 160), говоритъ, что супруги стараются обоюдно поддерживать взаимное согласіе (ст. 159). Нашъ остзейскій Сводъ — «послушанія и подчиненія его (мужа) волѣ», ст. 8, п. 1. Франц. улож. — obéissance», ст. 213).

Однако-же это правило о подчиненіи воли жены волѣ мужа для надлежащаго его уразумѣнія должно быть сопоставляемо съ другими предписаніями закона — «о жизни съ женой въ согласіи», «объ уваженіи» къ ней (зак. гр. ст. 106), тогда



обязанность неограниченнаго послушанія жены мужу получить надлежащее освѣщеніе и вмѣстѣ съ тѣмъ станетъ ясно, что мужнее полновластіе имѣетъ свои предѣлы и что этимъ полновластіемъ никоимъ образомъ не можетъ быть оправдываемо жестокое обращеніе мужа съ женой (какіе взгляды высказывались). Такіе взгляды тѣмъ болѣе не основательны, что въ другомъ случаѣ (о чемъ была рѣчь выше) самъ законъ даетъ право женѣ не слѣдовать за своимъ мужемъ, въ случаѣ жестокаго съ нею обращенія, т. е. считаетъ проступокъ мужа столь важнымъ, что освобождаетъ жену отъ исполненія важнѣйшей обязанности—не покидать мужа.

Заслуживаетъ вниманія, что и другія законодательства, предписывая женѣ быть послушной своему мужу, не только вмѣстѣ съ тѣмъ вмѣняютъ въ обязанность послѣднему хорошо обходиться съ женой, но дурное обхожденіе и повторяющіяся оскорбленія считаютъ для жены основаніемъ для развода съ мужемъ (Сакс. § 1736, австр.—§§ 109, 115, прус.—§§ 700—703, франц.—ст. 231, швейц. 138 и по италіан. улож.—для разлученія—ст. 150).

2. Мужъ имѣетъ право требовать, чтобы жена слѣдовала за нимъ, при перемѣнѣ имъ постояннаго мѣста жительства (гражд. зак., ст. 103. Пр. ст. 112. сакс. § 1636, австр.—§ 92, прусс.—§ 175, обще-герм. § 1359, франц.—ст. 214, италіан.—ст. 131, остз. свод. ст. 8, п. 2).

Выше объ этомъ была рѣчь подробно, какъ объ обязанности обоихъ супруговъ жить вмѣстѣ. Здѣсь отмѣчается какъ особое право мужа опредѣлять и избирать мѣсто для совокупной жизни супруговъ.

3. Мужъ имѣетъ право требовать, чтобы жена не занималась безъ его согласія (гр. зак. ст. 2202, по прус. улож. жена не имѣетъ права заключать безъ согласія мужа какого-бы то ни было обязательства, которымъ стѣснялись-бы права ея личности, § 196). Разумѣется-ли здѣсь только наемъ для домашнихъ услугъ или вообще для услугъ внѣ дома, или же какой-бы то ни былъ договоръ личнаго найма—законъ не высказывается. По буквальному смыслу («наниматься») и по предполагаемой цѣли закона—не дозволять женѣ оставлять мужа безъ его разрѣшенія, надо думать, что рѣчь въ статьѣ



лишь о такомъ договорѣ личнаго найма, который сопряженъ съ раздѣльной жизнью жены.

4. Мужъ имѣетъ право требовать отъ жены дѣятельности, какъ «хозяйки дома» («жена обязана оказывать ему (мужу) всякое угожденіе и привязанность, какъ хозяйка дома», ст. 107). Аналогичное постановленіе мы находимъ въ нашемъ Остзейскомъ Сводѣ («мужъ въ правѣ требовать отъ жены участія въ состоящемъ въ его завѣдываніи домашнемъ хозяйствѣ», ст. 8, п. 3) и въ западно-европейскихъ германскихъ законодательствахъ: саксонскомъ («мужъ имѣетъ право требовать отъ жены услугъ по веденію своего хозяйства или своего промысла», § 1631), Проектъ (ст. 110) повторяетъ буквально это постановленіе, прусскомъ («жена обязана имѣть надзоръ надъ хозяйствомъ мужа», § 194) и австрійскомъ («жена обязана помогать мужу по веденію хозяйства и посильно къ приобрѣтенію средствъ», § 92). По Общегерм. улож. жена обязана завѣдывать общимъ хозяйствомъ, производить домашнія работы и помогать мужу въ его предпріятіи (§ 1356). По Швейцарскому кодексу жена ведетъ домашнее хозяйство (ст. 161).

5. Нѣкоторыя законодательства сверхъ того даютъ право мужу на полученіе содержанія отъ жены, если онъ окажется въ нуждѣ. Такъ въ нашемъ Остзейскомъ Сводѣ постановлено: мужъ въ правѣ требовать отъ жены въ случаѣ нужды содержанія (ст. 8, п. 3. Ср. Пр. ст. 115). Въ саксонскомъ законодательствѣ читаемъ: если мужъ обѣднѣетъ и къ приобрѣтенію содержанія для себя станетъ неспособнымъ, то жена обязана его кормить, а если умретъ—похоронить на свой счетъ (§ 1637). По итал. улож. жена должна участвовать въ содержаніи мужа, если у него нѣтъ своихъ достаточныхъ средствъ (ст. 132). Французскіе ученые признаютъ, что постановленіе и ихъ закона (*les époux se doivent mutuellement secours*, ст. 212) должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что, при отсутствіи средствъ у мужа и при наличности ихъ у жены, всѣ расходы совмѣстной жизни должны идти на ея счетъ (Laurent, вышеуказ. соч. стр. 194. Colmet de Santerre, *Manuel élémentaire de droit civil*. Т. 1, р. 85. Ср. Швейц. Улож. ст. 159 и Пр. ст. 115).



в) *Особыя права жены.*

1. Жена имѣетъ право на имя мужа (фамилію). Это одно изъ слѣдствій общенія жизни, создаваемого бракомъ (гражд. зак. ст. 100, Пр. ст. 111, прусск. § 192, сакс. § 1632, общегерм. улож. § 1355, Швейц. ст. 161, остз. сводъ ст. 5 и 6).

2. Она имѣетъ право на всѣ права и преимущества мужа, сопряженныя съ его состояніемъ, чиномъ или званіемъ, не теряя ихъ и въ томъ случаѣ, если мужъ за преступленіе будетъ лишенъ правъ своего состоянія (зак. гражд. ст. 100—102, австр. § 92, сакс. § 1748, итал. ст. 131, по прусскому уложенію условно: жена слѣдуетъ правамъ состоянія своего мужа, если они не связаны только съ его лицомъ, § 193, Швейц. ст. 161). Это право она сохраняетъ и во вдовствѣ. Но сохраняется-ли оно при разводѣ? Законъ отвѣта не даетъ; изъ его умолчанія отрицательнаго отвѣта вывести нельзя.

Въ древнее время разведенная теряла по общему правилу право на фамильное имя и званіе супруга. Но практика не соблюдала этого правила и разведеннымъ женамъ дозволялось именоваться—Х, бывшая жена Y. (См. изсл. О разводѣ стр. 202).

Въ древнее время рѣшался у насъ иначе вопросъ и о сообщеніи женѣ правъ состоянія мужа. Среди высшихъ и свободныхъ классовъ (князей, бояръ, бѣлаго духовенства, городскихъ и свободныхъ сельскихъ обывателей), какъ и теперь, состояніе мужа сообщалось женѣ. Но среди несвободныхъ классовъ дѣйствовало другое правило: рабство одного изъ супруговъ заражало другаго — свободный, вступая въ бракъ съ крѣпостною, самъ дѣлался крѣпостнымъ, если не выговаривалъ себѣ свободы у господина жены, равно свободная, выходя за крѣпостнаго, теряла свободу—«по рабѣ холопъ, по холопу раба». Эти *capitis deminutiones* были вполне отмѣнены сравнительно недавно: для свободного мужа—Екатериной II, и для свободной жены—Александромъ I.

Дольше всего (до 1831 г.) сохранялось правило о несообщеніи правъ состоянія иностранца—мужа русской подданной — женѣ: если военно-плѣнный иностранецъ, находясь въ Россіи, женился на русской подданной и потомъ былъ отпу-



скаемъ въ свое отечество, то жена не была съ нимъ отпускаема, хотя-бы въ такомъ случаѣ надлежало расторгнуть самый бракъ (Неволинъ: Полное собр. соч., т. III, стр. 60—72).

Изъ общаго правила о сообщеніи мужемъ правъ своего состоянія женѣ нашъ законъ знаетъ нѣсколько исключеній.

а) Если жена до замужества принадлежала къ состоянію высшему, то она сохраняетъ его преимущества и по выходѣ замужъ, не сообщая его однако-же мужу (закон. гражд. ст. 100, т. IX, ст. 5, 11, 44—46, 53, 539, 542).

б) Если жена, бывъ лишена всѣхъ правъ состоянія и, по истеченіи опредѣленныхъ закономъ сроковъ, перечислившись въ сословіе государственныхъ крестьянъ, вступить въ новый бракъ съ лицомъ, принадлежащимъ къ состоянію высшему, то въ этомъ случаѣ она не пріобрѣтаетъ правъ состоянія своего мужа, потому что, пріобрѣтая такіа права, она обходила бы законъ, карающій ее за содѣянное преступленіе (кромѣ другихъ наказаній) лишеніемъ правъ.

в) Лицо Императорской фамиліи, вступившее въ бракъ съ лицомъ, не принадлежащимъ къ царствующему или владѣтельному дому, не можетъ сообщить ему правъ, принадлежащихъ членамъ Императорской фамиліи (т. I, зак. осн., ст. 147), т. е. права на престолонаслѣдіе и права на полученіе содержанія изъ удѣльнаго имущества.

Всѣ законодательства признаютъ, что жена имѣетъ право на полученіе содержанія отъ мужа. Мужъ содержитъ жену и семью какъ главная рабочая сила (прусс. §§ 185, австр. § 91, сакс. § 1634, общегерм. § 1360, франц. ст. 214, итал. ст. 132, сводъ остз. ст. 9). Нашъ законъ опредѣляетъ эту обязанность такъ: «мужъ обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и по возможности своей» (ст. 106, Ср. Пр. ст. 113). Смыслъ статьи тотъ, что мужъ обязанъ не только давать средства на прокормленіе жены, но и вообще содержать ее, т. е. давать всѣ необходимыя средства къ жизни, сообразно съ своимъ общественнымъ положеніемъ («по состоянію», т. е. по сословному положенію; четыре состоянія природныхъ обывателей: дворянство, духовенство, городскіе и сельскіе обыватели) и сообразно съ своими средствами («по возможности»).



Иностранные кодексы обыкновенно опредѣляютъ мѣру содержанія, приравниваясь къ общественному положенію мужа. Такъ прусск. улож. назначаетъ содержаніе женѣ, сообразно съ общественнымъ положеніемъ (*Standesmäßiger Unterhalt*, § 185); тоже повторяется и во французскомъ и саксонскомъ уложеніяхъ, (*Selon ses facultés et son état*, ст. 214. *Auf eine seinem Stande und seinen Vermögensverhältnissen entsprechende Weise zu unterhalten*, § 1634), а равно и общегерманскомъ, которое, упоминая объ общественномъ положеніи и состояніи, прибавляетъ еще: «соразмѣрно съ своею трудоспособностью» (§ 1360). Въ Швейцарскомъ Уложеніи сказано: мужъ долженъ надлежащимъ образомъ заботиться о содержаніи жены и дѣтей (ст. 160). Нашъ Остз. Сводъ говорить, что жена въ правѣ требовать отъ мужа содержанія соответственнаго его званію и достоинству (ст. 9). Австрійскій законъ говоритъ прямо «о доставленіи приличнаго содержанія женѣ» (*den anständigen Unterhalt zu verschaffen*, § 92).

Нѣкоторые законодательства подробнѣе опредѣляютъ эту обязанность, налагаемую на мужа. Такъ прусск. улож., называя ее сообразно съ состояніемъ (§ 185), прибавляетъ: но если мужъ не можетъ женѣ доставить такого содержанія, то она должна довольствоваться и скуднымъ (§ 186). Саксонскій законъ говоритъ объ обязанности мужа доставлять уходъ и врачебную помощь женѣ во время болѣзни; а въ случаѣ смерти, если она умретъ, не оставивши средствъ, на свой счетъ похоронить ее (§ 1634).

И съ точки зрѣнія нашего закона, конечно, можно вывести правило, что разъ у мужа нѣтъ средствъ содержать жену, сообразно состоянію, то, конечно, онъ обязанъ содержать ее какъ можетъ («по возможности»). Нельзя требовать, чтобы мужъ содержалъ жену, какъ прилично дворянину, если этотъ дворянинъ самъ чернорабочій.

Что касается обязанности доставленія врачебной помощи, то она можетъ быть выведена не только изъ постановленія о содержаніи (ст. 106), но также и изъ постановленія, въ которомъ говорится о любви къ женѣ и облегченіи ея немощей. (Та-же ст. Ср. Пр. ст. 108).

Но для того, чтобы жена могла требовать содержанія отъ мужа, она должна жить вмѣстѣ съ мужемъ: живя внѣ



дома, отдѣльно, она по общему правилу не въправѣ требовать себѣ содержанія; не выполняя своихъ обязанностей, она не въправѣ требовать выполненія ихъ со стороны мужа.

Однако - же это правило, какъ мы видѣли, имѣетъ и должно имѣть исключенія.

Если жена ведетъ раздѣльную жизнь не по своей винѣ, если она по закону имѣетъ право жить раздѣльно или если она вынуждена оставить мужнюю квартиру, то въ такомъ случаѣ нѣтъ основанія отказывать ей въ содержаніи. Мы касались уже этого вопроса, говоря о раздѣльной жизни супруговъ.

Мы видѣли тамъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ самъ законъ позволяетъ женѣ не слѣдовать за мужемъ. Очевидно, что въ этихъ случаяхъ жена имѣетъ право на отдѣльное содержаніе. Затѣмъ закону нашему извѣстенъ рядъ другихъ случаевъ, когда онъ предоставляетъ право женѣ на отдѣльное отъ мужа содержаніе. А именно: а) изъ доходовъ съ имущества лица безвѣстно отсутствующаго извѣстная часть, по усмотрѣнію опеки, назначается на содержаніе его женѣ и дѣтямъ (т. IX, ст. 8, прим. 4 по прод. 1891 г. прил. ст. 1); б) въ случаѣ лишенія мужа по суду правъ дворянства, недвижимое населенное имѣніе его отдается въ опекуновское управленіе, и половина доходовъ съ онаго выдается женѣ на содержаніе (ст. 332 п. 4 т. IX, Зак. о сост., изд. 1876 г.); в) женамъ лицъ, переселяемыхъ по приговорамъ обществъ, назначается въ опредѣленномъ размѣрѣ, по усмотрѣнію суда, содержаніе изъ мужнина имѣнія (Уст. ссыльн., ст. 255, 256).

Безспорно, что жена имѣетъ право на отдѣльное содержаніе и тогда, когда она не живетъ съ мужемъ по причинамъ, которыя не могли быть ей вѣнены въ вину, какъ, на примѣръ, вслѣдствіе нахожденія въ больницѣ на излѣченіи или когда она лишилась разсудка (кассац. рѣш. 1873 г., № 1666).

Равно такое право ей должно быть предоставлено и тогда, когда по винѣ мужа совмѣстная жизнь невозможна, понимая эту вину не только такъ, что мужъ отказывается принять жену, но и такъ, что, желая жену держать у себя, мужъ дѣлаетъ эту жизнь невозможной, на примѣръ, вслѣдствіе жестокаго обращенія съ женой.



Но съ другой стороны, и жена не должна смотрѣть на себя только какъ на нахлѣбницу или кредиторшу мужа. Если она, въ свою очередь, попираетъ права мужа, вступаетъ въ непозволительную связь съ другимъ мужчиной, вообще ведетъ безнравственный образъ жизни, не участвуетъ въ заботахъ по хозяйству («какъ хозяйка дома», по ст. 107) или если она живетъ съ мужемъ только для того, чтобы поведеніемъ своимъ заставить его отказаться отъ совмѣстной жизни и тѣмъ дать ей право на отдѣльное содержаніе (см. случай, прив. въ соч. О разводѣ, стр. 452), тогда, не нарушая статьи о повиновеніи мужу и почтеніи къ нему (ст. 107), нельзя признать за ней права на отдѣльное содержаніе.

Что касается размѣра содержанія, которое должно быть назначено женѣ судомъ, при раздѣльной жизни супруговъ, то размѣръ этотъ долженъ быть установленъ по той-же мѣркѣ, которая указывается закономъ и при совмѣстной жизни супруговъ: «по состоянію и возможности» мужа, опредѣляя эту возможность по моменту постановленія рѣшенія и дозволяя измѣнять установленную судомъ норму, съ измѣненіемъ имущественнаго положенія мужа, т. е. или увеличивая, или уменьшая назначенный судомъ размѣръ и даже совершенно прекращая выдачу содержанія, при возстановленіи супругами совмѣстной жизни.

4. Наконецъ жена имѣетъ право на охрану и защиту со стороны мужа (прусск. II, 1, § 188, австр. § 91, сакс. § 1633, франц. ст. 213, итал. ст. 132, остз. ст. 9, п. 2). Прусск. Ул. говоритъ: мужъ обязанъ и имѣетъ право защищать предъ судомъ и внѣ суда лицо, честь и имущество жены (§ 188), даже и въ случаѣ возбужденія противъ нея исковъ объ обидѣ (§ 190). По Швейцарскому Уложенію, хотя жена имѣетъ право вести судебный процессъ, но въ процессахъ жены съ третьими лицами по поводу ея личнаго имущества, внесеннаго въ бракъ, представителемъ можетъ быть одинъ только мужъ (ст. 168). По нашему Остзейскому своду жена вправѣ требовать отъ мужа во всѣхъ случаяхъ жизни, въ особенности въ дѣлахъ юридическихъ, защиты и содѣйствія (ст. 9, п. 2). По нашему общему Своду мужъ обязанъ защищать жену (ст. 106), а по нашимъ процессуальнымъ законамъ мужъ имѣетъ право быть повѣреннымъ жены, хотя-бы онъ и не принадлежалъ къ



составу присяжныхъ или частныхъ повѣренныхъ (учр. суд. уст. 389 и Прав. о произв. суд. д., ст. 5). Согласно законамъ уголовнымъ, мужъ имѣетъ право возбуждать преслѣдованіе объ оскорбленіи чести жены (улож. о наказ. ст. 1534, прим.).

Но общаго постановленія о правозаступничествѣ жены мужемъ законъ не даетъ. Это, конечно, находится въ связи съ устанавливаемою нашимъ закономъ системой раздѣльности имущества супруговъ.

По Общегерм. улож. жена не только обязана, но и въправѣ завѣдывать общимъ хозяйствомъ, и въ предѣлахъ его вести дѣла мужа вмѣсто него и представлять его, такъ что сдѣлки, отсюда возникающія, обязываютъ мужа. Хотя мужу и предоставляется ограничить или отмѣнить это право жены, но послѣдняя можетъ жаловаться на мужа въ опекунскій судъ, если считаетъ такое дѣйствіе мужа злоупотребленіемъ властью (§ 1357). Аналогичныя постановленія даетъ и Швейцарское Улож. (ст. 163—165). Незвѣстныя другимъ кодексамъ постановленія о взаимныхъ отношеніяхъ супруговъ даетъ новый Швейцарскій кодексъ: если одинъ изъ супруговъ пренебрегаетъ своими семейными обязанностями или подвергаетъ другаго супруга риску, стыду или убыткамъ, то обиженная сторона можетъ требовать вмѣшательства судьи (ст. 169). Если мужъ пренебрегаетъ своими семейными обязанностями, то судья можетъ предписать должникамъ мужа вручить женѣ всю сумму ихъ долга или часть ея (ст. 171).

2) *Необходимость согласія мужа на совершеніе женой нѣкоторыхъ юридическихъ актовъ (авторизація мужа).*

Говоря о вліяніи брака на личныя права жены, слѣдуетъ еще остановиться на той юридической зависимости ея отъ мужа, которую порождаетъ бракъ по нѣкоторымъ законодательствамъ.

По французскому закону замужняя женщина причисляется къ разряду неспособныхъ къ юридической дѣятельности (incapables. Code Civ., ст. 1124). Эту неспособность сообщаетъ ей бракъ, потому что до замужества, разъ она со-



вершеннолѣтняя, она пользуется одинаковыми правами съ женщиной. Слѣдовательно, въ этомъ ограниченіи дѣеспособности замужнихъ женщинъ нельзя усматривать остатковъ римской половой опеки.

Интересъ брака—желаніе поддержать мужній авторитетъ и сохранить единство власти—вызываетъ потребность въ подчиненіи жены мужу и въ области имущественныхъ отношеній.

Такое объясненіе своего закона даютъ французскіе цивилисты, но они-же прибавляютъ къ этому еще слѣдующія соображенія. Вышеуказанный мотивъ не единственный и даже не главный. Бракъ создаетъ новые потребности жизни, жена не можетъ совершить ни одного юридическаго акта, который бы не оказывалъ вліянія на дѣтей и на мужа; акты, совершенные ею, интересуютъ всю семью, и естественно, что глава семьи вмѣшивается въ нихъ, чтобъ охранить общіе интересы. Есть еще одно соображеніе. Бракъ есть товарищество. Каждый изъ товарищей имѣетъ свою сферу дѣйствій. Жена завѣдуетъ хозяйствомъ и воспитаніемъ дѣтей, мужъ заправляетъ дѣлами, которыя ему лучше извѣстны, чѣмъ женѣ (Laurent: *Cours élémentaire de droit civil*, I, 203. Planiol, *Traité élém. de droit civil*. T. III, p. 79 et suiv.).

Неспособность замужней женщины общая: она распространяется на всѣ юридическіе акты, какъ распорядительные, такъ и пріобрѣтательные, не исключая и дарственныхъ (ст. 217), ибо для мужа не безразлично, отъ кого жена получаетъ подарокъ.

Эти ограниченія имѣютъ полную силу, не взирая на избранную супругами ту или другую систему имущественныхъ отношеній. Но составляютъ исключенія изъ вышеуказаннаго ограниченія слѣдующія права жены: 1) право дѣлать текущіе расходы по хозяйству, потому что въ этомъ случаѣ она обязывается не себя, а мужа; 2) право самостоятельно обязываться по торговлѣ, если она ведетъ ее совершенно отдѣльно отъ мужа (ст. 220), потому что на право веденія торговли она должна тоже получить согласіе мужа; 3) право совершать завѣщаніе (ст. 226), потому что этотъ актъ получаетъ силу лишь послѣ ея смерти.



Равно жена не имѣетъ права выступать на судѣ (*ester en jugement, stare in iudicio*), потому что и здѣсь дѣло можетъ дойти легко до убытковъ. Только по дѣламъ уголовнымъ и исправительнымъ она не нуждается въ содѣйствіи мужа.

Разрѣшеніе мужа должно быть специально для каждаго акта (согласіе общее, впередъ, было-бы отказомъ отъ мужней власти), хотя-бы и молчаливое (ст. 217): когда мужъ принимаетъ участіе въ совершеніи акта. Если мужъ не хочетъ дать согласія или не можетъ вслѣдствіе безвѣстнаго отсутствія, нахожденія подъ запрещеніемъ, малолѣтства, присужденія къ безчестящему наказанію (*peine afflictive ou infamante*), то за него разрѣшеніе даетъ судъ (ст. 218—222).

Сила актовъ, заключенныхъ безъ согласія мужа или суда, можетъ быть оспорена мужемъ, женою или ихъ наслѣдниками (ст. 225).

Въ общемъ и италіанскій законъ держится тѣхъ-же воззрѣній, что и французскій, однако-же есть и существенныя отличія. Италіанскій кодексъ, говоритъ профессоръ Неаполитанскаго университета Джантурко, ищетъ средняго пути между претензіями доктринеровъ, эмансипаторовъ женщины и упорными охранителями мужняго авторитета, требуя разрѣшенія специального или общаго только для нѣкоторыхъ опредѣленныхъ актовъ (*Istituzioni di diritto civile italiano*, IV ed., p. 57).

Итакъ, вотъ первое существенное отличіе италіанскаго кодекса отъ французскаго; тогда какъ послѣдній требуетъ неизмѣнно специального разрѣшенія мужа на совершеніе юридическихъ дѣйствій жены, первый довольствуется общимъ, впрочемъ, съ правомъ отмѣны послѣдняго по усмотрѣнію мужа (итал. ст. 134, франц. ст. 223). Далѣе, для совершенія только нѣкоторыхъ актовъ, нарочито перечисленныхъ закономъ, замужняя италіанка нуждается въ разрѣшеніи мужа, а именно: для совершенія даренія, отчужденія (хотя-бы и возмезднаго) и ипотеки недвижимости, займа и отдачи или полученія капитала, для принятія поручительства, порученія (мандата) или обязанности душеприказчицы по завѣщанію, равно и для дѣйствій на судѣ по всѣмъ вышеизложеннымъ



юридическимъ актамъ (ст. 134, 1743 и 904). Слѣдовательно, не только всѣ акты, относящіеся къ управленію, она можетъ свободно совершать, но и прочіе юридическіе акты, кромѣ сей-часъ перечисленныхъ.

Сдѣлавъ это отступленіе отъ французскаго кодекса, ита-ліанскіе юристы, повидимому, не вполне увѣрены въ цѣлесо-образности его. Такъ у того-же Джантурко мы читаемъ: «ко-нечно, такимъ образомъ не вполне достигается цѣль удер-жать согласіе между женой и главой семьи и сберечь семей-ное имущество» (тамъ-же. Pacifici-Mazzoni, Istituzioni di diritto civile italiano, I, p. 247).

По прусскому законодательству мужъ, вслѣдствіе своихъ опекунскихъ правъ по отношенію къ женѣ, обязанъ и вправѣ защищать ея лицо, честь и имущество на судѣ и внѣ суда (Pr. L. R. II, 1, § 188). Поэтому, по общему правилу жена не можетъ безъ согласія и привлеченія мужа вести про-цессъ (§ 189). Впрочемъ, это послѣднее постановленіе надо считать отмѣненнымъ Обще-германскимъ Уставомъ граж-данскаго судопроизводства, по которому замужняя женщина считается вполне способной къ процессу (§ 51).

Жена не можетъ безъ согласія мужа принимать на себя никакого обязательства, которымъ-бы ограничивалась свобода ея личности (§ 196).

Подобнаго-же характера правила мы находимъ и въ Са-ксонскомъ Уложеніи, которое постановляетъ: замужняя женщина нуждается въ согласіи мужа на заключеніе всѣхъ сдѣлокъ, не влекущихъ за собою приобрѣтенія (выгоды) (§ 1638). Но если мужъ въ такомъ согласіи отказывается безъ достаточной причины, то разрѣшеніе на заключеніе сдѣлки можетъ дать судъ (§ 1644).

Австрійское Уложеніе совсѣмъ не знаетъ поста-новленій, ограничивающихъ замужнихъ женщинъ въ этомъ отношеніи (см. § 91 и ср. Krainz, System. des oesterreich. allge-mein. Privatrechts, II, § 434).

То-же въ видѣ общаго правила признаетъ и Обще-гер-манское Улож., но если жена обязалась совершать дѣй-



ствія, требующія ея личнаго труда, то мужъ имѣетъ право, съ разрѣшенія опекунскаго суда, до срока прекратить силу такого договора, если судъ признаетъ, что дѣятельность жены вредитъ интересамъ супружескаго союза (§ 1358). По Швейцарскому Уложенію жена имѣетъ право вести судебные процессы самостоятельно, но для занятія профессиональной или торгово-промышленной дѣятельностью требуется согласіе мужа (ст. 167, 168).

Нѣкоторые западно-европейскіе торговые кодексы требуютъ также непремѣнно наличности согласія мужа (прямо выраженнаго или только подразумѣваемаго) на веденіе женою торговли, на то, чтобъ она стала купчихой (*marchande publique*, *commerciant*e, *Handelsfrau*, фр. торг. код., ст. 4, итал. 15, но общ.-герм. торг. ул. такого требованія не ставятъ, что было прежде). Причемъ авторитетъ мужа признается столь нерушимымъ, что данное имъ согласіе можетъ быть взято обратно во всякую пору. Впрочемъ, не одними только соображеніями мужняго главенства вызывается потребность въ такомъ согласіи, а также и тѣмъ, что, при существующей во многихъ западно-европейскихъ законодательствахъ общности имущественныхъ отношеній между супругами, мужъ заинтересованъ не только нравственно, но и имущественно открытіемъ торговли его женою, ибо жена отвѣчаетъ не только своимъ имуществомъ за сдѣланные ею долги, но отвѣтственность ея можетъ распространиться и на общее имущество (франц. ст. 7, итал. ст. 14).

Что касается русскаго права, то мы видѣли и увидимъ, что и у насъ въ законодательствѣ были примѣры признанія юридической несамостоятельности жены въ вопросахъ распоряженія своимъ имуществомъ—сознаніе необходимости дополнять волю жены волей мужа. Но все это дѣло прошлаго. Дѣйствующее законодательство вполне освободилось отъ этого воззрѣнія. «Супругамъ дозволяется... распоряжаться собственнымъ своимъ имѣніемъ прямо отъ своего имени, независимо другъ отъ друга и не испрашивая на то взаимно ни дозволительныхъ, ни вѣрующихъ писемъ» (т. X, ч. 1, ст. 114). Вотъ основное правило дѣйствующаго закона въ разсматриваемомъ вопросѣ. Конечно, это обобщеніе рѣчи «о супругахъ»



и «взаимныхъ дозволительныхъ письмахъ» есть, такъ сказать, лишь *façon de parler* нашего закона, потому что ни исторія, ни обычай, ни даже примѣръ западно-европейскихъ законодательствъ (если допустить возможность ихъ вліянія въ данномъ случаѣ) вовсе не указываютъ на взаимодѣйствіе супруговъ въ такихъ случаяхъ. Напротивъ, и исторія, и обычай, и иноземныя законодательства знаютъ лишь вліяніе мужа на волю жены и необходимость разрѣшенія перваго на юридическіе акты второй; такъ что и смыслъ вышеуказанной статьи собственно тотъ, что жена имѣетъ право распоряжаться своимъ имуществомъ, не испрашивая на это разрѣшенія мужа.

Исключеній изъ этого правила немного:

1. Не могутъ наниматься жены безъ позволенія мужей (т. X, ч. 1, ст. 2202), причемъ это ограниченіе нашего закона, не знающаго мужней авторизаціи вообще по юридическимъ актамъ, совершаемымъ женой, должно быть примѣняемо лишь настолько, насколько договоръ личнаго найма, заключенный женой, приходитъ въ столкновеніе съ личною властью мужа надъ ней, съ обязанностью ея раздѣлять мѣстожителство мужа. Слѣдовательно, тамъ, гдѣ договоръ найма услугъ такого столкновенія не предполагаетъ, тамъ этотъ договоръ долженъ имѣть силу, независимо отъ согласія или несогласія на него мужа.

2. «Замужнія женщины... не могутъ давать на себя векселей и передавать ихъ съ возвратомъ на себя... безъ позволенія ихъ мужей» (Уст. векс., ст. 6). Это ограниченіе касается простыхъ векселей. Оно стало извѣстно нашему законодательству лишь съ 1862 г. До этого времени нашъ Вексельный Уставъ не ограничивалъ вексельной дѣеспособности замужней женщины. Постановленіе это, очевидно, наносное, навѣянное примѣромъ Запада, стремившагося освободить замужнихъ женщинъ отъ послѣдствій вексельной строгости взысканій. Въ западно-европейскомъ правѣ оно находится въ гармоніи съ существующей тамъ общей зависимостью жены отъ мужа, при совершеніи юридическихъ актовъ—зависимостью; какъ выше было указано, у насъ не существующей.



## ГЛАВА IV.

## § 8.

**II. Имущественныя отношенія между супругами.**

а) Прусское уложеніе (1. Система раздѣльности 2. Общность имущества. 3. Частичная общность), б) Австрійское уложеніе (1. Общность имущества. 2. Приданое), в) Саксонское уложеніе, г) Обще-германское уложеніе (1. Общія понятія. 2. Имущественныя отношенія по закону : аа) отдѣльное имущество, бб) внесенное имущество. 3. Полная общность имущества. 4. Общность пріобрѣтеній. 5. Общность движимости), д) Французское уложеніе (1. О законной общности имущества. 2. О договорной общности. 3. Объ общности пріобрѣтеній. 4. Объ исключеніи движимости изъ общности. 5. О признаніи недвижимаго имущества движимымъ. 6. О полной общности. 7. О выдѣленіи долговъ. 8. Право жены не отвѣчать за долги при раздѣлѣ общности. 9. О преимущественной долѣ. 10. Неравный раздѣлъ общности. 11. Отсутствіе общности. 12. О раздѣльности имущества. 13. Система приданого. 14. Товарищество пріобрѣтеній въ связи съ системой приданого), е) Итальянское уложеніе (1. О приданомъ. 2. Объ общности имущества), ж) Англійское законодательство, з) Швейцарское уложеніе, и) Русское законодательство, к) Заключение.

Переходя къ изложенію имущественныхъ отношеній между супругами, мы, предпошлемъ изложенію этихъ отношеній по нашему праву краткій обзоръ ихъ по важнѣйшимъ западно-европейскимъ уложеніямъ.

*а) Прусское уложеніе.*

Система имущественной раздѣльности и мужаго пользованія женинымъ имуществомъ образуетъ общее прусское право въ вопросѣ объ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, которое можетъ быть замѣнено или спеціальными нормами, или особымъ соглашеніемъ (II, 1, § 215). Впрочемъ, и въ этомъ общемъ правѣ много мѣстныхъ особенностей.

Система раздѣльности коренится въ древне-саксонскомъ правѣ; въ послѣдствіи она была видоизмѣнена подъ вліяніемъ римскаго права.

1. Система раздѣльности. Въ чемъ заключается имущество жены? Во всемъ, что она имѣла, при вступленіи въ бракъ, и что она пріобрѣла въ послѣдствіи во время брака путемъ наслѣдованія, дара и «счастливыхъ случайностей» (II,



1, §§ 210—212). Все, приобретенное собственнымъ трудомъ жены, принадлежитъ мужу; но приобретенное ею путемъ сдѣлокъ на собственные средства, а равно недвижимость и капиталъ, приобретенные ею вслѣдствіе веденія особаго промысла, если они записаны на ея имя,—все это считается ея отдѣльною собственностью. Равно отдѣльною-же ея собственностью считается все, приобретенное ею съ согласія мужа на свои или на его деньги, а равно приобретенное мужемъ для нея (§ 219. Dernburg, Lehrbuch d. Preuss. Privatr. III B., стр. 78).

Въ составѣ этого имущества различается предоставленное ей (*Vorbehaltenes*) и внесенное ею для потребностей брачной жизни (*Eingebrachtes, Mitaten*). Предоставленное женѣ состоитъ отчасти изъ такового по закону, отчасти по договору. Къ первому принадлежатъ: утренній даръ, а также вещи, по свойству своему предназначенныя для пользованія жены (§§ 206, 207); путемъ договорнаго соглашенія супруги могутъ и всякое иное имущество объявить отдѣльною собственностью жены (*Vorbehaltenes Vermögen*). Такое-же качество можетъ сообщить даритель или завѣщатель, совершая даръ или завѣщаніе въ пользу жены (§§ 214, 215).

Предоставленнымъ женѣ имуществомъ она управляетъ, пользуется и распоряжается вполнѣ самостоятельно и независимо отъ мужа (§§ 221, 222). Если является подозрѣніе, что жена распоряжается не хозяйственно предоставленнымъ имуществомъ, то мужъ имѣетъ право принять мѣры, т. е. взять это имущество подъ свое наблюденіе (§ 224. Dernburg, *Ib.* стр. 85).

Другой характеръ и другую судьбу имѣетъ имущество жены, принесенное для потребностей брачной жизни (*Eingebrachtes, Mitaten*). Все то, что не зачисляется въ силу закона или договора въ отдѣльную собственность жены, какъ имѣвшееся при вступленіи въ бракъ, такъ и приобретенное впоследствии (§§ 205, 210), все это считается имуществомъ принесеннымъ. Составъ этого имущества уменьшается долгами жены добрачными и въ бракъ сдѣланными (Dernburg, *Ib.* стр. 87).

Что касается правъ и обязанностей мужа относительно этого имущества, то они таковы, какъ всякаго пользовладельца (§ 231). Для отчужденія или обремененія вещными



тягостями недвижимостей или капиталовъ (принесенныхъ женою) и записанныхъ на ея имя, требуется согласіе послѣдней. Если-же она такого согласія не даетъ, то за нее, по надлежащемъ изслѣдованіи, можетъ дать опекунскій судъ (§§ 231—233, 239). Относительно распоряженія движимостью мужъ свободенъ.

Право жены на имущество принесенное заключается въ томъ, что ей принадлежитъ (голое) право собственности, и она, слѣдовательно, имѣетъ всѣ средства защиты этого права. Она имѣетъ право требовать, чтобы ей и ея дѣтямъ даваемо было содержаніе изъ этого имущества (§ 256). Кромѣ того она можетъ требовать обезпеченія своей собственности имуществомъ мужа—посредствомъ ипотеки на недвижимость его. Ей также предоставляется право требовать обезпеченія на случай возможности потери ея имущества, находящагося въ рукахъ мужа (§§ 254, 255). Если надъ мужемъ назначенъ конкурсъ, то оставшееся послѣ конкурса имущество жены поступаетъ въ ея управленіе и пользованіе (§ 261).

2. **Общность имущества.** Она существуетъ или какъ территоріальное право для нѣкоторыхъ мѣстностей, или какъ установленное обоюдною волей супруговъ (§§ 345, 355). Общность распространяется на все имущество супруговъ, подлежащее ихъ свободному распоряженію (§ 363). Все, что пріобрѣтается супругами впослѣдствіи, присоединяется къ общему имуществу (§ 371), равно и все то, что достается кому-нибудь изъ нихъ, посредствомъ завѣщаній и выигрышей (Glücksfälle).

Мужу принадлежитъ управленіе общимъ имуществомъ. Но недвижимость и вещныя права онъ не можетъ отчуждать безъ согласія жены, а равно распоряжаться и капиталами, записанными на имя жены. Если жена отказывается въ согласіи, то таковое вмѣсто нея можетъ быть дано опекунскимъ судомъ (§§ 377, 378, 379, 388).

Общее имущество является отвѣтственнымъ за всѣ долги, сдѣланные мужемъ въ теченіе брака (§ 380), а также и за долги супруговъ добрачные (§ 391). Но если кто-либо изъ супруговъ внесъ въ общность болѣе долговъ, нежели имущества, то другой супругъ можетъ въ теченіи 2 лѣтъ по заключеніи брака просить о раздѣлѣ имущества (§ 392). Но



при этомъ за долги супруговъ, сдѣланные во время брачной жизни, отвѣчаетъ общее имущество (§ 394).

По смерти кого-нибудь изъ супруговъ пережившій получаетъ  $\frac{1}{2}$  общаго имущества, а другая  $\frac{1}{2}$  идетъ къ наследникамъ умершаго (§§ 637, 638).

3. Частичная общность. При частичной общности становятся общими лишь заранее опредѣленные закономъ части имущества, а остальное составляетъ отдѣльную собственность супруговъ.

Прусское уложеніе даетъ правила относительно общности пріобрѣтеннаго супругами имущества (§ 396). Въ настоящее время такая общность устанавливается преимущественно договорнымъ соглашеніемъ супруговъ (§ 359). Dernburg, стр. 121).

Предметъ общаго имущества составляютъ: сбереженные плоды и доходы отдѣльнаго имущества супруговъ (§ 405), все пріобрѣтенное супругами — каждымъ въ отдѣльности или обоими сообща; но завѣщанное и подаренное въ составъ общности не входитъ (§§ 402—403).

При вступленіи супруговъ въ общность, составляется опись вносимаго супругами (§§ 397, 398).

Правила о полной общности *mutatis mutandis* приложимы и къ общности пріобрѣтенія (§ 411).

Къ платежу личныхъ долговъ супруга можетъ быть привлечено общее имущество, но другой супругъ можетъ потребовать возмѣщенія уплаченнаго изъ отдѣльнаго имущества супруга (§ 409).

Послѣ смерти имущество дѣлится на части по правиламъ для полной общности (§ 662. Dernburg, стр. 121—123).

#### б) Австрійское уложеніе.

По австрійскому праву, если супруги не заключали особаго договора о своихъ имущественныхъ отношеніяхъ, признается раздѣльность имущества (§ 1237).

Но при этомъ возможно назначеніе приданаго и при немъ существованіе отдѣльнаго имущества жены (§§ 1218, 1220, 1225, 1238, 1240).

1. Особымъ договоромъ супруги могутъ установить общность ихъ имущества (*Gütergemeinschaft*, § 1233), во-1-хъ,



въ видѣ полнаго общенія (*allgemeine*), обнимающаго все имущество (вещи, права и долги каждаго супруга), какъ принесенное при вступленіи въ бракъ, такъ и въ послѣдствіи приобретенное, а во-2-хъ, въ видѣ частичнаго (*particulare*), распространяющагося на существовавшее только при вступленіи въ бракъ, или только на приобретенное въ бракъ. Здѣсь образуются три имущественныя массы: общее имущество и отдѣльное имущество мужа и жены. За долги каждаго супруга отвѣчаетъ его имущество, за общіе долги—общее имущество (Kraipz, вышеук. соч., §§ 435, 436).

По смерти одного изъ супруговъ другой получаетъ половину общаго имущества (§ 1234). Такимъ образомъ значеніе общности обнаруживаетъ свою силу при прекращеніи брака. При жизни каждый супругъ вполне самостоятеленъ относительно распоряженія своимъ имуществомъ (§ 1237, Stubenrauch, стр. 336).

2. Приданое. Если у невѣсты нѣтъ имущества для назначенія приданаго, то родители или дѣдъ, или бабушка, согласно обязанности воспитанія и призрѣнія дѣтей, должны дать своей дочери или внучкѣ приданое сообразно своему общественному положенію и имуществу (§ 1220).

Во время брака мужъ считается пользователемъ, а жена собственницей приданаго. Мужъ становится собственникомъ слѣдующихъ предметовъ: 1) денегъ и вообще вещей замѣнимыхъ и потребляемыхъ, 2) перешедшихъ къ нему долговыхъ правъ, 3) оцѣненнаго приданаго, т. е. такихъ предметовъ, которыхъ мужъ не обязанъ возвращать, а лишь цѣну ихъ (§ 1227).

По смерти мужа приданое возвращается женѣ, а если она умретъ раньше мужа, то ея наслѣдникамъ (§ 1229).

При разводѣ или разлученіи супруговъ, жена получаетъ право требовать обратно приданое (§§ 1263, 1266).

Отдѣльное имущество женъ (*Pharafernen*). На это имущество жена имѣетъ самостоятельное, независимое отъ мужа, право управленія и пользованія; но, какъ остатокъ существовавшей нѣкогда широкой власти мужа, узаконено, что мужъ считается управителемъ отдѣльнаго имущества жены и имѣетъ право представительства относительно этого имущества, разъ жена этому не противится.



Это право управленія подчиняется общимъ постановленіямъ объ управленіи чужимъ имуществомъ, но сверхъ того мужъ не подлежитъ отчетности относительно полученныхъ доходовъ, хотя такое право пользованія жена вольна во всякое время прекратить (§§ 1238, 1239).

*в) Саксонское уложеніе.*

По Саксонскому уложенію мужу принадлежитъ право управленія и пользованія женинымъ имуществомъ, оказавшимся у нея, при вступленіи въ бракъ, и приобрѣтеннымъ въ послѣдствіи (§§ 1655 и 1668). Но движимость, находящаяся въ квартирѣ мужа, считается его собственностью, кромѣ вещей, назначенныхъ для личнаго употребленія жены (§ 1656).

Если предметы, входящіе въ составъ имущества жены, будутъ переданы мужу съ указаніемъ ихъ цѣны, то онъ становится собственникомъ ихъ и возмѣщаетъ, при прекращеніи брака, цѣну ихъ (§ 1672).

Если мужъ отчудить незамѣнимыя вещи безъ согласія жены, то она еще въ теченіе брака имѣетъ право предъявить искъ о возвращеніи ихъ (§ 1675).

Если есть опасеніе, что мужъ, вслѣдствіе безпорядочнаго веденія хозяйства, можетъ растратить имущество жены, то она имѣетъ право требовать, чтобы, не нарушая пользованія мужа, ей было предоставлено управленіе ея имуществомъ (§ 1684).

Если мужъ объявленъ несостоятельнымъ, то жена имѣетъ право требовать выдачи ея имущества изъ конкурса (§ 1685).

Если между супругами по брачному договору будетъ условлена общность имущества (*Gütergemeinschaft*), то все имущество ихъ—добрачное и приобрѣтенное въ бракъ, становится общимъ (§ 1695).

Со дня установленія общности, обязательства супруговъ, существовавшія до этого времени и позже возникшія, становятся общими (§ 1696).

Право распоряжаться общимъ имуществомъ, а равно судебное и внѣ-судебное представительство, принадлежитъ мужу (§ 1697).

Но если мужъ безпорядочно ведетъ хозяйство или если надъ нимъ учреждена опека, то жена можетъ требовать, что-



бы ей передано было управление общимъ имуществомъ (§ 1700).

При прекращеніи брака, общее имущество дѣлится между супругами пополамъ (§ 1702).

## *г) Обще-германское уложеніе.*

### **1. Общія понятія.**

При созданіи Обще-германскаго Уложенія предстояло выбрать одинъ изъ двухъ путей, при регулированіи имущественныхъ отношеній между супругами: или сохранить важнѣйшія изъ существующихъ системъ имущественныхъ отношеній, дѣйствующихъ въ тѣхъ или другихъ странахъ Германской Имперіи (Regionalsystem), или объединить имущественное право супруговъ въ одной узаконенной для всей Имперіи системѣ.

Редакторы послѣдовали по этому второму пути и, присоединяясь къ Прусскому Земскому Уложенію, избрали такой системой систему управленія общностью (Verwaltungsgemeinschaft), предоставляя въ то же время супругамъ, какъ и во Франціи, выбрать и другую изъ указанныхъ закономъ системъ: полной общности, общности приобрѣтеній, общности движимости (§ 1434 и сл.). Выборъ редакторовъ остановился на этой системѣ, во 1-хъ потому, что ей уже слѣдуетъ 14 милліоновъ нѣмцевъ, и во-2-хъ, что она отличается практичностью: она покоится на мысли, что бракомъ не измѣняется имущественное положеніе супруговъ, но что доходъ отъ ихъ имуществъ и ихъ заработки должны идти на покрытіе издержекъ брачной жизни, и въ виду этой цѣли имущество обоихъ супруговъ поступаетъ въ управленіе главы семьи — мужа, на котораго вмѣстѣ съ тѣмъ возлагается и обязанность содержать семью.

### **2. Имущественныя отношенія по закону.**

#### *аа) Отдѣльное имущество.*

Силою закона имущество жены вслѣдствіе заключенія брака подчиняется пользованію и управленію мужа, но эти права мужа не простираются на отдѣльное имущество жены.



(Vorbehaltsgut). Такимъ имуществомъ признаются вещи, предназначенныя исключительно для личнаго пользованія жены, а также имущество, приобрѣтенное ею личнымъ трудомъ, или самостоятельнымъ веденіемъ какого-либо предпріятія. Сюда же причисляется ею унаслѣдованное или ей подаренное или завѣщанное какъ отдѣльное имущество. Этимъ имуществомъ жена управляетъ и распоряжается самостоятельно, но если доходовъ отъ внесеннаго ею имущества недостаточно для покрытія издержекъ брачной жизни, то жена обязана дѣлать соотвѣтственный взносъ изъ своего отдѣльнаго имущества (§§ 1363, 1365—1371).

*бб) Внесенное имущество (Eingebrachtes Gut).*

Имущество, оказавшееся у жены, при вступленіи въ бракъ и приобрѣтенное ею въ бракъ (если оно не должно быть причислено къ отдѣльному имуществу ея) считается внесеннымъ и подлежитъ управленію и пользованію мужа. Но онъ не вправе имъ распоряжаться (и обязывать жену по сдѣлкамъ) кромѣ денегъ и другихъ замѣнимыхъ вещей. Мужъ можетъ отъ своего имени осуществлять право, вошедшее въ составъ внесеннаго имущества. Если для правильнаго управленія внесеннымъ имуществомъ окажется необходимымъ заключить сдѣлку, на которую мужъ долженъ получить согласіе жены, то, въ случаѣ отказа жены безъ достаточнаго на то основанія, опекунскій судъ можетъ замѣнить ея согласіе.

Мужъ является пользователемъ этого имущества, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ несетъ издержки по содержанію имущества (платить страховую премію), а равно выполняетъ всѣ общественныя и частныя повинности по имуществу, а чистый доходъ употребляетъ на покрытіе расходовъ брачной жизни.

На распоряженіе внесеннымъ имуществомъ жена должна испрашивать согласіе мужа: сдѣлка ея безъ согласія мужа недействительна (при наличности согласія, она обязательна и для мужа), а равно и рѣшеніе по дѣлу, которое жена вела безъ согласія мужа, недействительно по отношенію къ мужу, по скольку оно касается внесеннаго имущества. Можно обойтись безъ согласія мужа, если онъ, вслѣдствіе болѣзни или отсутствія, не можетъ дать его, а равно оно можетъ быть



замѣнено разрѣшеніемъ опекунскаго суда, если мужъ въ такомъ разрѣшеніи отказывается безъ достаточной причины.

Если дѣйствія мужа внушаютъ опасеніе, что права жены на внесенное имущество подвергнутся опасности, то она можетъ потребовать отъ мужа установленнаго обезпеченія. Но въ этомъ случаѣ, а равно если возникаетъ опасеніе за правильное доставленіе содержанія женѣ и дѣтямъ или если мужъ признанъ состоящимъ подъ законнымъ прещеніемъ или ему назначенъ попечитель, жена можетъ потребовать прекращенія права мужа на управленіе и пользованіе.

По прекращеніи управленія и пользованія, мужъ обязанъ возвратить женѣ внесенное имущество и представить отчетъ. Въ случаѣ прекращенія управленія и пользованія въ силу судебного рѣшенія, конкурса или объявленія умершимъ мужа наступаетъ раздѣльность имуществъ. Тогда мужъ обязанъ нести издержки супружеской жизни, а жена доставлять соразмѣрный взносъ (§§ 1365, 1373, 1375, 1376, 1380, 1379, 1383—1388, 1399, 1399, 1400—1420, 1391, 1408, 1421, 1427).

### 3. Полная общность имуществъ.

(*Allgemeine Gütergemeinschaft*).

При полной общности имущество мужа и имущество жены соединяются въ одно общее имущество обоихъ супруговъ. Къ общему имуществу причисляется также все то, что приобрѣтутъ мужъ и жена во время общности имуществъ. Никто изъ супруговъ не вправе распоряжаться своей долей въ общемъ имуществѣ. Общее имущество подлежит управленію мужа. Но мужъ долженъ испросить согласіе жены на распоряженіе имуществомъ въ цѣломъ или поземельнымъ участкомъ. Однако-же если жена отказывается въ своемъ согласіи безъ достаточнаго основанія, то оно можетъ быть замѣнено разрѣшеніемъ опекунскаго суда. Мужъ не отвѣчаетъ передъ женою за управленіе общимъ имуществомъ, но обязанъ возмѣстить убыль его, если причинилъ эту убыль умышленно. Издержки семейной жизни относятся на счетъ общаго имущества. Изъ общаго имущества могутъ требовать удовлетворенія кредитеры мужа и жены.



Прекращенія общности имѣютъ право требовать оба супруга: мужъ—если вслѣдствіе долговъ жены, которые не относятся на счетъ общаго имущества, послѣднее обременено ими въ такой мѣрѣ, что послѣдующія пріобрѣтенія мужа подвергаются значительной опасности; жена—если возникаютъ серьезныя опасенія за интересы ея, вслѣдствіе заключенной мужемъ безъ ея согласія сдѣлки; при намѣренномъ уменьшеніи общаго имущества; если возникаютъ серьезныя опасенія за доставленіе содержанія женѣ и дѣтямъ; если мужъ вслѣдствіе расточительности признанъ состоящимъ подъ законнымъ прещеніемъ.

По прекращеніи общности, происходитъ раздѣлъ общаго имущества; причемъ изъ общаго имущества должны быть прежде всего покрыты долги общаго имущества. Излишекъ дѣлится между супругами поровну.

Если бракъ прекратится смертью одного изъ супруговъ и не останется нисходящаго потомства, то доля умершаго супруга въ общемъ имуществѣ входитъ въ составъ его наследственной массы. Если останутся потомки, то сохраняется общность имуществъ пережившаго супруга и общихъ потомковъ, подлежащихъ призванію къ наследованію. Но пережившій супругъ можетъ отклонить предложеніе общности.

Изъ продолженной общности имуществъ пережившій супругъ отвѣчаетъ лично за долги общаго имущества.

Въ случаѣ смерти участвующаго въ общности потомка, его мѣсто въ общности занимаютъ его потомки.

Какъ супругъ, такъ и участвующій въ общности потомокъ могутъ отмѣнить ее.

Продолженная общность прекращается со смертью или вступленіемъ въ новый бракъ пережившаго супруга.

По прекращеніи общности, происходитъ раздѣлъ общаго имущества.

Супруги могутъ по брачному договору отмѣнить право пережившаго супруга на продолженіе общности имуществъ (§§ 1442 — 1447, 1456, 1458, 1459, 1468, 1469, 1471, 1475, 1476, 1482—1484, 1489, 1490, 1491, 1497, 1508).



#### 4. Общность приобрѣтеній. (*Errungenschaftsgemeinschaft*).

Договоромъ супруги могутъ установить общность приобрѣтеній. Въ этомъ случаѣ надо различить четыре имущественныя массы: 1) Особое имущество жены, для котораго имѣетъ силу имущественная раздѣльность. 2) Внесенное имущество мужа. Сюда принадлежитъ все то, что онъ имѣлъ, при вступленіи въ бракъ или что причислено къ такому имуществу по брачному договору, а также то, что онъ приобрѣтаетъ по случаю чьей-либо смерти или въ виду будущаго права наслѣдованія или при выдѣлѣ ему части родительскаго имущества. Всѣмъ этимъ имуществомъ мужъ управляетъ свободно, но доходы отъ имущества идутъ въ составъ общности. 3) Внесенное имущество жены. И отъ этого имущества доходы идутъ въ составъ общности. Мужу принадлежитъ владѣніе и управленіе имъ. Для распоряженія требуется согласіе жены. 4) Общее имущество—оно составляется: изъ приобрѣтеній супруговъ, изъ доходовъ отъ внесеннаго имущества. Управленіе принадлежитъ мужу. Расходы брачной жизни падаютъ на общее имущество. Изъ общаго имущества покрываются также повинности внесеннаго имущества, а равно долги мужа, а за долги жены оно отвѣчаетъ насколько они, сообразно цѣли общаго имущества, должны падать на него (тягости внесеннаго имущества и долги жены по выполненію законной обязанности доставлять содержаніе), или если они возникли изъ сдѣлки, заключенной съ согласія мужа.

Прекращенія общности приобрѣтеній супруги могутъ потребовать по тѣмъ-же причинамъ, что и полной и тогда наступаетъ раздѣльность имуществъ. По прекращеніи общности, происходитъ раздѣлъ общаго имущества, причемъ имѣетъ мѣсто вознагражденіе имущественныхъ массъ, насколько одна обогатилась насчетъ другой (§§ 1520—1525, 1529, 1541—1534, 1542, 1540. См. E. Barre, Bürgerliches Gesetzbuch und Code civil, II Aufl, стр. 216—219).



### 5) **Общность движимости.**

*(Fahrniissgemeinschaft)*

Этотъ видъ общности установленъ въ виду тѣхъ частей Имперіи, народонаселеніе которыхъ, находясь подъ дѣйствіемъ французскаго права, привыкло къ этой имущественной системѣ. Она заключается въ общности всѣхъ движимыхъ имуществъ и всѣхъ пріобрѣтеній. На нее распространяются постановленія о полной общности съ слѣдующими отклоненіями:

1. Общее имущество составляютъ: всѣ движимости супруговъ, независимо отъ времени ихъ пріобрѣтенія и способовъ (возмездныхъ и безвозмездныхъ) и всѣ во время брака возмездно пріобрѣтенныя недвижимости (слѣдовательно названіе—общность движимости—не вполнѣ точное) и всѣ доходы отъ общности. Управление, распоряженіе, отвѣтственность за долги и пр. опредѣляются по правиламъ о полной общности.

2. Общему имуществу противопоставляется внесенное имущество каждаго изъ супруговъ. Въ силу закона сюда причисляются: недвижимости супруговъ, находившіяся, при вступленіи въ бракъ и безмездно пріобрѣтенныя во время брака, а равно предметы, которые не подлежатъ передачѣ по сдѣлкамъ. Въ силу частной воли сюда причисляется все опредѣленное брачнымъ договоромъ или волей завѣщателя, либо дарителя. Судьба внесеннаго имущества подлежитъ правиламъ, постановленнымъ для общности пріобрѣтеній.

3. Особое имущество существуетъ только для жены и въ этомъ случаѣ примѣняются правила о раздѣльности имущества.

4. Прекращеніе общности движимости наступаетъ по правиламъ прекращенія полной общности и тогда наступаетъ имущественная раздѣльность (§§ 1549—1557, См. Endemann, Einführung in das Studium d. Bürgerlichen Gesetzbuches II. B., стр. 809—811).



д) Французское уложение.

Во Французскомъ кодексѣ можно найти всѣ извѣстныя современнымъ законодательствамъ формы имущественныхъ отношеній между супругами. Основныхъ формъ три:

I. Каждый супругъ считается полнымъ собственникомъ своего имущества. Мужъ несетъ издержки брачной жизни, а жена доставляетъ въ помощь ему ежегодно извѣстную сумму. Это—раздѣльность имуществъ (*le séparation de biens*).

II. Жена, вмѣсто ежегодной суммы, предоставляетъ мужу на время брака пользованіе всѣмъ своимъ имуществомъ или частью его (главный типъ—*régime dotal*).

III. Система общности имуществъ (*la communauté*).

Впрочемъ, супруги, помимо этихъ формъ, могутъ въ брачномъ договорѣ установить какія имъ угодно имущественныя отношенія. Если они этого не сдѣлали, то наступаетъ, такъ называемая, законная общность имуществъ — *la communauté légale*.

1. О законной общности имуществъ (*la communauté légale*). Въ силу этой общности, въ общую массу поступаютъ не только доходы съ имуществъ обоихъ супруговъ и имущество, пріобрѣтенное ими въ бракѣ, но также и всѣ настоящія и будущія движимыя имущества супруговъ на правѣ собственности, отчего эта общность еще называется общностью движимости. Эта общность—старогерманскаго происхожденія.

а) Ближайшимъ образомъ составъ этого имущества опредѣляется такъ:

Активъ законной общности образуютъ:

I. На правѣ собственности:

1) всѣ движимыя имущества супруговъ—настоящія и будущія, т. е. какъ принадлежащія имъ, при заключеніи брака, такъ и впослѣдствіи пріобрѣтенныя—*acquêts* (развѣ-бы даритель обусловилъ свой даръ, чтобы онъ не поступалъ въ составъ общности);

2) всѣ недвижимости, пріобрѣтенныя во время брака возмездно (слѣдовательно, не входятъ недвижимости, пріобрѣтенныя наслѣдованіемъ или даромъ);



3) требованія, которыя имѣеть общность на комъ-либо изъ супруговъ (ст. 1401 и сл.).

II. Право пользованія принадлежит общности на все то имущество супруговъ, которое въ нее не входитъ; значитъ, въ особенности на недвижимое имущество, пріобрѣтенное супругами до брака, и на унаслѣдованное и подаренное во время брака. Пользованіе это въ общемъ слѣдуетъ правиламъ узуфрукта.

Тягости, лежащія на общности составляютъ:

1) покрытіе издержекъ на содержаніе семьи и воспитаніе дѣтей;

2) тягости, которыя несетъ общность, какъ пользовладелецъ отдѣльныхъ имуществъ супруговъ.

Что касается долговъ, то они могутъ быть заключены до брака, въ бракъ и достаться съ наслѣдствомъ или даромъ, — по всѣмъ этимъ долгамъ общность платитъ проценты. Въ отдѣльности:

А. Въ отношеніи долговъ, заключенныхъ до брака: всѣ движимые долги (т. е. долги, предметъ которыхъ — движимость), наприм., сдѣланные для улучшенія общности, падаютъ на общность; но долги, касающіеся недвижимости супруга, возмѣщаются съ него самого.

Б. За долги, заключенные во время брака, отвѣчаетъ общность, если они сдѣланы мужемъ или женой съ его согласія. Но долги, сдѣланные для пріобрѣтенія или улучшенія отдѣльной собственности супруга, считаются собственными долгами его, т. е. за нихъ супругъ долженъ вознаграждать общность.

В. Если долги достались съ наслѣдствомъ или даромъ, то все зависитъ отъ того, на какомъ имуществѣ они лежатъ: если на недвижимомъ — за долги отвѣчаетъ получившій (не общность), если на движимомъ — общность.

б) Управленіе общностью. Управленіе общностью принадлежит мужу. Только по исключенію нѣкоторые акты распоряженія можетъ дѣлать и жена.

Полномочія мужа по управленію весьма широкія: онъ имѣеть право отчужденія всѣхъ имуществъ какъ движимыхъ, такъ и недвижимыхъ, и вообще онъ не отвѣчаетъ за расхищеніе этихъ имуществъ, лишь-бы онъ не увеличивалъ на



счетъ ихъ своего собственнаго имущества. Но онъ ограниченъ въ правѣ безмезднаго распоряженія: дарить онъ можетъ только отдѣльныя движимыя вещи или опредѣленную сумму. Запрещается дарить недвижимость, равно все общее имущество или извѣстную долю его. Завѣщать онъ можетъ только свою часть въ общности.

Права мужа по отношенію къ собственному (отдѣльному) имуществу жены. Такъ какъ общность имѣетъ право пользовладѣнія собственнымъ имуществомъ жены, то мужъ, въ качествѣ управителя общностью, имѣетъ право управленія и вышеуказаннымъ имуществомъ жены, но ему принадлежитъ только управленіе,—слѣдовательно, никакихъ отчужденій онъ дѣлать не въправѣ, а равно и вести петиторныхъ исковъ относительно недвижимости. Жена устраняется отъ управленія общностью. По исключенію жена можетъ обязать общность съ разрѣшенія суда въ слѣдующихъ случаяхъ: 1) чтобы освободить мужа изъ заключенія и 2) чтобы пристроить общихъ дѣтей, въ случаѣ отсутствія мужа.

в) О прекращеніи общности. Общность не можетъ прекратиться по взаимному согласію супруговъ. Она прекращается смертію одного изъ супруговъ, судебнымъ рѣшеніемъ, какъ слѣдствіемъ развода или разлученія, и въ извѣстныхъ случаяхъ, судебнымъ рѣшеніемъ самостоятельнымъ, по иску жены.

Раздѣлъ происходитъ на основаніи состоянія имущества во время прекращенія общности (т. е. смерти, подачи иска и проч.) и потому важно установить это состояніе. Для чего пережившій супругъ обязанъ въ теченіи срока, назначеннаго для наслѣдниковъ, составить опись имущества. Законъ за неисполненіе этого постановленія угрожаетъ не исполнившему взысканіемъ убытковъ.

Особенно важно право жены на искъ о раздѣлѣ. Этотъ искъ имѣетъ цѣлью прекращеніе общности и вступленіе со стороны жены во владѣніе и управленіе какъ имуществомъ, доставшимся ей отъ раздѣла общности, такъ и ея отдѣльнымъ имуществомъ. (Это возможно и при другихъ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ, гдѣ мужъ—собственникъ и пользовладѣтель). Этимъ правомъ, исключительно женѣ принадлежащимъ, она можетъ въ томъ случаѣ вос-



пользоваться, если мужъ дурно управляетъ имѣніемъ или непозволительно его растрачиваетъ.

Но, чтобы отъ этого раздѣленія общности не пострадали кредиторы, законъ не позволяетъ его дѣлать на основаніи договора и не даетъ значенія признанію мужа. Далѣе, кредиторы могутъ возражать противъ раздѣла и даже, если онъ совершился, оспаривать его, доказавъ, что онъ совершенъ во вредъ ихъ правамъ.

Слѣдствіе раздѣла то, что между супругами начинается *séparation de biens*. По взаимному согласію они могутъ возобновить общность такъ, какъ будто она не прекращалась, не вредя, впрочемъ, правамъ третьихъ лицъ, пріобрѣтеннымъ въ промежуточное время.

г) О раздѣлѣ общности. Необходимое слѣдствіе прекращенія общности есть раздѣлъ имущества супруговъ. Въ случаѣ прекращенія общности вслѣдствіе смерти супруговъ, ихъ замѣняютъ наслѣдники. Форма раздѣла общности та-же, что и раздѣла наслѣдства.

При раздѣлѣ жена пользуется различными снисхожденіями:

1) она, какъ и наслѣдники, можетъ принять общность безусловно или составивши опись (*inventarium*); принять или отказаться, отвѣчая въ семъ послѣднемъ случаѣ только въ предѣлахъ полученнаго;

2) важное преимущество жены, что она свои требованія на общность не только удовлетворяетъ изъ общности прежде мужа, но даже можетъ направить взысканіе на собственное имущество мужа; тогда какъ мужъ взыскиваетъ свои требованія съ общности только послѣ жены и никакъ не можетъ простирать своихъ видовъ на ея имущество.

Раздѣлъ актива и пассива общности. Основаніемъ раздѣла служитъ опись совокупнаго имущества супруговъ—собственного и общаго.

I. Для раздѣла актива:

1) каждому супругу отдаются тѣ имущества, которыя составляютъ его отдѣльную собственность и находятся на лицѣ;

2) оставшееся составляетъ активъ общности, изъ котораго вычитаются долги (требованія) супруговъ, лежащія на



общности, при этомъ жена имѣетъ преимущественное право требованія;

3) остатокъ составляетъ массу актива, подлежащую раздѣлу, и если жена принимаетъ общность, каждый супругъ получаетъ половину, если-же отказывается—все мужъ.

II. Что касается долговъ, то дѣлается различіе: суть-ли это долги супруговъ, или требованія кредиторовъ, а также принимала-ли жена общность, или отказалась отъ нея.

А. Въ отношеніи супруговъ: каждый супругъ долженъ взять тѣ долги, которые касаются его собственнаго имущества. Остальные считаются долгами общими и

1) если жена общность принимаетъ, каждому супругу достается  $\frac{1}{2}$  долговъ;

2) если отказывается, всѣ — несетъ мужъ.

Б. Въ отношеніи кредиторовъ. Каждый кредиторъ имѣетъ право обратиться съ требованіемъ противъ своего личнаго должника—супруга, даже по прекращеніи общности, и самое отреченіе жены отъ общности не освобождаетъ ее отъ отвѣтственности, равно и мужъ считается лично обязаннымъ за тѣ долги, которые жена сдѣлала съ его согласія.

Дѣйствіе раздѣла совершенно соотвѣтствуетъ дѣйствию раздѣла наслѣдства и, какъ послѣднее, имѣетъ обратное дѣйствіе; такое обратное дѣйствіе въ семъ случаѣ идетъ ко дню прекращенія общности (ст. 1401, 1427, 1441—1452).

2. De la communauté conventionnelle. О договорной (по соглашенію) общности. Законъ знаетъ 8 различныхъ видоизмѣненій законной общности. Для всѣхъ ихъ основное положеніе то, что правила для законной общности примѣнимы и для нихъ, если измѣненіе этихъ правилъ положительно не высказано супругами (ст. 1528).

3. Объ общности пріобрѣтеннаго (De la communauté d'acquêts). Эта общность ограничивается тѣмъ активомъ, который пріобрѣтенъ во время брака (доказательствомъ актива противъ третьихъ лицъ служить опись не пріобрѣтеннаго имущества) и тѣмъ пассивомъ, который сдѣланъ во время брака (долги предбрачные и доставшіеся съ имуществомъ сюда не входятъ, ибо они слѣдуютъ за имуществомъ). Общими, значить, считаются доходы отдѣльнаго имущества и



всѣ движимыя и недвижимыя вещи, прибрѣтенныя въ бракѣ не наслѣдованіемъ и не даромъ (ст. 1498, 1499).

4. De l'exclusion du mobilier. Объ исключеніи движимости изъ общности. Исключение это можетъ быть въ трехъ видахъ:

1) супруги могутъ ихъ совокупную, настоящую и будущую, движимость исключить изъ общности;

2) можно, параллельно съ этимъ исключеніемъ, дать обѣщаніе внести въ общность опредѣленную сумму или опредѣленныя движимыя вещи;

3) или дать обязательство внести въ общность движимость до извѣстной цѣнности (ст. 1500—1504).

5. De la clause d'ameublisement. О признаніи недвижимаго имущества движимымъ. Такое соглашеніе дѣлается съ цѣлью внесенія въ общность всей или части недвижимости, ибо обыкновенно движимость становится общимъ имуществомъ. Супруги могутъ постановить, что недвижимость въ сферѣ ихъ имущественныхъ отношеній будетъ уравнена въ дѣйствіи съ движимостью. Они могутъ это постановить:

1) или относительно совокупности недвижимостей (напримѣръ, всѣ настоящія недвижимыя имущества) того или другаго супруга, или относительно извѣстной опредѣленной недвижимости;

2) въ томъ и другомъ случаѣ сдѣлать это или съ цѣлью полного уравненія недвижимости съ движимостью, или желая считать недвижимость движимостью до извѣстной суммы.

Полное уравненіе дѣлаетъ недвижимость общимъ имуществомъ и даетъ мужу-управителю тѣ-же права, что и надъ движимостью (ст. 1505—1509).

6. De la communauté de biens universelle. О полной общности. Согласно ей супруги признаютъ общими или всѣ настоящія движимыя и недвижимыя имущества, или всѣ будущія, или тѣ и другія вмѣстѣ (ст. 1526).

7. De la clause de séparation des dettes. О выдѣлѣ долговъ. Сюда входятъ правила, имѣющія примѣненіе собственно при раздѣлѣ общности:



1) Выдѣлъ долговъ можетъ быть подразумѣваемый (исключаются извѣстныя имущества изъ общности, исключаются и долги на ней лежащіе).

2) Важнѣе положительное заявленіе, что долги, которые по правиламъ законной общности должны были-бы пасть на нее, не дѣлаются общими. За нихъ отвѣчаетъ имущество каждаго супруга должника: все равно, вошло-ли оно въ общность, или нѣтъ (доказывается отдѣльное имущество того или другаго супруга описью).

3) Можетъ быть въ брачномъ договорѣ еще такая оговорка сдѣлана, что имъ завѣряется, что супругъ вовсе не имѣетъ долговъ, такъ что общности не придется платить предбрачныхъ долговъ этого супруга (*la clause de franc et quitte*). Если окажется противное, то супругъ долженъ исполнѣ вознаградить за это общность; даже третьи лица, заявлявшія о свободности, могутъ быть привлечены къ отвѣтственности (ст. 1510—1513).

8. *De la clause qui permet à la femme de reprendre son apport franc et libre.* Право жены не отвѣчать за долги при раздѣлѣ общности. Ст. 1514 допускаетъ такое условіе (въ брачномъ договорѣ), по которому жена, даже въ случаѣ отреченія отъ общности, имѣетъ право взять обратно свои взносы въ такомъ видѣ, какъ будто общности вовсе не существовало (при существованіи законной общности, при отреченіи и имущество и долги получаетъ мужъ). Мужу, значить, остаются общіе долги, а женѣ ея взносы. (За добрачные и личные долги она сама отвѣчаетъ).

9. *De la clause de préciput.* О преимущественной долѣ. Законъ позволяетъ супругамъ постановить, чтобы, въ замѣнъ дѣлежа общности на двѣ половины, одному изъ супруговъ (обыкновенно пережившему другаго) была выдѣлена опредѣленная сумма или опредѣленные предметы (ст. 1515—1519).

10. *Des clauses, qui ont pour objet le partage inégal de la communauté.* Неравный раздѣлъ общности. Супруги могутъ постановить: 1) чтобы, вмѣсто обыкновеннаго дѣлежа общаго имущества пополамъ, былъ дѣлежъ неравный; 2) предоставить одному супругу общую массу, а другому опредѣ-



ленную сумму (*forfait*); 3) назначить все общее имущество пережившему супругу (ст. 1520—1525).

11. *Régime sans communauté*. Отсутствие общности. Если супруги въ брачномъ договорѣ заявятъ, что они не желаютъ общности, то каждый остается отдѣльнымъ собственникомъ внесеннаго и во время брака доставшагося имущества. Даже приобрѣтенное имущество не считается общимъ, но принадлежитъ исключительно мужу для покрытія издержекъ брачной жизни. Жена можетъ себѣ выговорить опредѣленную годичную часть доходовъ. Мужу же принадлежитъ право пользованія и управленія женнымъ имуществомъ на правахъ обыкновеннаго пользователя. (За долги жена отвѣчаетъ какъ отдѣльный собственникъ).

12. *De la clause de séparation de biens*. О раздѣльности имуществъ. *La séparation de biens* есть такое юридическое отношеніе между супругами, по которому каждый владѣлецъ пользуется и распоряжается своимъ имуществомъ самостоятельно; только жена обязана извѣстнымъ взносомъ для покрытія издержекъ брачной жизни.

Раздѣльность имуществъ можетъ быть установлена:

А. брачнымъ договоромъ, какъ особый видъ имущественныхъ отношеній между супругами. Въ этомъ случаѣ она не подлежитъ измѣненію въ теченіи брака.

Б. При системѣ приданого (*régime dotal*) относительно *bona paragneptia* (имущества, не входящихъ въ составъ приданого).

В. Можетъ быть установлена судомъ во время брака по жалобѣ жены (*séparaiton de biens judiciaire*). (По соглашенію супруговъ раздѣльность можетъ быть отмѣнена и возстановлено прежнее имущественное отношеніе).

Этого вида раздѣльность имуществъ наступаетъ тогда, когда приданое жены оказывается въ опасности: когда мужъ расточаетъ приданое и является опасность, что жена не получитъ его по прекращеніи общности. Въ такомъ случаѣ управленіе и пользованіе имуществомъ жены переходитъ къ ней.

Раздѣльность имущества:

1) Не измѣняетъ власти мужа надъ женой и ея имуществомъ, т. е. не отнимаетъ у него права авторизаціи.



2) Безъ согласія жены не можетъ быть отчуждаемо ея имущество.

3) Вообще оба супруга солидарно обязаны нести издержки брачной жизни; но если въ этомъ нѣтъ надобности, то жена вноситъ лишь столько, сколько обѣщала въ брачномъ договорѣ; если ничего нѣтъ на этотъ счетъ въ брачномъ договорѣ, то  $\frac{1}{3}$  часть доходовъ. При *séparation de biens* вслѣдствіе судебного приговора жена должна нести и всѣ издержки, если мужъ ея не въ состояніи ихъ покрывать (ст. 1443, 1452, 1536—1539).

13. *Régime dotal*. Система приданого. *Régime dotal* въ сущности позаимствованъ изъ римскаго права. Согласно этой системѣ, имущество жены дѣлится на двѣ части, имѣющія раздѣльную юридическую судьбу: приданое (*les biens dotaux*), поступающее въ управленіе и пользованіе мужа и прочее имущество (*les biens paraphernaux, extra dotem*) находящееся въ управленіи и пользованіи жены.

Мужъ, сохраняя неприкосновенное право на свое имущество, обязывается участвовать въ издержкахъ брачной жизни (ст. 1540).

Всѣ имущества, данныя за женой по брачному договору (*contrat de mariage*), и все то, что она сама предназначила для брака, образуютъ приданое (*dot*). Всѣ имущества только тогда становятся приданнымъ, когда объ этомъ будетъ сдѣлано нарочитое (спеціальное) заявленіе. Назначеніе приданого должно быть сдѣлано до брака (ст. 1541, 1543).

а) Права мужа на приданое. Онъ пользовладѣтель и управитель приданого (ст. 1549); когда оно состоитъ изъ вещей замѣнимыхъ или движимостей оцѣненныхъ, онъ дѣлается собственникомъ приданого (*l'estimation vaut vente*). Поэтому недвижимое имущество, купленное на приданные деньги, есть собственность мужа, а не жены.

Хотя мужъ только пользовладѣтель, но ему предоставлены вещные иски по отношенію къ приданому—отголосокъ римской доктрины, рассматривающей мужа какъ собственника приданого.

б) Права жены. Приданные недвижимости, будучи фондомъ семьи, не могутъ быть ни отчуждаемы женой (а отсюда не могутъ быть и закладываемы), ни обременяемы ипотекой



или другими вещными правами, ни описываемы за долги, заключенные женой во время брака.

По исключенію отчужденіе возможно:

аа) Съ согласія мужа:

1. Когда это дозволено брачнымъ договоромъ, обыкновенно съ условіемъ замѣны (*condition de remploi*), т. е. чтобы вырученная цѣна была употреблена на покупку другой недвижимости или государственной ренты.

бб) Съ согласія суда и съ соблюденіемъ формальностей, установленныхъ для публичной продажи:

2. Для покрытія издержекъ по содержанію семьи.

3. Для освобожденія изъ заключенія жены или мужа.

4. Для уплаты добрачныхъ долговъ жены (если они имѣютъ вѣрную дату).

5. Для производства необходимаго и большого ремонта другой приданой недвижимости.

Приданыя недвижимости не только не отчуждаемы, но и не могутъ быть предметомъ пріобрѣтательной давности въ теченіе брака.

в) Возвращеніе приданаго. Придансе должно быть возвращено мужемъ женѣ и ея наслѣдникамъ, со времени прекращенія брака или наступленія *séparation de biens*.

Оно должно быть возвращено немедленно, если состоятъ изъ вещей опредѣленныхъ, сохраняемыхъ въ натурѣ, а слѣдовательно такихъ, которыя всегда на-лицо, и въ теченіи года, если оно заключалось въ деньгахъ или было оцѣнено.

Если приданое было обѣщано лицомъ постороннимъ и если мужъ въ теченіи 10 лѣтъ не вытребовалъ его, то онъ долженъ выдать приданое, котораго онъ и не получилъ,—онъ карается, такимъ образомъ, за небрежность.

14. *Société d'acquêts sous le régime dotal*. Товарищество пріобрѣтеній въ соединеніи съ системой приданаго.

При такомъ товариществѣ образуется три рода имущества:

1. Приданыя имущества, подлежащія общимъ правиламъ относительно этихъ имущества.

Ихъ доходы поступаютъ въ товарищество.



2. Общія имущества, на которыя мужъ имѣетъ тѣ-же права, что и при системѣ общности.

3. Отдѣльныя имущества жены (*biens paraphernaux*), которыя жена можетъ отчуждать съ согласія мужа или суда. Ими управляетъ мужъ и доходы поступаютъ въ товарищество (ст. 1541—1581)<sup>1)</sup>.

*е) Итальянское уложеніе.*

Въ имущественныхъ отношеніяхъ союзъ супружескій регулируется соглашеніемъ сторонъ и закономъ (ст. 1378).

Законъ знаетъ два вида имущественныхъ отношеній: система приданого и общность имущества.

Если не было соглашенія между супругами, то каждый сохраняетъ право на свое имущество и пользуется имъ отдѣльно.

Брачный договоръ заключается всегда подъ условіемъ, что бракъ будетъ заключенъ (ст. 1068).

Заключенный договоръ впослѣдствіи, въ теченіи брака, не можетъ быть видоизмѣненъ супругами, *ne conjuges mutuo amoue invicem spoliarentur*. Это-же соображеніе вызываетъ какъ запрещеніе даренія между супругами, такъ и запрещеніе назначать или-же увеличивать въ теченіи брака приданое, а равно видоизмѣнять его замѣной движимости недвижимостью (ст. 1391).

*г. О приданомъ.*

Приданое заключается въ имущество, которое приносить мужу жена или другіе за нее для покрытія издержекъ брачной жизни (ст. 1388). Если движимостямъ приданого сдѣлана оцѣнка, то это имѣетъ значеніе продажи ихъ, а слѣдовательно обязываетъ мужа возвратить цѣну ихъ (но оцѣнка недвижимости не имѣетъ такого значенія; ст. 1401—1402).

Хотя приданое есть актъ дарственный, однако-же, въ виду цѣли его (*ad sustinenda opera matrimonii*), дающіе приданое обязаны гарантировать даримое имущество (ст. 1077, 1396);

<sup>1)</sup> Code Civil (1807—1804). *Anton Stabel*: Institutionen des französischen Civilrechts (§§ 170—194). *Colmet de Santerre*, Manuel de droit civil. T. III, pp. 1—82.



въ силу той-же причины назначеніе приданого влечетъ за собою *ipso iure* теченіе законныхъ 0/0 (ст. 1397).

а) Неотчуждаемость приданого. Главное свойство приданого есть его неотчуждаемость (въ широкомъ смыслѣ). Запрещеніе отчуждать касается какъ приданого недвижимаго, такъ и движимаго, за исключеніемъ: 1) если брачнымъ договоромъ дозволено отчужденіе или залогъ; 2) если отчужденіе произошло по обоюдному согласію супруговъ и съ разрѣшенія суда—по соображеніямъ необходимости или очевидной пользы.

Кромѣ указанныхъ сейчасъ двухъ случаевъ, всякое отчужденіе приданого будетъ недѣйствительнымъ (относительно), причемъ мужъ имѣетъ право въ теченіи брака уничтожить отчужденіе, хотя-бы онъ на него и согласился (то-же право предоставляется женѣ, даже послѣ прекращенія брака). Но если въ контрактѣ не было сказано, что проданное имущество было приданое, то мужъ обязанъ вознаградить другаго контрагента за причиненный послѣднему вредъ (ст. 1404, 1405, 1407).

Въ обезпеченіе неотчуждаемости и хорошаго управленія приданымъ, женѣ предоставлена законная ипотека на имущество мужа (ст. 1969, п. 4).

б) П р а в а м у ж а. Собственница приданого—жена; мужъ имѣетъ на него лишь законный узупфруктъ и представительство во всѣхъ искахъ вещныхъ и личныхъ. Только мужъ имѣетъ право получать плоды и проценты приданого, а равно требовать возвращенія капиталовъ (ст. 1399).

Выдѣленіе приданого изъ имущества мужа. Такое выдѣленіе имѣетъ мѣсто: 1) когда жена находится въ опасности лишиться приданого или когда безпорядокъ въ дѣлахъ мужа заставляетъ опасаться, что его имущества не хватитъ, чтобъ удовлетворить имущественныя требованія жены; 2) когда жена получить вошедшее въ силу рѣшеніе о личномъ разлученіи (ст. 1418). Требованіе о выдѣлѣ можетъ быть предъявлено только женой.

Тогда къ женѣ переходитъ управленіе и представительство по приданому, причемъ приданое остается по прежнему неотчуждаемымъ, а на жену возлагается обязанность, по мѣрѣ



своихъ средствъ, участвовать въ издержкахъ по дому и по воспитанію дѣтей (ст. 1423, 1424).

в) Возвращеніе приданаго. Возвращеніе приданаго можетъ быть требуемо, только по прекращеніи брака или вслѣдствіе признанія его недѣйствительнымъ, или вслѣдствіе объявленія котораго-либо изъ супруговъ безвѣстно отсутствующимъ.

Истецъ долженъ доказать врученіе и стоимость приданаго; однако-же установлено въ пользу жены и ея наслѣдниковъ предположеніе (*presumptio juris tantum*) о передачѣ приданаго, если бракъ продолжался десять лѣтъ послѣ наступленія сроковъ для платежа приданаго и если жена сама не была должницей (по выдачѣ приданаго), т. е. мужъ и его наслѣдники въ такомъ случаѣ обязаны выдать приданое, независимо отъ того, получилъ-ли онъ его въ дѣйствительности, или нѣтъ, развѣ-бы онъ доказалъ, что приданое не получено имъ, не взирая на всѣ принятыя имъ для этого мѣры (сс. 1414).

Если приданое состояло изъ недвижимостей или движимостей неоцѣненныхъ, то приданое должно быть возвращено тотчасъ-же по прекращеніи брака въ томъ состояніи, въ которомъ оно находится, съ уплатой за улучшенія и съ отвѣтственностью за *dolus* и *culpa*. Но если приданое состоитъ изъ движимостей оцѣненныхъ, цѣна должна быть возвращена въ теченіи года по прекращеніи брака.

Если мужъ умеръ, женѣ предоставляется на выборъ—или требовать въ теченіи траурнаго года проценты и плоды своего приданаго, или алименты съ наслѣдства мужа; въ обоихъ случаяхъ наслѣдники мужа должны доставить женѣ траурное платье и квартиру (ст. 1409—1411, 1414, 1415).

г) Отдѣльное имущество жены (*beni parafernali o stradotali*) составляетъ все то, что не входитъ въ составъ приданаго (ст. 1425). Оно подлежитъ свободному отчужденію во время брака. Женѣ принадлежитъ право собственности на это имущество вмѣстѣ съ правомъ управленія и пользованія. Мужъ не имѣетъ права вмѣшиваться въ завѣдываніе этимъ имуществомъ (исключая общаго правила о необходимости разрѣшенія мужа на совершеніе женою актовъ по имуществу, ст. 1427, 134).



Но если мужъ пользовался отдѣльнымъ имуществомъ жены безъ ея порученія, но и безъ возраженія съ ея стороны, онъ обязанъ, по прекращеніи брака или по первому требованію жены, возвратить только плоды, оказывающіеся на лицо; потребленные-же предполагаются израсходованными на нужды общесемейнаго имущества. Тоже самое имѣетъ мѣсто, если жена пользовалась имуществомъ мужа (ст. 1428—1432).

## 2) *Объ общности имущества.*

Римская система приданого столь крѣпко вкоренилась въ Италіи, что германская система общности примѣняется довольно рѣдко. Законъ, въ виду запрещенія даренія между супругами и наслѣдственныхъ договоровъ, воспрещаетъ полную общность имуществъ и общихъ пріобрѣтеній: единственная дозволенная общность есть общность интересовъ, процентовъ (*utili*; ст. 1433). Вслѣдствіе этого не могутъ входить въ составъ общности ни активъ, ни пассивъ настоящій супруговъ (т. е. оказавшійся во время заключенія брака), ни то, что можетъ имъ достаться даромъ или завѣщательно во время брака, но входитъ только пользованіе (*il godimento*) имуществами супруговъ (какъ движимыми, такъ и недвижимыми, настоящими или будущими), а равно и пріобрѣтеніями, сдѣланными супругами совмѣстно или раздѣльно во время общности,—безразлично, происходятъ-ли они отъ общаго промысла, или же отъ сбереженій на плодахъ и доходахъ супруговъ, за выключеніемъ, впрочемъ, долговъ общности (ст. 1435, 1436).

Мужъ является однимъ управителемъ общности и представителемъ относительно ея въ судѣ, но отчуждать безмездно, закладывать общее имущество онъ не въправѣ (ст. 1438).

Общность прекращается смертью кого-либо изъ супруговъ, безвѣстнымъ отсутствіемъ, окончательнымъ личнымъ разлученіемъ супруговъ, судебною раздѣльностью имуществъ и вслѣдствіе дурнаго управленія со стороны мужа или вслѣдствіе наступленія такихъ безпорядковъ въ дѣлахъ его, что является опасность для правъ жены (ст. 1442).

Прекращенная общность можетъ быть возобновлена (кроме, конечно, случая прекращенія ея смертью; ст. 1443).



Раздѣлъ общаго имущества происходитъ, согласно заключенному договору, въ которомъ могутъ быть приняты во вниманіе большіе заработки одного изъ супруговъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, постановлено, что супруги должны при раздѣлѣ получить неравныя доли (ст. 1440).

Жена и ея наслѣдники (но не мужъ, отвѣтственный за дурное управленіе) имѣютъ право отказаться отъ общности или принять ее по описи (*col beneficio dell'inventario*) сообразно съ правилами, постановленными относительно наслѣдованія (ст. 1444).

*ж) Англійское законодательство.*

Личныя и имущественныя отношенія между супругами по англійскому праву запечатлѣны своеобразными національными особенностями.

По исконному воззрѣнію англичанъ личность замужней женщины вполне заслоняется личностью мужа: жена находится подъ прикрытіемъ мужа (*feme covert, coverture*). Супруги образуютъ одно лицо въ юридическомъ отношеніи. Отсюда мужъ не можетъ ничего дарить женѣ, ни вступать съ нею въ договоры, потому что въ первомъ случаѣ пришлось бы признать независимое отъ мужа существованіе жены, а во второмъ допустить возможность заключенія договоровъ съ самимъ собою.

Въ теченіи вѣковъ мужу, въ силу его главенства, давалась возможность подвергать жену умѣреннымъ домашнимъ наказаніямъ. Впослѣдствіи это право у мужа было оспорено. Однако-же и теперь судъ могъ бы уполномочить мужа на ограниченіе свободы жены въ случаѣ тяжелаго нарушенія ею правилъ хорошаго поведенія. «*Feme covert*», въ имущественномъ отношеніи вполне закрываемая мужемъ, до начала семидесятыхъ годовъ прошлаго вѣка, не могла ни вступать въ договоры, ни завѣщать, ни судомъ защищать свои права.

Только въ недавнее время началась реакція противъ приниженаго положенія въ бракѣ англійской женщины, сначала при помощи суда (канцлерскій судъ), а потомъ и законодательства. Было признано за нею право собственности на ея



движимость, право на получение доходовъ съ недвижимости и право на свой личный заработокъ (законы 1870 и 1874 г.г.). Но рѣшительная реформа была проведена закономъ 10 августа 1882 г. Съ этихъ поръ замужняя англичанка получила право, пріобрѣтать, отчуждать, вступать въ договоры, отстаивать на судѣ свое «отдѣльное имущество» (Separate estate) такъ, какъ бы она не была въ бракѣ, а такимъ отдѣльнымъ имуществомъ признается: вся ея недвижимость и движимость (включая и долги на другихъ), какими она обладала во время заключенія брака, и все что она пріобрѣтаетъ потомъ наслѣдствомъ, или возмездно, а равно своимъ талантомъ, трудомъ и промысломъ. Параллельно съ этимъ законъ 1893 г. расширилъ долговую отвѣтственность замужней женщины передъ третьими: она отвѣчаетъ по лежащимъ на ней обязательствамъ всѣмъ лично ей принадлежащимъ имуществомъ, какъ находящимся у нея во время возникновенія обязательства, такъ и впредь пріобрѣтеннымъ, независимо отъ того, располагала ли она *separate estate* во время заключенія договора или нѣтъ. (E. Lehr, *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*, Paris 1899. p. 219—225. Его-же, *Eléments de droit civil anglais*, Paris 1906. t. I. p. 80—112).

### 3) Швейцарское уложеніе.

Имущественныя отношенія между супругами по новому швейцарскому кодексу представляютъ нѣсколько формъ.

Основная форма — соединеніе имуществъ. Постановленіямъ о ней супруги подчиняются, если они путемъ брачнаго договора не установили иной формы. Но если кредиторы одного изъ супруговъ несутъ при конкурсѣ убытки, то въ силу закона происходитъ раздѣленіе имущества супруговъ. Такое раздѣленіе можетъ произойти и по судебному рѣшенію: либо по просьбѣ жены (когда мужъ не доставляетъ содержанія женѣ и дѣтямъ или въ случаѣ его несостоятельности), либо по просьбѣ мужа (въ случаѣ несостоятельности жены или въ случаѣ отказа ея дать согласіе на распоряженіе брачнымъ имуществомъ).

Отдѣльное имущество супруговъ возникаетъ въ силу брачнаго договора, путемъ поступленія отъ третьихъ



лицъ или въ силу закона. Въ силу закона отдѣльное имущество супруговъ составляютъ: 1) предметы, предназначенные исключительно для личнаго пользованія одного изъ супруговъ, 2) имущество, служащее для промысла жены, 3) собственнымъ трудомъ ея нажитое отдѣльное имущество подчиняется правиламъ относительно раздѣльности имуществъ.

1. Соединеніе имуществъ. Имущество, которымъ обладали супруги въ моментъ заключенія брака и пріобрѣтенное ими впослѣдствіи, составляютъ соединенное брачное имущество. Изъ него исключается отдѣльное имущество жены. Имущество жены, принадлежавшее ей до заключенія брака или пріобрѣтенное въ бракъ безмезднымъ способомъ, считается внесеннымъ въ бракъ имуществомъ и ея собственностью. Мужъ считается собственникомъ внесеннаго имъ имущества и брачнаго имущества, кромѣ внесеннаго имущества жены, но доходы этого послѣдняго имущества тоже составляютъ собственность мужа. Брачнымъ имуществомъ управляетъ мужъ, и пользуется внесеннымъ женою имуществомъ, но жена можетъ требовать отъ мужа обезпеченія своего имущества и сообщенія свѣдѣній о состояніи его.

Въ случаѣ смерти жены ея имущество переходитъ къ ея наслѣдникамъ, въ случаѣ смерти мужа, она получаетъ обратно внесенное ею имущество.

2. Общность имуществъ образуется изъ всѣхъ имуществъ и доходовъ какъ мужа такъ и жены. Общимъ имуществомъ управляетъ мужъ, а распоряжаются оба супруга совмѣстно. Послѣ смерти одного изъ супруговъ половина общаго имущества переходитъ къ оставшемуся въ живыхъ супругу. Другая половина переходитъ къ наслѣдникамъ умершаго. Пережившій супругъ можетъ продолжать общность имущества съ происшедшими отъ брака дѣтьми.

Супруги могутъ видоизмѣнять брачнымъ договоромъ общность имуществъ, исключивъ, напримѣръ, изъ нея недвижимость или ограничивъ ее только благопріобрѣтенными имуществами.

3. Раздѣльность имуществъ въ силу закона или судебного рѣшенія примѣнима ко всему личному имуществу



обоихъ супруговъ. Каждый изъ супруговъ сохраняетъ собственность, управленіе и пользованіе своимъ имуществомъ.

Мужъ можетъ требовать, чтобы жена вносила соотвѣтственную долю въ оплату брачныхъ расходовъ. Супруги могутъ условиться между собою, что часть имущества жены въ видѣ приданаго поступитъ въ пользу мужа для покрытія брачныхъ расходовъ (ст. 178—247).

#### *и) Русское законодательство.*

Имущественныя отношенія между супругами по дѣйствующему законодательству, какъ уже упомянуто было, построены на началахъ раздѣльности: заключеніе брака не влечетъ за собою установленія общности супружескихъ имуществъ. Напротивъ, принадлежавшее супругу, при вступленіи въ бракъ, имущество и все, впослѣдствіи пріобрѣтенное, составляетъ отдѣльную собственность каждаго (ст. 109 зак. гражд.). При этомъ законъ въ особенности упоминаетъ о приданомъ, что и оно не составляетъ исключенія изъ этого общаго правила (ст. 110), какъ-бы желая этимъ показать, что и въ этомъ случаѣ, въ отношеніи имущества, по своей идеѣ предназначеннаго на покрытіе издержекъ брачной жизни, онъ не слѣдуетъ прежнимъ правиламъ.

Какъ слѣдствіе имущественной раздѣльности является: 1) право каждаго супруга самостоятельно, безъ согласія другаго, распоряжаться своею собственностью (ст. 114), и необходимость имѣть актъ уполномочія, при распоряженіи за счетъ другаго (ст. 115), и 2) право взаимнаго переукрѣпленія своего имущества другъ другу всякими законными способами, не исключая и даренія (ст. 116). Какъ лица, располагающія вполне независимо другъ отъ друга имуществомъ, супруги могутъ совершенно свободно кредитоваться одинъ у другаго и вообще вступать во всякаго рода обязательства (ст. 117).

Заслуживаетъ вниманія, что законъ говоритъ относительно вышеприведенныхъ вопросовъ о полной равноправности мужа и жены, желая этимъ какъ-бы отгнать, что онъ совсѣмъ не слѣдуетъ прежнему закону, ставившему жену въ нѣкоторыхъ случаяхъ въ подчиненное имущественное положеніе по отношенію къ мужу.



Нѣкоторые (Оршанскій) полагаютъ, что узаконяемая Сводомъ Законовъ имущественная раздѣльность супруговъ нарушается въ постановленіяхъ объ уничтоженіи нѣкоторыхъ сдѣлокъ по имуществу одного супруга, въ случаѣ открытія конкурса надъ другимъ. Постановленія эти слѣдующія: даръ, совершенный однимъ супругомъ въ пользу другаго въ послѣднія 10 лѣтъ передъ объявленіемъ несостоятельнымъ перваго, признается недѣйствительнымъ, въ случаѣ, когда все прочее имущество несостоятельнаго окажется недостаточнымъ на уплату его долговъ (Уст. суд. торг., ст. 554, п. 1). Впрочемъ, когда подаренное имѣніе отчуждено одареннымъ супругомъ другому лицу, то актъ отчужденія остается въ силѣ и только полученная за имѣніе сумма должна быть внесена въ конкурсъ (тамъ-же, ст. 555, прим.).

Возмездно пріобрѣтенное имѣніе въ указанный выше срокъ отъ впаваго въ несостоятельность супруга лишь тогда поступаетъ въ конкурсъ, когда супругъ-покупатель не докажетъ, что онъ пріобрѣлъ имѣніе на средства не отъ супруга, оказавшагося несостоятельнымъ (тамъ-же, ст. 554, ср. ст. 556).

Но статьи эти вовсе не имѣютъ въ виду привлечь имущество одного супруга къ отвѣтственности за долги другаго и, такимъ образомъ, какъ-бы установить нѣкоторую общность отвѣтственности (и, слѣдовательно, отклониться отъ начала раздѣльности), а онѣ только указываютъ, какія сдѣлки между супругами должны быть заподозрѣны въ дѣйствительности ихъ,—въ виду близости супруговъ и весьма вѣроятнаго желанія путемъ мнимаго переукрѣпленія обмануть кредиторовъ и удержать часть имущества несостоятельнаго за собою.

Что это соображеніе, а не признаніе имущественной солидарности супруговъ, руководило законодателемъ, при созданіи вышеприведенныхъ постановленій, видно изъ того, что подобныя-же правила установлены и относительно актовъ о переходѣ возмездномъ или безмездномъ, въ послѣднія 10 лѣтъ передъ открытіемъ конкурса, недвижимыхъ имуществъ несостоятельнаго его дѣтямъ или родственникамъ. И такіе акты заподозрѣваются въ ихъ дѣйствительности, считаются безденежными и подлежатъ уничтоженію по опредѣленію суда



(ст. 554—555). Родственная близость—причина такого заподозрѣнія и опроверженія актовъ.

Подобныя постановленія о заподозрѣнности сдѣлокъ, совершенныхъ несостоятельными на имя родственниковъ и супруговъ, существуютъ и въ другихъ законодательствахъ.

Это же начало раздѣльной отвѣтственности узаконяется и въ другихъ постановленіяхъ о взысканіи съ кого-либо изъ супруговъ: именно по ст. 976 Уст. гр. суд. въ такомъ случаѣ подвергается описи и продажѣ вся движимость, находящаяся въ общей ихъ квартирѣ, за исключеніемъ платья и бѣлья другаго супруга, и вещей, о принадлежности которыхъ этому супругу представлены достовѣрныя доказательства. Описывается все, ибо неизвѣстно, что кому принадлежитъ; но какъ только неизвѣстность разъяснится,—супругъ недолжникъ укажетъ и докажетъ, что его,—тотчасъ начало раздѣльности входитъ въ свою силу: должнику принадлежащее пойдеть на покрытіе его долговъ, не принадлежащее ему остается неприкосновеннымъ достояніемъ собственника супруга. Ст. 976 Уст. гр. суд. замѣнила собою ст. 419 Зак. суд. гражд. и ст. 558 Уст. суд. торг., по которымъ за долги одного супруга подвергаются описи: 1) половина мебели, находящейся въ домѣ общаго жены и мужа жительства, 2) половина всей служащей въ хозяйствѣ посуды, 3) половина столоваго серебра и 4) половина экипажей, лошадей и упряжи.

Составители Судебныхъ Уставовъ находили, что правило это не соотвѣтствуетъ нашимъ гражданскимъ законамъ, не допускающимъ установленія общности владѣнія, вслѣдствіе того только, что два лица вступили въ супружескій союзъ (мотивы къ ст. 976), и поэтому вмѣсто этого постановленія было принято другое вышеприведенное;—разсужденіе основательное въ томъ отношеніи, что дѣйствительно дѣленіе движимости пополамъ при взысканіи какъ-бы предполагаетъ общность имущества супруговъ. Ст. же 976 находится въ полномъ согласіи съ началомъ раздѣльности, какъ находятся въ такомъ согласіи и другія статьи Уст. гражд. суд., относящіяся до взысканій съ одного супруга за долги другаго; разумѣемъ постановленіе, по которому на удовлетвореніе казеннаго взысканія, открывшагося на умершемъ чиновникѣ, у котораго не осталось имущества, удерживается третья часть



изъ пенсіи, получаемой вдовою (тамъ-же ст. 1088). Пенсія дается вдовѣ за службу мужа, и слѣдовательно обращеніе взысканія на вдовью пенсію есть, въ существѣ дѣла, обращеніе взысканія на его заработокъ.

Точно также не отклоненіемъ отъ начала имущественной раздѣльности, а желаніемъ предупредить обходъ закона вызваны слѣдующія постановленія: запрещается чиновникамъ входить въ подряды и поставки, какъ своимъ именемъ, такъ и именемъ женъ своихъ въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ они служатъ, равнымъ образомъ участвовать въ оныхъ черезъ подставныя лица (т. III, Уст. о службѣ по опредѣленію отъ прав. ст. 722). Эта послѣдняя прибавка подтверждаетъ нашу мысль: жена есть самое удобное подставное лицо для мужа въ подобныхъ сдѣлкахъ. Поэтому она и не допускается къ участию въ подобныхъ предпріятіяхъ. Этими-же соображеніями объясняется и другое подобное постановленіе: золотой пріискъ и участіе въ немъ воспрещается служащимъ въ Министерствѣ Государственныхъ Имуществъ по горному управленію — повсемѣстно, а равно женамъ и неотдѣленнымъ дѣтямъ ихъ (Уст. Горн., ст. 434). Хотя, конечно, и не будь жена подставнымъ лицомъ мужа, а дѣйствуя вполнѣ самостоятельно, тѣмъ не менѣе супругъ ея (разъ онъ живетъ съ женой въ ладу) не можетъ относиться вполнѣ безразлично къ ея хозяйственнымъ предпріятіямъ, что должно вызвать въ немъ борьбу между желаніемъ выполнить служебный долгъ и стремленіемъ помочь женѣ осуществить болѣе выгодно предпріятіе. И вотъ, чтобы устранить такую борьбу, опасную для служебнаго долга, установлено вышеуказанное ограниченіе для женъ чиновниковъ. Считаюсь съ этимъ побужденіемъ, установленъ законъ, по которому подданная того государства, въ которомъ состоитъ на службѣ русскій дипломатическій чиновникъ, выходя за него замужъ, обязана продать свое недвижимое имущество, находящееся въ ея отечествѣ (Зак. гражд., ст. 66).

Помѣщенныя въ законахъ гражданскихъ постановленія объ имущественныхъ отношеніяхъ въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ позаимствованы изъ Литовскаго Статута. Вначалѣ въ земляхъ Великаго княжества Литовскаго, до соединенія его съ Польшею, господствовали общерусскія поста-



новленія о раздѣльности имущества супруговъ, но со времени этого присоединенія въ жизнь западнорусскую, и въ томъ числѣ и въ область семейныхъ отношеній, начинаютъ проникать польскіе нравы и правные институты. Въмѣсто русской системы раздѣльности имущества супруговъ и приданого, начинается прививаться польская система приданого (*posag*) съ «вѣномъ» (даромъ мужа женѣ, состоящемъ въ извѣстной суммѣ денегъ, которая записывалась женѣ, дарилась ей на случай смерти мужа взаменъ приданого), «оправою», т. е. ипотекою на извѣстную часть имущества мужа, которою обезпечивалось какъ приданое, такъ и вѣно, «вѣнцемъ дѣвичьимъ»—имуществомъ, доставшимся женѣ отъ наслѣдниковъ мужа, въ томъ случаѣ, если она не принесла приданого и не получила вѣна. Но параллельно съ этимъ западнорусскія женщины сохраняли право, котораго не имѣли въ Коронѣ (Польшѣ), наслѣдовать въ извѣстной части въ имуществѣ своихъ мужей. Въ концѣ-концовъ, имущественныя отношенія супруговъ въ законодательствѣ литовскомъ получили слѣдующій видъ: въ основаніи этихъ отношеній лежитъ начало совершенной раздѣльности супружескихъ имуществъ. Жена доставляетъ для брака, такъ называемое «внесеніе» (*wniosek*), совокупность движимостей, вносимыхъ невестою въ домъ мужа. Оно подраздѣлялось: 1) на приданое, состоящее изъ наличныхъ денегъ, золотыхъ и серебряныхъ вещей, жемчугу и драгоценныхъ каменьевъ, и 2) на «выправу», въ составъ которой входили всѣ остальные предметы: платья, одежды, платки, лошади, экипажи и проч. «Внесеніе» давали за невестою родители, родные братья, вообще родственники, наконецъ, и сама невеста. Количество приданого зависѣло отъ воли родителей. «Внесеніе» обезпечивалось «оправой». Предъ заключеніемъ брака, женихъ, при свидѣтеляхъ—людяхъ добрыхъ, выдавалъ невестѣ, ея роднымъ и роднымъ, дающимъ за нею внесеніе, «вѣновый листъ» или записъ, въ которомъ обезпечивалъ «внесеніе» въ извѣстной суммѣ денегъ одною третью своихъ недвижимыхъ имуществъ. Въ составъ этой суммы входили: 1) двойная или совитая стоимость приданого (приданое съ «привѣнкомъ») и 2) простая стоимость «выправы». «Внесеніе» жены терялось въ имуществѣ мужа, дѣлалось его собственностью, которою онъ распоряжался по



произволу. Оправныя имѣнія находились въ пользованіи мужа, но онъ не могъ отчуждать, ни закладывать ихъ безъ согласія жены, изъявленнаго ею лично предъ судомъ. Жена имѣла ипотеку на этихъ имѣніяхъ (см. Соч. О разводѣ, стр. 235—237). (Лит. Ст. разд. 5, арт. I—V. Ср. Ostrowski Teodor: «Pravo civilne naroda Polskiego». Warszawa, 1878, стр. 212—216).

Согласно съ этимъ, и въ нашихъ Черниговской и Полтавской губерніяхъ приданое, оставаясь собственностью жены, поступаетъ въ общее владѣніе и пользованіе супруговъ и, слѣдовательно, не подлежитъ распоряженію по одиночной волѣ жены. Равно и то недвижимое имущество мужа, которымъ обезпечено приданое, не подлежитъ распоряженію мужа, безъ согласія жены (ст. 111, ср. Лит. Ст. разд. V, арт. 2, § 5).

При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что арт. XVII Лит. Ст. требуетъ не только согласія жены на отчужденіе имущества мужа, служащаго обезпеченіемъ приданого, но и сознанія этого согласія предъ судомъ.

Нынѣ существующая система имущественной раздѣльности супруговъ есть ли исконная? Едва-ли. Вѣрнѣе будетъ сказать, что она—продуктъ постепеннаго развитія и какъ установившееся начало принадлежитъ лишь XVIII и XIX столѣтіямъ.

Вкратцѣ историческій ходъ имущественныхъ отношеній между супругами можетъ быть представленъ въ слѣдующемъ видѣ.

Лѣтопись («заутра приношаху по ней»—за женой, «что владуче»), Русская Правда («отдадутъ ю братія за моужь, како си могутъ», Карамз. сп. ст. 107), Псковская Судная Грамота («свекру или дѣверу отдать платье или крута», ст. 91, т. е. возвратитъ невѣсткѣ по смерти сына)—показываютъ, что русскія замужнія женщины уже въ древнѣйшую эпоху имѣли свою отдѣльную собственность. Но кто распоряжался ею въ теченіи брака? Едва-ли одинъ мужъ и самопроизвольно.

«Вопрошаніе Кириково»—одинъ изъ древнѣйшихъ памятниковъ нашей старины,—говоритъ, что растрата имущества жены («порты ея грабити начнетъ») такое «зло», что можетъ составить даже поводъ къ разводу. (См. соч. Изсл. о разводѣ, стр. 185).



По Уставу Владиміра Святого, «пошибанье промежу мужемъ и женою о животѣ», т. е. споръ между супругами объ имуществѣ, относится къ вѣдомству суда духовнаго. А разъ споръ такой возможенъ, то, слѣдовательно, существовалъ и объектъ спора, т. е. отдѣльное у каждого супруга имущество.

Напрасно полагають, что хотя-бы нѣкоторая имущественная самостоятельность жены немыслима была при полномъ личномъ подчиненіи мужу. Исторія намъ показываетъ, что одно съ другимъ уживается. Да уже тотъ фактъ, что по смерти мужа вдова могла требовать отъ родственниковъ его возврата своего имущества, показываетъ, что мужъ не былъ полнымъ господиномъ принесеннаго ею. За долги мужа въ древнѣйшее время жена не отвѣчала. Такъ, по Русской Правдѣ, задолжавшій отецъ семейства отвѣчаетъ самолично за свой долгъ, безъ привлеченія ко взысканію жены и дѣтей (см. мой—Историческій очеркъ займа до конца XIII вѣка. Кіевъ. 1875 г. стр. 49—52).

Безспорно, что вѣдавшая судъ по семейнымъ дѣламъ духовная власть старалась внести въ русскую жизнь также и начала греко-римскаго права въ смыслѣ права мужа на приданое жены. Но, вѣроятно, жизнь, влекомая въ одну сторону народнымъ обычаемъ, а въ другую—иноземнымъ правомъ, шла, какъ обыкновенно бываетъ, по діагонали параллелограмма этихъ силъ.

Въ московскій періодъ нашей исторіи происходитъ перемѣна во взглядѣ на то имущество жены, которое она приноситъ, при вступленіи въ бракъ,—на приданое; быть можетъ, здѣсь сказалось вліяніе греко-римскаго права, которое было проводимо въ жизнь духовными властями.

Приданое становится на время брака общесемейною собственностью (приданое дается мужу и женѣ), съ правомъ мужа на преимущественное распоряженіе этою собственностью. Онъ пользовался приданымъ—переводилъ крестьянъ изъ приданой вотчины въ свои помѣстья, закладывалъ, продавалъ и вообще отчуждалъ приданое. Но для отчужденія вотчины требовалось согласіе жены.

Когда мужъ умиралъ, приданое поступало въ полное распоряженіе вдовы, равно какъ и купленные вотчины, считавшіяся, какъ и приданое, семейнымъ имуществомъ; если уми-



рала жена и оставляла дѣтей, то приданое оставалось у мужа, отъ котораго переходило къ общимъ дѣтямъ; если дѣтей не было, то оно возвращалось лицамъ, давшимъ его; только приданыя помѣстья справлялись за мужемъ на всегда (Неволинъ, т. III, стр. 116, 118).

Съ Петра Великаго, съ измѣненіемъ взгляда на положеніе замужней женщины въ бракѣ, измѣняется и взглядъ на приданое, какъ на вполнѣ неприкосновенное для мужа ея имущество. Съ этихъ поръ мало-по-малу устанавливается начало той имущественной раздѣльности въ отношеніяхъ между супругами, которое сохранилось и въ дѣйствующемъ законодательствѣ. Мы говоримъ «мало-по-малу», ибо есть свидѣтельства, показывающія, что иногда и послѣ Петра Великаго возникали сомнѣнія о правѣ жены самостоятельно распоряжаться своимъ имуществомъ. Такъ въ 1733 году прокуроръ Юстицъ-коллегіи представлялъ Конторѣ Правительствующаго Сената, что въ Московской крѣпостной конторѣ пишутъ крѣпости отъ имени женъ не иначе, какъ по дозволительнымъ, даннымъ отъ мужей, письмамъ, или съ соблюденіемъ того обычая, что мужья подписываются подъ крѣпостями въ качествѣ свидѣтелей. Но въ то же время онъ доносилъ, что въ Крѣпостной конторѣ нѣтъ точныхъ указовъ, которые бы запрещали или дозволяли писать крѣпости на имя женъ безъ дозволенія ихъ мужей, почему онъ требовалъ разрѣшенія, какъ должно поступать на будущее время. Контора Правительствующаго Сента сообщила съ этого донесенія вѣдѣніе въ Правительствующій Сенатъ и требовала съ своей стороны разрѣшенія. О томъ-же въ 1744 и 1752 годахъ представляла Сенату Юстицъ-коллегія. Въ 1753 г. отъ Сената дано было разрѣшеніе: Сенатъ повелѣлъ крѣпости отъ имени женъ на ихъ собственное имѣніе писать безпрепятственно, не оговаривая въ крѣпостяхъ, что продажу или закладъ онѣ дѣлаютъ съ согласія своихъ мужей и не требуя отъ мужей ихъ писемъ (Неволинъ, т. III, стр. 94).

Точно также, повидимому, не безъ колебаній практика послѣднихъ столѣтій пришла къ мысли о возможности сдѣлокъ между супругами. Такъ еще въ 1556 г. было постановлено относительно духовныхъ завѣщаній: если жена, умирая, напишетъ въ духовной мужа своего приказчикомъ, то ему



въ приказчикахъ не быть, и духовная эта не въ духовную, потому что жена въ мужней волѣ, что ей велитъ написать, то она и пишетъ (Соловьевъ: «Исторія Россіи съ древнѣйшихъ временъ». Спб., изд. тов. Общ. Пользы, кн. II, стр. 471, 472).

Въ 1763 году Сенатъ въ Высочайшемъ присутствіи призналъ недѣйствительною купчую, данную мужу женой, основавшись на томъ, что жена, какъ находящаяся подъ властью мужа, не можетъ спорить противъ его воли о выдачѣ ему купчей, а въ 1797 году правительство взглянуло на это дѣло еще съ другой стороны. Именно Императоръ Павелъ I усмотрѣвъ, что задолжавшія лица переукрѣпляли свои имущества женамъ и родственникамъ для избѣжанія платежа долговъ, повелѣлъ изъ такихъ переукрѣплений считать дѣйствительными только тѣ, которыя были совершены до выдачи долговыхъ обязательствъ (Неволинъ, стр. 96, 97).

Подводя итогъ вышеизложенному нами объ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, мы рѣшаемся утверждать, что существующая въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ система раздѣльности имуществъ супруговъ не можетъ быть оправдана ни существомъ брака, ни практическими потребностями, ни историческимъ развитіемъ разсматриваемаго института.

Бракъ есть возможно полное общеніе жизни супруговъ; между тѣмъ, при системѣ раздѣльности, мужъ и жена—люди чужіе другъ другу. Пока дѣло не касается денежныхъ счетовъ, «мужъ обязанъ любить жену, какъ собственное свое тѣло, облегчать ея немощи, защищать ее» (Зак. гражд., ст. 106). Какъ только зайдетъ рѣчь объ имуществѣ, картина мѣняется: передъ нами заурядный заемщикъ и займодавецъ, поклажедатель и поклажеприиматель, истецъ и отвѣтчикъ и т. п.

Такъ какъ супруги могутъ быть должниками другъ друга, то отсюда возможны иски о взысканіи долгаго судебнымъ порядкомъ. Въ числѣ мѣръ, обезпечивающихъ взысканіе, законъ допускаетъ по ходатайству взыскателя отобраніе у должника подписки о невыѣздѣ его изъ мѣста жи-



тельства или временнаго пребыванія (Уст. гр. суд. ст., 1222<sup>1</sup>). Такое право взыскательницы жены не только плохо согласуется съ постановленіемъ закона о «пребываніи жены» по отношенію къ мужу, «въ почтеніи и неограниченномъ послушаніи» (Зак. гражд. ст. 107), но можетъ породить затрудненія, при примѣненіи постановленія о совмѣстной жизни супруговъ (ст. 103) въ томъ случаѣ, если супруги живутъ не въ одномъ мѣстѣ, напр. жена—въ имѣніи, а мужъ—въ городѣ: лишенный временно права свободнаго передвиженія мужъ—должникъ можетъ распространить это ограниченіе и на жену, потребовавъ ее къ себѣ.

Таковъ законъ. Жизнь, не знающая прямолинейности въ человѣческихъ отношеніяхъ, не поддается этому закону. Если два товарища — студента, живя совмѣстно, не въ состояніи вести правильный учетъ расходамъ cadaго, сдѣланнымъ на общія потребности, то это уже рѣшительно невозможно мужу и женѣ, да еще имѣющимъ общихъ дѣтей. Если бы даже кто-нибудь изъ супруговъ и проникся вполнѣ идеей закона о полной имущественной раздѣльности, то едва-ли бы ему было подъ силу провести эту идею въ жизнь, хотя бы онъ не выпускалъ изъ рукъ карандаша и записной книги. Эта полная раздѣльность была, есть и будетъ мертвой буквой, въ однихъ случаяхъ—въ большей, въ другихъ—въ меньшей степени.

Говорятъ, что супруги могутъ устроиться, какъ хотятъ; но законъ о раздѣльности полезенъ тогда, когда у одного супруга, обыкновенно у мужа, есть желаніе распоряжаться по своему произволу имуществомъ другаго. Но дѣйствительная жизнь показываетъ, что, не взирая на этотъ благодѣтельный законъ, результатъ получается какъ разъ обратный. Сплошь и рядомъ мужъ распоряжается женинымъ имуществомъ, растрачиваетъ его, а законъ о раздѣльности имущества не только не препятствуетъ, а еще способствуетъ этому: при системѣ приданаго и даже общности имущества, мужъ несетъ отвѣтственность за ввѣренное ему женою состояніе, при системѣ раздѣльности, онъ безконтроленъ и безотвѣтственъ.

Вообще имущественная самостоятельность жены въ бракѣ въ большинствѣ случаевъ—фикція. И фактически, и легально воля мужа въ брачной жизни является преобладающей, а женѣ



трудно отстаивать свою имущественную независимость, разъ тотъ-же законъ, который ее поставилъ такъ самостоятельно, какъ собственницу, какъ жену подчиняетъ «неограниченной» власти мужа.

Но если желательная самостоятельность жены въ области ея имущественныхъ правъ въ дѣйствительности не всегда можетъ проявиться, за то бываютъ и факты обратнаго характера — проявленіе самостоятельности нежелательной. Такъ практика наша знаетъ случаи, когда жена, основываясь на томъ, что «бракомъ не составляется общаго владѣнія въ имуществѣ супруговъ» (ст. 109), выселяетъ изъ своего дома мужа, какъ непріятнаго для нея квартиранта; или скрываетъ имущество его отъ его кредиторовъ, мнимо переводя его достояніе на себя.

Можно сказать, что нигдѣ имущественная раздѣльность супруговъ не обнаруживается юридически съ такой силой, какъ въ сдѣлкахъ по фиктивному переукрѣпленію супругами имущества другъ другу. Болѣе благодарнаго постановленія для такихъ переукрѣпленій въ обходъ закона объ удовлетвореніи кредиторовъ трудно и представить себѣ, какъ постановленіе о раздѣльности. Гдѣ мужу или женѣ можно найти болѣе податливаго и надежнаго участника для обманныхъ сдѣлокъ, какъ не въ лицѣ другаго супруга, разъ оба они проникнуты одинаковыми нравственными воззрѣніями? Вѣдь, тутъ, не выходя изъ квартиры, можно сдѣлать самыя невѣроятныя сочетанія сдѣлокъ по своему имуществу: продажи, залога, фиктивной аренды, неустоечныхъ записей и всѣхъ возможныхъ видовъ займа отъ мнимой поклажи до векселя. Словомъ, можно во всякую минуту, точно по мановенію волшебнаго жезла, стать тому или другому изъ супруговъ или богатымъ, или бѣднякомъ, лишеннымъ всякихъ средствъ, смотря по тому, что нужно для того, чтобы не заплатить должника. Опытные дѣльцы-супруги доходятъ до виртуозности, до своего рода художественности въ пользованіи закономъ о раздѣльности: бѣдному кредитору приходится только руками развести, видя какъ «на законномъ основаніи» его обобрали, ибо воевать ему съ такимъ, даннымъ ему X томомъ, оружіемъ, какъ уничтоженіе договоровъ, вслѣдствіе противозаконности цѣли ихъ («подложное



переукрѣпленіе имущества во избѣжаніе платежа долговъ», ст. 1529, п. 2), это значитъ отражать нападеніе врага, вооруженнаго дальнобойнымъ оружіемъ, кремневымъ ружьемъ. Мало надежды на благопріятный исходъ даетъ въ подобныхъ случаяхъ и открытіе конкурса надъ фиктивно несостоятельнымъ супругомъ.

Итакъ, существованіе закона объ имущественной раздѣльности не можетъ быть оправдываемо ни существомъ брака, ни практическими соображеніями. Она не можетъ быть выведена и изъ исторіи, какъ цѣльный институтъ. Нельзя считать систему раздѣльности имущества супруговъ привитой намъ всѣмъ ходомъ нашей исторіи (какъ мы видѣли раньше). Нѣкоторое взаимодѣйствіе супружескихъ имущества всегда существовало, въ особенности-же съ установленіемъ взгляда на приданое, какъ на имущество, приносимое для покрытія издержекъ брачной жизни. Соотвѣтственно такой цѣли, имущество это, сохраняясь какъ собственность жены, находилось въ распоряженіи мужа; этотъ взглядъ на приданое уцѣлѣлъ и доселѣ въ юридическомъ сознаніи нашего общества. Но, при кодификаціи нашего законодательства, не подведенъ былъ полный итогъ историческому развитію постановленій о приданомъ, а закрѣплены были только нѣкоторые моменты его и приданое подчинено было судьбѣ прочаго имущества супруговъ, т. е. признано отдѣльною и неприкосновенною собственностью жены, поступивъ въ разрядъ другихъ выдѣленныхъ имущества и ставъ «выдѣломъ по случаю замужества» (Зак. гр., ст. 1005).

Такимъ образомъ поводъ (выдача замужъ женщины), а не цѣль (облегчить расходы брачной жизни) отличаютъ приданое по дѣйствующему закону отъ прочаго имущества ея. Этимъ законъ нашъ не только безъ всякой разумной причины удалился отъ прежняго нашего законодательства о приданомъ, но и сталъ въ противорѣчіе съ дѣйствительною жизнью, въ которой, какъ сказано выше, сохраняется прежній взглядъ на приданое, какъ имущество, даваемое *ad opem matrimonii*.

Выше нами приведены были разныя системы имущественныхъ отношеній по важнѣйшимъ западно-европейскимъ законодательствамъ, въ томъ числѣ по Уложеніямъ Француз-



скому и Обще-германскому, весьма богатымъ всевозможными сочетаніями этихъ системъ. Но ни въ одномъ законодательствѣ мы не встрѣчаемъ чего-либо подобнаго нашему праву, т. е., чтобы жена, какъ-бы велики ея средства ни были, не обязана была ни одной копѣйкой участвовать въ издержкахъ брачной и семейной жизни. Не знаютъ подобнаго взгляда на обязанности замужней женщины и другіе славянскіе народы. Мы видѣли, что и у насъ дѣло стояло прежде иначе, и то, что мы теперь имѣемъ не есть нѣчто искони присущее нашему правосознанію. Въ виду всего этого едва-ли слѣдуетъ желать, чтобы, при преобразованіи нашего законодательства, сохранился и на будущее время неизмѣннымъ *status quo*, которому однако-же въ существѣ послѣдовали составители Проекта Гражд. Уложенія. (См. ст. 116—140 и мою статью о Проектѣ Семейнаго права, Ж. М. Ю. 1903, № 2).

#### к) *Заключеніе.*

Въ заключеніе бросимъ взглядъ на общій ходъ развитія личныхъ и имущественныхъ отношеній между супругами.

Исторія показываетъ, что личныя отношенія между супругами находились въ связи какъ съ общимъ культурнымъ состояніемъ того или другаго народа въ извѣстное время, его національными свойствами, такъ и съ способомъ заключенія брака и съ постановкой семьи. Когда нравы были грубы, когда личность была принижена, когда право пріобрѣталось силой, тогда естественно женщина какъ болѣе слабая должна была терпѣть умаленіе въ правахъ сравнительно съ мужчиной; когда жены пріобрѣтались путемъ насильственнаго захвата, тогда въ существѣ не было брака, а слѣдовательно не могло быть и рѣчи объ отношеніяхъ между супругами. Сравнительно съ такимъ положеніемъ даже купля женъ была шагомъ впередъ: и путемъ купли уже устанавливалась семья. Кто купилъ, тотъ сберегалъ купленное, сначала какъ имущество, а потомъ какъ лицо. Такъ какъ количество покупаемыхъ предметовъ зависитъ отъ наличности покупательныхъ средствъ, то тотъ, кто покупаетъ женъ тѣмъ больше могъ ихъ купить, чѣмъ онъ былъ богаче.



Купля вела естественно къ полигаміи, а въ полигамной семьѣ жена не могла занять видное мѣсто.

На Востокѣ древняя патріархальная семья, потеряла постепенно свой первоначальный характеръ (въ силу котораго, домовладыка располагалъ неограниченною полнотою власти) подъ вліяніемъ всемогущества деспота и религіи. Женщина не могла уже находиться въ абсолютной зависимости отъ мужа или отца. Религіозный законъ взялъ ее подъ защиту и тотъ, кто нарушитъ по отношенію къ ней свои обязанности, привлечетъ на себя гнѣвъ боговъ.

Первая изъ такихъ обязанностей — выдать дѣвушку замужъ по достиженіи ею необходимой для этого зрѣлости — это обязанность по отношенію къ государству. Въ силу этого древній бракъ посредствомъ покупки невѣсты постепенно исчезаетъ. Вступая въ бракъ, женщина поступаетъ подъ власть мужа, но находится въ тоже время подъ покровительствомъ религіознаго закона. Какъ жена должна быть вѣрна мужу, такъ и мужъ женѣ, причемъ невѣрность съ его стороны понимается не какъ связь съ посторонней женщиной, а какъ пренебреженіе по отношенію къ женѣ вслѣдствіе неисполненія супружескихъ обязанностей, потому что государство требуетъ отъ гражданъ, чтобы они были не столько мужьями, сколько отцами. (P. Gide, *Sur la condition privée de la femme*, Paris 1867. p. 24 et. suiv.).

Античная женщина жила въ моногамномъ бракѣ, снабжалась приданымъ, при вступленіи въ него, что могло-бы дать ей нѣкоторую независимость, но патріархальный строй античной семьи отдавалъ древнюю римлянку «въ руки мужа» на правахъ дочери, а надъ дочерьми, какъ и другими подвластными членами семьи, домовладыка имѣетъ право жизни и смерти, а имущество ихъ принадлежало ему. Отсюда было естественное стремленіе избѣгать этого обезличенія женщины въ бракѣ посредствомъ заключенія браковъ свободныхъ.

Аѳинская женщина обрекалась на вѣчное малолѣтство. Тѣ гражданскіе акты, совершеніе которыхъ было воспрещено мужчинамъ до достиженія 18 л., женщинѣ были не доступны всю жизнь; какъ-то: всѣ договоры, влекущіе за собою пріобрѣтеніе или отчужденіе имущества, или принятіе обязательства на сумму свыше одного медимна (около



6 руб.), а равно веденіе процесса на какую бы то ни было сумму. За нее дѣйствовалъ опекунъ (отецъ, мужъ, законный или назначенный завѣщаніемъ отца, а иногда и мужа — наследникъ), который управлялъ ея имуществомъ и представлялъ за нее въ сдѣлкахъ и процессахъ. Опекунъ (если это не былъ мужъ) могъ выдать ее замужъ по своему усмотрѣнію, а мужъ не только дать ей разводъ (*repudium*), но и передать другому мужу. Не надо забывать однако при этомъ, что каждый гражданинъ имѣлъ право обвинять передъ архонтомъ того, кто злоупотреблялъ своею властью въ отношеніи къ ребенку, старику или женщинѣ.

Впрочемъ спеціалистъ по аѳинскому праву проф. Боше считаетъ, что опекунскія права, кромѣ исключительныхъ случаевъ, на мужа не переходили, мужъ давалъ направленіе семейной жизни, онъ обязанъ былъ содержать жену сообразно своему общественному положенію и средствамъ. Хотя Боше и высказываетъ мнѣніе, что оба супруга въ существѣ находились въ равномъ положеніи, но съ мнѣніемъ этимъ трудно согласиться. Между прочимъ нарушеніе супружеской вѣрности было понимаемо такъ, какъ и у римлянъ, т. е. что жена считалась виновной при связи со всякимъ постороннимъ мужчиной, а мужъ только при связи съ замужней, причемъ онъ считался виновнымъ юридически не передъ женой, а передъ мужемъ сожительствовавшей съ нимъ женщины. (Gide, p. 80 et suiv. Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, t. III, p. 214 et suiv.).

Христіанство, поставивши бракъ на высоту таинства, должно было поднять и значеніе женщины въ бракѣ, но средневѣковый аскетизмъ парализовалъ въ значительной мѣрѣ христіанскій идеалъ. При томъ же на пути развитія идей христіанскихъ стояли воззрѣнія варваровъ на женщину и германскій *mundium* напоминалъ римскій *manus*, а иногда и превосходилъ его. (P. Gide p. 80 et suiv.—222 et suiv.).

Развившаяся система общности имущества въ бракѣ поддерживала зависимое отъ мужа положеніе жены, вылившееся въ необходимость авторизаціи мужа на совершеніе женой сдѣлокъ по имуществу: требовалось или представительство мужа или по крайней мѣрѣ его согласіе. Дальше



другихъ изъ современныхъ законодательствъ въ этомъ отношеніи зашолъ французскій кодексъ. Тенденція новыхъ уложений—напротивъ по возможности смягчить власть мужа и независимѣе поставить жену. Жена не обязана подчиняться рѣшенію мужа, если оно представляется съ его стороны злоупотребленіемъ своимъ правомъ, говоритъ общегерманское уложение (ст. 1354), а въ новомъ швейцарскомъ кодексѣ замѣчается явное стремленіе по возможности уравнять положеніе обоихъ супруговъ въ бракѣ. (ст. 159, 169, 171).

Въ имущественныхъ отношеніяхъ между супругами, хотя и наблюдается извѣстное взаимодействіе, съ личными, однако-же не вездѣ и не всегда. На Востокѣ законъ не ограничивался покровительствомъ одной лишь личности женщины, оно простиралось и на ея имущество; это имущество составлялось изъ полученныхъ женщиной при вступленіи въ бракъ подарковъ, приданого, рабовъ и ожидаемаго наслѣдства, къ которому она призывается на ряду съ мужчинами, правда въ меньшей долѣ (Gide, p. 43).

Въ Греческомъ правѣ имущественныя отношенія супруговъ основывались на системѣ приданого. Аѳинскій законодатель требовалъ, чтобы каждая жена имѣла приданое. Въ общемъ эта система напоминаетъ весьма близко римскую, такъ что даже являлась мысль о заимствованіи ея. (Gide, p. 91 et. suiv., Beauchet, p. 244 et. suiv.).

Римлянка, какъ извѣстно, такъ-же долго добивалась своей имущественной самостоятельности въ бракѣ, какъ и личной. Вначалѣ приданое было только фиктивно ея имуществомъ и лишь много времени спустя установилась та система приданого, которая послужила образцомъ имущественныхъ отношеній и среди нѣкоторыхъ народовъ новаго времени.

Напротивъ германская женщина уже въ древности имѣла свое имущество: въ случаѣ убійства кого-либо изъ близкихъ она получаетъ свою долю какъ съ наслѣдства, имъ оставленнаго такъ и съ композицій, платимыхъ убійцей. Она могла приобрѣтать путемъ дара, въ томъ числѣ и отъ мужа, и надѣлялась приданымъ согласно требованію закона. Хотя права мужа на приданое и были весьма широки, но они уравнивались правомъ жены въ случаѣ расточительности



мужа требовать выдѣла своего имущества. Ея родственники охраняли ее при злоупотребленіи мужемъ своею властью (P. Gide, p. 232 et. suiv.).

Римской дотальной системѣ германскіе народы противопоставили систему общности имущества, какъ болѣе соотвѣтствующую идеѣ брака. Эта послѣдняя система господствующая въ нѣмецкихъ гражданскихъ кодексахъ. Самая мѣра общенія, какъ мы видѣли различна, и не исключаетъ возможности каждому супругу имѣть и свое отдѣльное имущество, но при всѣхъ системахъ имущественныхъ отношеній оба супруга, не только мужъ, но и жена, участвуютъ въ издержкахъ брачной жизни, вездѣ мужу предоставляется пользовладѣніе или управленіе имуществомъ супруговъ, вездѣ законъ даетъ женѣ извѣстныя гарантіи противъ злоупотребленія мужемъ своимъ правомъ и со всѣхъ этихъ сторонъ наша «раздѣльность» имѣетъ своеобразный характеръ.

### ОТДѢЛЪ III.

#### Отношенія между родителями и дѣтьми.

*А. Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми законными.*

#### § 9.

##### О законнорожденности.

Союзъ между родителями и дѣтьми, какъ и союзъ супружескій, въ существѣ своемъ трудно поддается регулированію права, такъ какъ отношенія, возникающія изъ этого союза, являются болѣе естественно-нравственными, чѣмъ юридическими, вслѣдствіе чего и законодательство не можетъ дать въ этомъ случаѣ точныхъ предписаній. Поэтому, при опредѣленіи этихъ отношеній, по сколько они не касаются имущества, оно ограничивается только общими чертами. Тѣмъ не менѣе, гдѣ существуетъ союзъ родителей и дѣтей, тамъ существуютъ и постановленія относительно сего союза — постановленія, представляющія весьма большое разнообра-



зіе въ своемъ историческомъ развитіи, начиная съ грубаго подчиненія дѣтей безотчетной власти родителей, доходящаго до права на жизнь и смерть дѣтей, и кончая мягкими отношеніями между первыми и вторыми, основанными больше на попеченіи, чѣмъ на власти.

Регулируя юридическими нормами отношенія между родителями и дѣтьми, право дѣлаетъ различіе между дѣтьми, происходящими отъ законнаго брака и внѣ брака. Такъ какъ законъ оказываетъ свое покровительство только такому половому союзу, который заключенъ при условіяхъ, предписанныхъ имъ, т. е. законному браку, то въ силу этого такое же покровительство распространяется и на потомство только отъ этого союза. Потомство-же, происшедшее отъ простыхъ, нелегальныхъ союзовъ или случайныхъ связей, не пользуется такимъ покровительствомъ закона и нормы его имѣютъ неодинаковый характеръ, при опредѣленіи положенія законнаго или незаконнаго потомства.

Отсюда во всѣхъ законодательствахъ различіе между дѣтьми законнорожденными, законными и брачными (*legitimi, légitimes, legittimi, legitimates, eheliche*) и незаконными (по прежней терминологіи—незаконнорожденными, внѣбрачными), (*spuri, vulgo concepti, naturels, naturels, naturali, naturels, aussereheliche*).

Строго говоря, для установленія законнорожденности извѣстнаго дитяти требовалось-бы доказать не только, что оно родилось отъ женщины, состоящей въ законномъ бракѣ во время его зачатія, но также, что мужъ ея, а никто другой, есть виновникъ зачатія. Но законъ, имѣя въ виду трудность послѣдняго доказательства, а также желая по возможности покровительствовать браку, признаетъ (презумируетъ), что супругъ матери есть отецъ ребенка; а равно законъ признаетъ законнорожденными не только дѣтей, зачатыхъ и родившихся въ бракѣ, но и только зачатыхъ въ бракѣ, хотябы и родившихся послѣ прекращенія его и даже, при извѣстныхъ условіяхъ—зачатыхъ до брака, но родившихся въ бракѣ. При этомъ законодатель опредѣляетъ на основаніи данныхъ фізіологіи кратчайшій и самый продолжительный срокъ беременности и періодъ зачатія признаетъ время отъ послѣдняго дня кратчайшаго срока до послѣдняго дня



самаго продолжительнаго, считая отъ дня рожденія ребенка. Нашъ законъ опредѣляетъ эти сроки въ 180 и 306 дней (Зак. гр., ст. 119, 125 и 131; Пр. тѣ-же сроки, ст. 261). Въ другихъ законодательствахъ взяты приблизительно такіе-же сроки (фр. 180—310 дн. ст. 312, ит.—тоже, ст. 160, обще-герм. ул. 180—302, § 1592, австр. 180—300 д., § 138, сакс. 182—302 д., § 1771 и прусск. 210—302 д., II, 2, § 2; швейц. 180—300 д., ст. 252, 255).

Такимъ образомъ, зачатіе въ бракѣ сообщаетъ рожденію законнорожденность и даетъ дитяти отчество мужа матери. Поэтому оспаривать законнорожденность дитяти, родившагося, при существованіи законнаго брака, можетъ только супругъ матери и то не иначе, какъ доказавъ, что онъ, вслѣдствіе «разлуки съ женою» (по прежней редакціи «по отсутствію»—Зак. Суд. гражд., ст. 463), т. е. несомнѣнной, непрерывной раздѣльной жизни не могъ все время, къ которому должно отнести зачатіе этого дитяти, имѣть съ нею супружескаго сожитія (Уст. гр. суд., ст. 1348). Но и при этомъ условіи, онъ теряетъ право иска, если онъ раньше призналъ ребенка своимъ, расписавшись въ записи о рожденіи его въ метрической книгѣ (Уст. гр. суд., ст. 1349). (Проектъ, кромѣ «разлуки» говоритъ о лишеніи вообще возможности имѣть супружеское сожитіе съ женою, ст. 273).

Другія законодательства въ этомъ случаѣ предоставляютъ мужу большій просторъ, давая ему право оспаривать законнорожденность дитяти, родившагося въ бракѣ, не только въ случаѣ отсутствія мужа въ теченіи періода зачатія, но и по другимъ основаніямъ. Такъ по Французскому (ст. 312) и по Италіанскому (ст. 165) уложеніямъ такое право имѣетъ мужъ: 1) въ случаѣ прелюбодѣянія жены, если при этомъ рожденіе дитяти было скрыто отъ мужа (напротивъ по Обще-германскому уложенію (§ 1592), Австрійскому (§ 158) и Саксонскому (§ 1773) фактъ прелюбодѣянія не имѣетъ значенія), а также, 2) если мужъ не могъ сожительствовать съ женою (во весь періодъ зачатія ребенка) вслѣдствіе какой-нибудь случайной причины: операціи, пораненія, исключяющихъ возможность сожительства; эту причину признають основательною и комментаторы Обще-германскаго уло-



женія (Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II B, стр. 837, прим. 17) и прусскаго (Dernburg, вышеуказ. соч., стр. 130), но не вслѣдствіе естественной неспособности къ сожительству, потому что такую неспособность трудно доказать; впрочемъ, италіанскій законъ допускаетъ возможность спора и при явной, очевидной неспособности (ст. 164, тоже усматриваются и въ прусскомъ правѣ, Dernburg 1. с.), и въ 3-хъ, въ случаѣ рожденія, дитяти спустя 300 дней послѣ постановленія суда о раздѣльной жизни супруговъ (фр., ст. 313, итал. 163).

Если дитя рождается ранѣе самаго кратчайшаго срока беременности (по нашему закону—180 дней), то зачатіе его считается внѣбрачнымъ, но тѣмъ не менѣе ребенокъ признается законнымъ, если мужъ не отрицаетъ его законнорожденности (интересы брака и семейнаго мира требуютъ этого). Это правило общепризнанное (Зак. гр., ст. 119, 125, фр., ст. 314, итал., ст. 161, сакс. § 1776, австр. § 156, пр. II, 2. §., обще-герм. § 1591, швейц., ст. 255, 257). Отсутствіе такого отрицанія, исключаящаго возможность спора противъ законнорожденности, усматривается въ томъ случаѣ, если мужъ зналъ о добрачной беременности жены (сакс. ул., § 1777, австр. § 156), присутствовалъ при рожденіи дитяти и подписался въ актѣ о рожденіи (фр., ст. 314, итал., ст. 161). По Франц. (ст. 314) и Итал. (ст. 161) кодексамъ не можетъ быть также оспариваема законнорожденность дитяти, родившагося не жизнеспособнымъ, потому, что такой споръ бесполезенъ. Въ новомъ Швейцарскомъ уложеніи, существуетъ постановленіе, неизвѣстное другимъ кодексамъ: «если ребенокъ былъ зачатъ до брака, то подлежащая власть кантона, въ которомъ находится родина мужа, можетъ возбудить искъ о непризнаніи ребенка законнымъ, даже въ случаѣ признанія его мужемъ, если будетъ доказано, что послѣдній безусловно не могъ быть его отцомъ (ст. 256). По нашему закону, кромѣ подписи мужа въ метрической книгѣ, доказательствомъ, что отецъ не отрицалъ законности рожденія дитяти, въ разсматриваемомъ случаѣ признаются показанія или письма отца, или удостовѣреніе, что онъ обращался съ нимъ какъ съ своимъ сыномъ или дочерью и посему заботился о его содержаніи и воспитаніи и что оно всегда безприкословно



пользовалось фамильнымъ именемъ отца (Уст. гр. суд., ст. 1349, Зак. гр., ст. 119, 125)<sup>1)</sup>.

Для начатія дѣла о незаконности ребенка, родившагося, при существованіи законнаго брака, опредѣляется срокъ годовой, со времени рожденія его, если во время рожденія мужъ находился въ предѣлахъ государства, и двухлѣтній, если въ то время онъ находился за-границей; если-же онъ не знаетъ о рожденіи младенца, то срокъ считается съ того момента, какъ онъ получитъ достовѣрное извѣстіе о рожденіи послѣдняго (Уст. гр. суд., ст. 1350, 1351). Право отца переходитъ на наслѣдниковъ его по закону въ томъ случаѣ, если мужъ умеръ до рожденія младенца, или до истеченія предоставленнаго ему для начатія спора срока, и если онъ не объявлялъ раньше, что признаетъ этого младенца законнымъ или если ему не было извѣстно о существованіи ребенка (Уст. гр. суд., ст. 1352).

Наслѣдники теряютъ право иска, если не предъявятъ его въ теченіи трехъ мѣсяцевъ со дня смерти мужа матери этого ребенка, или если мужъ умеръ до рожденія дитяти, въ теченіи трехъ мѣсяцевъ съ момента рожденія этого ребенка (Уст., ст. 1353).

Дня, родившееся послѣ самаго продолжительнаго срока беременности (по нашему закону 306 д.) считается незаконнымъ. Однако нѣкоторые законодательства находятъ возможнымъ допустить и здѣсь исключеніе. Такъ по Обще-германскому уложенію, если будетъ твердо установлено, что ребенокъ зачатъ раньше чѣмъ за 302 дня (самый продолжительный срокъ беременности по Обще-германскому уложенію), то въ интересахъ законности его и это болѣе отдаленное время относится къ періоду зачатія (§ 1592), основываясь на справедливой оцѣнкѣ чести и поведенія жены и на всемъ нравственномъ образѣ жизни ея (Endemann, вышеуказ. соч., стр. 837). Подобнаго взгляда держится и Австрійское уложеніе, допускающее возможность опроверженія силы законныхъ сроковъ беременности чрезъ экспертовъ (§ 157).

<sup>1)</sup> Но мать дитяти, родившагося въ бракѣ, не имѣетъ права оспаривать его законнорожденность (Зак. Суд. гр., ст. 464).



Право оспаривать законнорожденность дитяти, относительно законнорожденности котораго не имѣетъ мѣста легальная презумпція, т. е. родившагося позже 306 дней, со времени прекращенія брака, принадлежитъ всѣмъ, чьи личныя или имущественныя права нарушаются вслѣдствіе признанія извѣстнаго лица законнорожденнымъ (фр. ул., ст. 315, 317, итал., ст. 169). Но споръ о законнорожденности долженъ быть заявленъ не позже, какъ въ теченіи установленнаго закономъ срока—у насъ 6 мѣсяцевъ послѣ рожденія дитяти (Зак. гр., ст. 131).

Съ другой стороны, право доказывать законнорожденность обставлено по возможности льготными условіями. Такъ оно не погашается никакою давностью (Уст. гр. суд., ст. 1347). Для доказательства законнорожденности требуется доказать дѣйствительность и законность брака, отъ котораго рожденъ доказывающій, а также происхожденіе отъ этого брака (Зак. гр., ст. 120). Какъ доказывается дѣйствительность брака, юбъ этомъ была рѣчь выше (см. Зак. гр., ст. 34—36).

Доказательствомъ-же рожденія отъ законнаго брака признаются метрическія свидѣтельства, а при отсутствіи или при сомнительности ихъ—исповѣдныя росписи, родословныя, городовыя обывательскія книги, формулярные списки, ревизскія сказки, а въ дополненіе сихъ актовъ принимаются свидѣтельскія показанія и въ томъ числѣ священника, который совершалъ крещеніе, и бывшихъ при этомъ членовъ причта и воспріемниковъ (Уст. гр. суд., ст. 1356). Но не только наличность документальныхъ доказательствъ, но и фактическое, никѣмъ не оспариваемое, пользованіе правами сына или дочери извѣстнаго лица, равно и признаніе этимъ лицомъ истца своимъ дитятею прямо (въ письмахъ, предъ другими) или косвенно (заботясь о содержаніи или воспитаніи) можетъ служить доказательствомъ законнорожденности (Зак. гр., ст. 125).



## ГЛАВА V.

**I. Личныя отношенія.**

I. Личныя отношенія. § 10. 1. Историческій обзоръ. § 11. 2. Дѣйствующее законодательство: а) Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми вообще. б) О родительской власти. в) Мѣры противъ злоупотребленія родительской власти.

## § 10.

**1. Историческій обзоръ.**

Нельзя сомнѣваться въ томъ, что въ древнее время родители располагали у насъ обширною властью по отношенію къ своимъ дѣтямъ. Это вызывалось патриархальнымъ строемъ тогдашней семьи. Но едва-ли въ то время родителямъ принадлежало право жизни и смерти надъ своими дѣтьми, и, въ частности, едва-ли они имѣли право убивать своихъ дѣтей при рожденіи. «Распространенность этого обычая у другихъ народовъ» (Сергѣевичъ—Лекціи по исторіи русскаго права, стр. 590) еще ничего не доказываетъ: обычаи, какъ и люди, бываютъ разные. Если бы такой обычай существовалъ у насъ, онъ былъ-бы отмѣченъ, въ особенности нашимъ древнимъ лѣтописцемъ, который не стѣснялся въ приведеніи фактовъ, невыгодно рисующихъ нравы своихъ соплеменниковъ — язычниковъ. Равно и слабое наказаніе, назначавшееся за убійство дѣтей родителями въ позднѣйшее время (по Уложенію Царя Алексѣя Михайловича полагалось годъ тюрьмы и церковное покаяніе), вовсе не даетъ права заключать, что въ болѣе раннее время такое убійство оставалось безнаказаннымъ: не надо забывать, что дѣла эти вѣдались церковной юрисдикціей, а церковь не могла допускать безнаказанности за совершеніе подобныхъ преступленій. Другое дѣло нравы и вообще чисто народное правосознаніе древнѣйшаго времени: они могли весьма умалять преступность родителей въ такихъ случаяхъ.

Но и безъ этого крайняго права, авторитетъ родительской власти въ старину у насъ былъ весьма великъ и проявлялся и охранялся весьма сильно. Родителямъ безспорно



принадлежало право наказанія своихъ дѣтей и, при грубости тогдашнихъ нравовъ и невмѣшательствѣ власти въ дѣла подобнаго рода, право это далеко не отличалось мягкостью и выражалось иногда въ весьма жестокой формѣ<sup>1)</sup>.

Въ Домостроѣ въ качествѣ домашнихъ мѣръ наказанія дѣтей совѣтуются: «біеніе жезломъ и сокрушеніе реберъ».

Право наказанія было тѣмъ обширнѣе, что оно было безконтрольнымъ: дѣти не имѣли права жаловаться на родителей, и за одно принесеніе жалобы Уложеніе повелѣваетъ бить ихъ кнутомъ. Наоборотъ, если родители не удовлетворялись домашними исправительными мѣрами и обращались къ содѣйствию власти, то, не входя въ изслѣдованіе правильности обвиненія, предписывалось «бить дѣтей кнутомъ нещадно».

Кромѣ того родителямъ, согласно II-му Судебнику, если они сами были свободны и не принадлежали къ монашеству, дано было право располагать свободой своихъ дѣтей—продавать ихъ въ холопство. Впослѣдствіи право это было замѣнено правомъ отдачи дѣтей въ кабалу (Неволинъ, III, стр. 314 и слѣд.).

Если, такимъ образомъ, власть родительская у нашихъ предковъ и не отличалась мягкостью, то вмѣстѣ съ тѣмъ она, кажется, не была запечатлѣна у нихъ, какъ и вообще у славянъ, той суровостью, какою она отличалась у народовъ Востока, римлянъ и германцевъ.

Современники свидѣтельствуютъ о сравнительной мягкости характера славянъ, склонности къ мирному земледѣльческому труду, привязанности къ домашнему очагу и снисходительному отношенію даже къ рабамъ. Если присоединить сюда и нѣкоторую хозяйственную самостоятельность членовъ семьи, представляющихъ собою не одну лишь рабочую силу, приобретающую имущественныя средства для домовладыки (какъ было въ древнемъ Римѣ), но и соучастниковъ въ общемъ хозяйствѣ (что видно изъ того, что право на наслѣд-

<sup>1)</sup> Примѣръ жестокаго наказанія матерью въ дѣтствѣ Преподобнаго Теодосія Печерскаго: «емши за власы, поверже на землю, ногами своими попираше и... аки нѣкоего злодѣя ведуща связана... и въ домъ свой ей приведши бить его допдеже изнеможе... связа его и затвори... возложи на нозѣ его желѣза тяжка». Неволинъ, Полное собр. соч., т. III, стр. 316; прим. 47.



ство послѣ смерти домовладыки доставалось всѣмъ членамъ семьи, какъ всѣмъ трудившимся для его накопленія), то отсюда надо заключить, что и въ личныхъ отношеніяхъ дѣти не были неправны: они не были только безгласными исполнителями родительской воли—голосъ ихъ могъ быть принятъ во вниманіе при заключеніи брака (моментъ, когда въ особенности даетъ себя чувствовать родительскій авторитетъ), какъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ жизни (Неволинъ, стр. 129, 312).

Нѣкоторые наши изслѣдователи усматриваютъ въ древней родительской власти характеръ власти государственной, именно въ томъ, что народъ величаетъ своихъ родителей словами: «государь-батюшка», «государыня-матушка» (Проф. Владимірскій-Будановъ.—Обзоръ по исторіи русскаго права. Кіевъ 1886 г., т. II, стр. 137). Но съ такимъ-же основаніемъ можно усмотрѣть государственныя отношенія между лицами, состоящими въ частной перепискѣ и величающими другъ друга—«милостивыми государями». Не говоримъ уже о томъ, что признаніе древне-родительской власти властью государственною противорѣчило-бы общему историческому ходу развитія юридическихъ институтовъ, которые даже въ области публичнаго права въ началѣ бывають запечатлѣны частнымъ характеромъ. Столько-же доказательности въ пользу мнѣнія о государственномъ характерѣ родительской власти имѣетъ и указаніе на то, что «будто-бы въ древнее время право этой власти состояло болѣе въ управленіи и судѣ, чѣмъ въ частной экономической эксплуатаціи силъ дѣтей» (тамъ-же, стр. 137). Если не злоупотреблять терминами «управленіе и судъ» и разумѣть подъ ними въ области управленія завѣдываніе воспитаніемъ дѣтей и вообще устроеніе ихъ судьбы, а въ области суда—дисциплинарную власть надъ дѣтьми, то такое управленіе и такой судъ принадлежатъ родителямъ, съ большими или меньшими отличіями, вездѣ и во всякое время. Что-же касается отсутствія будто-бы «частной экономической эксплуатаціи силъ дѣтей», то какой нужно еще эксплуатаціи, если родители отдавали своихъ дѣтей въ рабство и въ услуженіе.

Равно и мнѣніе нѣкоторыхъ изслѣдователей (Неволинъ, стр. 314, и Владимірскій-Будановъ, стр. 135) относительно



другой особенностью тогдашнихъ отношеній между родителями и дѣтьми, заключавшейся въ двоевластїи, можетъ быть принято только съ оговорками. Отчасти въ такомъ смыслѣ это положеніе и принимается Невוליнымъ, говорящимъ объ отсутствїи у насъ отцовской власти въ смыслѣ римскаго права. Но отсюда еще далеко до полнаго равноправія обоихъ родителей. Авторитетъ мужа, а онъ былъ весьма великъ въ старину, переходилъ въ авторитетъ отца, и, конечно, голосъ его былъ впереди голоса матери. Теперь нравы мягче, и законъ ограничилъ власть мужа и отца сравнительно съ тѣми временами, но и теперь о полномъ равноправїи родителей не можетъ быть рѣчи. Иначе стоитъ дѣло, когда авторитетъ отца отпадаетъ—когда мать овдовѣетъ, тогда дѣти должны «творить ея волю».

На установленіе отношеній между родителями и дѣтьми, конечно, оказывало вліяніе и Византійское право, дошедшее къ намъ чрезъ кормчія книги. Вліяніе этого права несомнѣнно: оно сказывалось и въ другихъ областяхъ семейнаго права, многіе вопросы котораго наши іерархи рѣшали, «заглянувши въ мануканунъ» (номоканонъ). А дѣла семейныя въ до-петровское время вѣдало духовенство. Трудно, конечно, сказать, какъ и насколько отражалось это вліяніе въ отдѣльных случаяхъ, но разъ такое вліяніе было, оно способствовало только укрѣпленію родительскаго авторитета. Не меньше этому способствовали, какъ чисто каноническія постановленія кормчихъ, такъ и Моисеево законодательство, назначавшее весьма суровыя мѣры нарушителямъ родительскаго авторитета, до смертной казни за одно «злорѣчіе родителямъ».

Со времени Петра Великаго замѣчается нѣкоторое смягченіе родительской власти, точнѣе—признаніе за дѣтьми извѣстныхъ личныхъ правъ.

Умѣряющее излишнюю строгость родительскаго авторитета вліяніе церкви, общее смягченіе нравовъ и, наконецъ, мѣры Великаго Преобразователя, направленные на поднятіе значенія личности въ семьѣ, и въ особенности личности женщины, не могли не отразиться и на юридическихъ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми. Это сказалось прежде всего въ рѣшительномъ воспрещеніи и преслѣдованіи «при-



нужденныхъ браковъ», т. е. браковъ, заключавшихся по принужденію родителей. Хотя еще древнее право—Уставъ Ярослава—воспрещаетъ «силою отдавать замужъ», хотя то-же требованіе повторялось и послѣдующими церковными правилами (въ статьѣ Кормчей—о тайнѣ супружества) и постановленіями, однако-же браки по принужденію были часты: —тому способствовалъ обычай женить и выдавать замужъ въ малолѣтствѣ и вообще обычай, по которому браки заключались по волѣ родителей—въ древнее время въ видѣ договора между ними, согласно которому женихъ въ назначенный срокъ долженъ былъ взять за себя невѣсту, а невѣста должна быть выдана ему съ условленнымъ приданымъ. Въ договорѣ этомъ объектомъ его являлись, такимъ образомъ, сами брачующіеся, причемъ судьба этого объекта въ значительной степени была связана съ условіями чисто имущественнаго характера, скрѣпленными такъ называемымъ «зарядомъ» или неустойкой.

Вотъ противъ этихъ-то непорядковъ и были направлены мѣры Петра. Указомъ 3 апрѣля 1720 г. воспрещается писать рядныя и сговорныя записи съ «зарядомъ» на случай отказа отъ брака той или другой стороны. Вмѣстѣ съ тѣмъ предписывается за шесть недѣль до брака совершать обрученіе, причемъ этотъ шестинедѣльный срокъ дѣлается, такъ сказать, срокомъ для размышленія жениха и невѣсты относительно предстоящаго брака. Если-бы женихъ или невѣста — говорится въ указѣ—раздумали и отказались отъ своего первоначальнаго намѣренія, то имъ дается въ томъ полная свобода (См. изсл. О разводѣ, стр. 285).

Но, дабы еще болѣе обезпечить свободу согласія со стороны вступающихъ въ бракъ и противодѣйствовать укоренившемуся обычаю заставлятъ дѣтей вступать въ бракъ противъ ихъ воли, издается спеціальнѣйшій указъ, направленный противъ «принужденныхъ браковъ» вообще. «А понеже много случается»,—говорится въ указѣ,—«что и невольно сочетанные не дерзають во время брака смѣло спорить и принужденіе объявлять, одни за стыдъ, а другіе за страхъ, что уже послѣ является отъ несогласнаго тѣхъ неволею сочетанныхъ житія, того ради прежде вѣнчанія брачныхъ (кромѣ крестьянства) приводитъ родителей обоихъ совокупляющихся сто-



ронъ къ присягѣ въ томъ, что одни не неволею-ль сына женятъ, а другіе не неволею-ль замужъ дочь отдаютъ» (тамъ-же, стр. 286).

На ограниченіе родительской власти направлена была и слѣдующая мѣра. Существовалъ обычай, согласно которому родители давали обѣты монашества отъ имени своихъ малолѣтнихъ дѣтей. «Сей обычай душегубный есть»—говорится въ Прибавленіи къ Духовному Регламенту—«и хотя чада воли родительской подлежатъ, но не какъ скоты безсловесные, въ томъ наипаче, что требуетъ самихъ ихъ разсужденія и воли, каково есть избраніе житія» (Полн. собр. пост. по вѣд. прав. испов., т. II, стр. 596, 1722 г.).

Само собою разумѣется, что уже самое изданіе подобныхъ постановленій указываетъ на то, что они вызывались самой жизнью, что родители и при вступленіи въ бракъ дѣтей, и при постриженіи ихъ въ монашество, злоупотребляли своею властью. На это есть и положительныя свидѣтельства современниковъ той эпохи: случаи устройства браковъ дѣтей, даже при прямомъ ихъ несогласіи, во всѣхъ сословіяхъ, не исключая и высшихъ, были нерѣдки. Среди простого класса былъ пагубный обычай женить малолѣтнихъ «на возрастныхъ дѣвкахъ», служившій источникомъ снохачества (См. мое изсл.—О разводѣ, стр. 409, 470). Такимъ образомъ, старый взглядъ на бракъ, какъ на договоръ между родителями вступающихъ въ бракъ, еще продолжаетъ заявлять о себѣ. Какъ всегда, такъ и здѣсь, одной работы законодателя оказывается недостаточно, чтобы измѣнить бытъ, а требуется совмѣстная работа закона и другихъ культурныхъ силъ.

Стремленіе смягчить прерогативы родительской власти надо усматривать и въ подчиненіи дѣлъ объ оскорбленіи родителей дѣтьми вѣдомству Совѣстнаго суда, «гдѣ правосудіе, соединенное съ благотворительностью, свободнѣе силу закона съ важностію случая соображать можетъ, въ облегченіе судьбы впадающихъ въ столь тяжкое преступленіе паче по припадкамъ душевнымъ, нежели по намѣреніямъ злымъ». «Совѣстному суду ввѣрено осторожное и милосердное окончаніе дѣлъ». Здѣсь оскорбленные родители могутъ, изъявляя снисходительность, прощать раскаивающихся



дѣтей, а дѣти могутъ испросить у оскорбленныхъ своихъ родителей прощеніе (Неволинъ, стр. 324—326).

Прежнее постановленіе—гдѣ право родительское явно оскорбляется дерзостью дѣтей, какое-либо слѣдствіе по жалобѣ родителей совершенно неумѣстно, и отъ дѣтей не должно быть принимаемо никакихъ оправданій (Указъ 1820 г. января 29)—впослѣдствіи тоже смягчается: хотя представлять доказательства родители по прежнему не обязаны, но по требованію Совѣстнаго суда они должны дать всѣ объясненія, какія почтены будутъ нужными. По разсмотрѣніи представленныхъ дѣтьми доказательствъ, Совѣстный судъ постановляетъ опредѣленіе или объ освобожденіи ихъ отъ дѣла, или о наказаніи по мѣрѣ вины. При этомъ предписывается суду наблюдать слѣдующую предосторожность: если-бы во время принесенія родителями жалобы на своихъ дѣтей между тѣми и другими была тяжба, то сужденіе по жалобѣ должно быть пріостановлено до разсмотрѣнія гражданскаго дѣла, и если-бы въ этомъ послѣднемъ родители оказались не правы, то прощеніе ихъ о наказаніи дѣтей удовлетворяется не иначе, какъ по строгомъ изысканіи справедливости ихъ жалобы (Неволинъ, стр. 327, 328).

Такимъ образомъ данное въ Уставѣ благочинія опредѣленіе родительской власти: «родители суть властелины надъ своими дѣтьми», въ которомъ по мнѣнію Неволина (стр. 321), со словъ котораго говорятъ и другіе изслѣдователи, выражается вся полнота родительской власти, должно быть принимаемо однако-же съ ограниченіями.

Изъ вышеуказанныхъ ограниченій выросли другія, и родительская власть постепенно введена была въ существующія нынѣ законныя границы.

## § 11.

### 2. Дѣйствующее законодательство.

Дѣйствующія узаконенія о личныхъ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми слагаются изъ ряда постановленій, касающихся внѣшняго юридическаго положенія дѣтей, и постановленій, опредѣляющихъ содержаніе власти родительской.



*а) Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми вообще.*

Къ постановленіямъ этого рода относятся слѣдующія:

1. Дитя получаетъ. фамиліальное имя своихъ родителей, точнѣе, отца, какъ слѣдствіе принадлежности дитяти къ отцовской семьѣ. (См. ст. 132<sup>3</sup> и 125 зак. гражд., улож. Царства Польскаго, ст. 236, Пр. ст. 283, обще-герм. улож. § 1616, прусск. II, 2, § 58, австр. § 146, сакс. § 1801, швейц. § 270). Нашъ законъ дозволяетъ дворянину, не имѣющему ни сыновей, ни родственниковъ мужскаго пола той-же фамиліи, просить о передачѣ этой фамиліи кому нибудь изъ родственниковъ (т. IX ст. 324, прил. ст. 6).

2. Оно пріобрѣтаетъ права состоянія своего отца («насколько они зависятъ отъ рожденія») — прибавляетъ прусское ул. II, § 59, австр. § 146, швейц. § 270, Свод. Зак. т. IX, зак. о сост., ст. 39, 502, 536, 541, 710, 1015).

По нашему закону повышение состоянія родителей, по общему правилу, идетъ въ пользу дѣтей. Такъ, лица, пріобрѣвшія потомственное дворянство чиномъ (полковника или капитана 1-го ранга, на службѣ военной, и дѣйствительнаго статскаго совѣтника, на службѣ гражданской, т. IX, ст. 22) или вслѣдствіе пожалованія орденомъ, передаютъ его (т. е. дворянство) всѣмъ своимъ законнымъ дѣтямъ. По новому закону, право на полученіе дворянскаго достоинства принадлежитъ только кавалерамъ, начиная съ ордена Владиміра III ст., но такъ какъ орденъ этотъ дается, въ общемъ порядкѣ, только состоящимъ въ чинѣ не ниже IV класса, т. е. дѣйствительнаго статскаго совѣтника, то фактически пожалованіе орденомъ (кромѣ ордена Св. Георгія для военныхъ) перестало давать право на дворянское достоинство. До 1874 г. этимъ правомъ пользовались только тѣ дѣти, которыя родились послѣ пріобрѣтенія ихъ отцомъ дворянскаго состоянія. Въ настоящее время это ограниченіе отмѣнено, какъ относительно дворянъ, такъ и относительно почетныхъ гражданъ.

Законъ настолько снисходителенъ въ этомъ случаѣ, что, если отецъ получаетъ чинъ или награждается орденомъ, дающимъ право на дворянство уже послѣ смерти (по невѣдѣ-



нію о ней при награжденіи), то дѣти въ обоихъ случаяхъ становятся дворянами (т. IX, ст. 42, 43).

Но, если повышение состоянія идетъ въ пользу дѣтей, то, наоборотъ, пониженіе состоянія отца на состояніе дѣтей не вліяетъ: лишеніе правъ состоянія не распространяется на дѣтей лишеннаго, прижитыхъ, т. е. рожденныхъ уже или зачатыхъ, прежде осужденія (т. IX, ст. 11, уст. о ссыльн., ст. 416).

3. Мѣстомъ жительства (*domicilium*) дѣтей (пока они не располагаютъ собственнымъ мѣстомъ жительства) считается мѣсто жительства родителей (Пр. 11, § 60, *Reichs-civilprozessordnung*, § 17. Ср. *Code civ.*, ст. 108, итал., ст. 18. Уст. паспорт., полож. о видахъ на жительство, ст. 10, Уст. гражд., суд., ст. 19).

Въ частности, въ законѣ даются постановленія относительно мѣста жительства дѣтей лицъ, ссылаемыхъ по суду или административнымъ порядкомъ. Дѣти свѣше 14 лѣтъ, при всѣхъ родахъ ссылки родителей, могутъ слѣдовать или не слѣдовать за ними, по собственному желанію. Относительно дѣтей до 14 лѣтъ родители могутъ согласиться сами брать ихъ съ собою или не брать. Если соглашенія не послѣдуетъ, то, при ссылкѣ обоихъ родителей, дѣти отправляются съ ними; при ссылкѣ одного—дѣти отдаются остающемуся. Если въ живыхъ только одинъ виновный родитель, и ни родные, ни общество не согласятся взять дѣтей на свое попеченіе, то дѣти отправляются вмѣстѣ съ нимъ (Уст. о ссыльн., ст. 258, 259).

При ссылкѣ въ каторжныя работы обоихъ родителей или если только одинъ виновный живъ, дѣти моложе 14 лѣтъ остаются на мѣстѣ, и надъ ними учреждается опека; впрочемъ, въ исключительныхъ случаяхъ, губернаторамъ предоставляется разрѣшить дѣтямъ слѣдовать за ссылаемыми родителями, если отъ сего можно ожидать лучшаго обезпеченія участи дѣтей.

Если за родителемъ-преступникомъ слѣдуетъ и невинный, то и дѣти отправляются вмѣстѣ съ родителями, если впрочемъ, по желанію родителей, никто изъ родственниковъ или постороннихъ лицъ или общество не пожелаетъ дѣтей взять на свое попеченіе. Если за осужденнымъ невинный родитель



не послѣдуетъ, то и дѣти остаются при немъ. Грудныя дѣти остаются при матеряхъ. Дѣти, воспитывающіяся въ казенныхъ заведеніяхъ и на казенномъ содержаніи, не могутъ быть требуемы родителями для слѣдованія съ ними въ мѣсто ссылки (Уст. о ссыльн., ст. 260—262).

Такимъ образомъ законъ даже съ родителями-преступниками старается, по возможности, не разлучать дѣтей. Въ этомъ случаѣ онъ держится старей традиціи неразлученія семьи.

4. Причисленіе дѣтей къ тому или другому вѣроисповѣданію находится въ извѣстной зависимости отъ вѣроисповѣданія родителей. Прежде, впрочемъ, эта зависимость была гораздо больше, нежели теперь. Въ настоящее время Общегерманское уложеніе рѣшеніе этого вопроса отдастъ въ вѣдѣніе отдѣльныхъ кодексовъ государствъ, входящихъ въ составъ Германской Имперіи (ст. 134 закона о введеніи Общегерм. улож.). Въ Пруссіи при смѣшанныхъ бракахъ родителей, если между послѣдними не состоится соглашенія относительно религіознаго воспитанія дѣтей, рѣшающій голосъ принадлежитъ отцу (что касается незаконныхъ дѣтей — матери), съ правомъ дитяти, по достиженіи, 14-лѣтняго возраста, самому избрать вѣроисповѣданіе (пр. ул., II, 2, §§ 77, 78, 81, 84, 642. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts III. B. стр. 150, 151. Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 5 Aufl. II B. стр. 861, пр. 9). Въ Баваріи вопросъ этотъ рѣшается по обоюдному соглашенію супруговъ, а если оно не состоится, — сыновья слѣдуютъ религіи отца, а дочери — религіи матери (Endemann, 1. с.). Въ Австріи дѣти должны быть воспитаны въ той религіи, къ которой принадлежатъ родители. При смѣшанныхъ бракахъ сыновья слѣдуютъ религіи отца, дочери — религіи матери, если родители въ брачномъ договорѣ не постановятъ иначе (законъ 25 мая 1868 г., Reichsgesetzblatt № 49). По швейцарскому уложенію родители опредѣляютъ религіозное воспитаніе дѣтей, но послѣднія по достиженіи 16 лѣтъ имѣютъ право сами выбрать вѣроисповѣданіе (ст. 277).

У насъ дѣти православныхъ родителей, или если хотъ одинъ изъ родителей — православный, должны быть воспитываемы въ православной вѣрѣ, въ чемъ отъ стороны непра-



вославної берется подписка предъ совершеніемъ брака (зак. гражд., ст. 67; уст. о пред. и прес. прест., ст. 74). Такая-же подписка берется и въ томъ случаѣ, когда родители вѣроисповѣданія неправославнаго пожелаютъ крестить свое дитя по обряду православной церкви (уст. о пред. и прес. пр., ст. 73). Законъ угрожаетъ родителямъ уголовной карой въ томъ случаѣ, если они не исполняютъ принятаго ими на себя обязательства,—заключеніемъ въ тюрьмѣ на время отъ 8 до 16 мѣсяцевъ, причемъ дѣти отдаются въ такомъ случаѣ на воспитаніе родственникамъ православнаго исповѣданія или за неимѣніемъ ихъ,—назначаемымъ для сего отъ правительства опекунамъ, также православной вѣры (улож. о нак., ст. 190). Общій законъ относительно смѣшанныхъ браковъ былъ изданъ въ 1832 г.; до того времени (съ 1768 г.) въ западныхъ и бѣлорусскихъ губерніяхъ дѣти отъ такихъ браковъ слѣдовали: сыновья—религіи отца, а дочери—религіи матери; но дворяне въ предбрачномъ контрактѣ могли по этому поводу заключать особый договоръ (зак. гр. ст. 67, прим.). Это сохранилось и доселѣ въ силѣ относительно дѣтей, происшедшихъ отъ смѣшанныхъ браковъ между лицами иностранныхъ вѣроисповѣданій (ст. 75). Для коренныхъ жителей Финляндіи существуетъ и въ настоящее время исключеніе изъ общаго закона: дѣти отъ смѣшанныхъ браковъ должны быть воспитываемы въ той вѣрѣ, къ которой принадлежитъ отецъ, не допуская объ этомъ особенныхъ договоровъ (ст. 68). Согласно указу 17 апрѣля 1905 г. при переходѣ одного изъ супруговъ, исповѣдующихъ одну и ту-же христіанскую вѣру, въ другое христіанское вѣроисповѣданіе, всѣ, не достигшія совершеннолѣтія, дѣти остаются въ прежней вѣрѣ, исповѣдуемой другимъ супругомъ, а при таковомъ же переходѣ обоихъ супруговъ, дѣти ихъ до 14 лѣтъ слѣдуютъ вѣрѣ родителей, достигшія же сего возраста остаются въ прежней своей религіи. Если одинъ изъ супруговъ, нехристіанъ, приметъ крещеніе, и бракъ его останется въ силѣ, то дѣти, которыя родятся, должны быть воспитываемы въ православной вѣрѣ (ст. 80, 81).

При принятіи евреями крещенія, оно совершается и надъ малолѣтними ихъ дѣтьми, не имѣющими болѣе 7 лѣтъ отъ роду; если-же принимаетъ христіанскую вѣру только одинъ



отецъ или одна мать, то въ первомъ случаѣ подвергаются крещенію сыновья, а въ послѣднемъ дочери (т. IX, ст. 965).

Надъ не достигшими 14 лѣтъ малолѣтними нехристіанами крещеніе можетъ быть совершаемо не иначе, какъ съ письменнаго разрѣшенія родителей; по достиженіи 14 лѣтъ въ такомъ разрѣшеніи нѣтъ надобности (уст. пред. и прес. прест., ст. 1 и 2, прил. къ 70 прим.).

*б) О родительской власти.*

Засимъ слѣдуютъ отношенія между родителями и дѣтьми, основывающіяся на естественной зависимости вторыхъ отъ первыхъ. Эта зависимость порождаетъ, главнымъ образомъ, права родителей, обнаруживаетъ ихъ власть, но вмѣстѣ съ правами неразлучно идутъ и обязанности, ибо въ возрѣніи современныхъ народовъ родительская власть существуетъ не ради интересовъ только родителей.

1. Первое проявленіе родительской власти заключается въ правѣ требовать, со стороны родителей, чтобы дѣти раздѣляли съ ними мѣсто пребыванія, были съ ними, и въ силу этого требовать и у стороннихъ выдачи имъ дѣтей (*interd. de liberis exhibendis et ducendis*). Это правило признается всѣми законодательствами (пр. см. *Dernburg*, III, 147, австр. § 145, сакс. § 1807, франц. ст. 374, итал. 221, швейц. 273, гражд. улож. Царства Польск. 338).

Наше общее законодательство не даетъ прямыхъ постановленій по этому вопросу, и вслѣдствіе этого въ практикѣ возникали сомнѣнія—имѣетъ-ли безусловную силу родительское право требовать своихъ дѣтей отъ лицъ постороннихъ, даже и въ томъ случаѣ, если можно доказать, что сообразнѣе съ выгодами дитяти было-бы оставленіе его у чужихъ. Однако-же и существо родительской власти, какъ оно понимается нашимъ законодательствомъ, и отдѣльные постановленія его говорятъ за эту безусловность. Родительская власть простирается на дѣтей обоого пола и всякаго возраста (зак. гр. ст. 164). Она не прекращается, а ограничивается поступленіемъ дѣтей въ общественное училище; опредѣленіемъ ихъ въ службу и вступленіемъ дочерей въ замужество (ст. 179). Прекращается она только смертью родителей и лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, если дѣти не



послѣдуютъ за родителями въ мѣсто ссылки (ст. 178). Власти съ такимъ содержаніемъ должны уступить всякія другія соображенія. Далѣе, одна изъ существенныхъ обязанностей родителей — это забота о воспитаніи дѣтей (ст. 172, 173). Очевидно, что эта обязанность встрѣтила бы на своемъ пути препятствія, разъ постороннія лица имѣли-бы право, по тѣмъ или другимъ причинамъ, удерживать у себя чужихъ дѣтей. Въ особенности то нравственное вліяніе родителей на дѣтей, которому законъ придаетъ особенное значеніе (ст. 173), было-бы невозможно, при неимѣніи ими дѣтей при себѣ. Поэтому вопросъ о правѣ родителей требовать къ себѣ дѣтей отъ постороннихъ долженъ быть рѣшенъ категорически и въ положительномъ смыслѣ, не приноравливаясь къ обстоятельствамъ случая, такъ какъ законъ тоже категориченъ и такъ какъ уклоненіе отъ него поколебало-бы нравственную силу родительской власти. (Подобный взглядъ проводитъ и Сенатъ въ рѣшеніи по дѣлу супруговъ Дмитріевыхъ съ княгиней Трубецкой, касс. рѣш. 1897 г. № 81).

2. Попеченіе о личности и имуществѣ дѣтей вмѣщаетъ въ себѣ право родителей являться представителями за дѣтей (обще-герм. улож. § 1630, сакс. § 1821, австр. § 152, прусск. см. Dernburg, III, 153, итал., ст. 224, швейц. 279). По нашему закону за состоящихъ подъ опекою по несовершеннолѣтію ищутъ и отвѣчаютъ на судѣ ихъ родители и опекуны (Уст. гражд. суд., ст. 19. Пр. 295). Равно въ случаѣ личной обиды, нанесенной несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ, родители имѣютъ право производить искъ узаконеннымъ порядкомъ (зак. гражд., ст. 175). Однако, какъ по буквальному смыслу нашего закона (ст. 180), такъ и по историческому происхожденію его (см. ниже), это представительство въ имущественныхъ отношеніяхъ дѣтей принадлежатъ родителямъ на правѣ опекуномъ. Сенатъ полагаетъ, что въ томъ случаѣ, когда опека еще не назначена и когда несомнѣнная польза малолѣтнихъ требуетъ безотлагательныхъ дѣйствій со стороны родителей именемъ ихъ дѣтей, первымъ можетъ быть дозволено представительство и до утвержденія въ опекуномъ званіи (1880 г. № 60; 1887 г. №№ 37, 78)—исключеніе бесспорно нужное, но едва-ли, въ силу вышеуказаннаго, имѣющее опору въ законѣ.



3. Къ числу самыхъ существенныхъ отношеній между родителями и дѣтьми принадлежатъ отношенія, возникающія изъ обязанности родителей питать (содержать) и воспитывать своихъ дѣтей. Остановимся сначала на первой—обязанности содержания.

Несовершеннолѣтніе сынъ или дочь, не вступившіе въ бракъ, имѣютъ право требовать содержанія отъ своихъ родителей, если первые не могутъ жить на счетъ доходовъ своего имущества или на свой заработокъ. Такъ постановляетъ Обще-германское уложеніе (§ 1602). Эта обязанность падаетъ прежде всего на отца, потомъ на мать, а за симъ на прочихъ восходящихъ (§ 1606). Подобное-же правило признается и другими уложеніями. Родители обязаны доставлять дѣтямъ «приличное содержаніе», пока они сами не будутъ въ состояніи себя содержать (Швейц. ст. 279, 299)—прежде всего отецъ, а если у отца нѣтъ средствъ—мать, а потомъ, дѣдъ и бабушка съ отцовской и засимъ дѣдъ и бабушка съ материнской стороны, какъ предписываетъ Австрійское уложеніе (§§ 139, 141). Въ такомъ-же видѣ повторяется эта обязанность и другими уложеніями (сакс. §§ 1802, 1837—1939, прусск. II, 2. §§ 64, 65, 107, 251, франц. ст. 205, 207, итал. 138).

Нашъ законъ возлагаетъ эту обязанность только на родителей, не распространяя ее на восходящихъ (зак. гражд., ст. 172; Пр. ст. 289). А такъ какъ эта обязанность есть личная, лежащая на лицѣ родителей, а не на ихъ имуществѣ, то она не переходитъ на ихъ наслѣдниковъ и, слѣдовательно, со смертью родителей прекращается.

Въ обще-нѣмецкомъ правѣ является спорнымъ вопросъ: существуетъ-ли и въ какой мѣрѣ, на ряду съ обязанностью отца давать содержаніе дѣтямъ въ силу родства, еще особая обязанность его, какъ главы семейства, и не вытекаетъ ли она изъ принадлежащаго отцу права пользованія дѣтскимъ имуществомъ, какъ лежащая на этомъ имущественномъ правѣ тягость? Послѣдняго взгляда придерживаются романскіе кодексы, высказывающіеся прямо, что обязанность содержанія и воспитанія дитяти принадлежитъ къ числу тягостей, лежащихъ на родительскомъ узуфруктѣ (франц. ст. 382, п. 2, итал. ст. 230, п. 1). Но по нѣмецкимъ уложеніямъ (прусск. II, 2, §§ 64—67 и сакс. § 1839 и слѣд.) обязанность эта осно-



вывается исключительно на родственной связи. Пользовладѣніе имѣетъ другую цѣль—усиленіе родительскаго авторитета, а также интересы всей семьи (см. Мотивы къ проекту обще-герм. улож., т. IV, стр. 677, 678).

Нравственная обязанность доставлять содержаніе существуетъ тогда и настолько, когда и насколько имѣющій право на полученіе его не располагаетъ средствами для содержанія себя и не въ состояніи ихъ пріобрѣсть (Пр. II, 2, §§ 63, 251; II, 3, §§ 14, 15, австр. § 141:... «пока они (дѣти) сами будутъ въ состояніи себя содержать». Сакс. улож. въ § 1844 буквально повторяетъ сказанное въ текстѣ, ср. франц., ст. 208, 209, итал., ст. 143, 144). Обще-германское уложеніе говоритъ: требовать содержанія имѣетъ право только тотъ, кто не въ состояніи самъ себя содержать (§ 1602).

Исключеніе изъ этого постановленія сдѣлано относительно дѣтей. «Несовершеннолѣтнія, не вступившія въ бракъ, дѣти имѣютъ право требовать содержанія отъ своихъ родителей, если они не могутъ жить на свои средства и на свой заработокъ» (§ 1602).

Это исключеніе объясняется такъ. Нравственная обязанность, лежащая на родителяхъ, требуетъ, чтобы они своими силами и средствами довели дѣтей до возможности жить самостоятельно. Эта обязанность не была-бы исполнена, если-бы родители лишь тогда доставляли средства дѣтямъ, когда послѣднія уже прожили все свое состояніе.

Такое постановленіе невозможно было-бы оправдать и съ хозяйственной точки зрѣнія, потому что самостоятельность и дальнѣйшее матеріальное преуспѣяніе дѣтей менѣе обезпечиваются въ томъ случаѣ, когда дѣти будутъ лишены совсѣмъ средствъ, нежели въ томъ, когда эти средства будутъ для нихъ сбережены. Но воплѣ согласно съ существомъ дѣла и справедливостью привлечь къ содержанію дѣтей ихъ собственныя средства, если эти средства заключаются въ доходахъ съ имущества или въ заработкахъ ихъ (Мотивы, стр. 681, 682).

Обязанность доставлять содержаніе, согласно Обще-германскому уложенію (§ 1606, а равно Прусскому, Саксонскому и Австрійскому, см. вышеук. §§, швейц. 272, 293), лежитъ прежде всего на отцѣ, а потомъ уже на матери; но если право



пользовладѣнія дѣтскимъ имуществомъ предоставлено матери, то мать несетъ обязанность содержанія преимущественно предъ отцомъ.

Привлеченіе отца къ обязанности содержанія дѣтей прежде матери объясняется его положеніемъ, какъ главы семьи, какъ пользовладѣтеля дѣтскимъ и женинымъ имуществомъ и какъ обязаннаго нести тягости супружеской жизни (см. Мотивы, стр. 691). Но по французскому праву (ст. 203, см. Laurent, Cours élémentaire de droit civil, 1, 195) и по италіанскому (ст. 138) обязанность содержанія дѣтей падаетъ на обоихъ супруговъ совмѣстно, «пропорціонально ихъ средствамъ»,—говоритъ италіанскій кодексъ.

И у насъ, согласно ясному тексту нашего закона (родители обязаны давать дѣтямъ пропитаніе... ст. 172), обязанность содержанія дѣтей должна быть признана совмѣстною обязанностью обоихъ родителей, сообразно со средствами каждаго изъ нихъ. Слѣдовательно, если отецъ безъ средствъ и добыть ихъ не въ состояніи, а мать располагаетъ средствами, она должна быть привлечена къ обязанности содержанія дѣтей.

Согласно нашему закону (ст. 172), какъ и обще-германскому (§ 1602), родители обязаны давать содержаніе несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ, т. е. не достигшимъ 21 года. Сенатъ въ одномъ изъ своихъ рѣшеній высказывается въ пользу сохраненія за дѣтьми права на полученіе содержанія отъ родителей и по достиженіи совершеннолѣтія, разъ они еще нуждаются въ попеченіи родителей (касс. рѣш. 1893 г. № 106), основывая это мнѣніе, во-1-хъ, на ст. 174, по которой, по достиженіи дѣтьми надлежащаго возраста, родители пекутся объ опредѣленіи сыновей въ службу или промыселъ, соотвѣтственнѣю ихъ состоянію, и объ отдачѣ дочерей въ замужество, во-2-хъ, на пожизненномъ сохраненіи за отцомъ и матерью родительской власти и, въ 3-хъ, на правилахъ о пенсій, по которымъ, хотя право на пенсію для сыновей продолжается до 17 лѣтъ, а для дочерей—до выхода замужъ, но по болѣзни право на пенсію можетъ быть сохранено по смерти дѣтей (вышеук. рѣш.). Но такому толкованію противорѣчитъ ясный и категорическій смыслъ закона, дающаго право дѣтямъ на полученіе содержанія только до совершен-



нодѣтія ихъ, совпадающаго обыкновенно съ наступленіемъ работоспособности получающаго содержаніе. Ст. 174 не даетъ никакихъ указаній на продолженіе содержанія и по достиженіи 21 года: «надлежащій возрастъ», о которомъ говоритъ она, есть возрастъ, годный для занятія службой или промысломъ и для выхода замужъ. Такой возрастъ можетъ наступить не позже, а раньше достиженія 21 года. Постановленія о пенсіяхъ имѣютъ цѣлью обезпечить дѣтей лица, проходившаго государственную службу, и какъ вытекающія изъ отношеній публичныхъ, не имѣютъ аналогіи съ правилами о содержаніи дѣтей родителями, какъ узаконеніями частно-правнаго характера.

Въ нашихъ мѣстныхъ законахъ обязанность родителей доставлять дѣтямъ содержаніе — въ однихъ опредѣляется полнѣе, въ другихъ — краче. По Остзейскимъ законамъ родители обязаны пе щись о жизни и здравіи находящихся въ ихъ власти дѣтей, доставлять имъ пропитаніе и одежду, соотвѣтствующія своему званію и достатку (Св. зак. остз. ч. III, ст. 199). Гражданское уложеніе Царства Польскаго повторяетъ краткое постановленіе Французскаго кодекса: супруги, вступая въ бракъ, тѣмъ самымъ принимаютъ на себя общую обязанность давать пропитаніе, содержаніе и воспитаніе своимъ дѣтямъ (ст. 237). Бессарабскіе законы говорятъ объ общей обязанности родственниковъ по восходящей и нисходящей линіи доставлять другъ другу пропитаніе въ случаѣ бѣдности (Шестикн. Арменоп. III, 5, § 77).

Алиментарная обязанность или обязанность содержанія находится въ зависимости отъ матеріальной возможности выполнить ее обязаннымъ (наличности средствъ и работоспособности его) и отъ наличности нужды управомоченнаго (неимѣнія или недостаточности средствъ и неспособности пріобрѣсти ихъ своимъ трудомъ).

Въ силу того, что обязанность кормить другихъ наступаетъ лишь послѣ удовлетворенія собственныхъ нуждъ по пріобрѣтенію необходимыхъ средствъ къ жизни, обязанность доставлять содержаніе родственникамъ наступаетъ тогда и въ такой мѣрѣ, когда и въ какой мѣрѣ привлекаемый къ ней въ состояніи ее нести (обще-герм. § 1603, пр. II, 3, §§ 17—19, 29, австр. § 143, сакс. § 1848: «при неимѣніи



средствъ у лица, обязаннаго доставлять содержаніе... оно освобождается отъ этой обязанности». Франц. ст. 208, 209, итал. ст. 138).

При опредѣленіи возможности доставлять содержаніе принимается во вниманіе не только наличность средствъ у обязаннаго, но также и способность добывать ихъ. Сообразно съ этимъ не признается обязаннымъ доставлять содержаніе тотъ, кто (принявъ во вниманіе другія его обязанности) не можетъ выполнить этой обязанности иначе, какъ отказывая себѣ въ средствахъ къ жизни, соотвѣтственныхъ своему общественному положенію. Но если окажутся въ такомъ положеніи родители, то они обязаны все-таки дѣлиться съ своими (несовершеннолѣтними и не вступившими въ бракъ) дѣтьми всѣми имѣющимися у нихъ средствами (какъ говорить обще-германское уложеніе § 1603).

Эта усиленная алиментарная обязанность родителей объясняется естественнымъ чувствомъ привязанности родителей и обязанностью ихъ не только прокормить дѣтей, но и приготовить ихъ къ самостоятельной жизни.

Едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что сейчасъ изложенныя правила вполне примѣнимы и у насъ, какъ соотвѣтствующія, съ одной стороны, существу алиментарной обязанности, а съ другой—не противорѣчающія нашему закону. Существо этой обязанности таково, что заставить кого-либо кормить другаго справедливо только тогда, когда онъ имѣетъ къ тому возможность, а требовать содержанія отъ другаго въ правѣ только тотъ, кто самъ не имущъ и не можетъ пріобрѣсти нужнаго ему своимъ трудомъ. Подтвержденіе сказаннаго самимъ текстомъ закона мы увидимъ, когда будемъ говорить о размѣрѣ содержанія.

Размѣръ содержанія опредѣляется общественнымъ положеніемъ получающаго содержаніе. Оно объемлетъ всѣ потребности жизни. Если оно дается нуждающемуся въ воспитаніи (а въ такомъ положеніи находятся дѣти), то въ составъ его входятъ и издержки по воспитанію и по приготовленію къ соотвѣтственной профессіи (обще-герм. § 1610, швейц. 275. Ср. пр. II, 2, §§ 64, 204, 252, 253, II, 3, §§ 14, 15, австр. §§ 139, 154, сакс. §§ 1846, 1847, франц., ст. 208, итал., ст. 138).



Прусское законодательство (II, 2, §§ 63, 65, 107, 204, 251—254), а равно французское (ст. 203, 205, 385) и итальянское (ст. 138, 230), возлагаютъ обязанность воспитанія только на родителей, а австрійское (§§ 139, 143) и саксонское (§§ 1839, 1846)—также и на другихъ родственниковъ, если они привлекаются къ дачѣ содержанія дѣтямъ, нуждающимся въ воспитаніи. На этой-же точкѣ зрѣнія стоитъ и Обще-германское уложеніе. Устанавливаемая родствомъ естественная и нравственная связь требуетъ, чтобы и родственники, разъ они вмѣсто родителей привлекаются къ содержанію родственниковъ, нуждающихся въ воспитаніи, позаботились-бы объ умственномъ ихъ развитіи и о приготовленіи къ самостоятельной дѣятельности: этого-же требуютъ и интересы государства. Вопросъ о томъ, входитъ-ли сюда и университетское образованіе, долженъ быть рѣшенъ по обстоятельствамъ случая (Мотивы, т. IV, стр. 696), т. е. здѣсь имѣется въ виду общественное положеніе родителей.

Кромѣ размѣра содержанія, опредѣляемаго по общественному положенію получающихъ, нѣмецкимъ законодательствамъ извѣстенъ еще размѣръ содержанія въ предѣлахъ крайней необходимости. Кто впалъ въ нужду по своей нравственной винѣ, тотъ можетъ требовать содержанія въ предѣлахъ крайней необходимости. Равно сохраняютъ право на полученіе только такого содержанія тѣ, которые виновны по отношенію къ дающимъ содержаніе въ совершеніи дѣйствія, предоставляющаго послѣднимъ право лишить первыхъ законной наслѣдственной доли (посягательство на жизнь, насиліе надъ личностью, тяжкое преступленіе, отказъ въ содержаніи, безчестный и безнравственный образъ жизни—см. §§ 1611 и 1233).

Новѣйшая теорія и практика склонны отказывать совсѣмъ въ содержаніи лицамъ «недостойнымъ» въ вышеуказанномъ смыслѣ. Но старыя законодательства высказываются за назначеніе имъ содержанія въ предѣлахъ крайней необходимости (прусское II, 2, §§ 252, 253, австр. § 795 и сакс. § 1854).

По этому поводу составители Обще-германскаго уложенія разсуждали слѣдующимъ образомъ. Если въ основѣ алиментарной обязанности лежитъ родственная привязанность и любовь, то при недостойномъ поведеніи родственника род-



ственная связь разрывается, и если въ такихъ случаяхъ признается основательнымъ лишить родственника наслѣдства (послѣ смерти родственника наслѣдодателя), то съ такимъ же основаніемъ можно лишить его содержанія при жизни. Съ другой стороны, нельзя не принять во вниманіе, что имѣть сношеніе съ такимъ родственникомъ по поводу содержанія его крайне тяжело. Вмѣстѣ съ тѣмъ перспектива кормиться на счетъ кассы для бѣдныхъ могла бы обуздать и «недостойнаго» родственника. Но примѣръ вышеуказанныхъ законодательствъ и нежеланіе обременять эту кассу побудили составителей уложенія послѣдовать примѣру другихъ нѣмецкихъ законодательствъ (Мотивы, стр. 699, 700). Однако-же нѣтъ сомнѣнія, что примѣръ этотъ не заслуживалъ подражанія, и обремененіе кассы для бѣдныхъ менѣе чувствительно, чѣмъ легальное потворство безнравственности.

Продолжая дальше развивать соображенія для оправданія вышеприведеннаго постановленія уложенія, составители его говорятъ, что хотя родственная связь нравственно виновнаго не можетъ считаться прекратившеюся, однако-же она уже менѣе крѣпка, чѣмъ была прежде, а это должно отразиться и на размѣрѣ содержанія.

Составители, далѣе, отвергли усвоенный новой теоріей и практикой взглядъ, что надо судьѣ предоставить рѣшеніе вопроса о томъ, слѣдуетъ-ли, при данныхъ обстоятельствахъ (т. е. при совершеніи родственникомъ противонравственнаго поступка), сохранять за нимъ право на содержаніе, или нѣтъ; и отвергли этотъ взглядъ на томъ основаніи, что судьѣ трудно будетъ ютыскать точку опоры для своего рѣшенія, что такой порядокъ можетъ плодить процессы и что въ виду этого предпочтительнѣе дать судьѣ въ руки объективную норму (Мотивы, стр. 701).

По нашему законодательству въ алиментарную обязанность родителей входятъ не только «пропитаніе и одежда», но и «воспитаніе» по состоянію родителей (ст. 172, Пр. 287); т. е. примѣнительно къ ихъ общественному положенію. Если сравнить это предписаніе закона съ другимъ аналогичнымъ; относительно содержанія мужемъ жены—то встрѣтимъ между обоими опредѣленіями закона нѣкоторое различіе: мужъ



обязанъ доставлять женѣ пропитаніе и содержаніе по состоянію и по возможности своей (ст. 106). Последней прибавки въ постановленіи о содержаніи дѣтей нѣтъ, но, безъ сомнѣнія, и дѣтямъ должно быть назначаемо содержаніе лишь въ предѣлахъ возможности, т. е. по силѣ средствъ родителей. Это требуется самымъ существомъ алиментарной обязанности. Отсюда слѣдуетъ, что если бы у родителя не оказалось достаточно средствъ для покрытія расходовъ по содержанію дитяти, а у этого послѣдняго было бы свое собственное имущество, то доходы съ этого имущества, а въ крайнемъ случаѣ и капитальная стоимость его, могли бы быть привлечены на нужды содержанія. Не надо упускать изъ виду, что расходование средствъ дитяти не безконтрольно: отецъ дѣйствуетъ въ такихъ случаяхъ въ качествѣ опекуна (ст. 226).

Только въ вышеуказанномъ размѣрѣ знаетъ нашъ законъ обязанность содержанія дѣтей родителями: ему неизвѣстно содержаніе въ размѣрѣ «крайней необходимости», равно неизвѣстно и лишеніе содержанія «недостойныхъ» дѣтей. Статья (974), дающая право на поворотъ дара къ дарителю, вслѣдствіе оказаннаго явнаго непочтенія одареннымъ первому, не можетъ сюда подойти потому, что даръ есть дѣло добровольное, а доставленіе алиментовъ—обязанность. Равно мы не можемъ примѣнить сюда по аналогіи и постановленіе объ устраненіи дѣтей отъ наслѣдованія послѣ родителей по опредѣленнымъ причинамъ, потому что такихъ причинъ, кромѣ вступленія въ бракъ противъ воли родителей, нашъ законъ не знаетъ (См. мое изслѣдованіе—О законной наслѣдственной долѣ. «Журн. Мин. Юст.» 1896 г., Май, стр. 144, и сл.):

**Родъ содержанія.** Въ этомъ отношеніи замѣчается разногласіе между законодательствами.

Въ отступленіе отъ обще-нѣмецкаго права и права прускаго, предоставляющихъ суду рѣшеніе вопроса о томъ, должно-ли быть содержаніе выдаваемо деньгами или натурой, и италіанскаго, предоставляющаго этотъ выборъ сдѣлать самому обязанному (ст. 145), Обще-германское уложеніе послѣдовало примѣру Французскаго кодекса, требующаго (по общему правилу) доставленія содержанія посредствомъ де-



нежныхъ взносовъ, развѣ-бы должникъ не могъ платить деньгами. Въ такомъ случаѣ судъ можетъ позволить ему доставлять алименты натурой (ст. 210).

Это постановленіе повторяетъ общенѣмецкій кодексъ (§ 1612). Составители уложенія находили, что предоставить обязанному выбирать—доставлять-ли ему содержаніе натурой или деньгами, какъ-то дѣлаетъ Саксонскій кодексъ (§ 1850) и какъ это дѣлаетъ, какъ мы видѣли, и Италіанскій, неудобно: въ интересахъ обязаннаго платить натурой, но не въ интересахъ индивидуальныхъ отношеній и требованій піэтета. Проф. Лоранъ, оправдывая аналогичное постановленіе своего кодекса, говоритъ: законодатель, требуя денежныхъ уплатъ, опасался, что, при доставленіи содержанія натурой, къ нуждающемуся въ алиментахъ не будутъ относиться съ надлежащимъ вниманіемъ (вышеук. соч. III, 198). Безъ сомнѣнія, полученіе содержанія натурой всегда ставитъ получающаго въ болѣе зависимое отношеніе къ дающему, нежели денежная выдача. Оно можетъ легко повести къ недоразумѣніямъ и спорамъ между лицами, связанными алиментарными отношеніями, и даже довести до тяжбы. На это послѣднее указывали и составители уложенія. Злоупотребленіе—говорили они—будетъ устранимо, если въ видѣ общаго правила будетъ узаконена денежная плата, которая, по усмотрѣнію суда, можетъ быть замѣнена содержаніемъ натурой, какъ то и постановляетъ уложеніе (§ 1612).

Въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ законодательствахъ даются болѣе подробныя правила о мѣрѣ участія того или другого родителя въ содержаніи дѣтей въ самый ранній періодъ дѣтства. Въ особенности обильно подробностями въ этомъ случаѣ Прусское Земское Уложеніе, вообще склонное входить иногда въ излишнюю регламентацію семейныхъ отношеній. Заботу о физическомъ воспитаніи дѣтей, до тѣхъ поръ, пока дѣти нуждаются въ немъ, должна взять на себя мать (II, 2 § 66). То-же предписываетъ и Австрійскій гражданскій кодексъ (§ 141). Засимъ прусскій законъ говоритъ: здоровая мать должна сама кормить грудью своего ребенка, но какъ долго кормленіе должно продолжаться—это рѣшаетъ отецъ, а въ случаѣ спора эксперты. До достиженія ребенкомъ че-



тырехлѣтняго возраста отецъ не въ правѣ отнимать его отъ матери (§§ 67—70; ср. австр. § 142).

Право на содержаніе прекращается со смертью получающаго его или дающаго (обще-герм. § 1613, сакс. §§ 1853, 1846, австр. § 1418, итал. ст. 146. Зак. гражд. ст. 178). Только французскій законъ переноситъ эту обязанность и на наслѣдниковъ (ст. 205).

При составленіи Обще-германскаго уложенія былъ поднятъ весьма важный въ этико-юридическомъ и экономическомъ отношеніяхъ вопросъ объ обязанности родителей надѣлять своихъ дочерей приданымъ, привыходѣ послѣднихъ въ замужество. Весьма важныя соображенія, какъ pro, такъ и contra, были высказаны по этому поводу составителями уложенія.

Въ пользу назначенія приданого приводились слѣдующія соображенія.

1) Признаніе назначенія приданого юридическою обязанностью есть хорошее средство противъ родителей, эгоистически настренныхъ и жестокосердыхъ.

2) Оно способствуетъ равномерному и справедливому отношенію ко всѣмъ дѣтямъ, въ особенности отъ разныхъ браковъ.

3) Оно способствуетъ основанію новыхъ хозяйствъ.

Противъ этой обязанности:

1) Весьма нелегко установить мѣру приданого, если даже оставить въ сторонѣ затрудненія, возникающія при опредѣленіи предметовъ приданого, примѣняясь къ мѣстнымъ и сословнымъ обычаямъ.

2) Родители, такимъ образомъ, принуждаются еще при жизни выдѣлять часть капитальной стоимости своего имущества, причемъ самый учетъ этой стоимости можетъ представить здѣсь затрудненія. Такой выдѣлъ изъ родительскаго имущества можетъ отразиться неблагоприятно и на кредитѣ родителей.

3) И тамъ, гдѣ эта обязанность не установлена закономъ, потребности въ ней не ощущаются, такъ какъ родители и безъ приказа закона, по доброй волѣ надѣляютъ приданымъ



своихъ дѣтей, разъ послѣднія сохраняютъ пѣтеть по отношенію къ родителямъ. Это подтверждается и тѣмъ, что тамъ, гдѣ такая обязанность признана закономъ, судебные иски о назначеніи приданого рѣдки.

4) Вообще законъ безъ надобности не долженъ допускать тяжбъ между родителями и дѣтьми. Кромѣ того, чувство зависимости дѣтей отъ родителей, укрѣпленное отсутствіемъ законнаго предписанія давать приданое, косвенно благотворно вліяетъ на поддержаніе домашней дисциплины и порядка.

Что касается положительнаго права, то въ этомъ отношеніи составители уложенія имѣли, съ одной стороны, примѣръ римскаго и общаго права, дававшихъ женщинѣ, не имѣвшей собственнаго имущества, право на полученіе приданого отъ отца и отцовскихъ восходящихъ, а въ силу особыхъ причинъ и отъ матери (Windscheid—Lehrbuch des Pandectenrechts. 4 Aufl. II B, § 493, п. 3; ср. Dernburg, III, 138), а также примѣръ Саксонскаго (§§ 1661—1667) и Австрійскаго (§§ 1220 и сл.) уложеній, обязывающихъ родителей, а (по послѣднему уложенію) также и другихъ восходящихъ дать дочери или внучкѣ приданое. Но, съ другой стороны, эти же составители имѣли примѣръ другихъ новыхъ законодательствъ, ограничивающихъ въ этомъ отношеніи объемъ обязанностей родителей. Такъ въ Прусскомъ уложеніи назначеніе приданого не проведено въ качествѣ юридической обязанности и дѣтямъ не дано права искать его судебнымъ порядкомъ, слѣдовательно, вполнѣ отъ доброй воли зависитъ дать или не дать дочери приданое. Законъ говоритъ, что, при отказѣ родителей отъ назначенія приданого можно прибѣгнуть къ посредству опекунскаго суда, но тутъ же прибавляетъ: но возбужденіе процесса въ судѣ по этому поводу не допускается (II, 2 §§ 223 и сл.).

Точно также французское законодательство, согласно старому обычному правилу—*ne dote qui ne veut*—не налагаетъ на родителей обязанности надѣлять дочерей приданымъ (ст. 204). То же постановляетъ и Италіанскій кодексъ (ст. 147).

Въ концѣ-концовъ составители уложенія послѣдовали правиламъ общаго права, и въ особенности примѣру Саксонскаго уложенія, полагая, что такое рѣшеніе вопроса бу-



детъ согласно и съ существующимъ уже въ Германіи обычаемъ—надѣлять дочерей приданымъ, при выходѣ замужъ. Согласно этому уложеніе постановляетъ: въ случаѣ выхода дочери въ замужество, отецъ обязанъ дать ей соразмѣрное приданое на домашнее обзаведеніе, насколько это, принявъ во вниманіе выполненіе другихъ обязанностей, будетъ безъ ущерба для его собственнаго (соотвѣтственно общественному положенію) содержанія и насколько у самой дочери нѣтъ на это своихъ средствъ. Такая-же обязанность лежитъ на матери, если у отца нѣтъ средствъ или-же если онъ умеръ (§ 1620).

Такимъ образомъ уложеніе признаетъ назначеніе приданого юридическою обязанностью, только ставитъ исполненіе ея въ зависимость отъ наличности или отсутствія средствъ у дочери.

Надо замѣтить, что первоначальный проектъ не считалъ возможнымъ придать юридическую силу обязанности назначенія приданого, а признавалъ его, по примѣру Прусскаго уложенія, только нравственною обязанностью родителей, съ тѣмъ, однако, чтобы, разъ дано приданое, оно не могло быть потребовано обратно (§ 1500 проекта).

Однако-же, въ виду того, что право на приданое имѣетъ въ основаніи своемъ нравственную связь между дающимъ приданое, и получающею его, то, разъ эта связь подорвана или порвана, теряется и право требовать приданое: если дочь вышла замужъ вопреки желанію родителей или если она сама виновна въ совершеніи такихъ поступковъ по отношенію къ родителямъ, при наличности которыхъ она можетъ быть лишена законной доли (§ 1621). Право на полученіе приданого погашается годичною давностію, считая со времени заключенія брака (§ 1623).

Но, признавая назначеніе приданого юридическою обязанностью, уложеніе въ то-же время признаетъ выдѣлъ имущества родителями въ пользу дитяти въ виду брака или въ виду устройства самостоятельной жизни, или для поддержанія хозяйства, или общественнаго положенія, какъ и по Прусскому уложенію, только нравственною, а не юридическою обязанностью (§ 1624, пр. II, 2, 232 и сл. Ср. ст. 994 и 995, зак. гражд.).



Что касается нашего права, то взглядъ его на обязанность назначенія приданого въ древнее время и новое, не одинаковый. Въ древній періодъ нашей исторіи, когда женщины не пользовались равными съ мужчинами наследственными правами, лица, исключавшія незамужнюю женщину изъ наследованія, обязаны были надѣлать ее приданымъ. Такъ, братья въ боярскомъ сословіи обязаны были надѣлать свою сестру приданымъ «по возможности»; такъ, князь, наследуя смерду, не оставившему сыновей, несъ такую-же обязанность. Эти начала, высказанныя еще Русской Правдой (Карамз. сп., ст. 103, 107) подтверждались въ извѣстныхъ случаяхъ и московскими государями.

Въ послѣдующее время, когда женщина получила болѣе широкія наследственные права, исчезаетъ обязанность вышеуказанныхъ лицъ по надѣленію ея приданымъ (Неволинъ, III, стр. 109—111).

Что касается собственно родителей, то не видно, чтобы когда-либо существовала у насъ юридическая обязанность назначенія ими приданого дочерямъ. Правда, что съ XVI в. мы наблюдаемъ, какъ обычное явленіе, совершеніе предъ заключеніемъ брака рядныхъ записей, въ которыхъ составляется юпись приданому на случай его возвращенія кому слѣдуетъ, но и изъ этихъ записей можно только заключить, что принято было надѣлать дочерей приданымъ, но нѣтъ указаній на то, что дочери были въ правѣ его требовать. Это воззрѣніе отражается и въ нашемъ дѣйствующемъ законѣ: дѣти не могутъ, и по достиженіи совершеннолѣтія, требовать отъ родителей назначенія приданого изъ имущества, симъ послѣднимъ принадлежащаго (ст. 995 зак. гражд.). То же и по мѣстнымъ законамъ для Царства Польскаго (гражд. улож., ст. 237).

Обязанность содержанія между родственниками признается законодательствами взаимной (гражд. улож. для Царства Польскаго ст. 240, обще-герм. улож. § 1601, пр. II, 2, 251 и сл., сакс. § 1842, франц., ст. 205, 207, итал., ст. 139).

Нашъ законъ, не знающій алиментарной обязанности между родственниками вообще, обязываетъ дѣтей (безраз-



лично—отдѣленныхъ или не отдѣленныхъ) не имущимъ средствъ родителямъ доставлять пропитаніе и содержаніе по самую смерть (ст. 194). Обязанность дѣтей содержать родителей, находящихся въ бѣдности и дряхлости, есть одно изъ древнѣйшихъ постановленій нашего права. Такъ, еще по Русской Правдѣ материнское наслѣдство достается тому изъ сыновей, у котораго мать жила и который ее кормилъ (Карамз., ст. 114). Такъ, по Псковской Судной Грамотѣ, если сынъ не прокормитъ отца или матери до смерти ихъ, а потомъ захочетъ выдѣлиться изъ общаго хозяйства («дома»), то онъ лишается права на свою наслѣдственную долю (ст. 53), а по Уложенію Алексѣя Михайловича—«который сынъ или дочь отца и мать при старости не учнетъ кормить... и въ томъ на нихъ отецъ или мать учнутъ Государю бити челомъ и такимъ дѣтемъ за такія ихъ дѣла чинити жестокое наказаніе, бити кнутомъ нещадно и приказати имъ быти у отца и матери во всякомъ послушаніи» (гл. 22, ст. 5).

Что касается объема содержанія по дѣйствующему закону, то по аналогіи со ст. 172 (объ обязанности родителей доставлять содержаніе дѣтямъ) размѣръ содержанія долженъ быть по состоянію дѣтей и, конечно, по возможности (ст. 106). Санкція дана и въ законѣ уголовномъ: за отказъ въ доставленіи содержанія полагается арестъ до 3-хъ мѣсяцевъ (уст. о наказ., ст. 143). Дѣти бывшихъ государственныхъ крестьянъ за отказъ родителямъ въ содержаніи, особенно въ старости и болѣзни, подлежатъ заключенію подъ стражу или наказанію розгами (т. XII, уст. каз. сел., ст. 491). Постановленіе относительно наказанія розгами, конечно, утратило силу. (См. тамъ-же, ст. 1, прим.). Такъ какъ усыновленные дѣти вступаютъ во всѣ перечисленные въ законѣ права и обязанности законныхъ дѣтей, то они, имѣя право требовать содержанія отъ усыновителя, обязаны и сами содержать послѣдняго, если онъ въ этомъ нуждается (ст. 156<sup>1</sup>, пр. 363). Обязанность содержанія дѣтьми родителей своихъ, находящихся въ бѣдности, признана и нашими мѣстными гражданскими законами (Армен. III, 5, § 78. Гражд. улож. Царства Польскаго, ст. 238).

Въ германскихъ законодательствахъ, въ соотвѣтствіе съ обязанностью родителей содержать дѣтей, существуетъ обя-



занность послѣднихъ, пока они не покинули дома родителей и воспитываются ими или получаютъ отъ нихъ содержаніе, оказывать имъ услуги въ ихъ домашнемъ хозяйствѣ и промыслѣ, по мѣрѣ своихъ силъ и соотвѣтственно своему общественному положенію (обще-герм. § 1617, сакс. § 1806, пр. II, 2 § 121). По Швейцарскому кодексу родители и дѣти обязаны оказывать другъ другу взаимную помощь и заботы, которыхъ требуютъ интересы совмѣстной жизни. Пока дѣти не достигли совершеннолѣтія и живутъ въ общемъ семейномъ хозяйствѣ, все, что они пріобрѣтаютъ собственнымъ трудомъ, принадлежитъ родителямъ (ст. 271, 295).

Всѣ эти законодательства признаютъ обязанность помощи въ домашнемъ хозяйствѣ за дѣтьми и въ томъ случаѣ, когда послѣднія уже достигли совершеннолѣтія и имѣютъ возможность сами добывать средства, но живутъ въ родительскомъ домѣ и на счетъ родителей.

Вообще-же эта обязанность оправдывается не только зависимымъ положеніемъ дѣтей, но и цѣлями воспитанія и естественными условіями совмѣстной жизни дѣтей и родителей. Едва-ли можно сомнѣваться, что эта обязанность не чужда сознанию и нашего закона: ст. 177 говоритъ, что дѣти обязаны «служить родителямъ на самомъ дѣлѣ».

По нашимъ мѣстнымъ остзейскимъ законамъ, дѣти, пока они получаютъ отъ своихъ родителей содержаніе, обязаны исполнять домашнія для нихъ послуги, безъ права требовать за то какое-либо вознагражденіе (Свод. зак. остз. ч. III, ст. 201).

Въ связи съ обязанностью содержанія находится обязанность и право родителей по воспитанію своихъ дѣтей. Всѣ законодательства признаютъ эту обязанность, но большинство удовлетворяется однимъ лишь указаніемъ на существованіе ея, не опредѣляя подробно, въ чемъ она должна заключаться. Такъ, Обще-германское уложеніе говоритъ: въ силу родительской власти отецъ въ правѣ и обязанъ заботиться о личности дѣтей. Попеченіе о личности дѣтей заключаетъ въ себѣ право и обязанность воспитывать дѣтей (§§ 1627 и 1631). Такъ-же обще выражается и Австрійское уложеніе (§ 139). Французскій законъ отличается такою-же краткостью: родители обязаны воспитывать своихъ дѣтей,—говоритъ онъ (ст. 203).



Соотвѣтствующее этой обязанности право по воспитанію дѣтей, при жизни обоихъ супруговъ, принадлежитъ отцу. Оно носитъ абсолютный характеръ, хотя и не имѣетъ никакой санкціи. По французскому закону 1882 г. отецъ, каково-бы ни было его общественное положеніе, обязанъ дать своему сыну первоначальное образованіе. Отецъ имѣетъ право опредѣлить религію, въ которой должны быть воспитываемы дѣти, направлять ихъ воспитаніе съ точки зрѣнія религіозной, моральной и интеллектуальной, онъ имѣетъ право слѣдить за ихъ перепиской и за ихъ отношеніями. Сюда принадлежитъ право отца признать своего эмансипированнаго несовершеннолѣтняго сына способнымъ вести самостоятельно торговлю (ст. 2 Code de commerce. См. Nourrisson, *Etude critique sur la puissance paternelle*, Paris, 1898, p. 54, 55). Постановленіе французскаго закона буквально повторяетъ италіанскій законъ (ст. 138). Италіанскіе юристы толкуютъ его въ томъ смыслѣ, что отцу принадлежитъ право причисленія своего дитяти къ той или другой религіи и избраніе для него въ будущемъ профессіи (E. Gianturco — *Istituzioni di diritto civile italiano*. 4. Ed. p. 66).

Прусское Земское Уложеніе говоритъ: какъ должно быть воспитываемо дитя—это зависитъ, главнымъ образомъ, отъ отца. Онъ долженъ преимущественно позаботиться о томъ, чтобы дитя получило религіозное воспитаніе и приобрѣло полезныя образовательныя свѣдѣнія, сообразно общественному положенію и обстоятельствамъ. Родители обязаны приготовить изъ дѣтей своихъ полезныхъ членовъ государства на поприщѣ науки, искусства или промысла. Опредѣленіе будущаго образа жизни сыновей зависитъ прежде всего отъ воли отца. Но онъ долженъ при этомъ обращать вниманіе на склонности, способности и физическія свойства дѣтей. До 14-лѣтняго возраста дѣти должны оставаться въ той дѣятельности, которая избрана отцомъ. Послѣ этого въ случаѣ непреодолимаго отвращенія сына къ избранной профессіи, дѣло можетъ рѣшить опекунскій судъ (II, §§ 74, 75, 108 и сл.). Аналогичное-же постановленіе, относительно правъ отца на избраніе рода дѣятельности для сына, даетъ и Саксонскій кодексъ, постановляющій сверхъ того, что, если родители пренебрегаютъ воспитаніемъ дитяти, то воспитаніе мо-



жетъ быть поручено опекуну (§§ 1802 — 1804). Новый Швейцарскій кодексъ даетъ по этому вопросу такія постановленія: родители обязаны воспитывать дѣтей сообразно своему состоянію. Въ особенности на нихъ возлагается обязанность дать соотвѣтствующее образованіе дѣтямъ, имѣющимъ тѣлесныя и духовныя недостатки. Профессиональное образованіе дѣтей опредѣляется по указанію родителей. Они сообразуются при этомъ, на сколько возможно, съ силами, способностями и наклонностями дѣтей (ст. 275, 276). Относительно религіознаго воспитанія была рѣчь выше.

Въ тѣхъ государствахъ, гдѣ существуетъ постановленіе объ обязательномъ обученіи, родители должны, подъ угрозой отвѣтственности по закону, посылать въ опредѣленномъ возрастѣ дѣтей своихъ въ школу.

Что касается вліянія развода на право воспитанія дѣтей, то большинство нѣмецкихъ законодательствъ держится того мнѣнія, что это право должно быть предоставлено невинному супругу, если опекунскій судъ не найдетъ лучшимъ для блага дитяти отдать его другому супругу или поручить постороннему лицу. По прусскому праву дѣти поручаются невинному родителю, но дѣти, не достигшія 4-хъ лѣтъ, отдаются во всякомъ случаѣ матери, хотя-бы она была виновна въ разводѣ. Если оба невинны, то до 4-хъ лѣтъ дѣти остаются при матери, а потомъ передаются отцу. Впрочемъ, въ виду важныхъ обстоятельствъ, обусловливаемыхъ пользою дѣтей, этотъ порядокъ можетъ быть измѣненъ, и дѣти могутъ быть поручены опекунскимъ судомъ постороннему (II, 2, 92, 94, 97—100).

По Австрійскому уложенію, въ случаѣ развода или разлученія супруговъ и разногласіи между ними относительно воспитанія дѣтей, судъ опредѣляетъ, чтобы мальчики до 4-хъ лѣтъ, а дѣвочки до 7 лѣтъ оставались при матери, развѣ были-бы особыя причины для другаго распорядка (§ 142). Въ этомъ-же родѣ даетъ постановленія Саксонское уложеніе: дѣти моложе шести лѣтъ остаются на воспитаніи у матери, старше шести лѣтъ—у отца, развѣ по мнѣнію опекунскаго суда отъ другаго супруга можно ожидать большей заботливости о благѣ дѣтей (§ 1749). По Французскому кодексу дѣти



довѣряются попеченію того супруга, который получилъ разводъ, развѣ-бы судъ, по требованію семьи или прокурорскаго надзора, постановилъ, въ виду пользы дѣтей, поручить ихъ всѣхъ или нѣкоторыхъ другому супругу или-же постороннему лицу (ст. 302). Согласно Италіанскому кодексу судъ, постановляя о разлученіи супруговъ, постановляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ, кому изъ родителей должно быть довѣрено воспитаніе и образованіе дѣтей. Впрочемъ, въ исключительныхъ случаяхъ судъ можетъ постановить отдать дѣтей въ учебное заведеніе или частному лицу на воспитаніе, но и тогда родителямъ предоставляется право надзора надъ воспитаніемъ дѣтей (ст. 154, 155).

Въ духѣ другихъ нѣмецкихъ законодательствъ рѣшаетъ разсматриваемый вопросъ и Обще-германское уложеніе: въ случаѣ развода, если только одинъ супругъ признанъ виновнымъ, попеченіе о личности дѣтей, а въ томъ числѣ и воспитаніе ихъ, предоставляется другому супругу; если оба супруга признаны виновными, то попеченіе о сыновьяхъ принадлежитъ отцу, кромѣ мальчиковъ, не достигшихъ 6 лѣтъ, т. е. школьнаго возраста, а забота о дочеряхъ—матери. Но опекунскій судъ, принявъ во вниманіе интересы дитяти, можетъ установить и другой порядокъ (§ 1635). Такое раздѣленіе по поламъ составители уложенія оправдываютъ тѣмъ, что было-бы слишкомъ жестоко по отношенію къ матери лишать ее совсѣмъ дѣтей, и, съ другой стороны, интересы дочерей требуютъ надзора материнскаго. Но вмѣстѣ съ тѣмъ составители уложенія неодобрительно относились къ правилу о распредѣленіи дѣтей между разведенными супругами по обоюдному соглашенію, такъ какъ забота о дѣтяхъ есть обязанность родителей, отъ которой они не въ правѣ отказаться, и такъ какъ допустимость соглашеній косвенно способствуетъ облегченію разводовъ (Мотивы, стр. 625—627). По новому швейцарскому кодексу въ случаѣ развода или разлученія, судъ, по выслушаніи родителей, а въ случаѣ надобности и опекунскаго учрежденія, постановляетъ кому изъ родителей должна принадлежать родительская власть и при комъ должны быть дѣти; причемъ другой родитель обязанъ участвовать въ расходахъ на содержаніе и воспитаніе дѣтей (ст. 156).



По нашему праву издревле считалось обязанностью родителей заботиться о воспитаніи и устроении судьбы своихъ дѣтей. Безъ согласія родителей дѣти не могли вступать въ холопство, принимать монашество. Съ конца XVII вѣка родители должны были взрослыхъ сыновей представлять на царскую службу (Неволинъ, III, 314, 315).

Дѣйствующій законъ предписываетъ родителямъ давать своимъ дѣтямъ воспитаніе доброе и честное, сообразно своему состоянію—узаконеніе (ст. 172), ведущее свое начало отъ временъ изданія Устава благочинія, откуда оно и позаимствовано («доброе христіанское воспитаніе»,—по законамъ остзейскимъ, ст. 199). Въ дополненіе къ этому общему постановленію въ законѣ дается еще слѣдующее наставленіе: родители должны обращать все свое вниманіе на нравственное образованіе своихъ дѣтей и стараться домашнимъ воспитаніемъ приготовить ихъ нравы и содѣйствовать видамъ правительства (ст. 173).

Содержаніе этой статьи уясняется, если сопоставить ее съ ея источникомъ—манифестомъ о совершеніи приговора надъ государственными преступниками отъ 13 іюля 1826 г., («декабристами») въ которомъ сказано: «да обратятъ родители все ихъ вниманіе на нравственное воспитаніе дѣтей. Не просвѣщенію, но праздности ума, болѣе вредной, нежели праздность тѣлесныхъ силъ — недостатку твердыхъ познаній должно приписать сіе своевольство мыслей, источникъ буйныхъ страстей, сію пагубную роскошь полупознаній, сей порывъ въ мечтательныя крайности, коихъ начало есть порча нравовъ, а конецъ—погибель. Тщетны будутъ всѣ усилія, всѣ пожертвованія правительства, если домашнее воспитаніе не будетъ готовить нравы и содѣйствовать его видамъ».

Какъ и въ другихъ законодательствахъ, такъ и въ нашемъ, обязанность родителей не ограничивается однимъ воспитаніемъ дѣтей, но заключается также въ приготовленіи ихъ къ самостоятельной жизни: по достиженіи дѣтьми надлежащаго возраста родители пекутся—говоритъ законъ—объ опредѣленіи сыновей въ службу или промыселъ, соотвѣтственно ихъ состоянію, и объ отдачѣ дочерей въ замужество (ст. 174; Пр. 287, 288).



Въ остзейскомъ правѣ мы находимъ такое-же постановленіе, но съ слѣдующей прибавкой: если достигшій семнадцатилѣтняго возраста пожелаетъ избрать кругъ жизни, болѣе соотвѣтствующій его наклонностямъ и способностямъ, нежели тотъ, который предназначили ему его родители, а послѣдніе не согласятся на его ходатайство, то дѣло, по его о томъ просьбѣ, рѣшается подлежащимъ сиротскимъ судомъ (ст. 202, 204).

Нашъ законъ оставляетъ безъ отвѣта вопросъ, кому изъ родителей должны быть поручены дѣти при разводѣ. Восточная церковь въ этомъ случаѣ усвоила себѣ постановленія римскаго права, по которому дѣти отдаются невинному супругу, хотя въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ рѣшаетъ судья, при комъ изъ родителей должны оставаться дѣти (см. мое изслѣдованіе—О разводѣ по русскому праву, стр. 238). Полагаемъ, что по духу нашего законодательства, знающаго родительскую, а не отцовскую только, власть и выдвигающаго на первый планъ интересы дѣтей (ст. 172 и сл.), дѣти должны быть поручаемы тому изъ супруговъ, который лучше въ состояніи выполнить родительскія обязанности (Пр. 199).

По Своду Остзейскихъ законовъ въ случаѣ развода по винѣ одного изъ супруговъ, дѣти должны быть содержимы и воспитываемы другимъ, но издержки по содержанію и воспитанію падаютъ всегда на отца, и мать несетъ ихъ тогда лишь, когда у нея есть состояніе, а у отца его нѣтъ (ст. 200).

4. Веденіе воспитанія дѣтей немыслимо, если послѣднія не будутъ послушны своимъ родителямъ. Поэтому всѣ законодательства требуютъ отъ дѣтей послушанія родителямъ и почитанія ихъ (пр. II, 2, § 61, 249; австр. § 144; сакс. § 1805; франц., ст. 371; итал., ст. 220; швейц. 275).

Въ первый проектъ Обще-германскаго уложенія была внесена статья 1498, тождественная со ст. 1805 Саксонскаго улож., гласившая: «законное дитя обязано повиноваться своимъ родителямъ, пока состоитъ въ воспитательной власти или содержится ими въ семьѣ». Но во второй проектъ и въ уложеніе она не вошла, хотя составители уложенія находили, что не одна принадлежность къ семьѣ въ данномъ случаѣ имѣетъ значеніе, а именно «содержаніе въ семьѣ». Тогда



естественно, что глава семьи можетъ потребовать послушанія отъ имущественно зависимаго дитяти. Проектъ (а за нимъ уложеніе) умалчиваетъ объ обязанности почитанія родителей дѣтьми потому, что она, послѣ упоминанія объ основанныхъ на ней обязанностяхъ дѣтей—испрошенія согласія у родителей на бракъ и на усыновленіе, самостоятельнаго юридическаго значенія не имѣетъ (Мотивы, т. IV, стр. 713—715). Однако-же грубо непочтительное отношеніе къ родителямъ даетъ имъ право лишить дѣтей наслѣдства. (См. мою монографію—О законной наслѣдственной долѣ. Журн. Мин. Юстиціи. 1896 г. № 5, стр. 144 и слѣд.).

Наше право болѣе другихъ даетъ предписаній по разсматриваемому вопросу. «Дѣти»—говорятъ наши гражданскіе законы—«должны оказывать родителямъ чистосердечное почтеніе, послушаніе, покорность и любовь... отзываться о нихъ съ почтеніемъ. Почтеніе дѣтей къ памяти родителей должно продолжаться и по кончинѣ родителей» (ст. 177). Почти буквально то-же повторяется и въ Остзейскомъ Сводѣ (ст. 209).

Сила этого закона, который представляется, повидимому, только «моральной сентенціей», обнаруживается не только тогда, когда приходится обсуждать наличность и силу обиды, нанесенной дѣтьми родителямъ, или тяжесть преступленія первыхъ по отношенію къ послѣднимъ, но и тогда, когда даръ будетъ потребованъ родителями отъ дѣтей вслѣдствіе явнаго непочтенія дѣтей (ст. 974). Тогда, при опредѣленіи наличности непочтенія, должна быть принята во вниманіе ст. 177, высоко ставящая родительскій авторитетъ. Наше древнее право разрѣшало родителямъ лишать дурныхъ дѣтей (сыновей) наслѣдства. (Русск. Правда Карамз. спис. ст. 116). Въ Уст. о пред. и прес. прест. читаемъ: «полиція имѣетъ попеченіе, чтобы молодые и младшіе почитали старшихъ и старыхъ, чтобы дѣти повиновались родителямъ» (ст. 122).

5. Изъ обязанности почтенія и послушанія дѣтей по отношенію къ родителямъ вытекаетъ обязанность испрошенія дѣтьми согласія у родителей на вступленіе въ бракъ (обще-герм. улож. § 1305, пр. II, 1 § 1009, II, § 250, австр. § 49, сакс. § 1600, франц., ст. 148 и сл., итал. ст. 63 и сл., швейц. ст. 98, зак. гражд., ст. 6, Сводъ зак. остз., ст. 205).



6. Право и обязанность родителей воспитывать своих дѣтей даетъ имъ право примѣнять извѣстныя дисциплинарныя мѣры по отношенію къ послѣднимъ, или, какъ говорятъ, родители имѣютъ право наказанія дѣтей. Въ старину это право простиралось очень далеко—до права на жизнь дѣтей. Такое право существовало не только у древнихъ римлянъ, но и у германцевъ (Zöpfl, Rechtsgeschichte § 85, Salvioi, Manuale di storia del diritto italiano, 3 ed., p. 3, § 2). У насъ, какъ мы указывали уже, это право тоже не отличалось мягкостью. Современные законодательства допускаютъ его—одни въ большихъ; другія—въ меньшихъ предѣлахъ.

Суровѣе другихъ изъ западно-европейскихъ законодательствъ французское. Еще въ XVII стол. тюрьмы Парижа заключали въ себѣ 30-лѣтнихъ сыновей и даже священниковъ, арестованныхъ по распоряженію родителей. Не избѣжалъ тюрьмы по волѣ своего отца даже знаменитый Мирабо (Viollet, Précis de l'histoire du droit français, p. 425, 426).

По дѣйствующему французскому закону родители имѣютъ право подвергнуть заключенію своихъ дѣтей или въ силу одного ихъ требованія, безъ разсмотрѣнія мотивовъ, или по постановленію судебной власти. Первый способъ исправленія силою родительской власти (voie d'autorité) предоставляется только отцу, имѣющему весьма важныя причины недовольства дитятей, и только по отношенію къ дитяти, которому не исполнилось еще 15 лѣтъ (ст. 375, 376); однако же и при этомъ условіи отецъ не можетъ требовать примѣненія этой мѣры, если онъ вступить во второй бракъ (ст. 380): законъ опасается, что вліяніе мачихи на отца можетъ отразиться на его отношеніяхъ къ дѣтямъ; если сынъ или дочь несутъ служебныя обязанности (ст. 382): тогда задержаніе, если-бы оно оказалось несправедливымъ, могло-бы очень повредить задержанному безъ вины его, — явившись основаніемъ для лишенія должности; когда дитя имѣетъ свое личное имущество (ст. 382): въ такомъ случаѣ законодателью казалось, что оно пользуется большей независимостью по отношенію къ своему отцу. Такое объясненіе даетъ проф. Кольме-де-Сантеръ—Manuel élémentaire de droit civil, t. 1, p. 149. Лоранъ находитъ это исключеніе страннымъ: оно было предложено Камбасересомъ, полагавшимъ, что, при безапелля-



ціонномъ правѣ отца подвергать заключенію своихъ дѣтей первый могъ-бы принудить богатаго сына покупать себѣ свободу. Но дѣло въ томъ, что малолѣтній не можетъ самостоятельно распоряжаться своимъ имуществомъ (*Cours élémentaire*, t. 1, p. 350).

Второй путь исправленія дѣтей—посредствомъ обращенія къ судебной власти (*voie de réquisition*), именно къ предсѣдателю окружнаго суда. Предсѣдатель дѣйствуетъ въ данномъ случаѣ въ качествѣ судьи и, слѣдовательно, можетъ и отказать въ просьбѣ. На постановленіе предсѣдателя суда дитяти не предоставляется права апелляціи; только въ исключительныхъ случаяхъ—когда оно состоитъ на службѣ или располагаетъ собственностью — оно можетъ представить предсѣдателю апелляціоннаго суда записку о пересмотрѣ опредѣленія судьи (ст. 382). Этотъ путь обязателенъ относительно дѣтей, достигшихъ 15-ти лѣтняго возраста и при вышеуказанныхъ исключеніяхъ (когда у дитяти есть собственное имущество и пр.—ст. 377, 380, 382).

Французскіе ученые слѣдующимъ образомъ объясняютъ это различіе въ способахъ примѣненія исправительныхъ мѣръ, относительно дѣтей, достигшихъ 15-лѣтняго возраста и не достигшихъ: вина дитяти, не достигшаго еще 15 лѣтъ, естественно менѣе тяжела, нежели вина сына, ставшаго уже юношей и вошедшаго въ возрастъ страстей. Съ другой стороны, дитя, не достигшее 15 лѣтъ, еще слишкомъ юно, чтобы бравировать родительскимъ авторитетомъ. Поэтому нѣтъ основанія опасаться, что у отца явилось-бы желаніе мстить за пренебреженіе къ его власти, тогда какъ между молодымъ человѣкомъ и отцомъ могутъ быть столкновенія, и возможно опасеніе, чтобы отецъ не поддался чувству мести. Поэтому въ первомъ случаѣ отецъ можетъ самостоятельно прилагать исправительныя мѣры, а во второмъ судъ разберетъ столкновеніе между отцомъ и сыномъ (*Laurent*, I, 349, 350).

Что касается матери, то она вообще не можетъ подвергнуть свое дитя заключенію иначе, какъ по разсмотрѣніи ея жалобы судомъ, и при поддержкѣ этой жалобы двумя родственниками съ отцовской стороны (ст. 381).

Законъ, какъ объясняютъ французскіе юристы, не полагается на женскій характеръ, склонный къ преувеличеніямъ



и способный приписать большое значение легким провинностям дитяти (Colmet-de-Santerre, I, p. 149, Laurent, I, 350).

Но если мать вторично выйдетъ замужъ, то она вообще лишается права подвергать заключенію своихъ дѣтей отъ перваго брака (ст. 381). Законъ опасается, что мать въ этомъ случаѣ будетъ дѣйствовать подъ неблагопріятнымъ для дѣтей вліяніемъ вѣтчимъ.

Срокъ заключенія дитяти, не достигшаго 15 лѣтъ, не долженъ превышать одного мѣсяца, а достигшаго 15 лѣтъ — не болѣе 6 мѣсяцевъ (ст. 376, 377), причемъ отцу предоставляется во всякое время сократить эти сроки (ст. 379).

Все производство по этимъ ходатайствамъ должно быть словеснымъ, безъ всякой письменности и судебного формализма, кромѣ поставленія объ арестѣ. Даже въ этомъ постановленіи не требуется указанія на мотивы (ст. 378). Отъ отца требуется только подписка, въ которой онъ долженъ дать обязательство возмѣстить издержки и внести приличные алименты для арестуемаго дитяти (ст. 378). Сообщать публичность дисциплинарной мѣрѣ — значило-бы увѣковѣчить память о наказаніи, которое должно исправить дитя, а не заклеить его на всю жизнь (Laurent, 351).

Италіанскій кодексъ, позаимствовавшій постановленія Французскаго кодекса, внесъ въ нихъ нѣкоторыя поправки. Отецъ — говоритъ италіанскій законъ — который не въ состояніи самъ обуздать своего распутнаго сына, можетъ удалить его изъ своей семьи, назначивши ему сообразно съ своимъ состояніемъ, самыя необходимыя средства на содержаніе; въ случаѣ необходимости онъ можетъ обратиться къ предсѣдателю суда съ просьбой помѣстить сына въ воспитательное или исправительное заведеніе, какое будетъ признано болѣе пригоднымъ для исправленія или улучшенія исправляемаго. Производство, какъ и по Французскому кодексу, простое, словесное, не формальное; опредѣленіе судьи — безъ указанія мотивовъ (ст. 222). Но на это опредѣленіе предсѣдателя окружнаго суда можетъ быть принесена жалоба предсѣдателю апелляціоннаго суда, и во всякомъ случаѣ должно быть выслушано заключеніе прокурорской власти (ст. 223).



Такимъ образомъ Италіанское уложеніе не знаетъ дѣленія исправительныхъ мѣръ, смотря по возрасту исправляемаго, а знаетъ дѣленіе ихъ по роду: въ силу своей власти отецъ можетъ только удалить сына изъ дома; путемъ обращенія къ судебной власти — помѣститъ въ исправительное заведеніе, но не въ тюрьму, какъ во Франціи, при чемъ эта власть постановляетъ свое опредѣленіе (подлежащее обжалованію), а не исполняетъ требованіе родителя.

Указанныя постановленія закона и французскаго, и италіанскаго не остаются мертвой буквой, а примѣняются на дѣлѣ.

По строгости мѣръ изъ германскихъ законодательствъ ближе всего подходитъ къ французскому Прусское Земское Уложеніе. Согласно этому уложенію, родители имѣютъ право для воспитанія своихъ дѣтей примѣнять всѣ не вредныя для здоровья послѣднихъ принудительныя мѣры. Но если такія окажутся недостаточными, опекунскій судъ обязанъ, по требованію родителей, подать имъ руку помощи. Это требованіе разсматриваетъ судъ суммарно (сокращенно), не прибѣгая къ формальному процессу, и, сообразно съ обстоятельствами, опредѣляетъ родъ и продолжительность назначенныхъ имъ исправительныхъ мѣръ (II, 2, §§ 86—89).

Въ силу этихъ постановленій родители, по мнѣнію прусскихъ ученыхъ, имѣютъ право дѣтей своихъ, на основаніи заключенія опекунскаго суда, помѣщать въ публичныя исправительныя или воспитательныя заведенія, если администрація послѣднихъ откроетъ ихъ для этой цѣли. Но на вопросъ, имѣютъ-ли родители подвергать своихъ дѣтей тюремному заключенію, дается одними безусловно отрицательный отвѣтъ, а другими—условно отрицательный: имѣютъ, но право это не легко осуществляется (Dernburg, III, стр. 152 и прим. 23).

Австрійское уложеніе въ этомъ случаѣ гораздо мягче—оно допускаетъ только домашнія исправительныя мѣры: родители имѣютъ право укрощать своихъ безнравственныхъ, непослушныхъ и нарушающихъ домашній порядокъ и покой дѣтей не чрезмѣрными и не вредящими ихъ здоровью средствами (§ 145).



Саксонское уложеніе даетъ право родителямъ обращаться къ содѣйствию власти, если они домашними мѣрами не въ состояніи обуздать непослушныхъ дѣтей, не только нуждающихся въ воспитаніи, но и совершеннолѣтнихъ, если они содержатся родителями (§ 1085).

Составители Обще-германскаго уложенія, слѣдовавшіе во многихъ другихъ случаяхъ примѣру Саксонскаго кодекса, не усвоили себѣ этого постановленія, во 1-хъ, потому, что съ наступленіемъ совершеннолѣтія родительская власть по Обще-германскому уложенію прекращается, а во-2-хъ,—потому, что это указывало-бы на недостаточность обычныхъ процессуальныхъ средствъ въ подобныхъ случаяхъ (Мотивы, стр. 714).

Въ новомъ уложеніи постановлено: «въ силу своего права на воспитаніе дѣтей, отецъ можетъ прибѣгнуть къ соотвѣствующимъ исправительнымъ мѣрамъ. По его просьбѣ опекунскій судъ обязанъ оказывать ему содѣйствіе, налагая съ своей стороны надлежащія кары» (§ 1631).

Но опекунскій судъ не обязанъ оказывать такое содѣйствіе, если не признаетъ его нужнымъ. Въ этомъ случаѣ составители уложенія отнеслись несочувственно къ постановленіямъ Французскаго кодекса, предоставляющаго, какъ мы видѣли, отцу весьма широкія полномочія.

Такимъ образомъ тенденція германскихъ законодательствъ—не надѣлять родителей публичными карательными мѣрами, а довольствоваться мѣрами домашними. Этотъ способъ рѣшенія вопроса о поддержаніи родительскаго авторитета предпочтительнѣе способа, избраннаго французскимъ законодательствомъ, по слѣдующимъ соображеніямъ. Во-первыхъ, не согласно съ порядкомъ государственнымъ надѣлять судебными функціями частное лицо; судебныя карательныя мѣры должны быть дѣломъ суда, а не усмотрѣнія частнаго лица, хотя-бы и имѣющаго большой фамилійный авторитетъ. Во-вторыхъ, эта мѣра не всегда вѣрно ведетъ къ цѣли исправленія: не надлежаще устроенное исправительное заведеніе—не говоримъ уже о заурядной тюрьмѣ—не исправитъ, а развратитъ непослушнаго сына. Въ-третьихъ, такая мѣра едва-ли вызоветъ, по отбытіи наказанія, искреннія сыновнія чувства у понесшаго наказаніе сына. Авторитетъ родительскій,



быть можетъ, и поднимется объективно отъ этой мѣры, но субъективно скорѣе страдаетъ. Въ силу этого можно скорѣе согласиться съ тѣми законодательствами, которыя довольствуются мѣрами домашними для улаженія ненормальностей домашняго очага. Такъ и новый Швейцарскій кодексъ удовлетворяется домашними исправительными мѣрами (ст. 278), но когда дитя изъ упрямства или жестокосердія проявляетъ упорное сопротивленіе распоряженіямъ родителей, то по просьбѣ ихъ опекунское учрежденіе обязано помѣстить такое дитя въ семьѣ или какомъ либо учрежденіи (ст. 284).

Наше право, какъ мы указывали уже, давало родителямъ въ древнее время широкія полномочія въ дѣлѣ примѣненія по отношенію къ дѣтямъ домашнихъ исправительныхъ мѣръ. Издавна также родителямъ предоставлено было обращаться къ содѣйствію власти для обузданія непослушныхъ дѣтей, которая предписывала (по Уложенію) «бить такихъ дѣтей кнутомъ нещадно». И въ послѣдствіи (со времени Петра Великаго) за родителями сохранилось право примѣнять оба вида исправительныхъ мѣръ: домашнихъ и при участіи публичныхъ властей—посредствомъ отдачи въ смиренныя дома и посредствомъ принесенія на дѣтей жалобы судебной власти—совѣстнымъ, а потомъ и общимъ судамъ (Неволинъ, III, 316, 317, 323 и сл.).

Въ соотвѣтствіи съ историческимъ прошлымъ, и дѣйствующій законъ позволяетъ родителямъ для исправленія дѣтей строптивыхъ и не повинующихся имъ, во-превыхъ, употреблять домашнія исправительныя мѣры (ст. 165). Каковы могутъ быть эти мѣры—законъ не указываетъ; выборъ ихъ зависитъ отъ усмотрѣнія родителей, и въ это дѣло законъ не вмѣшивается, между прочимъ, постановляя, что въ личныхъ обидахъ и оскорбленіяхъ отъ дѣтей на родителей не пріемлется никакого иска (Зак. гражд., ст. 168).

Само собою разумѣется, что эта домашняя юстиція не должна заходить въ область преступленія (ст. 168). А если бы возникла на судѣ рѣчь о преступности примѣненныхъ родителями мѣръ, то во всякомъ случаѣ пришлось-бы принять во вниманіе, какъ общественное положеніе родителей и ихъ умственное и нравственное развитіе, такъ и степень порочности



дѣтей: однѣ мѣры возможны и умѣстны въ простой средѣ, другія—среди классовъ культурныхъ.

Во-вторыхъ, родители имѣютъ право примѣнять публичныя исправительныя мѣры или а) по собственному требованію, или б) по постановленію судебной власти.

Въ первомъ отношеніи—за упорное неповиновеніе родительской власти, развратную жизнь и другіе явные пороки дѣти, по требованію родителей, безъ особаго судебного разсмотрѣнія, подвергаются заключенію въ тюрьмѣ на время отъ двухъ до четырехъ мѣсяцевъ. Впрочемъ, родителямъ предоставляется право уменьшить, по своему усмотрѣнію, время заключенія или и совершенно простить виновныхъ (Зак. гражд., ст. 165, улож. о наказ., ст. 1592). Кромѣ того родители могутъ приносить на дѣтей жалобы въ судебныя установленія (ст. 165).

Право родителей подвергать дѣтей своихъ заключенію напоминаетъ право, предоставленное родителямъ Французскимъ кодексомъ, но оно ограничено у французовъ 15-лѣтнимъ возрастомъ дѣтей, а у насъ не имѣетъ такого ограниченія; но, какъ и во Франціи, не распространяется на дѣтей, состоящихъ на государственной службѣ—по понятной причинѣ: родительская власть ограничивается поступленіемъ дѣтей на государственную службу (Зак. гражд., ст. 179, п. 2), да и интересы государственной службы страдали-бы, если-бы родители пользовались этимъ правомъ.

Постановленіе закона, надѣляющаго родителей правомъ требовать заключенія своихъ непослушныхъ дѣтей, «безъ особаго судебного разсмотрѣнія», противорѣчитъ постановленію другого закона, по которому требованіе о взятіи когolibо подъ стражу подлежитъ исполненію лишь въ томъ случаѣ, когда оно послѣдовало въ порядкѣ, опредѣленномъ правилами Устава Уголовнаго Судопроизводства (Уст. угол. суд., ст. 9), а по правиламъ этого устава властью, имѣющею право отдавать подъ стражу обвиняемаго съ цѣлью пресѣченія ему способовъ уклоняться отъ слѣдствія, является или судъ, или судебный слѣдователь, состоящій подъ контролемъ суда и прокуратуры (ст. 416 и сл. 491 и сл.), а властью, подвергающею заключенію обвиненнаго,—судъ, постановившій приговоръ, вошедшій въ законную силу (ст. 14).



Судебная практика, въ лицѣ Правительствующаго Сената, устраняетъ это противорѣчіе одного закона другому тѣмъ, что оставляетъ безъ вниманія (игнорируетъ) постановленіе одного изъ нихъ, а именно того, который говоритъ, что «дѣти подвергаются заключенію безъ особаго судебного разсмотрѣнія» (улож. о наказ., ст. 1592), выставляя положеніе, что родители могутъ осуществлять свое право, означенное въ 1 п., ст. 165, зак. гражд., только путемъ обращенія къ судебной власти (рѣш. Общ. Собр. 1888 г. № 4). Такимъ образомъ, благодаря такому толкованію, для родителей закрытъ путь осуществить свою власть при посредствѣ суда. Сколько извѣстно, и администрація не рѣшается примѣнять указанную статью; по крайней мѣрѣ были случаи, что губернаторы, когда къ нимъ обращались родители съ просьбой подвергнуть заключенію непокорныхъ дѣтей, затруднялись исполнить такую просьбу.

Такимъ образомъ, въ конечномъ результатѣ, право наказанія, предоставленное родителямъ, не встрѣчаетъ поддержки у властей и оказывается не осуществимымъ.

Весьма вѣроятно, что это несочувствіе властей разсматриваемому праву родителей объясняется тѣмъ, что право это, благодаря обстоятельству, которое не было въ виду законодателя, при надѣленіи имъ родителей, стало строже, чѣмъ было прежде. Дѣло въ томъ, что, съ упраздненіемъ смиритель-домовъ (или вѣрнѣе, съ исключеніемъ ихъ изъ лѣстницы наказаній), закономъ 29 іюня 1884 г. вмѣсто заключенія непослушныхъ дѣтей въ смирительный домъ постановлено было заключать ихъ въ тюрьму. Конечно, это соображеніе не должно имѣть вліянія на примѣненіе закона. *Dura lex, sed lex est.*

Что законодатель нашъ рѣшительно желалъ сохранить за родителями право заключать своихъ дѣтей подъ стражу, видно изъ слѣдующей исторической справки. Въ уставѣ о содержащихся подъ стражею было постановлено: 1. Въ смирительныхъ домахъ содержатся: 1) осужденные на временное въ сихъ домахъ заключеніе за преступленія и проступки на основаніи постановленій уложенія о наказаніяхъ; 2) дѣти, поступающія въ оныя по требованію родителей за упорное неповиновеніе родительской власти, за развратную жизнь и



другіе явные пороки и 3) помѣщичьи крестьяне и дворовые люди, отдаваемые помѣщиками по предоставленной симъ послѣднимъ власти (ст. 265). II. Люди, отдаваемые въ смиренительные и рабочіе дома для исправленія помѣщиками, обществами и родителями, не смѣшиваются съ тѣми, кои приговорены къ сему заключенію по суду... Посылаемые въ смиренительные дома по прошеніямъ помѣщиковъ или родителей снабжаются содержаніемъ отъ нихъ-же. Безъ сего смиренительный домъ ихъ не принимаетъ или и принятыхъ освобождаетъ (прим. къ ст. 267).

Достойно вниманія, что здѣсь полновластіе родительское ставится въ параллель съ помѣщичьимъ. Самое заключеніе въ смиренительный домъ производилось по простому требованію родителей, изложенному на имя конторы заведенія съ обозначеніемъ, на сколько времени отдается непокорный сынъ или дочь и кому онъ или она должны быть сданы. Словомъ, это простая препроводительная бумага.

Такимъ образомъ исторія закона не оставляетъ никакого сомнѣнія въ томъ, что родители имѣютъ право безъ судебного приговора подвергать своихъ дѣтей заключенію. Конечно, сказанное выше объ устарѣлости подобныхъ мѣръ вполне сюда приложимо.

По нашимъ мѣстнымъ законамъ, дѣйствующимъ въ Царствѣ Польскомъ, родители, имѣющіе поводы быть недовольными поступками своихъ дѣтей, могутъ наказывать ихъ безъ вреда ихъ здоровью и успѣхамъ въ наукахъ (гражд. улож., ст. 339); а по законамъ остзейскимъ — по жалобамъ родителей на явное нарушеніе дѣтьми ихъ долга, судъ принимаетъ нужныя мѣры, не обращая дѣла къ формальному производству (ст. 212).

Сюда-же должны быть отнесены и слѣдующія постановленія нашего Свода Законовъ. Неотдѣленныхъ дѣтей (бывшихъ государственныхъ крестьянъ), непослушныхъ родителямъ, а тѣмъ болѣе оскорбившихъ ихъ словами, наказывать по волѣ родителей соразмѣрно сдѣланному оскорбленію (т. XII, Сводъ уст. о благоустр. въ казенн. селен. ст. 489). Отдѣленные дѣти, оскорбившія родителей словами, наказываются, по просьбѣ сихъ послѣднихъ, строгимъ за-



ключеніемъ подѣ стражу или розгами, по мѣрѣ вины (ст. 490). Статья эта, что касается розогъ, конечно, потеряла силу. (См. ст. 1 (прим.) этого Свода).

*а) Мѣры противъ злоупотребленія родительской властью.*

Изложенное показываетъ, что право во всѣ времена и у всѣхъ народовъ создаетъ мѣры для поддержанія родительскаго авторитета. Но наблюденіе надъ явленіями общественной жизни свидѣтельствуетъ, что этихъ заботъ права мало: недостаточно только охранять родительскій авторитетъ, недостаточно также постановить, что родители вмѣстѣ съ правами несутъ и обязанности. Опытъ жизни показываетъ, что на ряду съ родителями, проникнутыми самыми нѣжными чувствами къ своимъ дѣтямъ, жертвующими для нихъ своими силами, здоровьемъ, болѣющими вмѣстѣ съ ними ихъ недугами физическими и моральными, есть не мало и такихъ отцовъ и матерей, которые лишены всякихъ добрыхъ родительскихъ чувствъ, которые не только не заботятся о пропитаніи и воспитаніи своихъ дѣтей, но, напротивъ, развращаютъ ихъ, эксплуатируютъ ихъ трудъ и имущество въ свою пользу и, въ концѣ-концовъ, готовятъ изъ нихъ не полезныхъ гражданъ, а людей развращенныхъ, морально испорченныхъ, наполняющихъ собою арестные дома, тюрьмы и остающихся на всю жизнь тяжелымъ бременемъ для государства. Такъ, между прочимъ, на международныхъ тюремныхъ конгрессахъ неоднократно было обращено вниманіе на возрастающую преступность среди молодежи и на весьма раннее проявленіе склонности къ преступленіямъ у дѣтей, которыя, рождаясь въ семьяхъ, испытывающихъ нужду и состоящихъ на низкомъ уровнѣ моральномъ, сами постепенно привыкаютъ къ нищенству, бродяжничеству и т. п.; причемъ очень часто преступность дѣтей является или плодомъ систематическаго развращенія ихъ родителями, или-же результатомъ преступнаго злоупотребленія принадлежащей имъ властью.

Уже право древнихъ народовъ, расширявшее родительское полномочіе до крайнихъ предѣловъ, ставило ему нѣкоторыя ограниченія. Такъ, у евреевъ родители не имѣли



права на жизнь дѣтей: если у кого-либо былъ сынъ непокорный или буйный или мотъ и пьяница, то родители приводили его къ старѣйшинамъ, къ городскимъ воротамъ, гдѣ творился судъ, и здѣсь жители города побивали его камнями (Второз. XXI, 18—21). Въ Аѳинахъ Солонъ отмѣнилъ право родителей на жизнь дѣтей. Отецъ имѣлъ право только прогнать непокорнаго сына.

У римлянъ весьма рѣзко очерченная отцовская власть обнаруживала постепенно наклонность все къ большому и большому ослабленію и ограниченію. Это замѣтно было подъ конецъ республиканскаго періода, но въ особенности смягчили отцовскую власть императоры. Адріанъ установилъ наказаніе ссылкой за убійство сына, хотя-бы и преступнаго. Право жизни и смерти надъ дѣтьми было совершенно отнято у отца конституціей Императора Константина и ко времени Юстиніана за отцомъ осталось только право подвергать дѣтей сравнительно легкимъ дисциплинарнымъ взысканіямъ. Право продажи дѣтей было воспрещено Императоромъ Діоклетіаномъ (Mayer, Rechte der Israeliten, Athener und Römer, II, стр. 410 и 461; Боголѣповъ, Учебникъ исторіи римскаго права, стр. 508, 568, 616). Постепенно выработался принципъ: *patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere*.

На этомъ принципѣ, въ существѣ дѣла, построены постановленія дѣйствующихъ законодательствъ по разсчитываемому вопросу. Такъ, древнѣйшій изъ современныхъ европейскихъ кодексовъ — Прусское Земское Уложеніе — постановляетъ: родительская власть въ дѣлѣ воспитанія дѣтей ограничивается, если они нерадиво относятся къ выполненію этой обязанности, жестоко обращаются съ дѣтьми или учатъ ихъ дурному, или отказываютъ имъ въ необходимомъ содержаніи. Въ этомъ случаѣ дѣти могутъ быть отняты у родителей, и воспитаніе ихъ ввѣрено постороннему лицу за счетъ родителей (II, 2, §§ 90, 91, 266).

По Австрійскому гражданскому уложенію, отцы, пренебрегающіе обязанностью содержанія и воспитанія своихъ дѣтей, лишаются родительской власти навсегда, причемъ возбудить ходатайство по этому поводу предъ кѣмъ слѣдуетъ предоставляется не только родственникамъ дѣтей, но и всякому знающему объ этомъ (§§ 177, 178). По одному изъ



позднѣйшихъ нѣмецкихъ кодексовъ — Саксонскому уложенію — если родители въ значительной степени пренебрегаютъ воспитаніемъ дитяти и подвергаютъ опасности его тѣлесное или духовное благо, то опекунскій судъ имѣетъ право принять соотвѣтственныя мѣры и учредить опеку надъ малолѣтнимъ (§ 1803).

По Обще-германскому уложенію, отецъ лишается родительской власти, если онъ приговоренъ къ заключенію въ исправительномъ домѣ (Zuchthaus) или въ тюрьмѣ на срокъ не менѣе 6 мѣсяцевъ за преступленіе или умышленно совершенный проступокъ, по отношенію къ своему дитяти (§ 1680). Опекунскій судъ обязанъ принимать необходимыя для предотвращенія опасности мѣры, когда духовное или тѣлесное благосостояніе дитяти страдаетъ вслѣдствіе того, что отецъ злоупотребляетъ правомъ попеченія о личности дитяти, не заботится о немъ или оказывается виновнымъ въ безчестномъ и безнравственномъ поведеніи. Въ особенности опекунскій судъ можетъ постановить, чтобы дитя было помѣщено для воспитанія въ подходящую семью или въ воспитательное или исправительное заведеніе. Если-же отецъ нарушаетъ права дитяти на полученіе отъ перваго содержанія и если на будущее время возникаютъ значительныя опасенія относительно доставленія содержанія, то онъ можетъ быть лишенъ права на управленіе и пользованіе дѣтскимъ имуществомъ (§ 1666).

По Италіанскому уложенію, если родитель злоупотребляетъ своею властью, нарушая свои обязанности, или пренебрегая ими, или дурно распоряжаясь дѣтскимъ имуществомъ, то судъ, по требованію кого-либо изъ ближайшихъ родственниковъ или прокурорскаго надзора, можетъ назначить опекуна къ лицу и имуществу малолѣтняго или принять въ интересахъ его другія мѣры (ст. 233).

Но самый важный въ этомъ отношеніи законъ изданъ во Франціи 14 іюля 1889 г. Онъ называется закономъ о покровительствѣ дѣтямъ, морально заброшеннымъ, и трактуетъ о лишеніи родительской власти. Французскій законодатель въ этомъ отношеніи различаетъ два рода случаевъ: совершеніе родителями такихъ преступныхъ дѣйствій, которыя касаются личности дитяти и моральнаго его положенія и совершеніе такихъ дѣйствій, которыя, не касаясь прямо личности



дитяти, внушаютъ опасеніе дурнаго вліянія ихъ на дѣтей. Въ первыхъ случаяхъ лишеніе родительской власти обязательно; во вторыхъ—вопросъ этотъ рѣшаетъ судъ.

Лишеніе родительской власти обязательно: 1) въ случаѣ признанія судомъ родителей виновными въ томъ, что они склоняли своихъ дѣтей или дѣтей, ввѣренныхъ ихъ попеченію, къ веденію распутной жизни, благопріятствовали ей или облегчали ее (за что полагается тюремное заключеніе отъ 2 до 5 лѣтъ); 2) въ случаѣ осужденія родителя, какъ виновника или соучастника въ преступленіи, совершенномъ по отношенію къ своему дитяти; 3) въ случаѣ двукратнаго осужденія, какъ виновника или соучастника въ проступкѣ по отношенію къ своему дитяти; 4) въ случаѣ двукратнаго осужденія за возбужденіе къ распутству малолѣтнихъ.

Въ слѣдующихъ случаяхъ лишеніе родительской власти можетъ быть постановлено судомъ: 1) при осужденіи родителей къ каторжнымъ работамъ навсегда или на-время, или къ заключенію, какъ виновниковъ или соучастниковъ въ совершеніи опредѣленныхъ, перечисленныхъ въ законѣ, преступленій; 2) при двукратномъ осужденіи родителей за оставленіе или похищеніе дѣтей, или за бродяжничество; 3) при осужденіи родителей за публичное пьянство или за нарушеніе закона, воспрещающаго употребленіе дѣтей для опасныхъ представленій или для нищенства; 4) при осужденіи родителей въ первый разъ за возбужденіе малолѣтнихъ къ распутству; 5) при помѣщеніи дитяти въ исправительное заведеніе, послѣ того какъ оно было взято оттуда родителями и подпало опять ихъ дурному вліянію; 6) при наличности фактовъ, хотя-бы и не констатированныхъ судомъ, но угрожающихъ здоровью, безопасности или нравственности дѣтей, вслѣдствіе постоянного пьянства родителей, завѣдомо неприличнаго поведенія или дурнаго обращенія.

Въ силу вышеуказанныхъ причинъ родители лишаются власти во всемъ ея объемѣ и во всѣхъ ея проявленіяхъ: права надзора, воспитанія, исправленія, права давать согласіе на бракъ и права пользоваться дѣтскимъ имуществомъ. Но родители, однако-же, не освобождаются отъ алиментарной обязанности по отношенію къ своимъ дѣтямъ, а дѣти—



отъ обязанности почтительно относиться къ своимъ родителямъ.

Англійскій законъ 17 августа 1894 г. идетъ еще дальше въ заботѣ о малолѣтнихъ. Онъ устанавливаетъ отвѣтственность для всякаго (не только для родителя), кто, имѣя попеченіе, присмотръ или уходъ за малолѣтнимъ моложе 16 лѣтъ, будетъ самъ умышленно чинить ему насиліе, дурно или нерадиво обращаться съ нимъ, а также будетъ позволять малолѣтнему просить милостыню или-же находиться въ помѣщеніяхъ, гдѣ производится торговля крѣпкими напитками, а равно въ циркѣ или иномъ увеселительномъ заведеніи съ цѣлью пѣть, играть, участвовать въ представленіи за плату. Законъ этотъ предоставляетъ суду право постановить опредѣленіе объ изъятіи малолѣтняго изъ попеченія лица, осужденнаго за жестокое обращеніе, съ правомъ отдачи на попеченіе родственнику или постороннему лицу, или въ профессиональную школу до достиженія 16-лѣтняго возраста. Въ Швейцарскомъ Уложеніи по этому предмету даны такія постановленія: опекунское учрежденіе обязано принять необходимыя мѣры для защиты дѣтей, если родители не исполняютъ своихъ обязанностей (ст. 283). Если дитя подвергается длящейся опасности, грозящей его физическому или умственному развитію, или если оно оставлено безъ попеченія, то опекунское учрежденіе обязано взять его у родителей и помѣстить въ семьѣ или какомъ-либо учрежденіи (ст. 284).

Наше законодательство въ этомъ вопросѣ отстало отъ потребности времени. Оно пока не пошло дальше охраненія родительскаго авторитета, оставляя безъ вниманія злоупотребленіе этимъ авторитетомъ. Въ этомъ отношеніи (какъ и во многихъ другихъ) наши мѣстные законы ближе къ западно-европейскому праву, нежели I ч., X т. Такъ, по Гражданскому уложенію Царства Польскаго родители, имѣющіе поводъ быть недовольными поступками своихъ дѣтей, могутъ наказывать ихъ безъ вреда ихъ здоровью и успѣхамъ въ наукахъ. Тѣмъ не менѣе родителямъ, превышающимъ свою власть употребленіемъ мѣръ, вредныхъ здоровью ихъ дѣтей, должно быть сдѣлано гражданскимъ судомъ первой степени, при закрытыхъ дверяхъ, внушеніе и дано на-



ставленіе о болѣе кроткомъ обращеніи. За повтореніе сего проступка или даже, смотря по усиливающимъ вину обстоятельствамъ и грозящей опасности, за совершеніе онаго въ первый разъ, родители могутъ быть лишены судебнымъ рѣшеніемъ родительской власти, а опека надъ дитятею или дѣтьми ввѣряется кому-либо другому на счетъ виновнаго отца или матери (ст. 339).

По законамъ остзейскимъ, родители въ видѣ наказанія лишаются своей власти: а) за подкинутіе и оставленіе своихъ дѣтей; б) за сводничество дочери и в) за кровосмѣшеніе, при вступленіи отца или матери во второй бракъ (ст. 227). Если родители какъ-нибудь иначе будутъ употреблять во зло родительскую власть, особливо-же дурно обращаться со своими дѣтьми, то, какъ сіи послѣдніе сами, такъ и ближайшіе родственники ихъ, или даже и посторонніе лица, по дошедшему о томъ до нихъ свѣдѣнію, могутъ обращаться къ защитѣ суда, который въ правѣ, смотря по обстоятельствамъ, опредѣлить прекращеніе дѣйствія родительской власти (ст. 228).

Общее наше законодательство не даетъ подобныхъ мѣръ охраны на случай злоупотребленія родителями своею властью. Самые безнравственные родители, поведеніе которыхъ самымъ развращающимъ образомъ дѣйствуетъ на дѣтей, страдающихъ морально и физически, сохраняютъ всю полноту своей власти, какъ и родители безукоризненной нравственности и вполне чадолюбивые.

Нельзя однако-же сказать, чтобы законодательство наше оставляло безъ вниманія злоупотребленіе родителями своею властью и преступленія послѣднихъ по отношенію къ дѣтямъ. Напротивъ, уголовный законъ преслѣдуетъ такіе преступленія и даже усиливаетъ за нихъ наказанія. Такъ, мы находимъ въ немъ слѣдующія постановленія. Родители, вовлекшіе умышленно несовершеннолѣтнихъ дѣтей своихъ въ какое-либо преступленіе, чрезъ употребленіе во зло своей власти или посредствомъ преступныхъ внушеній, хотя-бы они сами въ томъ преступленіи непосредственнаго участія не принимали, подвергаются за это высшей мѣрѣ наказаній, за тѣ преступленія въ законѣ опредѣленныхъ (улож. о наказ., ст. 1587). За причиненіе дѣтямъ родителями увѣчья и повреж-



денія въ здоровьѣ или умственныхъ способностяхъ, наказанія, положенныя за эти преступленія, возвышаются на двѣ степени (ст. 1492). Родители, которые чрезъ явное, соединенное съ жестокостью, злоупотребленіе властью, побудятъ дитя свое къ самоубійству, подвергаются заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года и четырехъ мѣсяцевъ, съ лишеніемъ нѣкоторыхъ особенныхъ правъ и преимуществъ (ст. 1476).

По закону 2 іюня 1897 г. родители, которымъ по рѣшенію суда отданы подъ отвѣтственный надзоръ дѣти отъ 10 до 17-лѣтняго возраста, за оставленіе ихъ безъ надлежащаго надзора, если дѣтьми будетъ совершено какое-либо преступленіе, подвергаются аресту не свыше 1 мѣсяца или денежному взысканію не свыше 100 руб.

Родители, изобличенные въ принужденіи дѣтей своихъ къ браку или къ постриженію въ монашество, подлежатъ за это заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 4-хъ мѣсяцевъ до 1 года и 4-хъ мѣсяцевъ (ст. 1586).

За умышленное развращеніе нравственности дѣтей, сводничество, равно какъ за потворство, также съ намѣреніемъ, ихъ разврату, родители подвергаются наказанію по правиламъ, постановленнымъ о преступленіяхъ противъ общественной нравственности (отъ заключенія въ тюрьмѣ до 4 мѣсяцевъ до лишенія всѣхъ особенныхъ правъ и къ замѣнившимъ ссылку на житіе въ Сибирь наказаніямъ—ст. 1583, 993, 998. Собр. Узак. 1900 г. № 67).

Но всѣ эти уголовныя кары все-таки не обезпечиваютъ дѣтей отъ дурнаго вліянія родителей: и наказанный родитель, признанный судомъ жестокосердымъ отцомъ, разрушающимъ здоровье своихъ дѣтей и влекущимъ ихъ къ моральной гибели, все-же сохраняетъ въ силѣ свою власть и можетъ опять злоупотреблять ею. Здѣсь очевидная недостаточность закона, рассчитаннаго лишь на безупречныхъ и чадолюбивыхъ родителей.

Только въ одномъ случаѣ законъ нашъ нашелъ возможнымъ изъять дѣтей изъ подъ дѣйствія родительской власти: если родители, будучи по закону обязаны воспитывать дѣтей своихъ въ православной вѣрѣ, будутъ воспитывать ихъ по обрядамъ другого христіанскаго исповѣданія, то дѣти



ихъ отдаются на воспитаніе родственникамъ православной вѣры или опекунамъ (улож. о наказ., ст. 190).

Эта недостаточность признана уже и самимъ законодателемъ, такъ какъ въ новѣйшихъ проектахъ законодательныхъ работъ предполагено внести въ этотъ отдѣлъ нашего законодательства значительныя поправки и дополненія. Такъ, послѣдній проектъ устава объ опекахъ и попечительствахъ предусматриваетъ случаи ограниченія родительской власти, какъ въ отношеніи личности дитяти, такъ и въ отношеніи его имущества. При явномъ небреженіи о воспитаніи несовершеннолѣтнихъ дѣтей—сказано въ немъ—или при жестокостѣ съ ними обращеніи отца, а равно въ случаѣ порочнаго его поведенія, могущаго имѣть пагубное вліяніе на нравственность или здоровье дѣтей, опекунскій начальникъ съ разрѣшенія сѣзда можетъ сдѣлать родителю, при закрытыхъ дверяхъ, внушеніе, помѣститъ дѣтей на счетъ отца въ какое-либо семейство, въ учебное заведеніе или въ пріютъ, передать опеку матери и даже назначить къ дѣтямъ опекуна (ст. 48). Равнымъ образомъ, если имуществу несовершеннолѣтняго дитяти угрожаетъ опасность отъ злоупотребленія или нерадѣнія отца, то опекунскій начальникъ въ правѣ потребовать отъ отца достаточнаго обезпеченія имущества его дѣтей (ст. 49. Ср. Пр. ст. 305, 306).

Кромѣ того, согласно этому-же проекту, опека родителей прекращается присужденіемъ ихъ къ наказанію, влекущему за собою лишеніе родительской власти, или признаніемъ ихъ по судебному приговору виновными въ сводничествѣ своихъ дѣтей или въ злоупотребленіи родительской властью, а также ссылкой родителя, если дѣти за нимъ не послѣдовали (ст. 55, п. 3. Ср. Пр. ст. 308).

Еще внимательнѣе отнесся къ этому предмету проектъ уголовного уложенія, согласно которому допускается ограниченіе родительской власти и въ нѣкоторыхъ случаяхъ присужденія къ исправительному дому, если преступное дѣяніе было направлено на личность дѣтей и судъ найдетъ достаточно основаній для примѣненія такого ограниченія. Кромѣ того, родители могутъ быть лишены власти надъ малолѣтними дѣтьми, если они будутъ признаны виновными въ жестокостѣ съ ними обращеніи, въ отдачѣ ихъ для нищенства,



бродяжничества или безнравственного занятія, а также въ потворствѣ непотребству или иному разврату (ст. 27, 361).

«Лица, имѣющія родительскую власть надъ дѣтьми»,— говорится въ объяснительной запискѣ къ проекту уложенія,— «располагаютъ чрезвычайными средствами вліянія на нихъ; лежащія на нихъ обязанности, притомъ, уполномачиваютъ государство ставить на ихъ счетъ не только прямое воздѣйствіе на дѣтей, но и невоспрепятствованіе послѣднимъ обращаться на порочный путь, отъ котораго дѣти могли-бы быть удержаны при своевременной ихъ остановкѣ на первыхъ шагахъ. Опытъ показываетъ, что злонамѣренному потворству со стороны родителей обязаны многочисленные случаи дѣтской преступности» (стр. 219).

## ГЛАВА VI.

### II. Имущественныя отношенія.

§ 12. 1) Историческій обзоръ. § 13. 2) Дѣйствующее законодательство.

#### § 12.

##### 1) Историческій обзоръ.

По поводу имущественныхъ отношеній между родителями и дѣтьми существуетъ разногласіе между нашими изслѣдователями. Одни (Неволинъ, В. И. Сергѣевичъ) находятъ издревле полную раздѣльность между родительскимъ и дѣтскимъ достояніемъ. Другіе (М. Ф. Владимірскій-Будановъ) отрицаютъ ее, полагая, что родители и дѣти владѣли имуществомъ совмѣстно. Думаемъ, что это второе мнѣніе болѣе согласно съ общимъ имущественнымъ строемъ того времени и съ источниками.

Едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что въ древнѣйшій періодъ нашей исторіи собственность принадлежала семьѣ и управлялась съ общаго согласія членовъ ея. Это явленіе въ извѣстной степени обще-историческое. Въ древнее время личное начало въ правѣ обнаруживается слабо, и въ такомъ естественномъ союзѣ, какъ семья, гдѣ общими сред-



ствами наживается достояніе, послѣдовательно было и признавать это достояніе общимъ. Само завѣщаніе древней эпохи («рядъ») было, по вѣрному мнѣнію большинства нашихъ историковъ-юристовъ, только основанное на обычаѣ распредѣленіе домохозяиномъ имущества между членами семьи, которые еще при жизни были участниками общесемейной собственности. Такъ понимаетъ завѣщаніе и доселѣ нашъ простой народъ въ своемъ быту. При такихъ условіяхъ дѣти, и въ особенности сыновья, не были только безправными приращателями родительскаго достоянія.

Въ пользу такого взгляда на общесемейное имущество говорятъ и источники. Сохранился цѣлый рядъ актовъ, въ которыхъ говорится, что пріобрѣтатель имущества пріобрѣтаетъ его себѣ и своимъ дѣтямъ или что отчуждающій имущество отчудилъ его такому-то и его дѣтямъ. Затѣмъ встрѣчаются и такіе акты, въ которыхъ уступающій имущество говоритъ, что онъ уступилъ его вмѣстѣ съ своими дѣтьми. Это включеніе дѣтей въ юридическія сдѣлки показываетъ, что они разсматривались, какъ соконтрагенты. Нельзя помѣщеніе въ актахъ указаній на соучастіе дѣтей въ сдѣлкѣ объяснять только желаніемъ участниковъ показать, что пріобрѣтеніе совершается «въ вѣчное и потомственное владѣніе», потому что о соучастіи дѣтей говорится не только отъ лица пріобрѣтателя, но и отъ лица отчуждателя—продавца. Для обозначенія пріобрѣтенія въ собственность у насъ употреблялись другія выраженія («пріобрѣсть въ прокъ»).

Ссылка на то, что дѣти не имѣли права выкупать отчужденное ихъ отцомъ имущество, какъ на доказательство исключительныхъ правъ отца на это имущество, говоритъ скорѣе въ пользу противоположнаго мнѣнія: дѣти устранены были отъ выкупа потому, что отчужденіе предполагалось сдѣланнымъ съ ихъ согласія.

Съ возрастаніемъ самостоятельныхъ правъ личности, и не въ одной только семейной средѣ, обособляются и имущественныя права членовъ семьи. Такъ, вскорѣ послѣ изданія Соборнаго Уложенія, въ указѣ 11 іюня 1683 г. (1020) было постановлено, что вотчины, купленные отцомъ совокупно съ дѣтьми, составляютъ собственность отца и тѣхъ только дѣтей, которыхъ имена опредѣлительно означены въ купчихъ.



Слѣдовательно, пріобрѣтеніе, хотя и бы. совмѣстно съ дѣтми, но безъ поименнаго перечисленія послѣднихъ въ актѣ пріобрѣтенія, не дѣлало ихъ собственниками. Впослѣдствіи это положеніе было высказано еще опредѣленнѣе (указомъ 1686 г. января 22.—1157).

Обще-сѣмейная собственность не исключала возможности выдѣла члену семьи опредѣленнаго имущества, и тогда онъ былъ самостоятельнымъ собственникомъ выдѣленнаго. Правда, что вначалѣ эта собственность была не крѣпка, такъ какъ отецъ могъ выдѣленное взять обратно, и только къ концу XVII столѣтія это право было отнято у него (Неволинъ, выше ук. соч., стр. 347, 349). И помимо выдѣла могла быть собственность у дѣтей. Таково, согласно Русской Правдѣ, имущество, доставшееся имъ отъ матери: «будуть-ли дѣти, то что первой жены, то то возьмутъ дѣти матери своеи» (Карамз. сп., ст. 106).

Неволинъ полагаетъ, что отецъ въ древній періодъ имѣлъ право пользоваться дѣтскимъ имуществомъ въ томъ случаѣ, когда это имущество находилось въ его рукахъ. Это мнѣніе онъ основываетъ на томъ, что если даже опекунъ имѣлъ по Русской Правдѣ право обращать въ свою пользу выгоды и плоды отъ имущества малолѣтнихъ, кромѣ приплода отъ рабовъ и животныхъ, то тѣмъ болѣе это право должно было принадлежать отцу (то-же соч., стр. 347). Конечно, не было основанія отказать отцу въ томъ, что предоставлялось опекуну. Родительскій авторитетъ, который тогда стоялъ очень высоко, говорилъ за это право отца.

Въ новый періодъ нашей исторіи и по мѣрѣ приближенія къ нему, замѣчается все большее и большее обособленіе въ имущественномъ отношеніи родителей и дѣтей и все большее нарастаніе самостоятельности послѣднихъ. Это было естественное историческое движеніе по пути отчужденія личности отъ семьи и не объясняется только перемѣной духовной юрисдикціи на свѣтскую, какъ полагаетъ Неволинъ (стр. 357). Выдѣленное родителями дѣтямъ имущество остается разъ навсегда выдѣленнымъ и повороту къ родителямъ по ихъ волѣ не подлежитъ. Принадлежащимъ несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ имуществомъ родители управляютъ на правѣ опекунскомъ и не имѣютъ больше правъ на него, чѣмъ



опекуны, лишившись, такимъ образомъ, права пользованія плодами его (какъ лишились, впрочемъ, и опекуны этого права).

Повидимому, законодательство и практика лишь постепенно дошли до признанія имущественной самостоятельности дѣтей. Такъ, закономъ 14 іюля 1761 г. повелѣно считать не-дѣйствительными заемныя и другія обязательства, выданныя неотдѣленными дѣтьми, не имѣющими собственнаго имѣнія. Впрочемъ, законъ этотъ, имѣвшій «въ виду охранить только имѣніе родителей, безъ вѣдома которыхъ неотдѣленные дѣти ихъ сдѣлались должниками», въ послѣдствіи (въ 1824 г.) былъ отмѣненъ для обузданія расточителей, являвшихся нарушителями доброй вѣры, т. е. дѣтей, задолжавшихъ и отказывавшихся потомъ, пріобрѣвъ имущество, платить свои долги. Тогда неотдѣленные дѣти по отношенію къ праву вступать въ обязательства были вполне сравнены съ отдѣленными дѣтьми (Неволинъ, стр. 355—357).

### § 13.

#### 2) Дѣйствующее законодательство.

Дѣйствующее законодательство объ имущественныхъ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми есть не всегда точно подведенный итогъ предшествовавшихъ узаконеній.

Постепенно развивавшаяся имущественная обособленность родителей и дѣтей вылилась въ твердое правило, по которому родители не имѣютъ права на отдѣленное или частное имущество своихъ дѣтей (ст. 193), и въ томъ случаѣ, когда во время несовершеннолѣтія дѣтей родители управляютъ дѣтскимъ имуществомъ, это управленіе принадлежитъ имъ на правѣ опекуномъ и въ его границахъ (т. X, ч. 1, ст. 180), слѣдовательно, сообразно съ предписанными для опекуновъ правилами, между прочимъ, и относительно отчетности. Однако, какъ трудно бываетъ иногда въ дѣйствительности устоять на этомъ началѣ полного приравненія родителя къ опекуну, видно изъ того, что Сенатъ, далеко не склонный въ своихъ рѣшеніяхъ отступать отъ буквы закона,



высказалъ такое положеніе: изъ правила, что распоряженія родителей по имуществу дѣтей могутъ быть признаны законными и для дѣтей обязательными въ томъ лишь случаѣ, если родители получили утвержденіе въ опекунскомъ званіи отъ опекунскихъ учрежденій, можетъ быть сдѣлано исключеніе въ томъ случаѣ, когда несомнѣнная польза малолѣтнихъ требовала обязательныхъ, не терпящихъ отлагательства дѣйствій со стороны родителей (1880 г. № 60, 1887 г. № 37).

По старой традиціи, и дѣйствующій законъ различаетъ неотдѣленныхъ и отдѣленныхъ дѣтей, относя къ первымъ тѣхъ, которымъ изъ родительскаго имѣнія не выдѣлено никакой части (ст. 182), а ко вторымъ—тѣхъ, которымъ выдѣлена законная доля или какая-либо другая часть изъ родительскаго имущества (ст. 190). Въ существѣ однако это подраздѣленіе нисколько не отражается на объемѣ правъ тѣхъ и другихъ: и неотдѣленные дѣти такъ-же самостоятельны въ имущественныхъ отношеніяхъ, какъ и отдѣленные. Возрастъ, а не отдѣленность или неотдѣленность, имѣетъ рѣшающее значеніе для опредѣленія мѣры дѣеспособности дѣтей, такъ что отдѣленность имѣетъ только экономическое, а не юридическое значеніе. Такъ говоритъ и самъ законъ: тѣ изъ неотдѣленныхъ дѣтей, кои получаютъ или пріобрѣтутъ сами имущество въ частную свою собственность, пользуются относительно управленія и распоряженія онымъ одинаковыми правами съ дѣтьми отдѣленными, на основаніи общихъ узаконеній (ст. 192), и только, какъ отголосокъ старины—нѣкогда существовавшей семейной общности имущества, надо понимать (теперь совершенно излишнія) постановленія какъ о томъ, что неотдѣленные дѣти не могутъ ни продавать, ни закладывать родительскаго или другаго, ожидаемаго ими въ наслѣдство имѣнія (ст. 183), такъ и о томъ, что по заемнымъ письмамъ, и вообще всякимъ долговымъ актамъ неотдѣленныхъ дѣтей родители не отвѣчаютъ, если эти письма и акты даны безъ ихъ согласія и уполномочія (ст. 184). Равно излишни и послѣдующія статьи (185—188), говорящія, собственно, о поручительствѣ родителей за долги дѣтей и о томъ, что безъ такого поручительства родители не отвѣчаютъ по такимъ долгамъ—ограниченіе, имѣющее такую-же силу по отношенію къ постороннимъ, какъ и по отношенію къ дѣтямъ.



Что касается статьи (183), говорящей о недействительности продажи ожидаемого послѣ родителей наслѣдства, то она излишня еще и въ виду общих постановленій, дающихъ право на открывшееся наслѣдство только со дня кончины наслѣдодателя (ст. 1254) и признающихъ недействительною продажу имущества, «могущихъ впредь принадлежать продавцу по наслѣдству» (ст. 1389).

Неотдѣленность оказываетъ вліяніе на правоспособность въ правѣ торговомъ: «дѣвицы, отъ родителей неотдѣленные, хотя и совершеннолѣтнія, не могутъ давать на себя векселей и передавать ихъ съ возвратомъ въ себя безъ позволенія родителей (уст. о векс., ст. 6), т. е. не могутъ обязываться простыми векселями, ибо (согласно 1 ст. уст. о векс.) вексель, выданный на себя, именуется простымъ векселемъ, а вексель, выданный на другихъ, называется переводнымъ.

Не вѣрна мысль, будто только выходомъ дочерей въ замужество прекращается право родителей давать или не давать своимъ дочерямъ разрѣшеніе обязываться по векселю, не вѣрна потому, что дочь можетъ быть выдѣлена не въ виду только замужества (arg. ст. 1001), но и независимо отъ него.

Значеніе выдѣленности или невыдѣленности сказывается какъ при жизни родителей, такъ послѣ ихъ смерти, потому что выдѣлъ отличается двойственной природой: даренія и предвареннаго наслѣдованія. Дарственный характеръ обнаруживается въ томъ, что родители при жизни своей передаютъ дѣтямъ то, что послѣднія могли-бы получить лишь по смерти первыхъ, ибо дѣти и по достиженіи совершеннолѣтія не имѣютъ права требовать отъ родителей выдѣла (ст. 995). Поэтому выдѣлъ, какъ и даръ, можетъ быть потребованъ обратно родителями въ случаѣ явнаго непочтенія (ст. 974) и возвращенъ имъ въ случаѣ смерти дѣтей, не оставившихъ потомства (ст. 1141). Какъ подаренное, все полученное дѣтьми по отдѣльной записи или рядной въ послѣдніе 10 лѣтъ предъ открытіемъ конкурса надъ родителемъ, поступаетъ въ конкурсную массу (Уст. Суд. Торг., ст. 553—555). Черты наслѣдованія обнаруживаются въ томъ, что выдѣляющій долженъ сообразоваться съ будущими наслѣдствен-



ными правами выдѣляемаго, а эти права у насъ, какъ извѣстно, различны, смотря по свойству имущества: благопріобрѣтеннаго и родоваго. Отсюда мѣра выдѣла изъ благопріобрѣтеннаго имущества не ограничена: родители могутъ назначить выдѣляемому такую часть, какую заблагоразсудятъ (ст. 996); получаютъ-ли послѣ другіе наслѣдники большія или меньшія части,—это безразлично: вѣдь это въ существѣ даръ, и кому сколько дать—дѣло доброй воли дарителя; зато этой частью исчерпываются и наслѣдственные права выдѣленнаго въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ (ст. 998 и 997 р. *arg. a contr.*). Напротивъ, мѣра выдѣла изъ родоваго имущества ограничена предѣлами наслѣдственныхъ правъ выдѣляемаго, опредѣляемыхъ по моменту выдѣла и незаконно выдѣленное по этому моменту можетъ быть оспорено при открытіи наслѣдства послѣ выдѣлившаго; послѣдующія измѣненія состава лицъ (родились еще дѣти у выдѣлившаго, или нѣкоторыя изъ жившихъ во время выдѣла умерли) или имущества (оно увеличилось или уменьшилось) не имѣютъ значенія для силы происшедшаго выдѣла—иначе, если-бы производился впослѣдствіи сообразно съ этими измѣненіями поворотъ полученнаго, выдѣлъ потерялъ-бы свой *raison d'être*: сдѣлать выдѣленнаго собственникомъ уступленнаго ему имущества при жизни выдѣлившаго. Какъ собственникъ онъ можетъ его отчудить и такимъ образомъ парализовать всякое притязаніе (въ томъ числѣ и на возвратъ уплоченной за проданное имущество цѣны) со стороны сонаслѣдниковъ на полученное имъ сверхъ доли, которая причиталось бы ему, если бы онъ наслѣдовалъ совмѣстно съ прочими наслѣдниками и выдѣленъ не былъ. Но не получившій сполна своей части изъ родоваго имущества имѣетъ право на дополненіе ея, при раздѣлѣ имущества по смерти родителей (ст. 997 и 996), развѣ-бы онъ, при выдѣлѣ изъ благопріобрѣтеннаго имущества, почелъ себя удовлетвореннымъ въ своихъ наслѣдственныхъ правахъ и отъ участія въ родовомъ наслѣдованіи отказался (ст. 998). Но этотъ отказъ не имѣетъ значенія, если онъ окажется единственнымъ наслѣдникомъ: онъ отказывался, имѣя въ виду конкуренцію другихъ наслѣдниковъ, но разъ послѣднихъ нѣтъ, теряетъ силу и его отказъ.



Приданое есть выдѣлъ дочери по случаю замужества (ст. 1001). Поэтому постановленія о выдѣлѣ примѣняются и къ приданому. Назначеніе приданого, какъ и совершеніе выдѣла, есть актъ доброй воли надѣляющаго (ст. 1001). И здѣсь наблюдается соотвѣтствіе между даваемымъ и будущими наслѣдственными правами получающаго, а равно и его долей. И въ видѣ приданого изъ родоваго имущества не можетъ быть дано болѣе того, сколько причиталось-бы получающей приданое по наслѣдству въ моментъ дачи приданого, слѣдовательно, при наличности братьевъ, не болѣе  $\frac{1}{14}$  изъ недвижимаго имущества и  $\frac{1}{8}$  изъ движимаго (ст. 1130). Мѣра приданого изъ благопріобрѣтеннаго имущества не ограничена, но, повидимому, въ отличіе отъ выдѣла, мѣра эта не окончательная, если при назначеніи приданого не было отказа отъ наслѣдства. Законъ говоритъ категорически: «изъ замужнихъ дочерей тѣ только почитаются отдѣленными, которыя въ подписанныхъ ими рядныхъ записяхъ добровольно отреклись отъ дальнѣйшаго участія въ наслѣдствѣ»; въ противномъ случаѣ, при раздѣлѣ оставшагося послѣ родителей имущества имъ слѣдуетъ выдавать указную часть съ зачетомъ приданого, какъ денегъ, такъ и всякаго другаго имущества (ст. 1002, 1003).

Затѣмъ, какъ и при выдѣлѣ, возможно полученіе приданого или изъ одного родоваго, или изъ одного благопріобрѣтеннаго имущества, если надѣляемая приданымъ, получивъ часть изъ благопріобрѣтеннаго, откажется отъ наслѣдованія въ родовомъ, или наоборотъ, получивъ изъ родоваго, откажется отъ наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ (ст. 1003, 1004).

Въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ имѣютъ силу постановленія о приданомъ, позаимствованныя изъ Литовскаго Статута. Отецъ можетъ назначить по своей волѣ дочери въ приданое, сколько хочетъ, какъ изъ родоваго, такъ и благопріобрѣтеннаго имѣнія, и доля ея впослѣдствіи учету не подлежитъ.

Если отецъ умретъ, оставивъ послѣ себя незамужнихъ дочерей, то всѣ онѣ при братьяхъ получаютъ  $\frac{1}{4}$  часть изъ всего оставшагося послѣ отца имущества въ качествѣ приданого. Если братьевъ и ихъ нисходящихъ нѣтъ, то дочери



наслѣдуютъ послѣ отца (ст. 1133, п. 4). Но если при жизни отца одна или нѣсколько дочерей получили отъ него приданое, то выходящія замужъ послѣ смерти отца получаютъ приданое изъ  $\frac{1}{4}$  части по общему расчету долей съ замужними. Братья могутъ выдѣлить сестрамъ, въ качествѣ приданого, и менѣе, чѣмъ сколько имъ причитается изъ  $\frac{1}{4}$  части, если отецъ далъ первой дочери, вышедшей при его жизни замужъ, менѣе, чѣмъ ей-бы слѣдовало изъ  $\frac{1}{4}$  части. Въ этомъ случаѣ братья обязаны дать не болѣе того, сколько далъ отецъ.

Когда сестра, получившая приданое отъ братьевъ изъ  $\frac{1}{4}$  части отцовскаго имѣнія, умретъ бездѣтною и безъ завѣщанія, то приданое ея переходитъ къ незамужней сестрѣ ея.

Приданое обезпечивается на имѣніи мужа посредствомъ вѣнковой записи или переводится на ея имя (ст. 1005).

Актъ о назначеніи приданого называется рядною записью и, если оно состоитъ изъ недвижимости, долженъ быть совершенъ крѣпостнымъ порядкомъ до брака или не позже шести мѣсяцевъ послѣ его заключенія (ст. 1006, 1007).

Существующія въ дѣйствующихъ западно-европейскихъ законодательствахъ имущественныя отношенія между родителями и дѣтьми развились подъ несомнѣннымъ воздѣйствіемъ римскаго права.

Въ немногихъ словахъ, эти отношенія слагались въ римскомъ государствѣ слѣдующимъ образомъ. Сначала, полагать надо, у римлянъ, какъ и у прочихъ народовъ первоначальной культуры, индивидуальной собственности (по крайней мѣрѣ, на главнѣйшіе предметы обладанія—землю и важнѣйшую движимость) не было, а была собственность семейная. Затѣмъ, въ связи съ измѣненіемъ мѣры и силы личной зависимости дѣтей отъ отца, видоизмѣняются и имущественныя отношенія послѣдняго къ первымъ. Въ началѣ римской исторической жизни эта зависимость выливается въ форму самаго широкаго, юридически безграничнаго господства отца надъ подвластными ему дѣтьми; въ это время онъ былъ единственнымъ и абсолютнымъ владѣльцемъ и распорядителемъ семейнаго имущества. Все, что приобрѣталъ сынъ съ



вѣдома или безъ вѣдома отца, принадлежало главѣ семьи. Однако уже съ первыхъ временъ Рима въ практику вошелъ институтъ, который вносилъ извѣстное ограниченіе въ это юридическое единство и нераздѣльность семейнаго имущества. Это — такъ называемый пекулій (*peculium*). Пекулій заключался въ имущество, предоставленномъ отцомъ сыну въ самостоятельное управленіе послѣдняго. Такъ какъ цѣлью выдѣленія такихъ пекуліевъ было приучить сыновей къ самостоятельной хозяйственной дѣятельности, то управленіемъ пекуліемъ исчерпывались всѣ права получившаго пекулій: распоряжаться имъ онъ не могъ, и самое управленіе могло быть отнято у него во всякое время.

Нѣкоторое ослабленіе личной зависимости подвластныхъ отъ домовладыки, а также и потребности оборота, влекутъ за собою признаніе извѣстной доли правоспособности за подвластными: имъ удѣляется нѣкоторая имущественная самостоятельность, и открывается возможность въ извѣстныхъ предѣлахъ обязывать своими дѣйствіями домовладыку, завѣдывая довѣреннымъ послѣднимъ имуществомъ или торговымъ, либо промышленнымъ заведеніемъ, или управляя судомъ его.

Отправленіе подвластными сыновьями служебныхъ обязанностей въ государствѣ естественно должно было способствовать уменьшенію и смягченію власти надъ ними домовладыкъ, а рядомъ съ симъ и возрастанію имущественной независимости; отсюда — появленіе «лагерныхъ имуществъ» (*peculium castrense*), т. е. имущество, прибрѣтенныхъ на военной службѣ. Этимъ имуществомъ подвластный сынъ могъ распоряжаться такъ же свободно (во время жизни и завѣщательно), какъ и домовладыка. Позже (со временъ Константина) къ лагерному имуществу было приравнено и имущество, прибрѣтенное на службѣ гражданской или духовной. Около этого же времени происходитъ новое видоизмѣненіе въ имущественномъ положеніи дѣтей. Въ составѣ дѣтскаго имущества стали различать имущество, не принадлежавшее къ разряду сейчасъ указанныхъ, а доставшееся подвластному отъ когѣ-либо (только не отъ отца) — *bona adventitia*. Сначала это имущество, какъ и другія прибрѣтенія подвластнаго, было достояніемъ домовладыки. Но со времени Константина



было постановлено, что имущество, унаследованное отъ матери, принадлежитъ подвластному дитяти, отецъ же только имѣетъ на это имущество право управленія и пользовладѣнія. Послѣдующіе императоры къ материнскому имѣнію приравняли и унаследованное подвластнымъ отъ материнскихъ восходящихъ; наконецъ, Юстиніанъ обобщилъ всѣ эти случаи, постановивъ: все, что подвластное дитя пріобрѣтало отъ другихъ, а не отъ своего отца, составляетъ собственное имущество дитяти, а отцу предоставляется на него только право пользовладѣнія (узуфруктъ) и управленія (Баронъ, Система римскаго гражданскаго права, § 354).

На основаніи исконнаго германскаго воззрѣнія отцу въ силу его власти (*mundium*) принадлежало право пользовладѣнія во всякомъ дѣтскомъ имуществѣ, или, точнѣе, право употреблять на содержаніе общаго домашняго хозяйства доходы съ этого имущества. То обстоятельство, что въ «Зерцалахъ» отецъ называется опекуномъ (*Pfleger*), послужило поводомъ еще издавна переносить роль опекуна на положеніе отца. Благодаря такому смѣшенію понятій, считали, что отцу принадлежатъ опекунскія права по отношенію къ имуществу, доставшемуся дѣтямъ по смерти ихъ матери; между тѣмъ право пользоваться доходами этого имущества и расходовать ихъ на общія хозяйственныя нужды принадлежало отцу въ силу его власти. Совершенно въ такое же положеніе ставитъ «Саксонское Зерцало» и мать по отношенію къ управленію и пользованію имуществомъ дѣтей по смерти отца ихъ. Это право пережившаго супруга пользоваться дѣтскимъ имуществомъ на нужды общаго хозяйства съ XIV в. было понимаемо, какъ право родительскаго пользовладѣнія, причемъ положенія римскаго права о родительскомъ узуфруктѣ перенесены были на всѣ виды особаго дѣтскаго имущества (*adventitia*).

Такъ какъ родительская власть на основаніи «Зерцаль» прекращалась съ выдѣломъ дѣтей (такой выдѣлъ наступалъ для дочери при выходѣ ея замужъ), то въ «Зерцалахъ» различаются отдѣленные и неотдѣленные дѣти: такъ, «Саксон-



ское Зерцало» говорить о пользовладѣніи отца материнскимъ имуществомъ неотдѣленныхъ дѣтей. Но «Швабское Зерцало» носитъ на себѣ слѣды вліянія римскихъ положеній, согласно которымъ всѣ пріобрѣтенія подвластнаго сына поступаютъ въ пользу отца. Съ XV в. выступаетъ въ институтахъ семейнаго права вліяніе права римскаго. Примѣненіе старонѣмецкихъ положеній на ряду съ римскими является только въ исключительныхъ случаяхъ (Zöpfl—Deutsche Rechtsgeschichte. 4-e Aufl. III. B. §§ 85, 92, 94, Viollet—Précis de l'histoire du droit français. p. 414 ss.).

Однако-же, не взирая на нѣкоторое общее сходство въ воззрѣніяхъ права римскаго и германскаго въ рассматриваемомъ вопросѣ, положенія перваго не вполне соотвѣтствовали нѣмецкимъ условіямъ; нѣмецкому праву осталось чуждымъ такъ называемое *peculium profectum* и «пекуліевскій искъ». Но поступавшее въ управленіе отца дѣтское имущество можетъ быть отождествлено съ *bona adventitia*. Хотя общее нѣмецкое право и приняло позднѣйшее римское дѣленіе дѣтскаго имущества (*peculium castrense, quasi-castrense, bona adventitia, regularia*), но въ отдѣльныхъ нѣмецкихъ законодательствахъ усвоено болѣе раціональное подраздѣленіе дѣтскаго имущества на несвободное и свободное (*freies Vermögen*), смотря по тому, имѣетъ ли на него отецъ право пользовладѣнія, или нѣтъ. Нѣмецкія уложенія къ свободному имуществу причисляютъ все то, что пріобрѣтено дѣтей собственнымъ трудомъ или отъ разрѣшеннаго ему предпріятія, а равно предоставленное даромъ или по завѣщанію, если то или другое назначено ему съ исключеніемъ родительскаго пользовладѣнія. Сюда же относятся вещи, предназначенныя для личнаго употребленія дѣтей, въ особенности одежда, украшенія и орудія труда (общегерм. улож. §§ 1650, 1651, прусское II, 2 §§ 147—155; уже постановленіе сакс. улож., § 1811). Швейц. улож. въ общемъ держится такого-же воззрѣнія на свободное имущество, но пріобрѣтенное трудомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей, участвующихъ въ общемъ семейномъ хозяйствѣ, принадлежитъ родителямъ. Остальнымъ имуществомъ дѣтей родители, располагающіе родительскою властью, управляютъ и пользуются подъ нѣкоторымъ контролемъ опекунскихъ учрежденій (ст. 290—301).



Подраздѣленіе дѣтскаго имущества на свободное и не-свободное извѣстно и романскимъ законодательствамъ, и, въ общемъ, въ томъ-же видѣ, что и въ первыхъ (франц., ст. 387. итал., ст. 229). Родители имѣютъ право пользовладѣнія въ несвободномъ дѣтскомъ имуществѣ не только по германскимъ законодательствамъ (обще-герм. улож. § 1649; прусское II, 2, § 168; сакс. § 1811; по австр.—только управленіе, § 149), но и по романскимъ (франц., ст. 384, итал., ст. 228). Оно продолжается до совершеннолѣтія дѣтей или до вступленія въ бракъ (обще-герм. §§ 1649 и 1661, ср. сакс. § 1832, итал., ст. 228), по французскому праву—до достиженія 18 лѣтъ или до освобожденія изъ подъ родительской власти эмансипаціей (ст. 384).

Отъ права пользованія отецъ можетъ отказаться (обще-герм. улож. § 1662), но онъ не можетъ передать его другимъ (§ 1658).

По содержанію своему право это напоминаетъ право пользованія женинымъ имуществомъ. Отецъ можетъ потреблять и отчуждать потребляемыя вещи съ обязанностью возвратить стоимость ихъ по прекращеніи пользованія; но деньги онъ можетъ расходовать только съ согласія опекунскаго суда (обще-герм. улож. §§ 1652, 1653). Прусское право не допускаетъ распоряженія—капиталами, предназначенными для обезпеченія, или такими, въ правѣ распоряжаться которыми отецъ ограниченъ закономъ или предсмертной волей (II, 2 § 169). Но недвижимостями онъ не можетъ распоряжаться самостоятельно, т. е. безъ разрѣшенія опекунскаго суда,—отчуждать, закладывать и обременять вещными повинностями (ib. §§ 171, 172). Пользуясь имуществомъ, отецъ вмѣстѣ съ тѣмъ несетъ повинности, лежащія на немъ, кромѣ издержекъ, необходимыхъ на извлеченіе доходовъ (обще-герм. улож. §§ 1654, 1384—1386). Онъ отвѣчаетъ въ мѣру той заботливости, которую онъ прилагаетъ къ своимъ личнымъ дѣламъ (ib. § 1664).

Во французскомъ законѣ возлагаются слѣдующія обязанности на пользовладѣтеля-родителя: 1) общія обязанности всякаго пользовладѣтеля; 2) платежъ процентовъ и недоимокъ по долгамъ, выросшимъ до дня установленія узуфрукта;



3) расходы на погребение и болезнь лица, послѣ котораго дитя унаслѣдовало имущество, являющееся предметомъ usufructa; 4) прокормленіе, содержаніе и воспитаніе дитяти (ст. 385).

## ГЛАВА VII.

*I. Приостановленіе родительской власти. II. Прекращеніе родительской власти. III. Родительская власть матери.*

§ 14. I. Приостановленіе родительской власти. § 15. II. Прекращеніе родительской власти. § 16. III. Родительская власть матери.

### § 14.

#### **I. Приостановленіе родительской власти.**

Родительская власть, не прекращаясь, можетъ по извѣстнымъ юридическимъ или фактическимъ причинамъ временно не дѣйствовать—покоиться (*ruht*).

Родительская власть приостанавливается на все то время, пока родитель не располагаетъ вполне дѣеспособностью, или если надъ его личностью и имуществомъ, вслѣдствіе физической или психической болѣзни, назначенъ попечитель, или же если будетъ установлено опекунскимъ судомъ, что отецъ на продолжительное время фактически лишенъ возможности осуществлять свою власть (общегерм. улож. §§ 1676, 1677, 1910).

Прусское право, кромѣ случая душевной болѣзни отца, приостанавливаетъ дѣйствіе его власти еще, если онъ приговоренъ къ тюремному заключенію болѣе, чѣмъ на два года, но менѣе, чѣмъ на десять (II, 2, §§ 260, 261). Австрійское уложеніе сходствуетъ въ этомъ случаѣ съ Прусскимъ, но указываетъ еще болѣе причинъ: кромѣ психической болѣзни, приговора къ заключенію въ тюрьму болѣе, чѣмъ на годъ, и объявленія расточителемъ, оно указываетъ еще на самовольное оставленіе отечества и на безвѣстное отсутствіе въ теченіи болѣе одного года (§ 176). Саксонское уложеніе указываетъ только на одну общую причину—назначе-



ніе надъ отцомъ опеки (§ 1834). Французскій законъ говоритъ только о безвѣстномъ отсутствіи (ст. 141—143), а итальянскій, сверхъ этого, еще и объ уголовномъ осужденіи отца (ст. 46, 47, 241). Относительно Швейцарскаго Улож. см. вышеприведенныя статьи: 283 и 284 (касающіеся этого вопроса, впрочемъ, только косвенно).

По нашему закону личная родительская власть не прекращается, но ограничивается:

1) Поступленіемъ дѣтей въ общественное училище, начальство коего заступаетъ тогда, по ихъ воспитанію, мѣсто родителей. Слѣдовательно, здѣсь какъ бы происходитъ временная уступка родительской власти (пока дитя находится въ училищѣ, причемъ продолжительность этого нахождения вполне зависитъ отъ родителей, и воспитатели обязаны отпустить дитя по первому требованію родителей); впрочемъ, только въ вопросахъ воспитанія воспитатели замѣняютъ родителей, по остальнымъ вопросамъ родительская власть во всей силѣ остается за родителями. Да и въ дѣлѣ воспитанія ближайшее опредѣленіе предѣловъ власти начальства заведенія находится въ соотвѣтственныхъ уставахъ.

2) Опредѣленіемъ дѣтей на службу. Такъ, между прочимъ, родители не могутъ непослушныхъ дѣтей своихъ, состоящихъ на государственной службѣ, заключать въ тюрьму (Зак. гражд., ст. 165).

3) Вступленіемъ дочерей въ замужество, потому что одно лицо двумъ неограниченнымъ властямъ, каковы родительская и супружеская, совершенно удовлетворить не въ состояніи, и дочь, оставившая домъ свой и прилѣпившаяся къ мужу, не можетъ быть подвержена повиновенію родителей въ такой же мѣрѣ, какъ другія, находящіяся при нихъ дѣти (ст. 179).

Слѣдовательно, этотъ случай предполагаетъ только смягченіе или умаленіе родительской власти наличностью другой власти—мужней. Однако-же, просторъ родительской власти и по отношенію къ замужнимъ дочерямъ широкъ. Но нѣтъ сомнѣнія, что тамъ, гдѣ требованіе родителей являлось бы прямымъ нарушеніемъ правъ мужа, напримѣръ, чтобы дочь перешла, хотя бы и временно, на жительство къ родителямъ, тамъ родители должны поступиться своею властью надъ дочерью.



По нашимъ мѣстнымъ остзейскимъ законамъ, ограниченіе родительской власти наступаетъ по этимъ же причинамъ, но сверхъ того указаны еще: вступленіе дѣтей въ совершенный возрастъ, съ чѣмъ связано право требовать выдачи отдѣльнаго ихъ имущества, и вступленіе оставшагося въ живыхъ родителя въ новый бракъ (ст. 236—239).

## § 15.

### II. Прекращеніе родительской власти.

Въ новыхъ законодательствахъ, въ противоположность римскому праву, родительская власть не считается пожизненною, а прекращается съ наступленіемъ совершеннолѣтія дѣтей. Кромѣ того, на прекращеніе этой власти имѣетъ вліяніе установленіе хозяйственной самостоятельности дѣтей.

Въ отдѣльности по законодательствамъ вопросъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ. По Обще-германскому уложенію родительская власть прекращается: наступленіемъ совершеннолѣтія дитяти, смертью его, отдачею его въ усыновленіе, объявленіемъ отца умершимъ вслѣдствіе безвѣстнаго отсутствія. Кромѣ того, отецъ утрачиваетъ права родительской власти, если онъ приговоренъ къ отбытію наказанія въ исправительномъ домѣ или тюрьмѣ на срокъ не менѣе шести мѣсяцевъ за преступленіе или умышленный проступокъ, совершенный противъ своего дитяти (§§ 1626, 1683, 1679, 1765, 1680). Что касается дочери, вышедшей замужъ, то родительская власть отца по отношенію къ такой дочери уменьшается: попеченіе о ея личности ограничивается представительствомъ по дѣламъ, касающимся правъ ея личности (§ 1633).

По прусскому праву прекращеніе родительской власти нормальнымъ порядкомъ наступаетъ: вслѣдствіе совершеннолѣтія сына, основанія имъ собственнаго хозяйства, вслѣдствіе объявленія сына совершеннолѣтнимъ съ согласія отца, вслѣдствіе выхода дочери замужъ (II, 2 §§ 210, 216, 228).

Въ чрезвычайныхъ случаяхъ родительская власть прекращается: если отецъ присужденъ къ заключенію въ испра-



вительномъ домѣ или на десять лѣтъ въ тюрьму (какъ лишенный довѣрія), если онъ объявленъ расточителемъ, если онъ самовольно оставилъ отечество, если онъ намѣренно оставилъ дитя безпомощнымъ и безъ призора, если онъ отдалъ его въ усыновленіе (§§ 255—258).

По Саксонскому уложенію прекращеніе родительской (отцовской) власти наступаетъ: 1) со смертию отца или дитяти; 2) вслѣдствіе усыновленія послѣдняго; 3) вслѣдствіе заявленнаго въ судѣ отказа отъ власти; 4) когда дитя заведетъ свое отдѣльное хозяйство, когда дочь выйдетъ замужъ (§§ 1829—1833).

По Австрійскому уложенію отцовская власть прекращается, вслѣдствіе наступленія совершеннолѣтія дитяти, однако же она можетъ быть продолжена, и послѣ наступленія совершеннолѣтія, если дитя, вслѣдствіе тѣлесныхъ или умственныхъ недостатковъ, не можетъ заботиться о себѣ или вести свои дѣла, если оно сильно задолжало или оказалось виновнымъ въ совершеніи такихъ проступковъ, что требуетъ еще надзора отца.

Отецъ можетъ освободить отъ власти несовершеннолѣтняго сына съ согласія суда; онъ можетъ это сдѣлать, дозволитъ сыну, достигшему 21 года, завести собственное хозяйство.

Несовершеннолѣтняя дочь, выйдя замужъ, лично освобождается изъ подъ власти отца, но имущество до совершеннолѣтія находится подъ его попечительствомъ (§§ 172—175).

По французскому праву родительская власть прекращается вслѣдствіе наступленія совершеннолѣтія дитяти или вслѣдствіе эмансипаціи его (ст. 372). Эмансипація наступаетъ въ силу закона, при вступленіи въ бракъ; по волѣ родителей сынъ можетъ быть эмансипированъ, по достиженіи имъ 15 лѣтъ (ст. 476, 477).

По Италіанскому уложенію родительская власть прекращается безусловно вслѣдствіе смерти родителей и смерти или совершеннолѣтія дитяти; относительно—(т. е. можетъ быть опять восстановлена)—вслѣдствіе эмансипаціи, вслѣдствіе уголовного осужденія родителя, вслѣдствіе объявленнаго безвѣстнаго отсутствія его (ст. 220. E. Gianturco—Istituzioni di diritto civile italiano. 4 ed. p. 68).



По Швейцарскому кодексу если родители неспособны осуществлять родительскую власть или сами подпали под опеку, или виновны въ тяжкомъ злоупотребленіи властью или въ грубомъ пренебреженіи къ своимъ обязанностямъ, то подлежащее опекуновское учрежденіе должно лишить ихъ родительской власти (ст. 285).

По нашему законодательству родительская власть пожизненна, почтеніе къ памяти родителей должно продолжаться и по кончинѣ ихъ (ст. 177; конечно, этому послѣднему закону трудно дать санкцію).

Родительская власть, по Своду, прекращается единственно смертью естественною или лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія, когда дѣти не послѣдуютъ въ ссылку за родителями (ст. 178). Такимъ образомъ, ни совершенный возрастъ, ни вступленіе въ бракъ, ни хозяйственная или служебная независимость дитяти, ни тяжкое преступленіе родителей (если оно не влечетъ за собою лишенія всѣхъ правъ состоянія), ни очевидная опасность отъ родительской власти для дѣтей—не поражаютъ этой власти. Здѣсь сказывается патріархальный взглядъ на значеніе родительскаго авторитета, но не удовлетворяющій запросамъ жизни. Умалять значеніе родительской власти, конечно, не слѣдуетъ, но и укрѣплять ее безъ нужды и даже во вредъ дѣтямъ то-же не слѣдуетъ.

По нашимъ остзейскимъ законамъ родительская власть прекращается, кромѣ смерти родителей и лишенія ихъ всѣхъ правъ состоянія (ст. 225, 226), еще въ видѣ наказанія родителей: за подкинутіе и оставленіе своихъ дѣтей, за сводничество дочери и за кровосмѣшеніе, при вступленіи отца или матери во второй бракъ (ст. 227). При злоупотребленіи родительской властью, судъ можетъ лишать ее (ст. 228). Съ согласія дѣтей и разрѣшенія суда, родители могутъ отречься отъ своей власти (ст. 229). По примѣру, отчасти германскаго права, сынъ, по достиженіи совершеннолѣтія, можетъ выйти изъ подъ отеческой власти, обзаведясь своимъ хозяйствомъ (ст. 231).

Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской родителямъ предоставляется отречься отъ дѣтей въ слѣдующихъ доказанныхъ предъ судомъ случаяхъ: 1) если дѣти, забывъ страхъ Божій, дерзнули поднять на родителей руку или толкнули



ихъ въ гнѣвъ; 2) когда они по злобѣ, а не для государственной пользы, свидѣтельствовали противъ родителей въ дѣлахъ уголовныхъ; 3) если они отказались въ уголовномъ дѣлѣ взять родителей на поручительство; 4) когда дочь предалась распутной жизни; 5) если они покусились у родителей отнять принадлежащее симъ послѣднимъ имущество; 6) когда отказали престарѣлымъ родителямъ въ необходимомъ содержаніи; 7) если они, пользуясь родительскимъ имуществомъ, не дали имъ помощи въ бѣдственныхъ обстоятельствахъ (ст. 167).

Постановленія эти позаимствованы изъ Литовскаго Статута.

## § 16.

### III. Родительская власть матери.

Въ патриархальной семьѣ подъ родительской властью разумѣется власть отцовская. Римское право знаетъ власть отца (*patria potestas*), а не родительскую. Строй древне-германской семьи, по духу своему подходившій къ строю семьи римской, тоже на первый планъ ставитъ отцовскую власть. Послѣдовавшее затѣмъ воспріятіе римскаго права народами Запада, способствовало усвоенію ими взгляда на родительскую власть, какъ на власть отцовскую. Нѣкоторые нѣмецкіе кодексы и доселѣ остались подъ вліяніемъ этой римской точки зрѣнія, другіе—напротивъ, освободились отъ нея и узаконяютъ родительскую власть, а не отцовскую только. Такъ, общему нѣмецкому праву, а равно Прусскому и Саксонскому уложеніямъ, неизвѣстна власть матери, соотвѣтствующая власти отца. Эти законодательства предоставляютъ матери послѣ смерти отца лишь нѣкоторыя права. Въ правѣ на воспитаніе дитяти ей дается только нѣкоторое участіе. Забота о воспитаніи и объ имуществѣ его переходитъ къ опекуну. Напротивъ австрійскому праву извѣстна родительская власть, дающая обоимъ родителямъ право руководить дѣтьми, примѣнять по отношенію къ нимъ дисциплинарныя мѣры, требовать дѣтей отъ другихъ (§§ 139, 143



—145). Впрочемъ, при разногласіи между супругами, преимущественный голосъ принадлежитъ мужу (§§ 91, 92). Но, параллельно съ родительской властью, существуетъ и отцовская, напоминающая однако болѣе нѣмецкое «*patria potestas*», чѣмъ римскую *patria potestas*. Эта власть заключается въ правѣ отца давать согласіе на бракъ или отказывать въ немъ (§ 49), въ правѣ избрать родъ воспитанія дитяти и въ связи съ нимъ родъ жизни (§ 148), въ правѣ управлять дѣтскимъ имуществомъ (§ 149).

По Французскому и Италіанскому кодексамъ власть принадлежитъ обоимъ родителямъ, но во время брака пользуется ею отецъ. Мать проявляетъ власть во время отсутствія мужа и полностью она ей принадлежитъ во вдовствѣ. Мать ограничена также въ правѣ примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ по отношенію къ дитяти, о чемъ была рѣчь выше (Франц. код., ст. 371, 373 и сл., итал., ст. 220 и сл.).

Составители Обще-германскаго уложенія, при рѣшеніи этого вопроса, отправлялись отъ слѣдующихъ соображеній. Разъ за женщиной признана полная гражданская правоспособность, то отпадаетъ всякая внутренняя причина для устранения ея отъ юридической дѣятельности тамъ, гдѣ она призывается къ такой дѣятельности по естественнымъ условіямъ. Послѣ смерти отца, матери по самой природѣ должна принадлежать та родительская забота о призрѣніи дѣтей, которая принадлежала отцу; а вмѣстѣ съ тѣмъ ей должна быть предоставлена и соотвѣтственная власть. Опытъ другихъ законодательствъ показываетъ, что такая власть можетъ быть съ пользою предоставлена матери. Для исключительныхъ случаевъ, въ видѣ предосторожности, уложеніе назначаетъ матери совѣтника. Родительская власть матери ведетъ къ существенному упрощенію отношеній, предохраняя внутреннюю жизнь семьи отъ чрезмѣрнаго вторженія въ нее опекунаго суда.

По Обще-германскому уложенію родительская власть принадлежитъ матери: 1) въ случаѣ смерти отца или объявленія его умершимъ, 2) въ случаѣ утраты имъ правъ родительской власти и прекращенія брака (§ 1684).

Если бракъ не прекратился, но отецъ не можетъ въ силу закона проявлять родительской власти (какъ въ случаѣ



совершенія имъ преступленія противъ дитяти § 1680), то дитяти назначается опекунъ, дабы не нарушать семейнаго мира разногласіемъ между супругами (§ 1698).

Но если существуетъ только фактическая причина, препятствующая отцу осуществлять родительскую власть или когда дѣйствіе этой власти временно пріостановлено, то въ силу того, что такая власть принадлежитъ обоимъ родителямъ, ее въ теченіи брака осуществляетъ мать, за исключеніемъ права пользованія дѣтскимъ имуществомъ (§ 1685).

Но полностью принадлежитъ матери родительская власть въ томъ случаѣ, если отецъ утратилъ права этой власти и вмѣстѣ съ тѣмъ бракъ прекращенъ (§ 1684).

Пока живъ отецъ, онъ осуществляетъ родительскую власть: матери принадлежитъ побочная власть по призору надъ дитятей (§ 1634).

На родительскую власть матери распространяются постановленія о родительской власти отца. Въ случаѣ вступленія матери во второй бракъ, она лишается родительской власти, сохраняя право и обязанность заботиться о личности дитяти (§ 1697). Мотивъ лишенія власти въ этомъ случаѣ: возможное неблагопріятное вліяніе на мать со стороны вотчима.

Для того, чтобы предохранить мать отъ опасностей по управленію имѣніемъ, а также, чтобы лучше сберечь интересы дитяти, матери (по примѣру Французскаго кодекса) уложеніе назначаетъ въ помощь совѣтника: если отецъ это предписалъ въ распоряженіи на случай смерти, если мать сама объ этомъ ходатайствовала, если судъ опекунскій признаетъ это необходимымъ, вслѣдствіе сложности и трудности управленія имѣніемъ или вслѣдствіе причинъ, заключающихся въ личности матери и угрожающихъ личному благу дитяти (§ 1687).

Совѣтникъ можетъ быть назначенъ для всѣхъ дѣйствій или только для нѣкоторыхъ, согласно распоряженію отца. Совѣтникъ въ этихъ предѣлахъ долженъ помогать матери, контролировать ее и обязанъ всякій разъ, когда участіе опекунскаго суда предписано закономъ, доносить ему объ этомъ. Его согласіе необходимо во всѣхъ тѣхъ сдѣлкахъ, въ которыхъ опекунъ нуждается въ согласіи опекунскаго суда или опекуна-блюстителя. На него можетъ быть также перене-



сею все или въ части управленіе дѣтскимъ имѣніемъ (§§ 1688—1693).

Если совѣтникъ не назначенъ отцомъ, то опекунскій судъ можетъ во всякое время его удалить или замѣнить. Обязанность совѣтника прекращается, съ прекращеніемъ опеки и съ приостановленіемъ дѣйствія власти матери (§§ 1694, 1695)<sup>1)</sup>.

По Швейцарскому уложенію въ теченіи брака родители осуществляютъ родительскую власть сообща. При разногласіи родителей рѣшаетъ воля отца. Въ случаѣ смерти одного изъ супруговъ родительская власть принадлежитъ пережившему, а въ случаѣ развода тому, кто будетъ указанъ судомъ. (274). Въ случаѣ вступленія отца или матери во второй бракъ къ дѣтямъ, находящимся подъ родительскою властью, если того требуютъ обстоятельства, долженъ быть назначенъ опекунъ (ст. 286).

Что касается нашего права, то хотя намъ и неизвѣстна была отцовская власть въ смыслѣ римскомъ, однако, какъ мы уже упоминали, полное равноправіе родителей въ старое время едва-ли было возможно. Дѣйствующій законъ вездѣ говоритъ о родительской власти (Зак. гражд., ст. 164—195, 227—231) и, повидимому, ставитъ въ совершенно одинаковое положеніе отца и мать. (Только опекунскія права надъ имуществомъ, дошедшимъ въ собственность малолѣтнимъ дѣтямъ, принадлежатъ одному отцу. Зак. гражд., ст. 226). Однако-же вмѣстѣ съ тѣмъ оно подчиняетъ мать, какъ жену, авторитету мужа (ст. 107), который считается «главой семейства» и по отношенію къ которому жена обязана «пребывать въ неограниченномъ послушаніи». При такомъ взглядѣ закона на мужнюю власть и при признаніи за отцомъ главенства въ семьѣ, безспорно послѣднему принадлежитъ рѣшительный голосъ въ вопросахъ о руководствѣ дѣтьми. Въ этомъ случаѣ нашъ законъ напоминаетъ законъ французскій: во время брака отецъ одинъ пользуется правами родительской власти (Code Civ., ст. 373). Однако-же пользованіе пра-

<sup>1)</sup> *E. Barre*, Bürgerliches Gesetzbuch und Code Civil. 2-te Aufl., стр. 230, 231. *Endemann*, Einführung in das Studium d. Bürgerlichen Gesetzbuches, III—V Aufl. II B. § 204. *Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches*. II. B. стр. 341—346.



вами должно быть въ соотвѣтствіи съ исполненіемъ обязанностей. Если судомъ будетъ признано, что отецъ своихъ обязанностей не выполняетъ: не даетъ дѣтямъ пропитанія и воспитанія (ст. 172), имѣя къ тому возможность, а заботится о дѣтяхъ мать (содержитъ ихъ и воспитываетъ) или что отецъ пагубно вліяетъ на нравственность дѣтей (ст. 172 и 173), то судъ, въ особенности при раздѣльной жизни супруговъ, можетъ предоставить руководство воспитаніемъ дѣтей матери (Ср. кас. рѣш. 1890 г. № 18).

По смерти отца всѣ права родительской власти принадлежатъ исключительно матери (ст. 164 и сл.). Ей-же принадлежатъ и опекунскія права надъ дѣтьми по смерти мужа. (ст. 229) и притомъ ей одной, если завѣщаніемъ въ помощь ей не назначено другаго опекуна (ст. 230). Только по законамъ Черниговской и Полтавской губ. въ помощь матери-опекуншѣ назначается соопекунъ изъ родственниковъ малолѣтняго или изъ постороннихъ лицъ (ст. 232).

Если бросить ретроспективный взглядъ на общій ходъ развитія отношеній между родителями и дѣтьми, то онъ представляется въ такомъ видѣ. Вначалѣ отношенія эти сосредоточиваются около власти отца, столь-же обширной, сколь и суровой. Такимъ характеромъ запечатлѣна власть у древнихъ классическихъ народовъ—римлянъ и грековъ. Отецъ семейства совмѣщалъ функции жреца, магистрата и судьи. Индивидуальность подвластнаго терялась въ безграничной власти домовладыки: ни возрастъ, ни общественное положеніе и достоинство не вліяли на юридическую широту этой власти, вмѣщающую въ себѣ право убивать или выбрасывать новорожденныхъ дѣтей, право продажи своихъ дѣтей, право примѣнять по отношенію къ нимъ самыя строгія исправительныя мѣры и даже право лишенія жизни. Эта суровая власть въ дѣйствительной жизни смягчалась: глубокимъ чувствомъ долга и права, которое воодушевляло римскаго гражданина (и этимъ объясняется, почему государство находило возможнымъ такъ долго удерживать домашній судъ), вліяніемъ совѣта родичей и друзей и воздѣйствіемъ цензоровъ. Съ



ослабленіемъ старыхъ нравовъ и съ паденіемъ общественной нравственности и съ возраставшимъ злоупотребленіемъ отцовской властью, власть государственная пришла къ сознанию необходимости болѣе дѣятельнаго вмѣшательства въ семейныя отношенія, обыкновенный судъ постепенно замѣнилъ собою *judicium domesticum* и въ императорскій періодъ постепенно исчезли всѣ жестокія проявленія отцовской власти: право на жизнь, тяжкія наказанія, право продажи.

У древнихъ грековъ отцовская власть въ общемъ была подобна римской *patria potestas*: та-же полнота и та-же суровость — экспозиція новорожденныхъ, право продажи дѣтей, право лишать ихъ жизни. Но, въ отличіе отъ римскаго права, аттическое право гораздо раньше и скорѣе освободилось отъ этихъ некультурныхъ особенностей древняго права: такъ весьма рано отцовская власть перестаетъ быть постоянной, ограничиваясь временемъ несовершеннолѣтія дѣтей; въ связи съ этимъ государство начинаетъ смотрѣть на достигшихъ совершеннолѣтія дѣтей не столько какъ на членовъ семьи, сколько какъ на гражданъ. Нѣсколько причинъ способствовало установленію такого отличія отъ римскаго возрѣнія на отцовскую власть. Во 1-хъ, экономическая: римляне были народомъ главнымъ образомъ земледѣльческимъ. Это способствуетъ укорененію патріархальнаго строя и центраціи семьи. Аѣиняне—народъ торговый. Это занятіе естественно влечетъ за собою нѣкоторое разъединеніе членовъ семьи и требуетъ ихъ извѣстной самостоятельности. Другая причина—политическая: римское государство долго не вмѣшивалось во внутренний строй семьи, напротивъ въ аѣинскомъ государствѣ такое вмѣшательство замѣчается сравнительно ранѣе (черезъ фратрію). Въ третьихъ, духъ философскій развился рано у грековъ и институты права и публичнаго и частнаго подлежали свободной критикѣ философовъ, причемъ у Аристотеля мы находимъ взглядъ, что отцовская власть «вполнѣ царская», что она въ основѣ своей имѣетъ возрастъ и чувство привязанности. Все это вмѣстѣ привело къ тому, что въ Аѣинахъ уже въ V в. до Р. X. усвоены были относительно отцовской власти тѣ принципы, которые въ Римѣ получили силу только въ императорскій періодъ и даже позже (Beauchet. t. II pp. 74 et. suiv.).



У древнихъ германцевъ отцовская власть отличалась такою-же суровостью, какъ у римлянъ и давала отцу такія-же широкія права—право продажи дѣтей (въ особенности въ нуждѣ), право исправленія самыми строгими мѣрами и даже право жизни и смерти. Эта власть не отличалась только такою продолжительностью: если сынъ покидалъ отцовскій домъ и устраивался экономически самостоятельно, онъ выходилъ изъ подъ власти отца. Вообще безграничная власть домоладыки встрѣтила на своемъ пути другую, не желавшую тоже знать границъ, власть королевскую, и должна была подъ вліяніемъ послѣдней ослабѣть и смягчиться (P. Viollet. Précis de l'histoire du droit français. Paris 1886. p. 412 et suiv.).

Семья у новыхъ народовъ не могла быть продолжательницей древне-римской семьи, будучи союзомъ, построеннымъ на единствѣ крови, а не на общности власти. Власть отцовская не только теряетъ постепенно атрибуты жестокости, но изъ отцовской становится родительской, хотя и съ преобладаніемъ авторитета отца. Въ этой власти на первый планъ ставятся интересы не отца, а дѣтей, она перестаетъ быть пожизненной, а въ проявленіи своемъ имѣетъ характеръ не столько власти, сколько покровительства, защиты и попеченія. Государство имѣя въ виду, что въ семьѣ воспитываются будущіе граждане, рѣшительнѣе, чѣмъ прежде проникаетъ съ своими нормами и въ область семейныхъ отношеній, и сохраняя и поддерживая родительскій авторитетъ, въ то-же время принимаетъ мѣры на случай злоупотребленія имъ.

## § 17.

### **Б. О дѣтяхъ отъ браковъ недѣйствительныхъ.**

Мы видѣли, что бракъ можетъ быть признанъ недѣйствительнымъ вслѣдствіе заключающихся въ немъ пороковъ матеріальнаго или формальнаго характера. Дѣти, происшедшія отъ такихъ браковъ, какъ бы занимаютъ срединное положеніе между дѣтьми законными и внѣбрачными.

Относительно юридическаго положенія дѣтей, происшедшихъ отъ недѣйствительныхъ браковъ, большинство



западно-европейскихъ законодательствъ держится правила, что такія дѣти приравняются къ законнымъ, если по крайней мѣрѣ одинъ изъ родителей былъ въ добросовѣстномъ заблужденіи относительно существованія препятствій къ заключенію его (Австр. § 160. Сакс. § 1771. Общегерм. § 1699. Фр. ст. 201, 202. Итал. ст. 116).

Но Прусское уложеніе предоставленіе правъ законныхъ дѣтей не ставитъ въ зависимость отъ добросовѣстности или недобросовѣстности заблужденія родителей. Но, однако-же, если хотя одинъ изъ родителей недобросовѣстно заключилъ недѣйствительный бракъ, то родители лишаются родительской власти. Дѣти отъ недѣйствительныхъ браковъ не вступаютъ въ семью ни одного изъ родителей (фамилію носятъ матери) и не пользуются правомъ наслѣдованія ни въ восходящей, ни въ боковой линіи (II, 2, § 50—55).

По новому Швейцарскому уложенію дѣти отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, считаются законными, даже если-бы ихъ родители были недобросовѣстными (ст. 133).

Обращаемся къ нашему законодательству.

Послѣдствія расторженія незаконнаго брака по русскимъ законамъ, говоритъ Неволинъ, не могли быть другія, какъ тѣ-же, что и по греческимъ законамъ, т. е. лица, состоявшія въ немъ, не пріобрѣтали посредствомъ него никакихъ правъ, возникающихъ изъ законнаго брака. Исключеніе, постановленное греко-римскими законами въ пользу лицъ, вступившихъ въ незаконный бракъ неумышленно, по извинительной ошибкѣ, не находится въ источникахъ греческаго законодательства, дѣйствовавшихъ въ Россіи. По этой причинѣ и вообще по недостатку извѣстій, нельзя сказать, было ли у насъ въ древніе времена оказываемо какое-нибудь снисхожденіе лицамъ этого рода (Исторія Росс. гражд. зак. Полн. собр. соч. т. III, стр. 231, 239 и 240). Такимъ образомъ Неволинъ полагаетъ, что въ прежнее время дѣти отъ такихъ браковъ признавались незаконными. Дѣйствительно, по Уложенію дѣти отъ четвертой жены считались незаконными. Однако-же, бывали и отклоненія отъ правила о причисленіи къ незаконнорожденнымъ дѣтей, происшедшихъ отъ недѣйствительныхъ браковъ, въ отдѣльныхъ случаяхъ; такъ, напримѣръ, дѣти двоеженцевъ допускались къ наслѣдству послѣ отца (дѣло



Лазарева—1763 г. П. С. З. 11893 и дѣло Апухтина—1788 г. П. С. З. 16627).

Въ 1836 г. было постановлено въ видѣ общаго правила: участь дѣтей невиннаго мужа или невинной жены, обманомъ вовлеченныхъ въ противозаконный бракъ можетъ быть передаваема, по усмотрѣнію обстоятельствъ дѣла, Монаршему милосердію. Впослѣдствіи это правило было распространено и на случай вовлеченія въ бракъ насиліемъ.

Закономъ 12 марта 1891 г. такое право ходатайства предоставлено суду относительно дѣтей, происшедшихъ вообще отъ недѣйствительныхъ браковъ, совершенныхъ съ запискою въ метрическія книги; причемъ и независимо отъ этого ходатайства на родителей возложена обязанность давать пропитаніе и воспитаніе такимъ дѣтямъ (т. X, ч. I, ст. 133 и 172).

Проектировавъ улучшение участи внѣбрачныхъ дѣтей, Редакціонная коммиссія по составленію гражданскаго уложенія находила, что было-бы несправедливо оставить *in statu quo* дѣтей, родившихся отъ недѣйствительнаго брака. Они происходятъ отъ брака, повѣнчаннаго по чиноположенію церкви и записаннаго въ метрическія книги и признававшася законнымъ во время рожденія или зачатія дѣтей. Самая недѣйствительность брака, совершеннаго законнымъ порядкомъ, можетъ быть установлена только по рѣшенію суда, такъ что какъ супруги, такъ и дѣти до постановленія суда о недѣйствительности брака пользуются всѣми правами, вытекающими изъ законнаго брака. Все это указываетъ на разницу въ положеніи ихъ и внѣбрачныхъ дѣтей и все это побудило коммиссію проектировать приравненіе дѣтей, происшедшихъ отъ недѣйствительныхъ браковъ къ законнымъ (Объясн. т. I, стр. 554 и сл.). Проектъ сталъ закономъ, къ разсмотрѣнію котораго и перейдемъ.

Нашъ законъ даруетъ права законнорожденности дѣтямъ, происшедшимъ отъ всѣхъ недѣйствительныхъ браковъ, каковъ-бы родъ этой недѣйствительности ни былъ и притомъ независимо отъ добросовѣстности или недобросовѣстности родителей, проявленной ими, при заключеніи брака. Въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, нашъ законъ пошелъ дальше большинства западно-европейскихъ законодательствъ, придающихъ важное значеніе добросовѣстности или отсут-



ствію ея, при рѣшеніи вопроса о законнорожденности или незаконнорожденности дѣтей.

Но для того, чтобы можно было говорить о недѣйствительности брака, необходимо чтобы бракъ былъ совершенъ, чтобы супруги были повѣнчаны, чтобы былъ исполненъ церковный обрядъ, какъ-то требуется по нашему закону. Поэтому русскіе подданные, заключившіе гражданскимъ порядкомъ бракъ за границей, должны быть признаны живущими внѣ брака и, слѣдовательно, дѣти, происшедшія отъ такого брака—считаются внѣбрачными.

Такъ какъ законная форма какъ-бы покрываетъ, слѣдовательно, незаконность содержанія, независимо отъ наличности убѣжденія у вступающихъ въ бракъ о законности его, то отсюда возможны и такіе результаты. Внѣ брака живущимъ лицамъ, законный бракъ для которыхъ невозможенъ (что имъ вполне извѣстно, потому, напримѣръ, что кто-нибудь изъ нихъ уже обязанъ другимъ бракомъ), удастся отыскать священника, который соглашается ихъ повѣнчать. Они вѣнчаются у него единственно для того, чтобы дитя ихъ, рожденіе котораго ожидается въ близкомъ будущемъ, не было незаконнымъ, и такимъ образомъ, обходится законъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ; хотя, конечно, двоебрачникъ понесетъ положенное наказаніе.

Законъ говоритъ: дѣти отъ брака, признаннаго недѣйствительнымъ, сохраняютъ права дѣтей законныхъ (131<sup>1</sup>). Вполнѣ-ли,—и съ приобрѣтеніемъ правъ дѣтей законныхъ дѣтей налагаются-ли на нихъ и обязанности этихъ дѣтей. Изъ категорическаго предписанія закона о сохраненіи правъ законныхъ дѣтей надо заключить, что всѣ права за ними сохраняются. Поэтому дѣти приобрѣтаютъ право на фамильное имя родителей (отца), права состоянія; слѣдуютъ мѣсту жительства родителей, ихъ религіи.

Что касается правъ и обязанностей дѣтей, вытекающихъ изъ родительской власти надъ ними, то вопросъ этотъ находится въ зависимости оттого, кому изъ родителей будетъ предоставлена эта власть. Дѣло въ томъ, что недѣйствительный бракъ не образуетъ семьи. Напротивъ, лица, чей бракъ надлежашимъ духовнымъ судомъ будетъ признанъ незаконнымъ и недѣйствительнымъ, немедленно, по сноше-



нію епархіального начальства съ мѣстнымъ гражданскимъ, разлучаются отъ дальнѣйшаго сожителства (ст. 38) и такимъ образомъ естественно возникаетъ вопросъ, при комъ же изъ родителей должны быть дѣти.

Новый законъ даетъ по этому поводу такія правила. Прежде всего это предоставляется урегулировать самимъ родителямъ. Если соглашенія объ этомъ не послѣдуетъ, а со стороны одного изъ родителей вступленіе въ бракъ было недобросовѣстнымъ, то другой имѣетъ право требовать оставленія у него всѣхъ дѣтей. Но если соглашеніе не состоялось и притомъ оба родителя дѣйствовали недобросовѣстно или оба добросовѣстно, вступая въ бракъ, или благо дѣтей потребуетъ отступленія отъ преподанныхъ (сейчасъ указанныхъ) закономъ правилъ, то опекунское установленіе опредѣляетъ, у кого изъ родителей должны оставаться несовершеннолѣтнія дѣти (ст. 131<sup>1</sup>). Тогда и родительская власть принадлежитъ тому родителю, у котораго они оставлены (131<sup>3</sup>). Слѣдовательно, этотъ родитель представляетъ за дѣтей (ст. 175), онъ имѣетъ право требовать дѣтей къ себѣ отъ другихъ (ст. 164, 172, 173, 178), принимать по отношенію къ нимъ дисциплинарныя мѣры (ст. 165), разрѣшать или не разрѣшать вступленіе въ бракъ (ст. 6), но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ обязанъ давать несовершеннолѣтнимъ дѣтямъ пропитаніе и воспитаніе (ст. 172).

Но, и при неимѣніи родительской власти родителемъ которому не отданы дѣти, онъ не лишается права свиданія съ послѣдними. Издѣсь, относительно времени и способа осуществленія этого права предоставляется прежде всего родителямъ согласиться, а если соглашенія не послѣдуетъ, то этотъ вопросъ рѣшается мѣстнымъ мировымъ, либо городскимъ судьей или земскимъ начальникомъ (ст. 131<sup>4</sup>). Имѣетъ ли право судья или земскій начальникъ отказать родителю въ правѣ свиданія—едва-ли: онъ опредѣляетъ только время и способъ свиданія, а не рѣшаетъ быть ему или не быть. Равно такой родитель не освобождается отъ обязанности участвовать въ издержкахъ на содержаніе и тѣхъ дѣтей, которыя оставлены у другого родителя (131<sup>5</sup>).

Каковы наслѣдственные права дѣтей отъ недѣйствительныхъ браковъ? Послѣ родителей такія дѣти несомнѣнно



наслѣдуютъ какъ законныя дѣти и на ряду съ ними (131<sup>1</sup>). Но едва-ли имъ предоставляется право законнаго наслѣдованія и послѣ родственниковъ, такъ какъ къ роду причисляются тѣ только члены его, которые рождены въ законномъ бракѣ (ст. 1113).

Наша исторія по отдѣльнымъ случаямъ приравненія дѣтей отъ недѣйствительныхъ браковъ къ законнымъ не знаетъ примѣровъ предоставленія такимъ дѣтямъ наслѣдственныхъ правъ послѣ родственниковъ. Напротивъ, когда возникъ вопросъ о наслѣдованіи дѣтей Бахтеяровой, прижитыхъ ею съ двоеженцемъ Апухтинымъ, въ дѣдовскомъ его имѣніи, оставшемся послѣ брата Апухтина, то Высочайше было разъяснено, что въ 1788 г. (когда состоялось Высочайшее повелѣніе: рожденных отъ Бахтеяровой дѣтей допустить къ наслѣдству, званію и достоинству наравнѣ съ прочими дѣтьми Апухтина) имѣлось въ виду допустить второбрачныхъ дѣтей къ наслѣдству послѣ ихъ отца, но они не властны простираť далѣе фамиліное право наслѣдія и на остающіяся послѣ отцовскихъ родственниковъ имѣнія, и Верховная власть не соизволяетъ дать сіе право въ обиду другихъ законнорожденныхъ родственниковъ отца (Именные указы 16 февраля 1788 г. I П. С. З. № 16627 и 6 марта 1800 г. № 19310. См. Объясн. т. I, стр. 552, 553).

Родительская власть надъ дѣтьми отъ недѣйствительныхъ браковъ можетъ перейти отъ того родителя, которому она предоставлена къ другому — въ случаѣ смерти, лишенія родительской власти (что наступаетъ вслѣдствіе лишенія всѣхъ правъ состоянія, если дѣти за родителемъ не послѣдуютъ въ мѣсто ссылки) или невозможности осуществленія имъ этой власти (напримѣръ, вслѣдствіе объявленія сумасшедшимъ). Впрочемъ, опекуное управленіе, если признается нужнымъ для блага дѣтей, можетъ, не передавая родительской власти другому родителю, назначить малолѣтнему опекуна (ст. 131<sup>6</sup>).



## В. Объ отношеніяхъ между родителями и дѣтьми внѣбрачными.

### § 18.

#### Понятіе о внѣбрачныхъ дѣтяхъ.

Внѣбрачными дѣтьми, какъ самое слово показываетъ, признаются дѣти, прижитыя внѣ брака. Слѣдовательно, къ нимъ принадлежатъ:

- 1) рожденныя незамужней (Зак. гр. ст. 132, п. 1),
- 2) происшедшія отъ прелюбодѣянія (п. 2).

Однако-же, одной доказанности факта прелюбодѣянія и даже расторженія брака на этомъ основаніи еще недостаточно для признанія ребенка, родившагося послѣ совершенія этого факта, незаконнымъ, если только въ то время, къ которому нужно отнести зачатіе ребенка, мать его продолжала сожительствовать съ мужемъ. Такъ, наши гражданскіе законы говорятъ: дѣти рожденныя отъ брака, расторгнутаго по причинѣ прелюбодѣянія матери, признаются, однако-же, законными, если рожденіе ихъ прежде расторженія сего брака не было сокрыто отъ мужа и если нѣтъ другихъ доказательствъ ихъ незаконности (ст. 135).

Въ этомъ случаѣ нашъ законъ совпадаетъ съ французскимъ (и италіанскимъ) законодательствомъ, тоже требующимъ совмѣщенія трехъ причинъ для признанія незаконно-рожденности дитяти по рассматриваемому поводу: прелюбодѣянія, утайки дитяти и наличности обстоятельствъ, доказывающихъ, что мужъ не отецъ дитяти.

Почему законъ требуетъ наличности этихъ трехъ условий—понятно: ни прелюбодѣяніе само по себѣ, ни утайка не доказываютъ, что ребенокъ не принадлежитъ мужу, такъ какъ жена (какъ уже было упомянуто) можетъ, находясь въ связи съ другимъ, продолжать въ то-же время и сожителство съ мужемъ, и такъ какъ утайка можетъ быть вызвана побочными обстоятельствами (напримѣръ, желаніемъ предотвратить скандалъ, вслѣдствіе неосновательнаго подозрѣнія



въ невѣрности жены), а не фактомъ дѣйствительной непринадлежности дитяти мужу. Не то если оба эти обстоятельства дѣйствуютъ совмѣстно и подкрѣпляются сверхъ того третьимъ—невозможностью отцовства и по другимъ причинамъ, тогда незаконность дитяти, родившагося, при указанныхъ обстоятельствахъ, не можетъ подлежать сомнѣнію.

Въ частности,—прелюбодѣяніе должно соотвѣтствовать эпохѣ зачатія родившагося ребенка, а утайка должна быть сокрытіемъ рожденія ребенка, а не одной лишь беременности (такъ понимаетъ это нашъ законъ, а равно французскій и италіанскій—выше привед. ст.). Что касается третьяго условія, которое нашъ X-ый томъ называетъ «другими доказательствами незаконности» (ст. 135); то они могутъ заключаться, какъ въ физическихъ причинахъ—болѣзнь мужа, старость, долговременное отсутствіе, такъ и моральныхъ—ссора супруговъ и тому подобныхъ фактахъ, выборъ и оцѣнку которыхъ законодатель передаетъ въ руки суда.

Зачатый и родившійся во время брачной жизни супруговъ ребенокъ можетъ быть признанъ незаконнымъ, если мужъ докажетъ, что въ періодъ, соотвѣтствующій зачатію ребенка ему было физически невозможно сожителствовать съ своею женою (*l'impossibilité physique*).

Сюда должна быть отнесена прежде всего «разлука съ женою», какъ выражается нашъ законъ (Уст. гр. суд., ст. 1348 или по прежней редакціи, «по отсутствію». Зак. суд. гражд., ст. 463 — *par cause d'éloignement*—по опредѣленію Французскаго Кодекса, ст. 312). Само собою разумѣется, что въ этомъ случаѣ, не имѣетъ значенія разстояніе, раздѣляющее супруговъ, а вообще физическая невозможность сожитія. Если супруги живутъ въ одномъ и томъ же домѣ, но лишены возможности видѣться другъ съ другомъ, то они считаются «въ разлукѣ», напр., если оба супруга находятся въ заключеніи въ зданіи одной и той же тюрьмы. Но если мужъ живетъ въ одной части свѣта, а жена въ другой, но тѣмъ не менѣе для нихъ была возможность хоть кратковременнаго свиданія, то они не считаются находящимися «въ разлукѣ» въ смыслѣ закона. Вообще—дѣло суда рѣшить вопросъ о возможности встрѣчи супруговъ, хотя бы и удаленныхъ.



Физическая невозможность сожитія бываетъ еще результатомъ случая (*par l'effet de quelque accident*—Code Civ., ст. 312. Итал. ст. 162)—какого-нибудь наружнаго страданія мужа: раны, поврежденія на тѣлѣ или произведенной операціи, лишающей возможности сожительства съ женою.

Эту причину оспариванія законнорожденности дитяти считаютъ основательной и усматриваютъ въ Общегерманскомъ и Прусскомъ уложеніяхъ комментаторы ихъ, какъ объ этомъ было уже сказано.

Французскіе и бельгійскіе ученые цивилисты не согласны между собою, слѣдуетъ ли отнести къ этой причинѣ и неспособность, происшедшую отъ болѣзни, истощенія силъ или старости. Проф. Демолонбъ полагаетъ, что болѣзнь внутренняя можетъ быть такимъ же нагляднымъ доказательствомъ неспособности мужа (*impotentia*), какъ и внѣшнее поврежденіе (*Cours de Code Napoléon*, t. V., p. 36, 37. Проф. Лоранъ, основываясь на исторіи кодификаціи, приходитъ къ заключенію, что редакторы имѣли въ виду только неспособность отъ наружнаго поврежденія<sup>1)</sup>.

Но что касается природной неспособности къ брачному сожитію мужа, то законодательства французское (ст. 313) и италіанское (ст. 164) отвергаютъ возможность оспариванія мужемъ законнорожденности дитяти по этой причинѣ<sup>2)</sup>.

Мотивы такого постановленія закона заключаются въ мысли, что мужъ, обманувшій жену, долженъ поплатиться за свою вину тѣмъ, что онъ принуждается нести обязанности отца и не будучи въ дѣйствительности таковымъ. «Какъ понять», говорилъ трибунъ Дювейрье, «безстыдный цинизмъ челоѣка, который могъ бы выставлять свою срамоту и свой позоръ, чтобы обезчестить свою подругу и свою жертву<sup>3)</sup>».

Къ этому присоединяютъ еще процессуальныя причины: трудность доказывать наличность неспособности, не го-

<sup>1)</sup> Laurent, Principes de droit civil, t. III, p. 447, 448.

<sup>2)</sup> Впрочемъ, италіанскій законъ допускаетъ возможность спора и при явной, очевидной неспособности (ст. 164; тоже усматриваютъ и въ Прусскомъ правѣ. См. Dernburg, I. с').

<sup>3)</sup> Demolombe, Cours, t. V, p. 39.



воря уже о томъ соблазнѣ, который могутъ породить подобные процессы<sup>1)</sup>).

Конечно, возможна и вина на сторонѣ мужа—если онъ зналъ о своей неспособности, но можетъ вины и не быть, если она ему была не извѣстна.

Что касается процессуальныхъ трудностей, то они не непреодолимы: экспертизѣ помогаетъ срокъ испытанія, и только, послѣ истеченія его, юридически констатируется неспособность.

Нашъ законъ держится какъ разъ противоположнаго воззрѣнія. У насъ дѣти, рожденныя при существованіи брака, расторгнутаго по совершенной, надлежащимъ образомъ доказанной, неспособности мужа къ брачному сожитію (если такая неспособность природная или началась до вступленія въ бракъ), признаются незаконными (ст. 134, 48, 49).

3) Внебрачными дѣтьми признаются родившіяся хотя и въ бракъ, но ранѣе самаго кратчайшаго срока беременности (по нашему закону—180 дней), если мужъ отрицаетъ ихъ законнорожденность, т. е. не признаетъ своими (Зак. гражд. ст. 119, 125, 132; Фр., ст. 314. Итал., ст. 161. Сакс. § 1776. Австр. § 156. Пр. II, 2, § 1, Allgemeines, § 1591).

4) Къ внебрачнымъ дѣтямъ причисляются рожденныя по смерти мужа матери, или по расторженіи брака разводомъ, или же послѣ признанія брака недѣйствительнымъ, когда со дня этихъ событій до дня рожденія ребенка протекло болѣе 306 дней, т. е. истекъ самый продолжительный срокъ беременности, принятый нашимъ законодательствомъ (ст. 132 п. 3).

Но общегерманское и австрійское законодательства, находятъ возможнымъ, какъ указано было выше, допустить исключеніе изъ этого правила. Нашъ законъ твердо держится установленнаго имъ предположенія (презумпціи) зачатія и никакихъ отклоненій отъ даннаго имъ правила не допускаетъ.

---

<sup>1)</sup> Demolombe, t. V., p. 35 - 43 Laurent, Principes, III, 445 - 449.



## ГЛАВА VIII.

**Краткій историческій очеркъ постановленій о внѣбрачныхъ дѣтяхъ до изданія дѣйствующихъ западно-европейскихъ кодексовъ.**

§ 19.1, Греція. § 20.2. Римъ. § 21.3. Каноническое право. § 22.4. Законы варваровъ и древне-германское право § 23.5. Французское обычное право.

Хотя съ тѣхъ поръ, какъ существуетъ бракъ, существуетъ и понятіе о внѣбрачномъ рожденіи и проводится въ юридическомъ быту различіе между законными и внѣбрачными дѣтьми, однако-же въ древнее время, когда половыя связи не имѣли прочности и постоянства, когда существовало многобрачіе, когда заключеніе брака не подчинялось опредѣленному порядку, а расторжимость его была легкая, частая и слабо регулировалась, различія между законными и незаконными дѣтьми или совсѣмъ не существовало или же оно было незначительное.

Такое явленіе мы наблюдаемъ у древнихъ восточныхъ народовъ (у египтянъ, китайцевъ, персовъ и евреевъ). <sup>1)</sup>

Наоборотъ, когда полигамія смѣняется моногаміей, заключеніе браковъ упорядочивается и они дѣлаются устойчивѣе; когда слагается прочная семья, когда въ основу ея кладутся патріархальныя начала, тогда устанавливается, въ той или другой мѣрѣ, и различіе между брачными и внѣбрачными дѣтьми.

## § 19

**1. Греція.**

Въ древнемъ аттическомъ правѣ положеніе незаконныхъ дѣтей не было благопріятно, и этимъ они обязаны были религиознымъ идеямъ, подъ вліяніемъ которыхъ созданы были

<sup>1)</sup> См. мое изсл. Незаконнорожденные по саксонскому и французскому гражданскимъ кодексамъ, въ связи съ принципіальнымъ рѣшеніемъ вопроса о незаконнорожденныхъ вообще. Кіевъ, 1879 г. стр. 3 — 5. Mayer, Die Rechte Israeliten. Athenen und Römer. II. В. стр. 421.



юридическія нормы, касавшіяся этихъ дѣтей. Только бракъ и усыновленіе признавались источниками семьи. Дѣти внѣбрачныя и не усыновленные были чужды семьѣ и домашнему культу. Мало того—они оскорбленіе религіи и пятно для семьи, а слѣдовательно и для государства, какъ совокупности семей.

Впрочемъ, въ древнѣйшее, героическое время положеніе незаконнорожденного было далеко не такъ печально, какъ впоследствии: незаконное рожденіе не считалось безчестнымъ; незаконныя дѣти были признаваемы семьей и имѣли право на наслѣдство послѣ своего отца, при отсутствіи законныхъ дѣтей, и даже на небольшую долю, и при наличности послѣднихъ. Только, съ запрещеніемъ конкубината законами Солона, начался неблагоприятный поворотъ въ судьбѣ незаконныхъ дѣтей. Они были исключены изъ числа родственниковъ отца, изъ состава фратріи, изъ участія въ домашнемъ культѣ и лишены наслѣдственныхъ правъ послѣ своего родителя (по мнѣнію нѣкоторыхъ—при наличности законныхъ дѣтей, а по мнѣнію проф. Боше (Beauchet), автора капитальнаго сочиненія по исторіи права Аѣинской республики,—безусловно). Путемъ завѣщанія отецъ могъ имъ передать только незначительную сумму (1.000 или 500 драхмъ), Впрочемъ, больше въ видѣ алиментовъ, чѣмъ отказа,—запрещеніе, которое обходили путемъ непосредственнаго, прижизненнаго врученія дара дитяти. Но родители должны были давать содержаніе незаконнымъ дѣтямъ, а послѣднія, въ свою очередь, связаны были алиментарной обязанностью по отношенію къ своей матери.

Незаконныя дѣти обязаны были оказывать сыновнее почтеніе своимъ родителямъ, хотя и не состояли подъ властью послѣднихъ, ибо для этого требовалось общность домашнего культа, на что незаконныя дѣти права не имѣли. Кажется, надъ ними назначалась, взамѣнъ родительской власти, законная опека.

Незаконнородженность связана была не только съ рожденіемъ внѣ брака, но и съ рожденіемъ отъ иностранки. Впрочемъ, какъ полагаетъ Боше, незаконныя дѣти отъ гражданъ лишены были гражданскихъ правъ, но не политическихъ—мнѣніе, оспариваемое другими учеными.



Розысканіе родителей было дозволено—матери безспорно, отца — подъ сомнѣніемъ.

Сомнительно также, существовало ли узаконеніе. Боше не допускаетъ существованія его, но указываетъ на обходъ этого запрета, что касается дѣтей отъ иностранокъ, — посредствомъ натурализаціи незаконныхъ дѣтей и усыновленія потомъ своимъ отцомъ, хотя и сомнѣвается въ законности этой процедуры.

Положеніе незаконныхъ дѣтей въ С п а р т ѣ, повидимому, было такое же, какъ и въ Аѳинахъ: они исключены были изъ семьи, изъ участія въ домашнемъ культѣ и въ правахъ наслѣдованія <sup>1)</sup>.

## § 20.

### 2. Римъ.

О положеніи незаконныхъ дѣтей въ древнѣйшую эпоху римской исторіи мы не имѣемъ никакихъ положительныхъ данныхъ. Впослѣдствіи различались слѣдующіе виды этихъ дѣтей: *vulgo concepti*, т. е. такія, «которые не могутъ назвать отца, или, хотя и могутъ, но такого, какого имъ имѣть не дозволяется» (l. 23. D. 1, 5), иначе, происшедшія отъ женщинъ распутныхъ, торгующихъ собою (l. 41, 43. D. 23, 2); *spuri*, происшедшія отъ женщинъ не профессионально развратныхъ <sup>2)</sup>. Позже стали различать *adulterini*, происшедшія отъ прелюбодѣянія, и *incestuosi*, происшедшія отъ кровосмѣшенія. Въ источникахъ и эти виды дѣтей называются *spuri* (Gaii 1, 64. Ulp. 5, 7). Но въ особенности выдѣлялись изъ числа внѣбрачныхъ дѣтей такъ называемыя естественныя дѣти—*liberi naturales*—дѣти, происшедшія отъ конкубинъ (tit. C. 5, 27. l. 3. C. 5, 35).

<sup>1)</sup> Beauchet—Histoire du droit prive de la république athénienne, Le droit de famille. I., p. 488—533

<sup>2)</sup> Filii autem tui, ut ex libera nati, incerto tamen patre spurii ingenui intelliguntur l. 3 C. 5, 18. — Solent (ii, quos vulgo mater concepit. spurii appellari, vel a graeca voce quasi sporaden concepti, vel quasi sine patre filii. § 12 l. 1, 10.



Когда сложилась агнатическая семья, въ ней не оказалось мѣста для незаконныхъ дѣтей, такъ какъ въ эту семью можно было войти только чрезъ законный бракъ. Незаконныя дѣти не имѣли отца (§ 4 Inst. III, 5. 1. 19 D. 1, 5) и, такимъ образомъ, не подпадали подъ отеческую власть—источникъ ихъ семейныхъ правъ и обязанностей. Но «по закону природы» они зачислялись за матерью <sup>1)</sup>, и она обязана была давать имъ пропитаніе <sup>2)</sup>.

Незаконныхъ дѣтей въ римскомъ государствѣ было не мало; не говоримъ о дѣтяхъ рабовъ (которыя разсматривались какъ приплодъ отъ рабыни), ихъ было не мало отъ связей свободныхъ съ рабынями и вольноотпущенными. Можно думать, что законъ вначалѣ не отличался, такъ сказать принципиальною строгостью по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ. По крайней мѣрѣ, источники показываютъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ, когда рѣчь шла вообще о дѣтяхъ, въ завѣщательныхъ распоряженіяхъ, разумѣлись и внѣбрачныя дѣти (l. 17, § 4. D. 36, 1).

Далѣе не видно, чтобы они пользовались общественнымъ презрѣніемъ. Напротивъ, незаконность происхожденія не препятствовала занятію высокихъ общественныхъ должностей (l. 3, § 2. D. 50, 2).

Существенное ограниченіе въ правахъ испытывали незаконныя дѣти въ области наслѣдованія, такъ какъ въ древнѣйшемъ римскомъ правѣ оно было построено на агнатической связи, а не на кровномъ родствѣ. Но извѣстно, что въ послѣдствіи, мало по малу, родство по крови стало служить источникомъ наслѣдственныхъ правъ. Тогда и незаконныя дѣти получили эти права по отношенію къ своимъ матерямъ. По преторскому эдикту эти дѣти и мать наслѣдовали другъ другу въ третьемъ классѣ (*unde cognati*, l. 1, §§ 1, 2, l. 4, l. 8 D. 38, 8). По *Sc. Orphitianum* (изданному Маркомъ Авреліемъ) дѣти призываются къ наслѣдованію предпочтительно предъ всѣми агнатами, причемъ сдѣлано специальное

<sup>1)</sup> *Lex naturae est haec ut, qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur*, l. 24. D. 1, 5.—*Vulgo quaesitus matrem sequitur*. l. 1, D. 1, 5.

<sup>2)</sup> *Ergo et matrem cogemus praesertim vulgo quaesitos liberos alere* l. 5, § 4. D. 25, 3.



упоминаніе о допущеніи къ наслѣдованію и незаконныхъ (Inst. de Sc. Orphit. III, 4). Еще раньше, по Sc. Tertullianum, были расширены наслѣдственные права матери послѣ дѣтей: она наслѣдовала имъ, если послѣ нихъ не осталось ни дѣтей, ни отца, ни единокровныхъ братьевъ. Съ сестрами она наслѣдовала совмѣстно (Inst. de Sc. Tertull. III, 3).

Что касается незаконнаго отца, то, такъ какъ de jure незаконныя дѣти его не имѣли, то и наслѣдовать послѣ него не могли. Исключеніе было сдѣлано только относительно дѣтей отъ конкубины.

Подъ конецъ республики нравы римлянъ расшатались. Внѣбрачныя связи стали заурядными. Въ особенности не мало было такихъ связей между свободнорожденными и вольноотпущенными. Ко времени Августа конкубинатъ такъ укоренился, что пришлось его регулировать закономъ, полупризнавъ его юридическую силу, и вмѣстѣ съ тѣмъ настояла надобность опредѣлить положеніе дѣтей, происходящихъ отъ этой полулегальной связи. За этими дѣтьми укрѣпилось названіе дѣтей «естественныхъ», и такимъ образомъ на-ряду съ *spruii* и *vulgo quaesiti* появились *liberi naturales*.

Все вниманіе законодателей въ вопросѣ о незаконныхъ дѣтяхъ было сосредоточено на этихъ послѣднихъ, и ихъ юридическое положеніе отразилось даже на правахъ внѣбрачныхъ дѣтей и въ новомъ мірѣ, съ рецепціей римскаго права.

Въ чемъ-же заключалась особенность ихъ юридическаго положенія?

Во-1-хъ, дѣти отъ конкубины имѣли право на алименты отъ обоихъ родителей (Nov. 89, с. 12 §§ 4, 6 и с. 13).

Во-2-хъ, имъ предоставлены были опредѣленные наслѣдственные права, а именно: послѣ своего отца, оставившаго кромѣ ихъ и законное потомство, они получали вмѣстѣ съ матерью  $\frac{1}{12}$  отцовскаго имущества; мать-же ихъ, безъ нихъ, т. е. при неимѣніи дѣтей (и при неимѣніи законной супруги)— $\frac{1}{24}$  (Nov. 89. с. 12). При неоставленіи отцомъ законнаго потомства, а равно и законной жены, незаконныя дѣти получаютъ  $\frac{1}{6}$  часть наслѣдства, съ правомъ матери ихъ, если она осталась, на долю, равную дѣтской (Nov. 18 с. 5, Nov. 89 с. 12). Такое-же право наслѣдованія



имѣть и отецъ относительно дѣтскаго имущества (Nov. 89, с. 13).

Благодѣяніе закона по отношенію къ дѣтямъ конкубины пошло еще дальше: для нихъ созданы были способы выхода изъ состоянія незаконности посредствомъ такъ называемаго узаконенія, а именно: чрезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей. Впервые этотъ способъ узаконенія сталъ примѣняться при Константинѣ (I. 5 С. 5, 27), а съ Юстиніана онъ сдѣлался постояннымъ способомъ узаконенія (Nov. 89, с. 8 рг.).

Сверхъ того естественныя дѣти узаконялись посредствомъ записи въ члены куріи или муниципального совѣта (Nov. 89 с. 2) и чрезъ рескриптъ государя—на тотъ случай, когда узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ было невозможно (Nov. 74 с. 2, Nov. 89 с. 8, 10).

## § 21.

### 3. Каноническое право.

Каноническое право продолжаетъ гуманную дѣятельность римскаго права по отношенію къ внѣбрачнымъ дѣтямъ. Исходная мысль перваго была: внѣбрачное дитя, какъ не происшедшее отъ законнаго брака — этого единственнаго источника семьи — семейными правами не можетъ пользоваться; но средства къ жизни должны быть ему даны его родителями, какъ и родившемуся въ бракѣ.

Всѣ незаконныя дѣти, въ томъ числѣ и происшедшія отъ преступной связи—прелюбодѣянія, кровосмѣшенія, имѣли право требовать содержанія не только отъ родителей, но и отъ наслѣдниковъ послѣднихъ. Но, надѣляя внѣбрачныхъ дѣтей нѣкоторыми гражданскими правами, церковь считала ихъ запятанными для полученія священническаго сана и допущенія къ церковнымъ должностямъ. Замѣчательно, что внѣбрачнорожденнымъ было воспрещено пріобрѣтеніе степени доктора богословія.

Каноническое право сохранило два способа узаконенія отъ римскаго права—чрезъ послѣдующій бракъ для дѣтей,



родившихся отъ родителей, могшихъ заключить такой бракъ, и чрезъ рескриптъ для родившихся отъ преступныхъ связей. Но при этомъ, что касается перваго вида узаконенія, замѣчается разница въ воззрѣніяхъ римскаго и каноническаго права. Римское право, по юридической фикціи, переносило дѣйствіе узаконенія съ момента брака къ моменту рожденія дитяти; каноническое право видѣло въ узаконеніи обнаруженіе уже существующаго раньше тайнаго брака (*matrimonium clandestinum*). Отсюда требованіе, чтобы родители способны были ко вступленію въ бракъ уже въ моментъ зачатія узаконяемаго.

## § 22.

### 4. Законы варваровъ и древне-германское право.

Благодѣтельное вліяніе римскаго права на положеніе внѣбрачныхъ дѣтей встрѣтило на своемъ пути жестокіе законы варваровъ и несочувственное къ нимъ обычное право германцевъ. Законы эти усвоили себѣ взглядъ на бракъ неравный, какъ на незаконный, и потому потомство отъ такихъ браковъ считали незаконнымъ, преслѣдовали его и лишали правъ.

Въ особенности жестоко было средневѣковое обычное право германцевъ. Незаконнорожденный рассматривался, какъ человѣкъ безродный: онъ не принадлежалъ ни къ семьѣ отца, ни къ семьѣ матери и поэтому не имѣлъ и наслѣдственныхъ правъ послѣ нихъ. Онъ не пользовался и опекой семейной, былъ внѣ *mundium*. Если онъ умиралъ безъ законнаго потомства, то имущество его доставалось монарху. Сборники германскаго обычнаго права—такъ называемыя Зерцала Саксонское и Швабское, говоря о незаконныхъ дѣтяхъ, называютъ ихъ *rechtlos*—безправными.

Если родители внѣбрачнаго дитяти были неодинаковаго происхожденія, то оно слѣдовало положенію родителя низшаго происхожденія. *En formariage le pire emporte le bien. Das Kind tritt zur ärgeren Hand.* Но они были не только безправны, но и запятнаны своимъ рожденіемъ: они не могли быть судьями, шеффенами, свидѣтелями, а также имъ не дозволялось присягать и драться на судебномъ поединкѣ.



Проникновеніе въ Германію римскаго права было лучшемъ, освѣщавшимъ темную судьбу внѣбрачныхъ дѣтей; къ сожалѣнію, лучъ этотъ не всюду проникалъ. Гдѣ примѣнялись начала римскаго права, тамъ дѣти эти получали алиментарныя права, права наслѣдованія послѣ матери, а по нѣкоторымъ статутарнымъ правамъ и послѣ родственниковъ материнскихъ. Нѣкоторые статуты давали также внѣ брака рожденнымъ наслѣдственныя права римскихъ *liberorum naturam*.

Положеніе незаконныхъ дѣтей было тѣмъ тягостнѣе, что древне-германское право несочувственно относилось къ узаконенію ихъ чрезъ послѣдующій бракъ. Раньше всего мы находимъ слѣды узаконенія у одного нѣмецкаго народа—лонгобардовъ. Впослѣдствіи замѣчается неодинаковое отношеніе къ этому институту сборниковъ обычнаго права сѣверной и южной Германіи. Первый (Саксонское Зерцало) отказываетъ въ правахъ узаконенія; напротивъ, второй (Швабское Зерцало) приравнивалъ узаконенныхъ къ законнорожденнымъ.

Вообще по отношенію къ узаконенію у германцевъ замѣчается два теченія: теченіе національное, нѣмецкое, враждебно относившееся къ узаконенію, и теченіе римскаго и каноническаго права, благопріятствовавшее ему.

## § 23.

### 5. Французское обычное право.

Древнегерманскій взглядъ на внѣ брака рожденного, какъ на челоѣка чуждаго семьѣ, вначалѣ имѣлъ силу и во французскомъ обычномъ правѣ. Господствующимъ воззрѣніемъ было правило: внѣбрачныя дѣти не наслѣдуютъ своимъ родителямъ, но зато во Франціи рано усвоенъ былъ взглядъ каноническаго права объ алиментарной обязанности родителей по отношенію къ своимъ незаконнымъ дѣтямъ (и притомъ всѣхъ видовъ), а отсюда и право розыска отца.

Но и здѣсь внѣбрачныя дѣти считались людьми морально униженными, а потому они не могли быть избираемы въ мэры и другія почетныя должности, даже свидѣтельство



на судъ имъ не дозволялось. Узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ на началахъ каноническаго права, т. е. *ex soluto et soluta* (т. е. для дѣтей отъ холостаго и незамужней), имѣло полную силу; узаконеніе чрезъ рескриптъ могло дать наслѣдственныя права узаконеннымъ, при согласіи на это родителей и законныхъ родственниковъ.

Французское законодательство въ своей исторіи представляетъ единственный примѣръ приравненія незаконныхъ дѣтей къ законнымъ: это было постановленіе революціоннаго закона (12 Брюмера II года), имѣвшаго, впрочемъ, силу недолго.

Вотъ въ немногихъ словахъ и въ главныхъ чертахъ исторія судьбы внѣбрачныхъ дѣтей до появленія дѣйствующихъ западно-европейскихъ гражданскихъ кодексовъ<sup>1)</sup>.

## II. Положеніе внѣбрачныхъ дѣтей по дѣйствующимъ западно-европейскимъ гражданскимъ кодексамъ.

### § 24.

#### Предварительныя замѣчанія.

Дѣйствующимъ кодексамъ, при введеніи ихъ, предстояла задача не только подвести итоги установившемуся до нихъ правосознанію, но и дать новыя правила, достойныя разумно устроеннаго и христіанскаго общества.

Во многомъ новое правосознаніе было продолженіемъ прежняго: начала римскаго и каноническаго права легли въ основу и новыхъ законодательствъ. Но кое-что, какъ и слѣдовало, отошло въ исторію, и прежде всего въ самое понятіе о незаконнорожденности новыя уложенія внесли нѣкоторыя отличія, сравнительно съ правомъ римскимъ и средне-вѣковымъ. Такъ, во-1-хъ, съ исчезновеніемъ конкубината, исчезло различіе между дѣтьми конкубинъ и незаконными дѣтьми другихъ женщинъ. Такъ, гражданство и негражданство стало безразличнымъ для законнорожденности. Такъ, далѣе, съ отмѣной рабства, исчезло понятіе о неравномъ бракѣ, суще-

<sup>1)</sup> См. мое изслѣдованіе—Незаконнорожденные и проч., стр. 12—27.



ствовавшее, правда, еще при браках мorganатическихъ, хотя не въ столь рѣзкихъ чертахъ. Понятіе о законнорожденности и незаконнорожденности совпало съ понятіемъ о законномъ бракѣ и незаконномъ сожителствѣ: дѣти отъ перваго считаются законными, брачными, дѣти отъ второго—незаконными, внѣбрачными.

Такимъ образомъ незаконными дѣтьми были признаны: 1) рожденные до брака, 2) зачатые до брака и рожденные въ бракѣ, но законнорожденность которыхъ отрицаетъ мужъ матери, 3) зачатые и рожденные въ бракѣ, но не отъ мужа, 4) рожденные послѣ прекращенія брака въ срокъ столь поздній, что зачатіе ихъ не можетъ быть отнесено къ браку.

Въ вопросахъ о правахъ внѣбрачныхъ дѣтей въ новыхъ законодательствахъ замѣчается больше опредѣленности, больше мягкости, чѣмъ въ старомъ правѣ. Незаконное происхожденіе перестаетъ быть пятномъ. Въ этомъ согласны всѣ законодательства. Но разногласіе большое въ вопросѣ о способахъ установленія незаконнаго сыновства и въ вопросѣ о мѣрѣ правъ, которыя могутъ быть предоставлены внѣ брака рожденному. При этомъ надо сознаться, что вообще законодательное рѣшеніе вопроса о внѣбрачныхъ дѣтяхъ—дѣло въ высшей степени трудное.

Законодателю приходится удовлетворить двоякаго рода требованія, въ извѣстной степени противоположнымъ. Такъ, съ одной стороны, онъ долженъ оказывать особое вниманіе и покровительство законному браку, а вмѣстѣ съ тѣмъ проявлять особенную заботливость о дѣтяхъ, происшедшихъ отъ этого брака. Сожительство внѣбрачное есть состояніе внѣзаконное. Поэтому и дѣти, происшедшія отъ такого сожителства, не могутъ рассчитывать на особое вниманіе законодателя. Но, съ другой стороны, и внѣбрачныя дѣти—дѣти гражданъ и сами граждане, члены государственнаго союза; вступленіе ихъ въ этотъ союзъ закономѣрно (ибо рожденіе человека—актъ природы и, при какихъ бы обстоятельствахъ оно ни совершилось, есть явленіе правомѣрное). Кромѣ того, по современнымъ понятіямъ о международномъ общеніи и иностранцы пользуются защитой и покровительствомъ закона. Все это обязываетъ законодателя относиться внимательно и



къ незаконнымъ дѣтямъ, опредѣлить твердо и безпристрастно ихъ юридическое положеніе.

Вотъ своего рода дилемма, въ которую попадаетъ всякій законодатель, при написаніи законовъ для внѣбрачныхъ дѣтей.

Но этимъ затрудненіе не оканчивается. Недостаточно установить, какія права должны быть предоставлены незаконнымъ дѣтямъ. Надо еще указать способы опредѣленія ихъ сыновства, т. е. происхожденія отъ извѣстныхъ родителей. Для законнаго рожденія это сыновство опредѣляется просто и легко. Дѣти, родившіяся отъ женщины, состоящей въ бракѣ, считаются дѣтьми ея мужа. Это предположеніе имѣетъ твердый характеръ и лишь въ точно опредѣленныхъ закономъ случаяхъ можетъ быть опровергаемо. Да и надобность въ такомъ опроверженіи возникаетъ рѣдко. Дѣти отъ брака обыкновенно дѣти мужа и жены.

Иначе стоитъ дѣло при незаконныхъ рожденіяхъ. Эти рожденія нерѣдко совершаются при такихъ обстоятельствахъ, которыя заставляютъ желать родителей скрыть свое отцовство или материнство. Тѣ предположенія, которыя даетъ бракъ для установленія сыновства, при рожденіяхъ внѣбрачныхъ, не имѣютъ мѣста. Между тѣмъ законодатель, конечно, не можетъ надѣлять дѣтей правами по отношенію къ ихъ родителямъ, не имѣя твердыхъ фактовъ для опредѣленія этого родительства, если можно такъ выразиться. Это затрудненіе привело законодательства романскихъ народовъ (французское, италіанское, бельгійское) и тѣ, которыя усвоили себѣ Кодексъ Наполеона цѣликомъ или съ измѣненіями (куда должно быть причислено и наше Гражданское уложеніе для Царства Польскаго) къ сознанію необходимости совсѣмъ отказаться отъ созданія способовъ установленія незаконнаго сыновства, разъ сами родители добровольно не признаютъ сыновства, разъ сами родители добровольно не признаютъ незаконное дитя своимъ. Напротивъ, законодательства германскихъ народовъ допускаютъ какъ добровольное, такъ и судебное признаніе.

Итакъ въ ученіи о внѣбрачныхъ дѣтяхъ есть два основныхъ вопроса: объ установленіи происхожденія этихъ дѣтей отъ своихъ родителей и о правахъ сихъ дѣтей.



Приступая къ изученію положенія внѣбрачныхъ дѣтей по современнымъ законодательствамъ, мы тоже будемъ отдѣлять оба эти вопроса.

Сначала обратимся къ изученію постановленій о внѣбрачныхъ дѣтяхъ по законодательствамъ романскихъ народовъ.

## ГЛАВА IX.

### а) Внѣбрачныя дѣти по французскому и италіанскому кодексамъ.

§ 25, 1. Признаніе. § 26 2. О розысканіи родителей. § 27. 3. Права внѣбрачныхъ дѣтей. § 28 4. Узаконеніе.

Согласно вышесказанному, сначала должна быть рѣчь о способахъ установленія незаконнаго сыновства. Такихъ способовъ два: добровольное признаніе внѣбрачнаго дитяти его родителями и судебное удостовѣреніе происхожденія его отъ данныхъ лицъ, или розыскъ родителей. Такимъ образомъ сначала должны быть рассмотрѣны постановленія о добровольномъ признаніи.

## § 25.

### 1. Признаніе (la reconnaissance, il riconoscimento).

Въ ученіи о признаніи первый вопросъ, подлежащій разрѣшенію, есть вопросъ о томъ, кто имѣетъ право дѣлать признаніе.

Отвѣтъ долженъ быть данъ такой—конечно, родители; и именно такъ, что признаніе, сдѣланное каждымъ изъ нихъ, и порождаетъ юридическія послѣдствія только въ отношеніи его; такъ что признаніе, сдѣланное отцомъ, устанавливаетъ отцовство, а признаніе, сдѣланное матерью, устанавливаетъ материнство (франц. код., ст. 336; итал., ст. 182).

Актъ добровольнаго признанія есть актъ личный и притомъ не отмѣняемый и не допускающій ни срочности, ни условій. Сверхъ того онъ долженъ быть результатомъ воли свободной и не заблуждающейся; онъ не долженъ быть вы-



званъ ни ошибкой, ни обманомъ. Не будучи актомъ договора (отчего и не требуется согласія признаваемого), онъ можетъ быть совершаемъ тѣми лицами, которыя и не располагаютъ общедоговорной дѣеспособностью, а именно: замужней женщиной безъ авторизаціи мужа или суда, малолѣтнимъ (не эмансипированнымъ) — безъ согласія опекуна, малолѣтнимъ эмансипированнымъ — безъ участія попечителя, лицомъ, находящимся подъ надзоромъ семейнаго совѣта, — безъ согласія этого совѣта.

Какихъ незаконныхъ дѣтей можно признать своими? Всѣхъ, кромѣ происшедшихъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія (франц., ст. 335; итал., ст. 180). Это *privilegium odiosum* двухъ послѣднихъ видовъ незаконнорожденныхъ оправдывается французскими юристами слѣдующими соображеніями. Рожденіе дитяти, составляющаго плодъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, есть чистое несчастье для нравовъ. Поэтому не только не слѣдуетъ сохранять какой-бы то ни было слѣды существованія такого рожденія, но было-бы желательно изгладить даже всякую память о немъ<sup>1)</sup>.

Признаніе можетъ быть сдѣлано даже до рожденія ребенка, а по мнѣнію французской судебной практики, и по смерти его, если у умершаго осталось потомство. Это мнѣніе основывается на томъ постановленіи закона (ст. 332), которое дозволяетъ узаконеніе въ пользу потомства умершихъ дѣтей, а узаконеніе предполагаетъ наличность признанія ихъ (ст. 331). Такое-же мнѣніе и италіанскихъ юристовъ (Prof. D. Gianturco. *Istituzioni di diritto civile italiano*, 4 ed. p. 72).

Для дѣйствительности признанія требуется соблюденіе особой предписанной закономъ формы; именно, по ст. 334 франц. кодекса и ст. 186 италіанскаго, признаніе должно быть сдѣлано посредствомъ публичнаго акта (*acte authentique*), если оно не сдѣлано въ актѣ о рожденіи. Этимъ требованіемъ законъ желаетъ, съ одной стороны, обезпечить свободу и искренность признанія, а съ другой — сообщить ему достовѣрную дату и дать свойство неотмѣняемости.

<sup>1)</sup> Слова Laharri въ его рапортѣ трибунату. См. Laurent—*Principes de droit civil*, t. I. V. стр. 206.



Всякое признаніе можетъ быть оспорено заинтересованными въ томъ лицами (франц., ст. 339; итал., ст. 188). Такими заинтересованными лицами будутъ: само признанное дитя, его законные родители, лицо, признавшее раньше то-же дитя, самъ признавшій или его родители или его наслѣдники, наконецъ, всѣ прочія лица, имущественно заинтересованныя (франц., ст. 339; итал., ст. 188).

Возможно, что совершенно законное и дѣйствительное признаніе не произведетъ всего своего дѣйствія. Это именно признаніе, сдѣланное женатымъ или замужней, дитяти, родившагося до брака отъ другаго лица, а не отъ супруга. Такое дитя не будетъ считаться происшедшимъ отъ прелюбодѣянія, потому что оно родилось прежде заключенія брака; но супругъ, чужой по отношенію къ этому дитяти, могъ быть обманутъ, вступая въ бракъ и полагая, что его супругъ не имѣлъ добрачныхъ дѣтей. Нельзя допустить, чтобы онъ, благодаря этой ошибкѣ, терпѣлъ лично или его законныя дѣти. Эта цѣль достигается тѣмъ, что такое признаніе не можетъ причинить вреда ни супругу, ни его дѣтямъ отъ брака, т. е. что такое дитя не можетъ пользоваться наслѣдственными правами во вредъ законнымъ дѣтямъ. Но это признаніе оказываетъ свое дѣйствіе, послѣ прекращенія брака, если отъ него не останется законныхъ дѣтей (франц., ст. 337. Ср. итал., ст. 183).

## § 26.

(La recherche de la paternité et de la maternité.—Le indagini sulla paternità e sulla maternità).

### 2. О розысканіи родителей.

Если внѣ брака рожденный не будетъ признанъ добровольно родителями за свое дитя, то ему остается путемъ суда установить свое сыновство, что технически называется розыскомъ родителей. Къ этому способу установленія происхожденія незаконнаго дитяти отъ данныхъ лицъ французское, италіанское и другія романскія законодательства относятся крайне несочувственно. Розысканіе отца во-



все запрещается (франц., ст. 340; итал., ст. 189), а розысканіе матери обставлено такими процессуальными затрудненіями, что на практикѣ почти равняется запрещенію.

Какія-же соображенія привели законодателей къ такому строгому рѣшенію разсматриваемаго вопроса? А вотъ какія. Законодатели въ этомъ случаѣ разсуждаютъ такъ: семья есть основа общественнаго порядка, она—естественная охрана нравовъ; поэтому законодатель не можетъ относиться благопріятно къ незаконнымъ дѣтямъ, какъ видимому отрицанію семьи. Отсюда лишеніе ихъ почти всѣхъ частныхъ правъ, отсюда-же и запрещеніе розыскивать своего отца. Это одна сторона дѣла, которую имѣли въ виду редакторы Наполеонова кодекса. Но есть еще и другая, не менѣе существенная. Природа, говоритъ Бигот-Преаменё (Bigot Préaudeau), покрыла непроницаемой завѣсой передачу нашего существованія. Бракъ, прибавляетъ Дювейрье (Duveugier), хотя и не даетъ матеріальнаго доказательства этой передачи, даетъ законное предположеніе отчества. (См. мое изсл. о незаконнорожденныхъ, стр. 107).

Изъ правила, запрещающаго розыскъ отца, сдѣлано единственное исключеніе въ томъ случаѣ, когда ребенокъ рожденъ похищенною или изнасилованною, если время похищенія или изнасилованія совпадаетъ съ предполагаемымъ временемъ зачатія дитяти; ибо здѣсь, какъ говорятъ французскіе цивилисты, есть основаніе, которое дѣлаетъ отцовство вѣроятнымъ<sup>1)</sup>.

Французская и италіанская судебная практика создала еще одно исключеніе (правда, не прямое, а больше косвенное) изъ правила о запрещеніи розыска отца. А именно: останавливаясь на общемъ постановленіи, что всякій, виновный въ причиненіи кому-нибудь вреда, обязанъ вознаградить понесшаго вредъ (франц., ст. 1382; итал., ст. 1151), въ практикѣ установилось воззрѣніе, что женщина, обольщенная мужчиной, имѣетъ право требовать удовлетворенія; надо

<sup>1)</sup> Ст. 340 франц. кодекса говоритъ только о похищеніи, но практика распространила исключеніе и на изнасилованіе, считая это послѣднее моментальнымъ похищеніемъ. Итал. кодексъ напротивъ, упоминаетъ объ обоихъ видахъ этого преступленія, ст. 189. См. Colmet de Santerre—Manuel élémentaire de droit civil, I, 134.



только, чтобы такой искъ не имѣлъ никакого отношенія къ родившемуся отъ этой связи дитяти; словомъ, чтобы онъ не напоминалъ собой иска о розыскѣ.

Конечно, обыкновенно такого рода иски и предъявляются именно въ виду интересовъ дитяти, и сама практика допускаетъ ихъ для смягченія, такъ сказать, закона, воспреещающаго розыскъ. Но это своего рода фарисейство необходимо въ виду категорическаго предписанія закона: розыскъ отца воспрещается. *Dura lex, sed lex.*

Розысканіе матери допускается, потому что беременность и разрѣшеніе отъ бремени могутъ быть доказаны безъ затрудненія. Но для доказательства происхожденія отъ данной женщины недостаточно доказать, что она родила тогда, когда родилось внѣбрачное дитя; надо еще доказать, что она именно его родила: тождество его съ родившимся. И то, и другое можетъ быть доказываемо свидѣтелями; но однихъ свидѣтельскихъ показаній недостаточно; надо еще, чтобы были, хотя-бы и не формальныя, письменныя доказательства (*commencement de preuve par écrit*, франц., ст. 341; итал., ст. 190).

Это требованіе вызывается желаніемъ обезпечить семью отъ возбужденія процессовъ неосновательныхъ, имѣющихъ цѣлью вызвать только скандалъ.

И въ этомъ отношеніи дѣти отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія пользуются *privilegium odiosum*: розысканіе отца и матери, не исключая и случая похищенія, имъ совершенно запрещено (франц., ст. 342; итал., ст. 180) по той-же причинѣ, что и добровольное признаніе, имѣющей здѣсь приложеніе *a fortiori*.

Таковы способы установленія незаконнаго сыновства по кодексамъ романскихъ народовъ.

## § 27.

### 3. Права внѣбрачныхъ дѣтей.

Теперь посмотримъ, какія же права предоставляютъ эти кодексы внѣбрачнымъ дѣтямъ.



Признаніе (все равно — добровольное или принудительное) устанавливаетъ родственную связь между вѣббрачнымъ сыномъ или дочерью и признавшими его родителями. Но незаконныя дѣти не входятъ въ семью своихъ родителей. Въ этомъ разница между ними и законными дѣтьми, въ этомъ сказывается покровительство законному рожденію.

Вслѣдствіе такого чисто-личнаго отношенія незаконнаго дитяти къ признавшему его отцу или матери, оно не имѣетъ никакихъ правъ по отношенію къ родственникамъ, какъ отцовской, такъ и материнской стороны (франц., ст. 757; итал., ст. 749).

Что касается родителей, то признанныя ими дѣти поступаютъ подъ ихъ власть. Правда, что законъ прямо не говоритъ о такомъ подчиненіи вѣббрачныхъ дѣтей родительской власти, но онъ говоритъ о правѣ родителей принимать по отношенію къ этимъ дѣтямъ такія-же исправительныя мѣры, какъ и по отношенію къ дѣтямъ законнымъ (франц., ст. 383). Отсюда заключаютъ, что это право даетъ законъ родителямъ потому, что онъ предоставляетъ имъ родительскую власть. Конечно, эта власть принадлежитъ тому родителю, который призналъ незаконное дитя своимъ, а если признали оба, то отцу, какъ главѣ семьи. Въ силу этой власти родители имѣютъ право:

1) Воспитанія вѣббрачнаго дитяти и надзора надъ нимъ. Эти права вытекаютъ изъ положительно даннаго права исправленія. Послѣднее дано именно въ виду воспитанія, которое есть столько же право, сколько и обязанность для родителей, а воспитаніе требуетъ надзора.

2) Исправленія. Какого рода исправительныя мѣры позволяетъ законъ примѣнять родителямъ по отношенію къ своимъ дѣтямъ (законнымъ и незаконнымъ), объ этомъ была рѣчь раньше.

Какъ мы видѣли, въ такой рѣшительной формѣ допускаетъ исправительныя мѣры только Кодексъ Французскій: Кодексъ Италіанскій, признавая тоже возможность отдачи неблагонаправнаго сына въ исправительное заведеніе, не даетъ такихъ широкихъ и рѣзко выраженныхъ полномочій отцу (итал., ст. 222, 223), а по мнѣнію италіанскихъ ученыхъ, незаконному родителю принадлежатъ только опекунскія права



по отношенію къ признанному имъ незаконному дитяти (184), такъ какъ прямаго закона, допускающаго родительскую власть надъ незаконными дѣтьми, не существуетъ: впрочемъ, въ силу своей власти опекуны имѣютъ права почти тѣ же, что и въ силу отеческой власти<sup>1)</sup>.

3) Давать или не давать разрѣшеніе на бракъ (франц., ст. 148 и слѣд.; итал., ст. 63 и слѣд.).

Но ни права пользованія, ни права управленія дѣтскимъ имуществомъ незаконные родители не имѣютъ.

Независимо отъ правъ и обязанностей незаконнаго дитяти, вытекающихъ изъ родительской власти, есть еще права, не зависящія отъ этой власти. Сюда принадлежитъ право внѣ брака рожденнаго дитяти на имя признавшаго его родителя, а если признали оба,—то на имя отца (итал., ст. 185). Текста французскаго закона, подкрѣпляющаго это право дитяти, нѣтъ, но оно единодушно признается учеными и практиками, какъ вѣрнѣйшее средство опредѣлить сыновство незаконнаго дитяти. Это право — исконный обычай<sup>2)</sup>.

*а) Права алиментарныя (права на содержаніе).*

Нѣтъ текста закона (во французскомъ кодексѣ) и относительно другаго весьма важнаго права незаконныхъ дѣтей — права на алименты. Но это право общепризнано практикой и теоріей на томъ основаніи, что законъ предоставляетъ алименты худшему, такъ сказать, виду незаконныхъ дѣтей — дѣтямъ, происшедшимъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія (ст. 762), въ которомъ законъ относится особенно неблагоприятно. А fortiori, слѣдовательно, это право принадлежитъ обыкновеннымъ незаконнымъ дѣтямъ<sup>3)</sup>. Алименты обнимаютъ все необходимое для жизни: пищу, одежду, жилище. Воспитаніе, составляющее, какъ мы видѣли, тоже обязанность родителей по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ, есть

<sup>1)</sup> Prof. Fr. Triaca—Elementi di diritto civile, p. 262, 262. Gianturco вышепр. соч. стр. 7,

<sup>2)</sup> Demolombe, V, Cours de Code Napoleon, p. 612, 613.

<sup>3)</sup> Laurent—Cours elementaire de droit civil. t. I, p. 294.



нѣчто большее алиментовъ: оно уже предполагаетъ ихъ. Алименты даются сообразно со степенью нужды получающаго ихъ и со средствами дающаго (ст. 763).

Италянскій законъ и здѣсь дополняетъ французскій. Онъ говоритъ: родитель долженъ дать содержаніе, воспитаніе и образованіе своему незаконному сыну и приготовить его къ извѣстной профессіи, а въ случаѣ нужды доставлять и въ послѣдствіи алименты, если у него нѣтъ ни супруга, ни нисходящихъ, которые могли-бы ему помочь (ст. 186). Равно онъ долженъ доставлять алименты нисходящимъ раньше умершаго незаконнаго сына, если ихъ мать или ея родители не имѣютъ средствъ (ст. 187).

Количество средствъ содержанія опредѣляется въ извѣстной денежной суммѣ. Впрочемъ, законъ предусматриваетъ случай, когда въ алименты засчитываются раньше понесенныя на содержаніе внѣбрачнаго дитяти издержки: именно, если отецъ или мать дитяти, происшедшаго отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, выучили его какому-нибудь ремеслу или обезпечили ему содержаніе при жизни, то послѣ ихъ смерти дитя не можетъ предъявить претензіи къ ихъ наслѣдству (франц., ст. 764). Само собою разумѣется, что статья эта должна имѣть приложеніе и къ простымъ незаконнымъ дѣтямъ.

Алиментарная обязанность, какъ долгъ, переходитъ на наслѣдниковъ родителей (франц., ст. 763, 764).

По мнѣнію французской судебной практики (прямого закона нѣтъ), алиментарная обязанность признается взаимною (Demolombe, Cours, IV 19, 20), а по итальянскому закону незаконные сынъ или дочь обязаны доставлять алименты своему родителю, если послѣдній не имѣетъ ни законныхъ нисходящихъ, ни супруга, которые были бы въ состояніи помочь ему (ст. 187).

#### *б) Права наслѣдственныя.*

Древнее французское право отказывало незаконнымъ дѣтямъ въ наслѣдственныхъ правахъ. Общимъ правиломъ его было положеніе: *enfants bastards ne succèdent*. Революціонное законодательство круто повернуло отъ этого принципа въ



противоположную сторону, уравнивъ незаконныхъ дѣтей съ законными. Такимъ образомъ, дореволюціонное законодательство интересы дитяти приносило въ жертву интересамъ общественнаго порядка; законы революціонные, наоборотъ, жертвовали интересами общественными изъ-за интересовъ дитяти. Кодексъ Наполеона явился примирителемъ этихъ крайностей, избравъ средній путь.

Основные положенія этого кодекса въ разсматриваемомъ вопросѣ слѣдующія: «незаконныя дѣти не наслѣдники. Законъ даетъ имъ право на имущество ихъ умершаго отца или матери, если они были признаны послѣдними. Законъ не даетъ имъ никакого права на имущество родственниковъ отца или матери» (ст. 756). Отсюда вытекаютъ три важныя слѣдствія: первое—только признанныя дѣти призываются къ наслѣдованію—правило, принятое и италіанскимъ кодексомъ (ст. 743). Второе—право наслѣдованія не идетъ дальше родителей незаконнаго дитяти (тоже и въ италіанскомъ кодексѣ, ст. 749). Третье—незаконное дитя не наслѣдникъ, а такъ называемый исключительный преемникъ (*successeur irrégulier*<sup>1)</sup>). Разница между этими обоими видами наслѣдниковъ заключается въ томъ, что первые вступаютъ во владѣніе наслѣдствомъ въ силу самаго закона, а вторые могутъ требовать его чрезъ посредство суда. Привилегія, предоставляемая первымъ, есть слѣдствіе ихъ законнаго родства—связи легальной и несомнѣнной, чего недостаетъ дѣтямъ незаконнымъ.

Незаконное дитя призывается къ наслѣдованію во всѣхъ признаваемыхъ французскимъ кодексомъ трехъ классахъ наслѣдниковъ; но мѣра участія его въ наслѣдствѣ не одинакова, смотря по тому, съ кѣмъ ему приходится наслѣдовать: чѣмъ ближе законный родственникъ къ родителю-наслѣдодателю, тѣмъ меньше доля незаконнаго дитяти. Итакъ, наслѣдуя въ первомъ классѣ, т. е. вмѣстѣ съ законными нисходящими наслѣдодателя, оно получаетъ  $\frac{1}{3}$  того, что ему слѣдовало бы, будь оно законнымъ; наслѣдуя вмѣстѣ съ восходящими наслѣдодателя, или же съ его братьями или сестрами, но не ихъ нисходящими, оно получаетъ  $\frac{1}{2}$  доли законнаго

<sup>1)</sup> Италіанскій кодексъ этого различія не знаетъ: по его постановленіямъ и незаконныя дѣти суть наслѣдники, ст. 743 и слѣд.



дитяти; наследуя съ прочими боковыми родственниками наследодателя (но не братьями и сестрами) до 12 ст.— $\frac{3}{4}$  доли законного дитяти (ст. 757), а по толкованію юристовъ вообще всѣмъ незаконнымъ дѣтямъ, сколько бы ихъ ни было, дается  $\frac{3}{4}$ , и только за отсутствіемъ законныхъ родственниковъ въ наследопособной степени, оно можетъ получить все наследство своего родителя (ст. 758).

Италіанскій законъ въ этомъ отношеніи щедрѣе французскаго. При наследованіи незаконного дитяти совмѣстно съ законными нисходящими родителя, оно имѣетъ право на  $\frac{1}{2}$  доли законного дитяти (причемъ его сонаследникамъ предоставляется право заплатить ему деньгами или другими наследственными имуществами по справедливой оцѣнкѣ — ст. 744); при наследованіи во 2-мъ классѣ, т. е. совмѣстно съ восходящими или съ супругомъ умершаго —  $\frac{1}{3}$  достается восходящимъ или супругу, а  $\frac{2}{3}$  внѣбрачному дитяти; если же съ нимъ наследуютъ одновременно и восходящіе, и супругъ наследодателя, то восходящіе получаютъ  $\frac{1}{3}$  —  $\frac{4}{12}$ , супругъ —  $\frac{1}{4}$  —  $\frac{3}{12}$ , остальное, т. е.  $\frac{5}{12}$ , получаетъ внѣбрачное дитя (ст. 745). За отсутствіемъ нисходящихъ, восходящихъ и супруга, незаконныя дѣти устраняютъ отъ наследства всѣхъ прочихъ родственниковъ, въ томъ случаѣ и братьевъ умершаго (ст. 747).

Если внѣ брака рожденный получилъ дарственно что-либо, при жизни своихъ родителей, то полученное имъ идетъ въ зачетъ слѣдуемаго ему по закону (франц., ст. 760; итал., ст. 746), такъ какъ ни путемъ дара, ни путемъ завѣщанія онъ не можетъ получить отъ своихъ родителей болѣе того, что ему причитывается по закону (фран., ст. 908). Но его могутъ заставить удовлетвориться даже половиной слѣдуемаго ему по закону, если родители выдали при жизни эту половину, выразивъ, что только этимъ они желали надѣлать свое незаконное дитя (франц., ст. 761).

Постановленіе это имѣетъ цѣлью устранить отъ участія въ раздѣлѣ наследства ненавистнаго, для законныхъ наследниковъ, кредитора и вмѣстѣ съ тѣмъ дать родителямъ средство удерживать своихъ незаконныхъ дѣтей въ обязанностяхъ сыновняго почтенія, имѣя возможность сократить



ихъ наслѣдственные права. (Laurent, Principes de droit civil, t. IX, p. 158).

Дѣти отъ прелюбодѣянiя и кровосмѣшенiя лишены наслѣдственныхъ правъ въ собственномъ смыслѣ. Они имѣютъ право только на алименты изъ наслѣдства своихъ родителей. Впрочемъ, и право на эти послѣднiе можетъ быть предоставлено имъ только въ исключительныхъ случаяхъ, такъ какъ оно предполагаетъ установленiе незаконнаго сыновства; между тѣмъ признанiе, а тѣмъ болѣе розыскъ родителей по отношенiю къ незаконнымъ дѣтямъ этого рода, вообще немыслимы.

Всякое право на алименты для этихъ дѣтей исчезаетъ, если родители при жизни своей обучили ихъ какому-нибудь ремеслу или обезпечили имъ алименты (франц., ст. 762—764).

По Италiанскому кодексу дѣти отъ прелюбодѣянiя и кровосмѣшенiя точно также лишены наслѣдственныхъ правъ послѣ своихъ родителей (ст. 180, 743), но какъ и по французскому закону, они сохраняютъ право на алименты (ст. 752).

Таковъ порядокъ наслѣдованiя незаконныхъ дѣтей.

Въ свою очередь, послѣ нихъ наслѣдство переходитъ въ такой послѣдовательности: 1) ихъ законнымъ нисходящимъ, въ качествѣ наслѣдниковъ; 2) ихъ незаконнымъ дѣтямъ (какъ *succ. irrégul.*), совмѣстно съ законными, если таковыя есть, по общимъ правиламъ (ст. 757); 3) ихъ незаконнымъ родителямъ; 4) ихъ братьямъ и сестрамъ (ст. 765, 766).

По Италiанскому кодексу наслѣдство достается: 1) нисходящимъ; 2) супругу пополамъ съ родителями, а если нѣтъ ни нисходящихъ, ни супруга,—родителю, признавшему внѣ брака рожденнаго (ст. 750, 751).

Новый французскiй законъ (25—28 марта 1896 г.) о наслѣдованiи внѣбрачныхъ дѣтей.

Изложенныя выше постановленiя о наслѣдованiи незаконныхъ дѣтей оставались безъ измѣненiя, со дня обнародованiя дѣйствующаго французскаго кодекса до 25—28 марта 1896 г.

Еще съ 1888 г. нѣкоторые депутаты стали входить въ Палату съ предложенiями измѣнить законы о наслѣдованiи внѣбрачныхъ дѣтей. Но предложенiя эти не имѣли успѣха до марта 1896 года, когда состоялся новый законъ. Законъ



этотъ касается не только наслѣдованія по закону, но также и по завѣщанію, а равно и дарственныхъ распоряженій, какъ тѣсно связанныхъ другъ съ другомъ.

Постановленія, внесенныя новымъ закономъ въ кодексъ, въ трехъ отношеніяхъ измѣняютъ положеніе внѣ брака рожденнаго: 1) сообщаютъ ему качества наслѣдника; 2) увеличиваютъ размѣръ его наслѣдственной части; 3) признаютъ за нимъ право на законную наслѣдственную долю (*réserve*) и право на полученіе отъ родителей чего-либо по завѣщанію, сверхъ полученнаго по закону.

Эта реформа явилась какъ результатъ сознанія неудовлетворительности дѣйствующаго законодательства въ разсматриваемомъ вопросѣ. По мнѣнію предложившихъ новый законъ депутатовъ, составители кодекса старались достигъ одновременно двухъ цѣлей: проявить свое благоволеніе къ внѣбрачнымъ дѣтямъ и вмѣстѣ съ тѣмъ сохранить полное уваженіе къ семьѣ. Поэтому кодексъ, съ одной стороны, надѣляетъ незаконное дитя правами, но съ другой — въ то же время подвергаетъ эти права такимъ стѣсненіемъ, что въ результатѣ налагаетъ на него неизгладимое пятно. Къ этимъ основнымъ недостаткамъ присоединяются изъяны формальные: пропуски, темнота и несвязность постановленій. Недостатки закона старались восполнить практика и наука, но недостатки эти столь велики, что безъ участія законодателя исправить ихъ нельзя.

Такъ, внѣ брака рожденный лишенъ правъ наслѣдника — что предоставляетъ законъ самому отдаленному родственнику; такъ, въ то время, какъ лицу совершенно чужому можетъ быть отказано собственникомъ все имущество его, разъ у него нѣтъ наслѣдниковъ законнодольщиковъ, онъ не можетъ этого сдѣлать въ пользу своего незаконнаго, хотя-бы и признаннаго, дитяти. Заслуживаетъ вниманія, что всѣмъ этимъ законодатель думалъ уменьшить появленіе обдѣленныхъ закономъ внѣбрачныхъ дѣтей; но на дѣлѣ вышло иначе: родители стали воздерживаться признавать незаконныхъ дѣтей своими, чтобы только имѣть возможность передать имъ завѣщательно то, что они имѣютъ право передать лицу совершенно чужому.



Противопоставить этому злу французскія представительныя собранія рѣшили вышеуказанныя средства. Предложеніе возвратиться къ революціонному законодательству, въ смыслѣ приравненія незаконныхъ дѣтей къ законнымъ въ области наслѣдованія, не встрѣтило поддержки. Было признано, что противъ такого приравненія говорятъ интересы семьи и общественнаго порядка.

Обратимся теперь къ содержанію новаго закона.

Незаконныя дѣти, какъ было указано уже, признаны настоящими наслѣдниками своихъ родителей, и слѣдовательно, они совершенно самостоятельно и независимо отъ другихъ наслѣдниковъ получаютъ причитающуюся имъ долю (ст. 756 и 724 въ новой ред.).

Что касается самыхъ наслѣдственныхъ правъ, то они расширены въ двоякомъ отношеніи: увеличена наслѣдственная доля и оказано внѣбрачнымъ дѣтямъ предпочтеніе предъ другими наслѣдниками.

Такъ, при наслѣдованіи внѣ брака рожденнаго совмѣстно съ законными нисходящими наслѣдодателя, первый имѣетъ право на  $\frac{1}{2}$  того, что онъ могъ-бы получить, будь онъ въ бракѣ рожденнымъ (ст. 758 нов. ред., по прежнему закону—только  $\frac{1}{3}$ ). При наслѣдованіи съ восходящими или братьями или сестрами наслѣдодателя или нисходящими послѣднихъ онъ получаетъ  $\frac{3}{4}$  слѣдуемаго законнорожденному (ст. 759 нов. ред., по прежнему закону— $\frac{1}{2}$ ). При отсутствіи выше перечисленныхъ родственниковъ, внѣ брака рожденный имѣетъ право на все наслѣдство (ст. 760 нов. ред.), что принадлежало ему по старому закону, лишь при отсутствіи родственника въ наслѣдоспособной (т. е. до 12-й) степени.

Такимъ образомъ, новый французскій законъ въ этомъ случаѣ приблизился къ италіанскому, съ тѣмъ различіемъ, что послѣдній еще болѣе снисходителенъ по отношенію къ внѣ брака рожденному, такъ какъ онъ призываетъ его ко всему наслѣдству, за отсутствіемъ нисходящихъ, восходящихъ и супруга наслѣдодателя.

Другое существенное улучшеніе—это отмена закона, воспреещающаго завѣщать что-либо внѣбрачнымъ дѣтямъ сверхъ слѣдуемаго имъ по закону. Запретъ остался лишь относительно дареній, а полностью (и относительно завѣщаній и



относительно дарений) сохранился для дѣтей отъ прелюбодѣянiя и кровосмѣшенiя. Но и допуская эту льготу, законъ позаботился, чтобы внѣ брака рожденный не оказался въ лучшемъ положенiи, нежели законнорожденный. Поэтому, если одновременно съ нимъ будетъ завѣщано что-либо и въ пользу законныхъ дѣтей, то доля незаконнаго дитяти ни-коимъ образомъ не должна превышать доли законнаго дитяти (ст. 908 нов. ред.).

Третье существенное улучшение — это предоставленiе внѣбрачнымъ дѣтямъ права на такъ называемую законную наслѣдственную долю (*la réserve*).

Эта законная доля представляетъ собою опредѣленную часть той законной доли, которая причиталась бы внѣ брака рожденному, будь онъ законнымъ сыномъ или дочерью. Эта часть вычисляется, наблюдая отношенiе между долей, слѣдуемой внѣ брака рожденному по праву наслѣдованiя, и долей, которую онъ могъ бы получить въ этомъ же случаѣ, будь онъ законнорожденный (ст. 913 § 2 нов. ред.). Напримѣръ, если послѣ наслѣдодателя осталось одно законное и одно незаконное дитя, то послѣднее (предполагая и его законнымъ) имѣло бы право на *réserve* въ размѣрѣ  $\frac{1}{3}$  (ст. 913 прежн. ред.); но такъ какъ внѣ брака рожденный, наслѣдуя совмѣстно съ законнорожденнымъ нисходящимъ, имѣетъ право лишь на  $\frac{1}{2}$  доли послѣдняго (ст. 758 нов. ред.), то и *réserve* его будетъ равняться половинѣ трети, т. е.  $\frac{1}{6}$  наслѣдства. При двухъ законныхъ дѣтяхъ, *réserve* его, будь онъ законнорожденнымъ, равнялся бы  $\frac{1}{4}$ ; но такъ какъ онъ внѣ брака рожденный, то *réserve* будетъ равняться лишь половинѣ четверти, т. е.  $\frac{1}{8}$  и т. д.

Наконецъ, этой новеллой опредѣлена точно законная доля внѣбрачныхъ дѣтей въ томъ случаѣ, когда они наслѣдуютъ одновременно съ восходящими, а именно: въ такихъ случаяхъ завѣщатель можетъ свободно распорядиться  $\frac{1}{2}$  своего имущества, если у него остается одно незаконное дитя;  $\frac{1}{3}$ —если два;  $\frac{1}{4}$ —если болѣе двухъ. Остальное распределяется между восходящими и незаконными дѣтьми такъ: восходящимъ предоставляется  $\frac{1}{3}$  наслѣдства въ качествѣ законной доли, а остальное идетъ незаконнымъ дѣтямъ (ст. 915 нов. ред.).



Такимъ образомъ, не измѣняя принципиально постановленій о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, новый законъ внесъ существенныя поправки въ ихъ наследственные права.

## § 28.

### 4. Узаконеніе.

Дѣйствующее французское законодательство знаетъ одинъ только видъ узаконенія—черезъ послѣдующій бракъ родителей (ст. 331). Оно предполагаетъ предварительное признаніе (добровольное или судебное), сдѣланное до брака или при заключеніи брака, а потому немыслимо для дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія. Узаконеніе возможно не только въ пользу самого внѣбрачнаго дитяти, но и его законныхъ нисходящихъ, если онъ умеръ до брака своихъ родителей (ст. 332). Оно наступаетъ *ipso jure* безъ ходатайства объ этомъ родителей. Узаконенныя дѣти приравниваются къ законнымъ съ момента узаконенія, т. е. брака родителей.

Италіанское уложеніе знаетъ два вида узаконенія: черезъ послѣдующій бракъ и черезъ рескриптъ государя.

Первое требуетъ тѣхъ же условій и влечетъ тѣ же послѣдствія, какъ и по французскому праву (ст. 194—197).

Узаконеніе черезъ рескриптъ монарха предполагаетъ:

- 1) ходатайство одного родителя или обоихъ;
- 2) отсутствіе законныхъ или узаконенныхъ дѣтей и ихъ потомства;
- 3) невозможность узаконенія черезъ послѣдующій бракъ;
- 4) согласіе другаго супруга на узаконеніе.

Это узаконеніе производитъ то-же дѣйствіе, что и узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ, но лишь со дня состоявшагося рескрипта (ст. 198—201).



## ГЛАВА X.

**б) Внѣбрачныя дѣти по уложеніямъ германскихъ народовъ**

§ 29. 1. О способахъ установленія незаконнаго сыновства. § 30. 2. Права внѣбрачныхъ дѣтей: а) алиментарная обязанность б) наслѣдственныя права § 31. 3. Дѣти невѣсты § 32. 4. внѣбрачныя дѣти по швейцарскому кодексу. § 33. 5. Узаконеніе.

Переходя къ разсмотрѣнію положенія внѣбрачныхъ дѣтей по уложеніямъ германскихъ народовъ, мы, согласно принятому нами порядку, сначала обратимся къ уясненію способовъ установленія незаконнаго сыновства, а потомъ къ обзорѣ правъ ихъ. Итакъ прежде всего:

## § 29

**1. О способахъ установленія внѣбрачнаго сыновства.**

Добровольное признаніе незаконныхъ дѣтей своими, какъ самый нормальный и естественный способъ удостовѣренія происхожденія дитяти отъ своихъ родителей, конечно, признается всѣми законодательствами германскихъ, какъ и романскихъ народовъ; при этомъ точно также требуется, чтобы признаніе было сдѣлано въ публичномъ актѣ (имперскій законъ 6 февраля 1875 г., § 25, и Общегерманское гражданское уложеніе, § 1718).

Но германскія законодательства пошли въ разсматриваемомъ вопросѣ дальше романскихъ, отвергающихъ розыскъ родителей. Вслѣдствіе того, что каноническое право (на началахъ котораго въ разсматриваемомъ вопросѣ выросли германскія законодательства) не давало отвѣта, какими путями должно быть удостовѣрено происхожденіе дитяти отъ даннаго мужчины (оно надѣляло незаконныхъ дѣтей извѣстными правами, требуя при этомъ несомнѣнности отчества, а какъ оно должно быть установлено—этого канонисты не касались), то вопросъ этотъ приводилъ нѣмецкихъ юристовъ въ большое затрудненіе и порождалъ между ними разногласіе. Въ одномъ отношеніи, именно что касается опредѣленія времени зачатія, т. е. относительно вычисленія сроковъ беременности,



они воспользовались аналогіей съ законными рожденіями. Но въ вопросѣ о самыхъ родахъ и средствахъ доказательства мнѣнія юристовъ были весьма различны.

Вопросъ этотъ былъ между прочимъ предметомъ одного изъ докладовъ на 3-мъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, и здѣсь онъ подвергся внимательному и всестороннему обсужденію, въ связи съ вопросомъ о процессуальной постановкѣ иска объ отцовствѣ.

Вотъ мнѣніе извѣстнаго вѣнскаго профессора Унгера (Unger), которое въ немногихъ словахъ характеризуетъ ярко этотъ искъ: «вопросъ о вѣнбратныхъ дѣтяхъ есть не только одинъ изъ важнѣйшихъ, но и одинъ изъ труднѣйшихъ вопросовъ законодательства. Соображенія, говорящія за диаметрально противоположные способы рѣшенія его—по принципамъ отцовства и материнства (Paternität'a и Maternität'a), —необыкновенно высокой важности. Въ пользу и противъ cadaго изъ этихъ принциповъ существуютъ самыя разнообразныя и вмѣстѣ съ тѣмъ самыя убѣдительныя соображенія. Кромѣ того, и что весьма существенно, это одинъ изъ вопросовъ, гдѣ юридическіе принципы и нравственное чувство находятся во взаимномъ противорѣчій. Въ самомъ дѣлѣ, если мы станемъ на чисто-юридическую почву, то мы должны сказать категорически и безусловно — искъ объ отцовствѣ долженъ быть устраненъ. Говорятъ обыкновенно, что если отцовство и не можетъ быть доказано, то все-таки оно можетъ быть выведено изъ предположеній. Но, спрашивается, при какихъ-же предположеніяхъ можно было бы доказать, что А есть отецъ Х'а. Это возможно было бы, если бы мать могла, во-первыхъ, доказать свое половое сношеніе съ А, а, во-вторыхъ, что въ зачаточный срокъ никто, кромѣ А, этого сношенія съ нею не имѣлъ. Первое, конечно, возможно доказать; но какъ доказать второе? Второе не можетъ быть доказано, кромѣ самаго исключительнаго случая. Въ этомъ смыслѣ надо сказать, что отцовство неизвѣстно. Такова была точка зрѣнія римскаго права, и если къ практику вошелъ обычай допускать искъ объ отцовствѣ, то онъ основанъ не болѣе, какъ на искусственномъ предположеніи, что если кто имѣлъ съ матерью въ зачаточный срокъ извѣстное сношеніе, то этотъ «кто» и есть отецъ родившагося дитяти. Съ обязан-



ности матери снимается, такимъ образомъ, цѣлая часть доказательствъ отцовства, снимается вся отрицательная сторона: что никто другой, кромѣ А, не имѣлъ съ нею сношеній въ критическій періодъ. Вотъ почему *exsertio congressus cum pluribus* (т. е. возраженіе о соучастіи другихъ) должна быть непременно допущена, какъ единственная гарантія для отвѣтчика.

Такова юридическая сторона дѣла. Но, не взирая на всю силу юридической логики, нравственное чувство справедливости вообще и въ частности нѣмецкаго народа говорить за удержаніе этого иска; только онъ долженъ быть заключенъ въ болѣе тѣсныя границы, чѣмъ это имѣетъ мѣсто въ современныхъ германскихъ законодательствахъ».

Окончательно для съѣзда проф. Унгеръ формулировалъ свое мнѣніе въ слѣдующихъ словахъ: «съѣздъ нѣмецкихъ юристовъ выражаетъ свое убѣжденіе, что искъ объ отцовствѣ долженъ быть допущенъ, но что однако:

- 1) онъ долженъ быть ограниченъ краткимъ срокомъ;
- 2) онъ долженъ быть совсѣмъ исключенъ, если мужчина былъ соблазненъ къ распутству, или если онъ во время сношенія съ женщиной былъ уже женатъ, или если мать завѣдомо развратная женщина;
- 3) онъ долженъ быть лишенъ силы, если будетъ представлена *exsertio congressus cum pluribus*<sup>1)</sup>.

Противоположное мнѣніе нашло себѣ не менѣе выдающагося защитника, въ лицѣ нынѣ покойнаго профессора Іеринга, принимавшаго участіе въ томъ же съѣздѣ. Мысли его заключаются въ слѣдующемъ: «принципъ отцовства (*Paternität*) вызывается преимущественно мотивами нравственнаго характера. Нравственное чувство говоритъ намъ, что только принципъ, допускающій искъ объ отцовствѣ, справедливъ. На чемъ же основывается это чувство? А на томъ, что незаконный отецъ есть участникъ въ винѣ: въ незаконной связи, отъ которой произошелъ незаконнорожденный. Мужчина соблазняетъ дѣвушку и, лишивъ ее чести и добраго имени, отказываетъ въ самомъ меньшемъ что онъ можетъ для нея сдѣлать—въ алиментахъ для дитяти. На тре-

<sup>1)</sup> См. мое извѣд. — Незаконнорожденные и пр., стр. 177, 178.



бованіе матери онъ пожимаетъ плечами, находя себѣ убожище въ законѣ. Вотъ что я называю плутовствомъ»,—говорить проф. Іерингъ—«и этотъ фактъ устанавливаетъ мое воззрѣніе».

Итакъ чувство справедливости требуетъ непременно признанія принципа отцовства (Paternität'a). Это чувство должно стоять впереди всѣхъ другихъ соображеній, не исключая и соображеній цѣлесообразности и выгоды. «Я бы пожалѣлъ о всей моей юриспруденціи, о всѣхъ моихъ знаніяхъ, я бы сохотѣлъ пожертвовать ими съ того момента, когда бы они заставили меня перестать довѣряться моему нравственному чувству», говорилъ проф. Іерингъ.

Но принципъ отцовства (Paternität'a) имѣетъ за себя не только нравственные соображенія, но и юридическую логику (развиваетъ далѣе свои мысли проф. Іерингъ). Говорятъ, что искъ объ отцовствѣ не можетъ быть надлежаще юридически доказанъ. Конечно, это вѣрно, если подъ настоящимъ доказательствомъ разумѣть доказательство, что извѣстное дитя несомнѣнно, происходитъ отъ извѣстнаго отца, или что то же, что половой актъ повлекъ непременно за собою зачатіе. Но такое требованіе противорѣчитъ основнымъ правиламъ доказательствъ. Отъ доказательства вообще требуется, чтобы оно удостовѣрило то обстоятельство, которое можетъ повлечь за собою подлежащій доказыванію фактъ. Требовать большего, т. е. требовать доказательства не только возможности, но и подлиннаго совершенія факта, значитъ требовать доказательства, что никакое другое обстоятельство, кромѣ даннаго, не вызвало доказываемаго факта.

Примѣняя эти соображенія къ вопросу объ отцовствѣ, надо признать, что доказанность полового сношенія мужчины съ женщиной достаточна, чтобы считать перваго отцомъ дитяти, родившагося отъ второй въ періодъ, соотвѣтствующій предполагаемому зачатію. Въ силу этого даже возраженіе со стороны мужчины о томъ, что мать дитяти имѣла въ зачаточный срокъ сношеніе не только съ отвѣтчикомъ, но и съ другими мужчинами, не должно имѣть значенія. Скажутъ, что такого доказательства слишкомъ не достаточно, что оно невѣрно, а лишь вѣроятно; но развѣ во многихъ другихъ случаяхъ судъ не удовлетворяется только вѣроятнымъ, за



неимѣніемъ вѣрнаго? Вѣдь, руководствуется же судъ предположеніемъ о смерти, при безвѣстномъ отсутствіи, отчего же не руководствоваться ему предположеніемъ о началѣ жизни въ вопросѣ объ отцовствѣ.

Это мнѣніе проф. Іеринга находило себѣ сторонниковъ и среди другихъ членовъ съѣзда. (См. мое изслѣд.—Незаконорожденные и пр. стр. 174, 175).

Искъ о розыскѣ отца имѣетъ противъ себя, какъ мы указывали выше, при разсмотрѣніи постановленій романскихъ кодексовъ, существенное возраженіе въ томъ нравственномъ вредѣ, который влечетъ за собою искъ этого рода, по мнѣнію противниковъ его.

Этотъ нравственный вредъ заключается, по мнѣнію послѣднихъ, во-1-хъ, въ томъ, что, благодаря этому иску, предоставляется возможность женщинамъ дурной нравственности страхомъ суда эксплуатировать нерѣдко людей совсѣмъ ни въ чемъ неповинныхъ. «Человѣкъ самаго безукоризненнаго поведенія, посѣдѣвшій въ добродѣтели», говорилъ Бигот-Преаменѣ (Bigot-Preaumeu) въ засѣданіи французскаго государственнаго совѣта, при обсужденіи проекта кодекса, «не былъ (прежде, при до-редакціонномъ законодательствѣ) гарантированъ отъ атаки постыдной женщины для чужихъ дѣтей».

Во-2-хъ, общественная нравственность страдаетъ вслѣдствіе возбужденія процессовъ, въ которыхъ раскрываются неприглядныя стороны людскихъ отношеній.

Нѣмецкіе юристы относительно перваго возраженія руководились слѣдующими соображеніями. Иски объ отцовствѣ даютъ охрану всѣмъ матерямъ незаконныхъ дѣтей, а не только дурной нравственности; притомъ же забота законодателя направлена прежде всего на дѣтей, а не на матерей. Желаніе со стороны безпутныхъ женщинъ посредствомъ такихъ процессовъ очернить чистыхъ людей и даже пользоваться исками объ отцовствѣ съ цѣлью шантажа указываетъ на потребность въ особой внимательности суда къ искамъ подобнаго рода, а не необходимость воспрещать ихъ.

Общественная нравственность страдаетъ не менѣе, при всѣхъ процессахъ, въ которыхъ замѣшаны такіе вопросы, какъ объ изнасилованіи, обольщеніи и нерѣдко о разводѣ; но эти процессы допускаются и должны быть допущены. Это



общественные недуги, которые должно лѣчить, а не пренебрегать ими, какъ лѣчимъ мы заразныхъ больныхъ, а не оставляемъ ихъ на произволъ судьбы.

Далѣе, можно спросить, не болѣе ли страдаетъ общественная мораль вслѣдствіе той безнаказанности, которая узаконяется воспрещеніемъ розыска. Во всякомъ случаѣ эта безнаказанность мужчинъ плохое морализующее средство для женщинъ. «Хотя и правда»,—говорилъ одинъ изъ сторонниковъ иска объ отцовствѣ,—«что если пастухъ и стадо знаютъ, что волкъ бродитъ около нихъ, тогда стадо становится боязливѣе, а пастухъ осторожнѣе, однако я еще никогда не слыхалъ, чтобы владѣльцы большихъ стадъ пригоняли стаи волковъ къ стадамъ, чтобы этимъ усилить бдительность пастуховъ; и если собственнѣсть заботливѣе оберегается, когда извѣстно, что ей угрожаютъ хищническія нападенія, то никто все-таки не станетъ предлагать выпускать гулять воровъ свободно и безнаказанно, чтобы собственнѣсть заботливѣе охранялась. Мы же, отмѣняя искъ объ отцовствѣ, освобождаемъ мужской полъ отъ всякихъ стѣсненій и увеличиваемъ его страсть къ атакамъ и въ оправданіе говоримъ: «это для того, чтобы женская половина была осторожнѣе и нравственнѣе»<sup>1)</sup>).

На 3-мъ съѣздѣ нѣмецкихъ юристовъ, было сдѣлано заключеніе, что искъ о розыскѣ отца долженъ быть удержанъ въ тѣхъ партикулярныхъ законодательствахъ, въ которыхъ онъ существуетъ, но что въ немъ должно быть отказываемо въ томъ случаѣ, когда есть доказательства сожителства матери въ зачаточный періодъ и съ другими мужчинами. Въ будущемъ-же Общегерманскомъ уложеніи слѣдуетъ дать ему мѣсто только въ исключительныхъ случаяхъ.

Обращаясь къ законодательствамъ, мы находимъ то-же разногласіе, при разрѣшеніи этого вопроса.

Такъ, въ древнѣйшемъ нѣмецкомъ кодексѣ—Прусскомъ Земскомъ Уложеніи—вопросу этому было дано рѣшеніе въ смыслѣ особенно благопріятномъ для женщинъ-матерей, и

<sup>1)</sup> R. Buengner — Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig, 1879, стр. 159.



въ этомъ отношеніи уложеніе, по мнѣнію составителей новаго по этому предмету закона, превосходило всякую мѣру справедливости, допуская въ качествѣ доказательства присягу матери, не обращая вниманія на безупречность ея поведенія и вслѣдствіе этого отвергая *exsertio congressus cum pluribus* и привлекая къ дачѣ алиментовъ незаконному дитяти не только сожителя, но и его восходящихъ<sup>1)</sup>).

Точно также и саксонское законодательство въ историческомъ своемъ развитіи представляетъ много колебаній отъ болѣе снисходительнаго къ болѣе строгому отношенію къ доказательствамъ незаконнаго отцовства. (См. мое изсл. *Незаконнорожденные и пр.*, стр. 33).

Дѣйствующія нѣмецкія законодательства не знаютъ предустановленныхъ доказательствъ относительно способа доказыванія незаконнаго отцовства (какъ современное французское законодательство, требующее наличности публичнаго акта для доказательства материнства; какъ прежнее французское законодательство, дававшее вѣру показанія беременной дѣвушки, — *virgini praegnantis creditur*, или впослѣдствіи прусское, допускавшее присяжное показаніе матери). Общие способы доказательствъ приложимы и къ искамъ этого рода. Долженъ быть доказанъ фактъ незаконной связи мужчины въ періодъ, соотвѣтствующій зачатію ребенка, и это считается достаточнымъ, чтобы признать его отцомъ дитяти. Въ этомъ отношеніи въ общемъ всѣ нѣмецкія законодательства согласны (австр., § 163; сакс., § 1859; прусск. законъ 24 апр. 1854.; общегерм. улож., § 1720); но разногласіе существуетъ по поводу тѣхъ возраженій, которыя могутъ быть допущены въ разрушеніе этого предположенія (презумпціи). Такъ, Прусское уложеніе (какъ полагаетъ Дернбургъ, вопреки мнѣнію высшаго суда) допускаетъ возможность опроверженія этого предположенія на томъ основаніи, что состояніе ребенка—зрѣлость или незрѣлость его—не позволяетъ отнести зачатіе къ предполагаемому времени (Dernburg, III, 192, 193), чего не допускаютъ Австрійское уложеніе (§ 163 и прив.

<sup>1)</sup> Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, herausg. mit Commentar in Anmerkungen — von Dr. C. F. Koch, III B., 6-e Ausg., стр. 278, прим. 1.



подъ нимъ рѣшенія верховнаго суда по 4-му изд. Manz'a съ прим. проф. Шея—v. Schey) и Саксонское, какъ равно первое не допускаетъ и возраженій, основанныхъ на сходствѣ дитяти съ предполагаемымъ отцомъ (*ibid.*), а второе—на томъ, что въ предполагаемый срокъ зачатія женщина была уже беременна отъ другаго (слѣдовательно, только *alibi* мужчины и *impotentia* снимаютъ съ него отвѣтственность)<sup>1)</sup>.

Напротивъ, Общегерманское уложеніе пошло въ этомъ отношеніи дальше своихъ предшественниковъ: оно допускаетъ всякія возраженія, «очевидно доказывающія невозможность зачатія отъ данной связи» (§ 1720), напр., если во время связи женщина была уже беременна.

Но въ особенности раздѣляетъ законодательства такъ называемая *exsertio congressus cum pluribus*, т. е. возраженіе о связи матери съ другими мужчинами въ періодъ, соотвѣтствующій зачатію. Слѣдующія законодательства не допускаютъ этого возраженія: саксонское (§ 1872), по которому нѣсколько соучастниковъ въ связи съ женщиной, родившей незаконное дитя, отвѣчаютъ какъ нѣсколько содолжниковъ, т. е. солидарно (ср. § 1019), баденское (законъ 21 февр. 1851 г. §§ 2, 5), мекленбургское (распор. 23 іюня 1847 г., § 16). Другія: прусское (законъ 24 апр. 1854 г., § 9, № 1), виртембергское (законъ 3 сент. 1839 г., Art. 28, № 4), австрійское (§ 163 и рѣш. суда, подъ нимъ привед.) и обще-германское уложеніе (§ 1720)—признаютъ его.

Первыя законодательства и раздѣляющіе ихъ взглядъ ученые юристы рассуждаютъ слѣдующимъ образомъ. Для доказательства спорнаго обстоятельства въ процессѣ достаточно доказать только фактъ, имѣющій своимъ послѣдствіемъ доказываемое обстоятельство. Поэтому для доказательства отцовства дитяти достаточно только доказать, что данное лицо находилось въ половомъ сношеніи съ матерью ребенка въ зачаточный періодъ.

Основываемое на этомъ отцовство не можетъ быть опровергаемо тѣмъ, что и другіе въ тотъ-же періодъ находились въ половомъ общеніи съ матерью ребенка, а, слѣдовательно,

<sup>1)</sup> Commentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das K. Sachsen — von Siebenhaar, B. III, §§ 1859 и 1771.



этимъ возраженіемъ не можетъ быть снята алиментарная обязанность съ привлекаемаго къ отвѣту; вѣдь, не снимается же ответственность съ повредившаго чужую вещь только потому, что въ причиненіи вреда участвовали и другіе<sup>1)</sup>.

Знаменитый пандектистъ Виндшейдъ стоитъ тоже за отрицаніе этого возраженія. Онъ говоритъ, что всѣ соучастники должны отвѣчать солидарно (т. е. какъ многіе соучастники въ причиненіи вреда); «они всѣ возможные отцы» (!). Онъ только не одобряетъ ответственности *pro rata* (по соразмѣрности, — было и такое мнѣніе) и называетъ удивительнымъ мнѣніе Буша, что здѣсь можно воспользоваться искомъ Аквиліевымъ, т. е. о вознагражденіи за вредъ (*actio in factum ex lege Aquilia*), хотя очевидно, что и точка зрѣнія Виндшейда та-же<sup>2)</sup>.

Защитники возраженія о соучастіи разсуждаютъ такъ:

1) въ искѣ объ отцовствѣ, и помимо этой *exsertionis*, дѣлается отступленіе отъ строгой системы доказательствъ: здѣсь отъ факта половой связи лица съ женщиной въ періодъ, соотвѣтствующій зачатію ребенка, заключаютъ, что это лицо — отецъ послѣдняго, т. е. съ истца снимается обязанность доказать, что въ этотъ же періодъ никто другой не имѣлъ такой связи; иначе — снимается вся отрицательная сторона доказыванія, и вѣроятное принимается за достовѣрное. Этого снисхожденія достаточно: дальше этого законъ и по правиламъ логики, и по чувству справедливости идти не долженъ, т. е. не долженъ лишать отвѣтчика возможности доказывать противное — разрушать направленное противъ него предположеніе, а слѣдовательно и представлять возраженіе о томъ, что не онъ одинъ находился въ связи съ матерью внѣбрачнаго дитяти въ періодъ зачатія послѣдняго;

2) искъ объ отцовствѣ и, какъ результатъ его, искъ объ алиментахъ, основанъ на одномъ лишь предположеніи, но возраженіе о соучастіи разрушаетъ это предположеніе, а при такихъ условіяхъ и иску не должно быть мѣста<sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> Проф. Іерингъ и Гелеръ въ засѣданіи съѣздъ юристовъ (*Verhandlungen d. 3-ten Juristentages*, I. B., стр. 228, 228, 240, 250).

<sup>2)</sup> *Windscheid-Lehrbuch d. Pandectenrechts*, B. II, 4-е изд. § 475 и. 19.

<sup>3)</sup> *Verhandlungen*, I. B., стр. 224, 225, 237, 238.



Къ сказанному можно прибавить: искъ объ алиментахъ имѣетъ свое главное и преимущественное основаніе въ нравственности—въ томъ, что несправедливо взваливать всю отвѣтственность за рожденіе незаконнаго дитяти на соблазненную и обманутую мужчиной мать; но женщина, имѣвшая одновременно общеніе со многими мужчинами, не заслуживаетъ такого снисхожденія закона — иначе, придется защищать безнравственность во имя нравственности. «Если предоставить дитяти право выбрать изъ нѣсколькихъ соучастниковъ одного или привлечь всѣхъ къ отвѣтственности, какъ содолжниковъ, то противъ этого возмущается правовое чувство; съ другой стороны, это значитъ покровительствовать безнаказанности и создавать поводъ для вымогательствъ»<sup>1)</sup>.

Равно съ точки зрѣнія интересовъ дитяти такой искъ тоже не имѣетъ оправданія, такъ какъ предположеніе объ отцовствѣ имѣетъ противъ себя рядъ равносильныхъ предположеній о неотцовствѣ.

Съ практической стороны исключеніе *exsertio congressus* изъ кодекса, признающаго искъ объ отысканіи отца, можетъ привести къ самымъ безнравственнымъ злоупотребленіямъ. Весь искъ объ алиментахъ сводится тогда съ вопроса объ отцовствѣ на вопросъ о половой связи матери. Кто отецъ, кто не отецъ — все равно. Всѣ должны платить. Для тѣхъ женщинъ, которыхъ нѣмцы называютъ *liederliche*, это будетъ потворство къ безпутной жизни и эксплуатаціи. Искъ объ алиментахъ превратится въ аферу: привлечь по возможности больше отвѣтчиковъ, чтобы имѣть больше шансовъ на выигрышъ процесса. (См. мое изслѣд. *Незаконнорожденные и проч.* стр. 186, 187).

## § 30.

### 2. Права внѣбрачныхъ дѣтей.

Спрашивается теперь, какія-же права пріобрѣтаетъ внѣ брака рожденный по отношенію къ своимъ родителямъ, вольно или невольно его признавшимъ.

<sup>1)</sup> См. разсужденіе составителей Общегерманскаго уложенія въ *Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches*, II B., II Aufl., стр. 351.



Положеніе незаконныхъ дѣтей тѣмъ существенно отличается отъ законныхъ, что первыя не участвуютъ въ семейныхъ правахъ. Хотя нѣмецкія законодательства и слѣдуютъ началу (принципу) такъ называемаго отцовства (Paternität), тѣмъ не менѣе по этимъ законодательствамъ внѣбрачныя дѣти не считаются въ родствѣ съ отцомъ (прусск., II, 2, § 639; австр., § 165; сакс., §§ 1858, 1874; общегерм., § 1705). Отсюда ему не предоставляется и отцовской власти надъ ними. Это естественное слѣдствіе непризнанія родства, а также слѣдствіе недовѣрія къ незаконному отцу: законъ опасается, что власть отцовская, дающая отцу большія полномочія, въ рукахъ человѣка, который большею частью неохотно признаетъ ребенка своимъ, не будетъ благотворной для послѣдняго. Впрочемъ, не только отцу, но и матери не предоставляется власти надъ незаконными дѣтьми; власть допускается лишь настолько, насколько это вызывается потребностями воспитанія (прусск., II, 2, §§ 644, 645; австр., § 166; общегерм., § 1707). Власть родительская замѣняется опекой (тѣ же §§ и сакс. улож., §§ 1865—1867). При этомъ составители Общегерманскаго уложенія тѣмъ оправдываются, не представляя матери родительской власти надъ незаконными дѣтьми (1707), что мать обыкновенно не имѣетъ прочнаго хозяйственнаго положенія и бываетъ вынуждена отдавать кому-нибудь постороннему свое дитя, а равно и потому, что ей неудобно было бы предоставить право иска отъ лица дитяти къ незаконному отцу.

Въ другихъ случаяхъ отношенія внѣбрачнаго дитяти къ матери опредѣляются законодательствами неодинаково: такъ, Прусское уложеніе категорически говоритъ, что незаконное дитя не принадлежитъ и къ семьѣ матери, точно также, какъ оно не принадлежитъ и къ семьѣ отца (II, 2, § 639). Австрійское уложеніе не столь категорически выражается, но едва-ли и оно не раздѣляетъ той-же мысли: незаконныя дѣти вообще исключены изъ семейныхъ правъ и правъ родства (§ 165). Мягче въ этомъ случаѣ Саксонское уложеніе и слѣдующее ему въ данномъ вопросѣ Общегерманское уложеніе: незаконное дитя, согласно этимъ уложеніямъ, въ отношеніи матери и родственниковъ ея занимаетъ то-же положеніе, что и законныя дѣти (сакс., § 1874; общегерм., § 1705).



Незаконныя дѣти носятъ имя матери (прусск., § 640; австр. § 165; сакс., § 1874; общегерм., § 1706), но сословными преимуществами матери не пользуются (дворянскимъ званіемъ, правомъ на гербъ; прусск., §§ 640, 641; австр., § 165).

Всѣ права незаконныхъ дѣтей по отношенію къ ихъ родителямъ сосредоточиваются, главнымъ образомъ, около права первыхъ на получение содержанія отъ послѣднихъ и правъ наслѣдственныхъ; къ разсмотрѣнію этихъ правъ мы и обратимся и прежде всего начнемъ съ обязанности содержанія или, такъ называемой, алиментарной обязанности.

*а) Алиментарная обязанность.*

(Alimentationspflicht).

И законодательства, и доктрина въ вопросѣ объ алиментарной обязанности прежде всего не согласны по поводу самаго главнаго вопроса: на чемъ должна быть основана эта обязанность. Относительно основаній для привлеченія матери къ выполненію этой обязанности разногласій, впрочемъ, нѣтъ. Природа слишкомъ очевидно указываетъ, что касается матери, чье дитя, и голосъ природы призываетъ ее-же кормить свое дитя; праву приходится лишь послѣдовать велѣнію природы и сказать свое «да»: мать должна содержать своего ребенка, пока онъ самъ не будетъ въ состояніи себя содержать.

Но относительно отца уже такого согласія нѣтъ. Тутъ природа не даетъ такихъ указаній (или, по крайней мѣрѣ, наука не нашла ихъ), и законодатель не столь смѣло приступаетъ къ рѣшенію этого вопроса. Одни законодательства (саксонское<sup>1)</sup>), баденское, мекленбургское и прежнее прусское,

<sup>1)</sup> Хотя комментаторъ Саксонскаго уложенія (Зибенгааръ) и старается основать этотъ искъ на началахъ велѣній природы и нравственности (Commentar, III B. §§ 1859—1771), но несомнѣнно, что господствующій въ уложеніи взглядъ таковъ: алиментарная обязанность незаконнаго отца основывается на преступленіи его. Это доказывается, во-1-хъ, привлеченіемъ къ платежу алиментовъ перваго виновнаго въ связи съ женщиной въ періодъ, соответствующій зачатію ребенка (§ 1872); во-2-хъ, отрицаніемъ возраженія о соучастіи другихъ въ преступленіи; въ-3-хъ, оставленіемъ безъ вниманія факта беременности во время связи съ привлекаемымъ къ отвѣтственности.



т. е. всѣ, отвергающія *exsertio congt. cum pluribus*) отправляются отъ такихъ соображеній: внѣбрачное сожителство есть преступленіе, рожденіе ребенка отъ этого сожителства есть слѣдствіе преступленія, за которое, кромѣ уголовной кары, налагается еще на виновника обязанность вознаградить пострадавшую и содержать родившееся отъ него дитя.

Эта уголовная точка зрѣнія влечетъ за собою и дальнѣйшія послѣдствія: разъ преступный фактъ доказанъ, никакія возраженія о соучастіи другихъ въ преступленіи не снимаютъ отвѣтственности съ преступника (что мы видѣли выше). Словомъ, по этой теоріи не родство незаконнаго дитяти съ отцомъ, а совершеніе послѣднимъ проступка — причина алиментарной обязанности его по отношенію къ первому.

По мнѣнію другихъ, алиментарная обязанность не есть результатъ преступности незаконнаго отца, а результатъ отцовства: содержать дитя онъ долженъ потому, что онъ отецъ. Законный отецъ не только кормить, но несетъ еще и другія обязанности по отношенію къ своему дитяти, а равно и пользуется правами (отцовской властью, управляетъ и пользуется дѣтскимъ имуществомъ). Незаконный отецъ обязанъ только содержать свое дитя въ предѣлахъ, указанныхъ закономъ.

Точка зрѣнія деликта осуждается доктриной, и понятно: странно допустить мысль, что внѣ брака рожденный имѣетъ право требовать отъ своего отца содержанія, потому что послѣдній совершилъ по отношенію къ первому преступленіе; дарованіе жизни не есть преступленіе. Тутъ, очевидно, смѣшиваются два факта: фактъ сожителства (который, при извѣстныхъ условіяхъ, можетъ быть признанъ проступкомъ или по крайней мѣрѣ, считался нѣкоторыми законодательствами) и фактъ рожденія дитяти, который, конечно, не можетъ быть признанъ преступленіемъ, какъ актъ природы.

Заслуживаетъ вниманія, что и среди сторонниковъ точки зрѣнія родства, какъ причины алиментарной обязанности замѣчается какъ-бы нѣкоторое колебаніе. «Какъ можно сказать»,—разсуждаетъ Виндшейдъ,—«что отецъ, вызвавъ къ существованію свое дитя, совершилъ противъ него преступленіе? Но и второе воззрѣніе (родство) я считаю тоже неосновательнымъ. Заключение отъ акта связи съ матерью ди-



тяти къ отцовству или зачатію не есть, какъ извѣстно, непремѣнно вытекающій выводъ; почему-же онъ долженъ быть сдѣланъ здѣсь? Полагають, что сожитель есть дѣйствительно отецъ незаконнаго дитяти, коль скоро вѣрно, что мать съ другимъ мужчиной не была въ связи (въ соотвѣтствующее время), что (т. е. отсутствіе такой связи) молчаливо допускается, пока это предположеніе не будетъ опровергнуто заинтересованнымъ».

«Но почему это должно быть молчаливо допущено? Если въ это положеніе мы не вставимъ еще чего-то, чего въ немъ нѣтъ, то мы не придемъ дальше какъ только къ выводу: сожитель отвѣчаетъ, какъ возможный отецъ».

«И если спросятъ, какъ право дошло до уравниенія возможнаго съ дѣйствительнымъ, то отвѣтъ получится: потому, что сожитель совершилъ недозволенное дѣйствіе. Такимъ образомъ деликатная точка зрѣнія вступаетъ въ свои права» (II, В. § 475, п. 18).

Принятіе возможнаго за дѣйствительное до доказательства противнаго—обычный путь доказыванія въ гражданскомъ процессѣ: приводится въ доказательство спорнаго обстоятельства фактъ, подтверждающій его (контрактъ о наймѣ, какъ доказательство слѣдуемой къ полученію съ наемщика наемной платы), и этотъ фактъ есть полное доказательство, пока не будетъ приведенъ другой фактъ, отнимающій доказательную силу у перваго (представлена росписка объ уплатѣ). Фактъ сожительства въ зачаточный срокъ порождаетъ предположеніе, что зачатіе произошло отъ этого сожителя. Но если окажется и другой сожитель въ тотъ-же срокъ, это предположеніе исчезаетъ. Вѣдь, и для законнаго рожденія, въ концѣ-концовъ, возможное принимается за дѣйствительное: наличность брака предполагаетъ зачатіе дитяти отъ мужа матери, и это предположеніе (конечно, болѣе твердое) можетъ быть разрушено доказательствомъ противнаго: что не мужъ, а другой—виновникъ рожденія. Такимъ образомъ едва-ли можно утверждать, что доказательство незаконнаго сыновства, помимо деликатной точки зрѣнія, является какимъ-то заколдованнымъ кругомъ.

Взглядъ на алиментарную обязанность незаконнаго отца, какъ на слѣдствіе преступленія, безъ сомнѣнія, находится въ



связи съ постановленіями нѣмецкаго права относительно обязанности мужчины дать удовлетвореніе (*satisfactio*) незамужней женщинѣ, съ которою онъ вступилъ въ связь.

Хотя сама по себѣ такая связь, разъ она не заключаетъ въ себѣ элемента преступности (ни обольщенія, ни изнасилованія, ни кровосмѣшенія), безразлична для права (нѣмецкаго, да и другихъ положительныхъ законодательствъ), но каноническое право, вслѣдъ за Моисеевымъ закономъ, требовало, чтобы обольстившій дѣвицу обезпечилъ ее приданымъ и женился на ней (*dotabit eam et habebit uxorem*). Судебный обычай истолковалъ это постановленіе въ томъ смыслѣ, что виновный или долженъ обезпечить пострадавшую приданымъ, или жениться на ней. Основаніе для такого толкованія заключается въ предполагаемомъ перевѣсѣ виновности на сторонѣ мужчины при внѣбрачномъ сожителствѣ.

Въ особенности покровительственно относилось Прусское Земское Уложеніе къ женщинамъ, предъявлявшимъ подобныя иски, не допуская и здѣсь возраженія о соучастіи въ винѣ другихъ и обязывая виновнаго возмѣстить всѣ издержки, затраченныя на роды и на уходъ за роженицей, на крещеніе ребенка (если онъ родился, — но самый фактъ рожденія дитяти здѣсь не имѣетъ значенія), а также обезпечить (если это дѣвица или вдова) приданымъ сообразно ея званію и имуществу мужчины (*Dernburg*, III, § 69).

Прусскій законъ 24 апрѣля 1854 г. нѣсколько ограничилъ право такихъ женщинъ. Такъ, объ обязанности дать приданое въ немъ не говорится, равно объ обязанности жениться и о правѣ женщины пользоваться званіемъ и именемъ мужчины. Затѣмъ увеличилось число возраженій, исключаящихъ этотъ искъ. Такъ, онъ исключается, при соучастіи въ половой связи съ истицей и другихъ; при дурной репутаціи пострадавшей, а именно: если она замужняя и, слѣдовательно, виновна въ прелюбодѣянніи; если она получила деньги или подарки какъ вознагражденіе; если она вела дурной образъ жизни; если она раньше была беременной отъ другаго, или же если она раньше совершила актъ прелюбодѣяннія и если она, будучи старше возрастомъ, соблазнила молодого человека моложе 20 лѣтъ (§§ 7, 8, 9).



Заслуживаетъ вниманія, что и внѣ брака рожденный теряетъ право на алименты, если мать его теряетъ право на свой искъ (§ 13).

Отсюда понятно, почему трудно освободиться нѣмецкимъ ученымъ отъ точки зрѣнія деликта и въ вопросѣ объ алиментарной обязанности по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ.

Обратимся еще къ воззрѣнію другихъ законодательствъ по разсматриваемому вопросу. Обязанность вознагражденія и обезпеченія приданымъ (*Dotationspflicht*) принадлежитъ къ числу древнѣйшихъ постановленій саксонскаго законодательства. По дѣйствующему уложенію находившійся въ половой связи съ незамужней обязанъ или жениться на ней, или надѣлать ее приданымъ сообразно съ ея званіемъ и своими средствами (размѣръ опредѣляетъ судъ). Для возникновенія этой обязанности безразлична беременность. Вознагражденіе исключается, если истица публичная женщина, если она получила плату или была въ связи съ другими мужчинами, а равно если отвѣтчикъ не можетъ жениться не по своей винѣ: онъ уже женатъ или близкій родственникъ, или она вышла замужъ за другаго или отказалась отъ брака (§§ 1551—1553).

Судя по тому, что въ практикѣ принято единообразно взыскивать въ такихъ случаяхъ съ виновнаго 15 талеровъ, видно, что разсматриваютъ это удовлетвореніе скорѣе, какъ штрафъ, чѣмъ какъ обезпеченіе.

Австрійское уложеніе, какъ и Общегерманское, значительно смягчаетъ этотъ искъ; по первому онъ имѣетъ мѣсто, только при рожденіи незаконнаго дитяти. Кто обольститъ или соблазнитъ женщину, говоритъ § 1328, и она родитъ отъ него дитя, долженъ возмѣстить издержки, понесенные на роды и на послѣродовой періодъ, сверхъ платы алиментовъ въ пользу незаконнаго дитяти.

Средствомъ обольщенія въ особенности считается обѣщаніе жениться (см. рѣшеніе верховнаго суда подъ вышепр. §). Кромѣ указаннаго, другаго вознагражденія, напр. за потерянную честь, за лишеніе возможности разсчитывать на бракъ съ другимъ, не полагается.



Общегерманское уложение содержитъ по этому вопросу слѣдующее постановленіе: кто склонить къ половому сношенію женщину посредствомъ хитрости, угрозъ, или вслѣдствіе зависимаго отъ него положенія, тотъ обязанъ вознаградить ее за происшедшій для нея вредъ (§ 825) — статья общаго характера, отдающая, очевидно, рѣшеніе подобныхъ вопросовъ всецѣло въ руки суда, какъ въ отношеніи къ установленію факта вреда, противозаконности дѣйствія виновнаго, такъ и размѣра вознагражденія.

Переходя къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ постановленій объ алиментарной обязанности, мы изложимъ сюда относящійся матеріалъ въ такомъ порядкѣ: кто обязанъ давать незаконному дитяти содержаніе, кто имѣетъ право требовать или взыскивать это содержаніе, въ какомъ размѣрѣ и какъ долго.

Итакъ, во-1-хъ, о лицахъ, обязанныхъ давать содержаніе.

Такая обязанность, какъ и слѣдуетъ, лежитъ прежде всего на отцѣ, не только какъ на одномъ изъ виновниковъ существованія внѣ брака рожденнаго, но и какъ на лицѣ, обыкновенно болѣе экономически способномъ выполнить эту обязанность, нежели мать (прусск., II, 2, § 612; австр., § 167; общегерм. § 1708). Только Саксонское уложение налагаетъ прежде всего эту обязанность на мать. Отецъ отвѣчаетъ лишь вспомогательно, «участвуетъ въ содержаніи», даваемомъ матерью (§§ 1862, 1874). Обязанность содержанія, согласно этому уложенію, можетъ перейти даже всецѣло на мать, въ случаѣ несостоятельности отца, смерти и отсутствія наслѣдниковъ у него. Обязанность же надѣленія дочерей приданымъ, налагаемая саксонскимъ закономъ на отца, относительно незаконныхъ дочерей возлагается на мать (§§ 1661, 1662).

Возлагая обязанность содержанія на отца, и доктрина, и практика признаютъ, въ видѣ общаго правила, что на отца должна быть наложена обязанность содержанія независимо отъ того, можно ли вѣннить ему въ вину (съ точки зрѣнія закона уголовнаго) его незаконное сожительство, отъ котораго произошелъ незаконный ребенокъ, или нѣтъ; такъ что несовершеннолѣтіе, ненормальность разсудка и т. п. не снимаютъ съ него этой обязанности. Австрійская судебная прак-



тика высказалась, что и тотъ несовершеннолѣтній отецъ, котораго содержать его родители, обязанъ содержать свое незаконное дитя (рѣш. верховнаго суда подъ § 167).

Засимъ послѣ отца обязанность содержанія незаконнорожденнаго падаетъ на мать. «Содержать незаконное дитя,—говоритъ Австрійское уложеніе (какъ и другія),—долженъ преимущественно отецъ, а если онъ не въ состояніи, то мать» (§ 167; прусск., § 629; общегерм., § 1709).

По поводу распредѣленія между родителями обязанности содержанія ихъ внѣбрачнаго дитяти, законодательства германскія даютъ болѣе или менѣе подробныя постановленія.

Такъ, согласно Прусскому уложенію ребенокъ до исполненія 4-хъ лѣтъ долженъ находиться у матери (а отецъ долженъ давать средства на содержаніе). Послѣ этого возраста отецъ воленъ или взять ребенка къ себѣ, или по прежнему оставить у матери. Но если бы опекунскій судъ нашелъ, что для блага дитяти не безопасно сдать его отцу, то въ такомъ случаѣ ребенокъ долженъ быть оставленъ у матери на счетъ отца. Вообще же, если мать желаетъ сама содержать и воспитывать ребенка, то отецъ противъ этого ничего не можетъ возразить (понятно—ему не принадлежитъ отцовская власть); но зато съ него снимается и обязанность содержанія. Если оба родителя не внушаютъ довѣрія, то дитя помѣщается по усмотрѣнію опеки (II, 2, §§ 621—625).

По Австрійскому уложенію, если мать желаетъ и можетъ воспитывать (такъ, какъ того требуетъ законъ) сама дитя, то отецъ не имѣетъ права отнимать его у нея, но средства на содержаніе онъ долженъ доставлять (§ 168). Но если опасно для блага дитяти ввѣрить воспитаніе его матери, то отецъ обязанъ взять его къ себѣ или пристроить прилично у кого-нибудь другого (§ 169). Такой же исходъ необходимъ и въ томъ случаѣ, когда положеніе матери таково, что она не можетъ держать ребенка при себѣ, напр. вслѣдствіе того, что она находится въ услуженіи. Родители могутъ уговориться между собою о способѣ содержанія и воспитанія своего дитяти (§§ 169, 170).

По саксонскому закону, хотя преимущественная забота содержанія и воспитанія внѣбрачнаго дитяти лежитъ на матери, однако-же, по достиженіи ребенкомъ 6 лѣтъ, незакон-



ный отецъ принявъ его на свое иждивеніе, тѣмъ самымъ можетъ освободиться отъ обязанности участвовать въ его содержаніи, развѣ бы опекунскій судъ нашелъ, что благо дитяти требуетъ оставленія его у матери (§§ 1874—1876).

Менѣ всего по этому поводу даетъ постановленій Общегерманское уложеніе. Но, судя по тому, что отецъ обязанъ вносить на содержаніе своего незаконнаго дитяти опредѣленную сумму, это показываетъ, что отцу не дано права самому воспитывать дитя, что, какъ говорятъ мотивы къ статьѣ 1710, было бы жестоко по отношенію къ матери, а часто и ко вреду дитяти (*Denkschrift*, II B, стр. 352).

Алиментарная обязанность, лежащая на отцѣ, переходитъ какъ долгъ и на его наслѣдниковъ (прусск. II, 2, § 647; австр., § 171, говоритъ: «и относительно наслѣдниковъ матери», сакс., § 1873; общегерм., § 1712). Но при этомъ Прусское и Саксонское уложенія указываютъ мѣры, чтобы отъ такого наслѣдственнаго долга не пострадали законныя дѣти, развѣ они окажутся наслѣдниками. Такъ, первое узаконяетъ: при наличности законныхъ дѣтей, взысканіе можетъ быть направлено только на доходы унаслѣдованнаго имущества.

Если при этомъ законныя дѣти еще нуждаются въ воспитаніи, то незаконнымъ дѣтямъ и изъ этихъ доходовъ не должно достаться болѣе, чѣмъ законнымъ (Пр. §§ 648, 649, 650, ср. § 12 закона 24 апрѣля 1854 г.). Въ Саксонскомъ уложеніи постановлено: если истецъ оставилъ послѣ себя законныхъ дѣтей, то алиментарная обязанность этихъ послѣднихъ въ отношеніи своего незаконнаго брата или сестры прекращается, если онъ или она по смерти наслѣдодателя получили часть равную наслѣдственной долѣ законнаго дитяти (§ 1873).

Аналогичное постановленіе и, очевидно, преслѣдующее ту-же цѣль мы находимъ въ Общегерманскомъ уложеніи: наслѣдникъ отца незаконнаго дитяти имѣетъ право удовлетворить послѣднее, выдавъ ему часть, равную законной долѣ, которая причиталась-бы ему, будь оно законнорожденнымъ. Если осталось нѣсколько внѣбрачныхъ дѣтей, то всѣ они получаютъ по такой-же долѣ (§ 1712).

Изъ сейчасъ изложеннаго видно, что алиментарная обязанность дальше незаконнаго отца и его наслѣдниковъ не идетъ: она переходитъ какъ имущественное обязательство, а



не какъ родственная обязанность. Слѣдовательно, восходящіе отца никакихъ обязательствъ въ этомъ случаѣ не несутъ (прусскій законъ специально объ этомъ упоминаетъ: § 20 закона 24 апрѣля 1854 г., хотя это разумѣется само собою). Напротивъ, материнскіе восходящіе такую обязанность несутъ, разъ матери нѣтъ или она не въ состояніи содержать свое незаконное дитя (прусск., § 629 и § 20 закона 24 апрѣля 1854 г.). Саксонское (§§ 1874, 1839) и Общегерманское уложенія (§§ 1705, 1709) говорятъ, что въ отношеніи материнскихъ родственниковъ незаконныя дѣти приравняются къ законнымъ. Только Австрійское уложеніе умалчиваетъ о таковой обязанности материнскихъ родственниковъ; зато оно переноситъ эту обязанность на наслѣдниковъ не только отца, но и матери (§ 171).

Засимъ обратимся къ вопросу, кто имѣетъ право требовать и взыскивать алименты. Всякому незаконному дитяти назначается опекунъ для охраны его правъ (прусск., § 614; австр., § 166; сакс., § 1875; общегерм., § 1707). Онъ является совокупно съ матерью лицомъ, заботящимся объ удовлетвореніи законныхъ интересовъ этого дитяти и прежде всего о назначеніи ему содержанія. По общему правилу право требовать уплаты алиментовъ принадлежитъ тому лицу, которое содержитъ или содержало до сихъ поръ внѣбрачное дитя. Въ частности различаются алименты за истекшее время и алименты на будущее время. Перваго рода алименты имѣютъ право требовать: мать, опекунъ внѣ брака рожденного и, наконецъ, всякій, содержавшій послѣдняго, напр., община, публичныя учрежденія (прусс., §§ 615, 616; австр., §§ 166, 167, и рѣшенія суда подъ послѣдней статьёй по изд. Mainz'a; общегерм., §§ 1709, 1711).

Въ частности Саксонское уложеніе предусматриваетъ случай, когда родившая незаконное дитя женщина потомъ вступила въ бракъ съ другимъ лицомъ или въ бракѣ родила не отъ мужа; тогда предполагается, что содержалъ незаконное дитя мужъ, и слѣдовательно ему принадлежитъ право требовать содержанія, но лишь за время брачной жизни (§ 1868).

Право третьихъ лицъ взыскивать съ отца издержки, понесенныя ими на содержаніе внѣбрачнаго дитяти, имѣетъ цѣлью, съ одной стороны, пресѣчь незаконному отцу возмож-



ность уклоняться отъ выполненія налагаемой на него закономъ обязанности, а съ другой—въ этомъ проявляется заботливость законодателя о положеніи незаконнаго дитяти: открывая возможность постороннимъ лицамъ принять участіе въ судьбѣ послѣдняго (нерѣдко весьма неприглядной).

Требовать алименты на будущее время имѣютъ право мать и опекунъ (прусс., §§ 615, 616; австр., § 166; сакс., § 1865, 1866). По Allgemeines Landrecht—только опекунъ (§ 1708 и мотивы; см. Denkschrift, стр. 349).

Въ Allgemeines Landrecht уложеніи мы находимъ постановленіе, согласно которому матери еще не родившагося незаконнаго дитяти предоставляется право требовать, чтобы отецъ его на первые три мѣсяца послѣ рожденія дитяти обезпечилъ его содержаніемъ, внесши эту сумму заранѣе по опредѣленію суда въ его кассу (§ 1716). Это постановленіе мотивируется тѣмъ, что въ первое время послѣ родовъ мать можетъ быть въ особенно затруднительномъ положеніи и нуждаться въ средствахъ (мотивы см. Denkschrift z. Entw. d. bürgerl. Gesetzbuches. II B. II Aufl. s. 852).

По мнѣнію комментатора Саксонскаго кодекса, Зибенгара, такой искъ возможенъ и по Саксонскому уложенію (B. III, § 1862), хотя текстъ закона и не указываетъ на возможность допущенія этого иска.

Озабочиваясь тѣмъ, чтобы внѣ брака рожденный не лишенъ былъ средствъ содержанія, законодательства воспрепятствуютъ безвозмездный отказъ его отъ права на содержаніе, но позволяютъ соглашеніе, утвержденное опекунскимъ судомъ, между незаконнымъ дитятей и его отцомъ, объ урегулированіи содержанія на будущее время, или же объ удовлетвореніи внѣ брака рожденнаго имуществомъ (это положеніе высказано Саксонскимъ уложеніемъ въ § 1867 и Allgemeines Landrecht въ § 1714).

Въ какомъ размѣрѣ назначается содержаніе незаконнорожденному? Одни законодательства прямо опредѣляютъ цифру этого содержанія въ видѣ minimum'a и maximum'a; другія предоставляютъ это усмотрѣнію суда. Такъ, Саксонское уложеніе такой minimum опредѣляетъ въ 12 талеровъ, а maximum въ 120 въ годъ, предоставляя суду избрать среднюю цифру, соображаясь съ общественнымъ положеніемъ



матери, особыми потребностями ребенка и со средствами отца (§ 1864), но не съ его званіемъ, ибо преимуществомъ званія отца незаконныя дѣти не пользуются. Назначаемая судомъ сумма вносится помѣсячно впередъ (§ 1865). Съ измѣненіемъ имущественнаго положенія отца, можетъ быть измѣненъ размѣръ назначеннаго содержанія (§ 1864).

Прусское уложеніе смотритъ на вопросъ шире: оно называетъ обязанность отца не обязанностью только содержанія (Unterhalt), какъ Саксонское, а пропитанія и воспитанія (Verpflegungs-und Erziehungs-Kosten) и опредѣляетъ ее такъ: на содержаніе незаконнаго дитяти должно быть назначено столько, сколько въ данной мѣстности стоитъ воспитаніе законнаго дитяти крестьянской или обыкновенной бюргерской семьи (Bauer oder gemeinen Bürgerstande), включая сюда и школьные расходы (§§ 626, 627).

Еще общее постановленіе Австрійскаго уложенія: незаконное дитя, говоритъ оно, имѣетъ право требовать отъ своихъ родителей соотвѣтственнаго ихъ имуществу пропитанія, воспитанія и попеченія (§ 166), причемъ, по толкованію верховнаго суда, каждая изъ перечисленныхъ обязанностей соотвѣтствуетъ возрасту несовершеннолѣтія: пропитаніе — дѣтству (до 7 лѣтъ), воспитаніе — малолѣтству (до 14 л.) и попеченіе — несовершеннолѣтію (до 24 л.) (см. рѣш. высш. суда прив. подъ § 166 и § 21, по изд. Manz'a). Подъ послѣднею обязанностью — попеченія (Versorgung) разумѣется обязанность пристроить дитя къ самостоятельной жизни. При этомъ обученіемъ ремеслу, напр., эта обязанность не считается исполненной. Но требованіе извѣстной суммы дитятею въ виду возможности устроиться можетъ быть допущено судомъ, лишь смотря по обстоятельствамъ дѣла. Женитьба или выходъ замужъ, по мнѣнію высшаго суда, такого требованія не оправдываютъ.

По Общегерманскому уложенію отецъ обязанъ доставлять своему незаконному дитяти содержаніе, соотвѣтственное общественному положенію матери. Содержаніе обнимаетъ всѣ потребности жизни, расходы по воспитанію и приготовленію къ дѣятельности (Verpf., § 1708). Какъ и слѣдовало ожидать, въ этомъ отношеніи сдѣлана поправка въ новомъ уло-



женіи въ смыслѣ большаго обезпеченія судьбы незаконнаго дитяти (см. мотивы въ Denkschrift, стр. 351, 352).

Извѣстное несогласіе между законодательствами существуетъ и въ вопросѣ о времени прекращенія алиментарной обязанности. Прусское и Саксонское уложенія прекращаютъ ее съ достиженіемъ незаконнорожденнымъ 14-лѣтняго возраста (прусск., §§ 633, 634; сакс., § 1862), что, разумѣется, должно быть признано слишкомъ раннимъ періодомъ, ибо трудно человѣку въ 14 лѣтъ получить возможность жить самостоятельно. Впрочемъ, прусское законодательство допускаетъ исключеніе изъ этого постановленія: обязанность содержанія можетъ быть продолжена для окончанія обученія ремеслу или промыслу и вообще подготовленія къ опредѣленной профессіи или вслѣдствіе болѣзни незаконнаго дитяти (§§ 635, 637).

Общегерманское уложеніе удлинило срокъ до 16 л. (§ 1708), считая однимъ изъ мотивовъ для такого удлиненія то, что по теперешнимъ хозяйственнымъ отношеніямъ въ 14 л. не заканчивается обыкновенно воспитаніе дитяти и пріобрѣтеніе способности самостоятельнаго существованія (Denkschrift, стр. 353), но удержало, согласно Прусскому уложенію, возможность продолженія содержанія и на дальнѣйшее время, на случай, если внѣ брака рожденный не можетъ самъ по своимъ физическимъ или умственнымъ недостаткамъ снискивать себѣ пропитаніе (§ 1708).

Незаконный отецъ, будучи обязанъ давать содержаніе своимъ незаконнымъ дѣтямъ, самъ права на полученіе содержанія отъ нихъ въ случаѣ нужды не имѣетъ. Только Прусское уложеніе даетъ такое право незаконному отцу въ томъ случаѣ, если его законные родственники не имѣютъ средствъ (§ 638).

#### *б) Наслѣдственныя права внѣбрачныхъ дѣтей*

Какъ мы видѣли, древнегерманское право крайне несочувственно относилось къ наслѣдственнымъ правамъ внѣбрачныхъ дѣтей и притомъ не только въ области законнаго, но и завѣщательнаго наслѣдованія. Семья была исходнымъ пунктомъ въ вопросѣ объ этихъ правахъ, но незаконныя дѣти семьи были лишены.



Дѣйствующія германскія законодательства рѣшеніе этого вопроса ставятъ въ зависимость отъ силы той юридической связи, которая признается по этимъ законодательствамъ между внѣ брака рожденнымъ и его родителями. Всѣ законодательства уравниваютъ или почти уравниваютъ незаконныхъ дѣтей съ законными относительно наслѣдованія послѣ матери и, наоборотъ, ставятъ совсѣмъ не въ одинаковое положеніе законныхъ и незаконныхъ дѣтей, что касается отца. Отсюда и наслѣдственные права внѣбрачныхъ дѣтей опредѣляются иначе по отношенію къ матери, иначе по отношенію къ отцу.

По прусскому праву незаконныя дѣти наслѣдуютъ матери какъ и законныя (§ 656), въ томъ числѣ имѣютъ право и на законную долю. Только такъ называемое «Voraus», т. е. полученное матерью отъ отца законныхъ дѣтей или его восходящихъ, поступаетъ исключительно законнымъ дѣтямъ (§ 657). Равно и мать имъ наслѣдуетъ, какъ и своимъ законнымъ дѣтямъ; но родственникамъ матери незаконныя дѣти не наслѣдуютъ, равно и обратно: эти родственники не наслѣдуютъ имъ (§ 660).

Между собою незаконныя дѣти считаются неполнородными братьями и сестрами (пока родители ихъ не вступаютъ другъ съ другомъ въ бракъ—II, 3, § 6).

Относительно наслѣдственныхъ правъ внѣ брака рожденнаго послѣ отца въ Прусскомъ уложеніи мы встрѣчаемъ постановленіе, напоминающее постановленіе Юстиніана относительно наслѣдственныхъ правъ дѣтей отъ конкубината. По смерти незаконнаго отца, послѣ котораго не осталось ни законныхъ дѣтей, ни ихъ потомства, незаконныя дѣти получаютъ вмѣстѣ  $\frac{1}{6}$  ч., но при этомъ они теряютъ право на алименты (II, II § 652 и Anh., § 97), но права на законную наслѣдственную долю (Pflichttheil) послѣ отца они не имѣютъ (§ 665). Равно никакихъ наслѣдственныхъ правъ они не имѣютъ относительно родственниковъ отца (§ 660).

По Австрійскому уложенію, какъ и по Прусскому, послѣ матери, незаконныя дѣти наслѣдуютъ, какъ и законныя; но послѣ отца и его родственниковъ, а равно родственниковъ материнскихъ, никакихъ наслѣдственныхъ правъ незаконно-рожденнымъ не предоставляется (§ 754).



Саксонское и Общегерманское уложения, уравнивая незаконных дѣтей съ законными, что касается матери и ея родственниковъ (сакс., § 1804; общегерм., § 1705), eo ipso даютъ имъ тѣ же наслѣдственные права послѣ сейчасъ указанныхъ лицъ, что и законнымъ дѣтямъ, и на-ряду съ ними, и, наоборотъ, послѣ нихъ мать и ея родственники наслѣдуютъ, какъ и послѣ законныхъ дѣтей.

Только незаконные братья и сестры по Саксонскому уложенію наслѣдуютъ, хотя бы они были полнородными, всегда какъ неполнородные, т. е. получаютъ лишь половину доли полнородныхъ (§§ 2016, 2019, 2020, 2031).

Что же касается незаконнаго отца, то Саксонское и Общегерманское уложения, какъ и Австрійское, не даютъ внѣ брака рожденному никакихъ наслѣдственныхъ правъ послѣ него, равно незаконному дитяти не наслѣдуетъ его отецъ и тѣмъ менѣе его родственники (§ 2019, и общегерм., § 1705). Общегерманское уложеніе говоритъ категорически: незаконное дитя и его отецъ не считаются родными (§ 1589).

## § 31.

### 3. Дѣти невѣсты.

Изъ нѣмецкихъ законодательствъ одно, именно Саксонское, знаетъ особый, такъ сказать, привилегированный родъ незаконныхъ дѣтей—это дѣти невѣсты (Brautkinder). Привилегированность этого вида дѣтей возникла вслѣдствіе того, что по древнегерманскому праву обрученіе имѣло весьма важное значеніе: женихъ пріобрѣталъ черезъ него особые права (Mundschaftsrechte), а церковь называетъ обрученіе подражаніемъ браку (imitatio matrimonii). Вслѣдствіе такого значенія обрученія и дѣти обрученныхъ не могли быть приравнены къ просто незаконнымъ дѣтямъ. Но для этого обрученіе должно быть вполнѣ дѣйствительнымъ. Такъ и Саксонское уложеніе требуетъ, чтобы обручаемые достигли брачнаго совершеннолѣтія (18 л. женихъ и 16 л. невѣста), имѣли разрѣшеніе родителей и чтобы обрученіе удовлетворяло всѣмъ условіямъ договора (§§ 1569—1575). Дѣти, происшедшія отъ такихъ обрученныхъ, будутъ Brautkinder, хотя-бы въ



предполагаемый зачаточный срокъ невѣста имѣла половое общеніе и съ другими лицами, кромѣ жениха; слѣдовательно, и здѣсь отрицается такъ называемое *exsertio congressus cum pluribus* (§ 1872).

Если женщина была разновременно невѣстой нѣсколькихъ жениховъ и отъ cadaго имѣла дѣтей, то всѣ они будутъ *Brautkinder*.

Дѣти невѣсты носятъ фамиліальное имя отца (§ 1801 и *Commentar Siebenhaar'a*, § 1578) и записываются за нимъ въ актахъ о рожденіи; но отцовская власть ему не принадлежитъ (§ 1809), а слѣдовательно ему не принадлежитъ и право пользованія и управленія дѣтскимъ имуществомъ (§ 1811). Право заступничества за малолѣтняго принадлежитъ тоже не отцу, а опекуну перваго (§ 1875). Онъ не имѣетъ права и на полученіе алиментовъ отъ такихъ дѣтей (§ 1843).

Неуравниваемый въ правахъ съ законнымъ отцомъ, женихъ уравнивается въ обязанностяхъ съ первымъ. Такъ, обязанность содержанія не ограничивается взносомъ опредѣленной суммы, какъ для обыкновенныхъ незаконныхъ дѣтей, а, какъ обязанность содержанія законнаго дитяти, обнимаетъ собою всѣ расходы, необходимыя для приличнаго существованія, сообразно общественному положенію отца, а также расходы по воспитанію, образованію и приготовленію къ опредѣленнаго рода дѣятельности (§§ 1846, 2473). Равно эта обязанность, какъ и для законныхъ дѣтей, прекращается со смертію обязаннаго (§ 1853). Дочерямъ-же онъ долженъ дать приданое сообразно со своими средствами (§ 1661).

Алиментарная обязанность отца, за смертію его, переходитъ на восходящихъ отцовской и материнской сторонѣ, хотя надо думать, безъ права взаимности (по крайней мѣрѣ, что касается отцовскихъ восходящихъ), такъ какъ это право не предоставлено даже отцу (§§ 1839, 1843).

Что касается наслѣдственныхъ правъ дѣтей невѣсты, и прежде всего послѣ отца, то уложеніе уравниваетъ ихъ съ законными дѣтьми, впрочемъ, повидимому, только ихъ лично (ибо о нихъ только и говорится, а не объ ихъ потомствѣ (§ 2018, и *Commentar Siebenhaar'a* къ этому §).

Равно есть отклоненіе отъ общаго порядка наслѣдованія, даннаго для законныхъ дѣтей, и на обратной сторонѣ, т. е.



на сторонѣ отца: если онъ дѣйствовалъ недобросовѣстно, при заключеніи обрученія, или оказался виновнымъ въ несостоявшемся бракѣ, то ни онъ, ни его родственники не имѣютъ права наслѣдовать послѣ его дѣтей отъ неvěсты (§§ 2039, 2025).

Относительно матери — неvěсты и ея родственниковъ, дѣти ея (какъ и другія незаконныя ея дѣти) пользуются всѣми правами законныхъ дѣтей (§ 1874).

Другія нѣмецкія законодательства не даютъ особыхъ постановленій о дѣтяхъ неvěсты и, слѣдовательно, подводятъ ихъ подъ общія правила о внѣбрачныхъ дѣтяхъ. И въ доктринѣ германисты не одобряютъ стремленія ставить дѣтей неvěсты въ исключительное положеніе и именно потому, что теперь обрученіе потеряло прежнее значеніе (Gengler, Deutsches Privatrecht, стр. 496, 497).

## § 32.

### 4. Внѣбрачныя дѣти по Швейцарскому кодексу 10/23 Декабря 1907 г.

Швейцарское уложеніе даетъ постановленія относительно внѣбрачныхъ дѣтей смѣшаннаго характера: совмѣщая въ себѣ отчасти начала, принятыя романскими законодательствами, отчасти начала, положенныя въ основу нѣмецкихъ уложеній. Такъ относительно установленія сыновства оно допускаетъ и добровольное признаніе и судебный розыскъ отца. Признаніе можетъ быть сдѣлано не только отцомъ, но и дѣдомъ. Какъ и во французскомъ кодексѣ не допускается признаніе дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія. Признаніе могутъ опротестовать не только мать, дитя и его потомки, но и подлежащая власть кантона и каждое заинтересованное лицо.

Искъ о розыскѣ отца судебнымъ порядкомъ можетъ быть предъявленъ матерью или дитятей, а направленъ какъ противъ отца такъ и его наслѣдниковъ. Отцомъ ребенка предполагается мужчина сожителевавший съ матерью его въ теченіи времени между трехсотымъ и сто восьмидесятымъ днями до его рожденія. Это предположеніе



падаетъ, если, благодаря установленнымъ фактамъ явится возможность возбудить сомнѣніе относительно того, что отвѣтчикъ могъ быть отцомъ. Слѣдовательно, здѣсь возможно не одно лишь *exsertio congressus cum pluribus*, но и другаго рода возраженія (отсутствіе, болѣзнь), разрушающія предположенія объ отцовствѣ. Во всякомъ случаѣ искъ отклоняется, если мать въ эпоху зачатія вела безпутную жизнь. Но если мать въ періодъ зачатія была замужемъ, то искъ объ отысканіи отца можетъ быть предъявленъ только тогда, когда судья объявитъ дитя внѣбрачнымъ. Мать, а равно и внѣбрачное дитя имѣютъ право требовать, чтобы судомъ было установлено отцовство послѣдняго.

Искъ о розыскѣ отца можетъ имѣть двѣ цѣли: 1) требованіе уплаты опредѣленныхъ выдачъ въ пользу матери и дитяти, и 2) признаніе отцовства.

1) Если искъ признанъ основательнымъ, то въ пользу матери присуждается: опредѣленная сумма на покрытіе издержекъ, связанныхъ съ родами и разрѣшеніемъ отъ бремени, и сверхъ того (если отвѣтчикъ обѣщаль матери передъ сожительствомъ вступить съ нею въ бракъ, если сожительство съ нею было соединено съ преступленіемъ противъ нея или съ злоупотребленіемъ надъ нею своею властью или если истица была несовершеннолѣтней во время сожительства) судъ можетъ присудить ей особую сумму въ качествѣ нравственнаго удовлетворенія, въ пользу дитяти—денежныя выдачи соотвѣтственно общественному положенію отца и матери на покрытіе расходовъ по содержанію и воспитанію дитяти до достиженія имъ 18-лѣтняго возраста.

2) Судья, по просьбѣ истца, объявляетъ отвѣтника отцомъ (если онъ во время сожительства не былъ женатъ), если послѣдній обѣщаль матери жениться на ней или если сожитіе съ ней было соединено съ преступленіемъ противъ нея или съ злоупотребленіемъ властью.

Объявленіе отцомъ (добровольно или по судебному приговору) съ присужденіемъ дитяти правъ гражданскаго состоянія отца (о чемъ должна быть поставлена въ извѣстность община, дабы она могла принять мѣры для охраны своихъ интересовъ) даетъ право на фамильное имя отца, право гражданства въ его родинѣ и влечетъ за собою приобрѣтеніе



въ семьѣ отца (какъ и въ семьѣ матери) всѣхъ правъ и обязанностей, истекающихъ изъ внѣбрачнаго происхожденія. Отецъ обязанъ заботиться о внѣбрачномъ дитяти такъ, какъ если-бы оно было рождено въ законномъ бракѣ. Что касается родительской власти, то предоставленіе ея не только отцу, но и матери внѣбрачнаго дитяти зависитъ отъ опекунскаго учрежденія. Но другой родитель имѣетъ право сохранять съ дитятей личныя отношенія.

Если объявленія отцовства не было, то всѣ сейчасъ перечисленные права и обязанности переходятъ на мать (что касается имени, гражданства и т. д.). Наслѣдственные права внѣбрачныхъ дѣтей таковы. Внѣбрачные кровные родственники по отношенію къ материнскимъ родственникамъ имѣютъ такія-же наслѣдственные права какъ и происшедшіе отъ законнаго брака. По отношенію къ отцовскимъ родственникамъ право наслѣдованія принадлежитъ имъ только въ томъ случаѣ, если внѣбрачный ребенокъ получить гражданское состояніе отца въ силу признанія или судебного рѣшенія. Если наслѣдство должно быть раздѣлено между внѣбрачнымъ родственникомъ или его нисходящими и законными нисходящими, тогда первые имѣютъ право только на половину части, принадлежащей законному ребенку или его потомству. (Ст. 302—327, 461).

### § 33.

#### 5. Узаконеніе.

Дѣйствующія нѣмецкія законодательства знаютъ два вида узаконенія внѣбрачныхъ дѣтей: чрезъ послѣдующій бракъ и чрезъ рескриптъ главы государства.

Узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ возможно для всѣхъ видовъ незаконныхъ дѣтей, въ томъ числѣ и происшедшихъ отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія (прусс., § 596 и прим. къ нему Коха; австр., § 161 и рѣш. верх. суда; сакс., § 1780, и общегерм., § 1719), лишь бы только возможенъ былъ между родителями вполнѣ законный и дѣйствительный бракъ. Поэтому, согласно Саксонскому уложенію, если мужчина, прижившій ребенка съ замужней



женщиной, и эта послѣдняя, еще при существованіи прежняго ея супружества, условилась заключить бракъ, то дитя, происшедшее отъ этого брака, не узаконяется, потому что и самый бракъ между этими лицами невозможенъ (§ 1616). Точно также и не всѣ дѣти отъ кровосмѣшенія могутъ быть узаконены, а лишь тѣ, которыя произошли отъ кровосмѣсительной связи, допускающей бракъ, хотя бы съ разрѣшенія подлежащей власти.

Послѣдующій бракъ узаконяетъ лишь тѣхъ дѣтей, относительно которыхъ установлено, что они произошли отъ мужчины, ставшаго впослѣдствіи мужемъ матери, что можетъ быть удостовѣрено, во-1-хъ, собственнымъ признаніемъ его (письменнымъ, устнымъ и даже молчаливымъ—позволяя дитяти называться его именемъ), противъ котораго (т. е. признанія) всѣ заинтересованные имѣютъ право возражать (напр., что предполагаемый отецъ отсутствовалъ въ періодъ, соотвѣствующій зачатію ребенка), и, во-2-хъ, судебнымъ рѣшеніемъ, установившимъ, что въ зачаточный періодъ онъ имѣлъ связь съ матерью, причемъ, здѣсь не имѣетъ значенія ни одновременная связь съ другими мужчинами (слѣдовательно, отрицается *exsertio congr. cum plur.*), ни безнравственная жизнь матери. Таковы правила прусскаго права (Dernburg, стр. 175, 176).

Въ общемъ тоже и въ другихъ нѣмецкихъ законодательствахъ. Такъ, должна быть доказана несомнѣнность происхожденія узаконяемаго дитяти отъ узаконяющихъ его родителей (австр., § 161; сакс., § 1780; общегерм., § 1719). Общегерманское уложеніе, между прочимъ, говоритъ, что если мужъ признаетъ послѣ рожденія дитяти свое отцовство въ какомъ-нибудь публичномъ актѣ, то предполагается, что онъ сожителемъ былъ съ матерью въ зачаточный періодъ (§ 1720). Равно онъ считается отцомъ и помимо признанія, развѣ-бы обстоятельства ясно указывали, что онъ не могъ сожительствовать съ нею во время, соотвѣтствующее зачатію дитяти (тотъ-же §). Но возраженіе о соучастіи въ сожительствѣ другихъ, какъ и въ вышеприведенныхъ законодательствахъ — прусскомъ и саксонскомъ, не допускается (Denkschrift, стр. 355).

Узаконеніе со вступленіемъ родителей въ бракъ наступаетъ *ipso jure*.



Въ чемъ заключается сила этого узаконенія? Оно приравниваетъ незаконныхъ дѣтей къ законнымъ, дѣлаетъ и внѣ брака рожденныхъ законными и, слѣдовательно, даетъ имъ тѣ же права, что и законнымъ дѣтямъ, и налагаетъ тѣ же обязанности (прусск., § 596; австр., §§ 161, 752, 753; сакс., § 1780; общегерм., §§ 1719 и 1722). Но они не пріобрѣтаютъ преимуществъ первородства и поэтому не имѣютъ права на наслѣдство, открывшееся до узаконенія ихъ, т. е. до заключенія брака ихъ родителями (См. Siebenhaar'a Commentar къ § 1780).

Узаконеніе рескриптомъ, изданнымъ представителемъ государственной власти, встрѣчало въ германскомъ правѣ еще менѣе сочувствія, нежели узаконеніе послѣдующимъ бракомъ.

Какія условія и слѣдствія этого узаконенія? Римское право не допускаетъ узаконенія рескриптомъ, если возможно было узаконеніе чрезъ послѣдующій бракъ родителей. Законодательства германскія не сохранили этого требованія, и, согласно имъ, узаконеніе чрезъ рескриптъ возможно и въ томъ случаѣ, когда дѣти могли-бы быть узаконены послѣдующимъ бракомъ ихъ родителей (прусск., § 601 и прим. къ нему Коха; сакс., § 1783 и сл., общегерм., § 1723 и сл.).

Всѣхъ ли видовъ внѣ брака рожденныхъ дѣти могутъ быть узаконены этимъ путемъ? Прусскій законъ (§ 601) не различаетъ видовъ незаконнорожденности, а говоритъ о незаконныхъ дѣтяхъ вообще; отсюда, по мнѣнію юристовъ (см. мнѣніе Коха въ прим. къ § 601; ср. Dernburg, стр. 177), рескриптомъ могутъ быть узаконены и дѣти отъ прелюбодѣянія и кровосмѣшенія. Такого же воззрѣнія и Саксонское уложеніе (§§ 1783 и 1786). Общегерманское уложеніе воспрещаетъ только узаконеніе дѣтей отъ кровосмѣшенія и притомъ между родственниками въ такихъ степеняхъ, когда бракъ невозможенъ (§ 1732), умалчивая о дѣтяхъ отъ прелюбодѣянія. Равно мы не встрѣчаемъ по этому поводу никакихъ ограниченій и въ Австрійскомъ уложеніи (§ 162).

Инициатива узаконенія принадлежитъ отцу, отъ котораго должно исходить ходатайство (прусск., § 601; сакс., § 1784; общегерм., § 1723) и это потому, что такое ходатайство пред-



полагаетъ предварительное признаніе дитяти своимъ (сакс., § 1784; общегерм., § 1725).

Для узаконенія требуется согласіе самого узаконяемаго (по саксонскому, § 1788, и общегерманскому уложенію, § 1728, если онъ достигъ 14 лѣтъ). Прусское уложеніе не считаетъ это условіе существеннымъ (§ 602 и прим. 18 къ нему Коха), а Общегерманское уложеніе требуетъ согласія и матери, если узаконяемый не достигъ 21 г. Впрочемъ, при отказѣ, ея согласіе можетъ быть замѣнено разрѣшеніемъ опекунскаго суда (§§ 1726, 1727). Австрійскій законъ требуетъ непременно совместнаго дѣйствія обоихъ родителей (§ 162).

Узаконеніе возможно и по смерти отца, если онъ объ этомъ выразитъ желаніе въ завѣщаніи (сакс., § 1784), или же если онъ заявитъ объ этомъ при жизни соотвѣтственнымъ властямъ (общегерм., § 1733).

Что касается дѣйствія этого узаконенія, то оно, вообще говоря, влечетъ за собою приравненіе узаконенныхъ дѣтей къ законнымъ дѣтямъ отца (однако-же, согласно прусскому праву, узаконенный не вступаетъ въ семью отца, § 603, сакс., § 1783; общегерм., § 1736). Но Австрійское уложеніе говоритъ лишь о возможности ходатайства о сообщеніи сословныхъ преимуществъ и наследственныхъ правъ послѣ родителей (§ 162).

Но это дѣйствіе узаконенія имѣетъ личный характеръ: оно касается только отца, не давая узаконенному никакихъ правъ по отношенію къ родственникамъ отца (прусск., § 605, и сакс. улож., §§ 2023—2025, 1841, требуютъ для этого спеціальнаго согласія родственниковъ, общегерм. улож. подобныхъ договоровъ не знаетъ, § 1737, равно и австрійское говоритъ категорически, что благодѣяніе этого узаконенія не распространяется на прочихъ членовъ семьи, §§ 162, 753).

Кромѣ этихъ двухъ видовъ узаконенія, нѣкоторыя уложенія знаютъ еще третье—посредствомъ усыновленія (объ этомъ см. ниже).



## § 34.

## 6. Заключение.

Прежде чѣмъ перейти къ изложенію постановленій о незаконныхъ дѣтяхъ по русскому праву, бросимъ еще общій взглядъ на развитіе юридической мысли и юридического сознанія въ области легальнаго устройства судьбы этихъ дѣтей по праву иноземному.

Въ началѣ мысль эта слабо различала законность и незаконность происхожденія дѣтей. Общая слабость представленія о законномъ и незаконномъ, непрочность и неустойчивость сожителъствъ мужчины и женщины, а равно многоженство, не способны были установить твердаго и рѣшительнаго различія между законными и незаконными дѣтьми.

Укорененіе моногамической формы брака, проводя рѣзкую грань между брачнымъ и небрачнымъ сожителъствомъ, должно было повлечь за собою и рѣзкое различіе между законными и незаконными дѣтьми. Средніе вѣка, создавъ въ самомъ моногамическомъ бракѣ какъ-бы ступени (градаціи), отличивъ равный бракъ отъ неравнаго, внесли это-же подраздѣленіе и въ незаконнорожденность.

У древнѣйшаго изъ классическихъ народовъ—у грековъ—внѣбрачныя дѣти были внѣ семьи и домашняго культа, а потому не имѣли и правъ наслѣдованія, хотя имѣли право на алименты.

Римъ, ушедшій дальше современныхъ ему народовъ, по пути выработки юридическихъ понятій, въ вопросѣ о незаконныхъ дѣтяхъ, въ началѣ не давалъ большаго, чѣмъ и эти народы, имѣвшіе, по мнѣнію римлянъ, право безпочвенное и смѣшное (*inconditum atque ridiculum*). Многія тысячи рабскихъ дѣтей были не только внѣ закона, но и внѣ разряда человѣческихъ существъ. Впрочемъ, съ признаніемъ юридической силы за кровнымъ родствомъ, судьба внѣбрачныхъ дѣтей улучшается. Въ особое положеніе ставить законъ дѣтей «естественныхъ» или «дѣтей природы», происшедшихъ отъ конкубината. Имъ обезпечивалось содержаніе отъ родителей и опредѣленныя наслѣдственные права, а главное, возможность узаконенія. Эти дѣти природы сдѣлались легальными родона-



чальниками многихъ миллионовъ «bastard'овъ», «kebeskind'овъ», до нашихъ «байстрюковъ» включительно.

Такимъ образомъ, римское право въ концѣ своей исторіи открывало для будущей судьбы внѣ брака рожденныхъ обнадеживающую перспективу. Другой спасительной силой для незаконныхъ дѣтей была церковь. Да и кому же болѣе ей приличествовало взять подъ свою защиту обездоленныхъ дѣтей, результатъ случайныхъ связей ихъ родителей, связей не одобряемыхъ закономъ? Правда, что на пути улучшенія положенія этихъ дѣтей церковь встрѣчала большія препятствія. Эта-же церковь должна была охранять святость и чистоту брачнаго союза. Но одинъ разрядъ этихъ дѣтей былъ результатомъ нарушенія святости этого союза (таковы дѣти отъ прелюбодѣянія); другой — былъ результатомъ несочувствія этому союзу (хотя и не всегда вопли свободнаго), каковы дѣти внѣбрачныя. Изъ этой дилеммы церковь избрала такой выходъ: не вводить незаконныхъ дѣтей въ семью, но обязать родителей кормить ихъ и вообще печься о нихъ.

Но идеи римскаго и каноническаго права пали въ началѣ на почву крайне неблагодарную—на не тронутую ниву народовъ новаго міра: грубыхъ, невѣжественныхъ, иногда жестокихъ. Отчасти общая некультурность, отчасти желаніе сохранить чистоту родовыхъ связей и воспрепятствовать смѣшенію лицъ разныхъ общественныхъ классовъ привели эти народы къ мысли о большемъ или меньшемъ безправіи незаконныхъ дѣтей.

Вѣроятно на борьбу римскаго и каноническаго правосознанія съ германскими и вообще варварскими обычаями ушло много времени. Въ концѣ концовъ, болѣе гуманныя начала каноническаго и римскаго права стали одолевать германское жестокосердіе относительно незаконныхъ дѣтей.

Въ такомъ положеніи застали этихъ дѣтей кодификаторы гражданскихъ законовъ въ концѣ XVIII и въ началѣ XIX вѣка.

Первый нѣмецкій національный кодексъ—Прусское Земское Уложеніе—отнеслось сравнительно благожелательно къ незаконнымъ дѣтямъ и ихъ матерямъ: дозволило розыскъ незаконнаго отца, обязало его содержать своихъ внѣбрачныхъ дѣтей и даже позволило наследовать отцу въ извѣстной



мѣрѣ. Относительно матери незаконныя дѣти почти сравнялись съ законными.

Слѣдующій по времени кодексъ—Австрійское уложеніе въ общемъ пошло по тому же пути, какъ равно и Саксонское и недавно обнародованное Общегерманское уложеніе. Всѣ они усвоили себѣ идеи каноническаго права—всѣ зачисляють незаконныхъ дѣтей за матерью и, что касается ея, не дѣлають различія между отъ брака и внѣ брака рожденными. Точно также всѣ они считаютъ отца должникомъ по отношенію къ матери и незаконнымъ дѣтямъ, а нѣкоторыя (сакс.) и почти преступникомъ, возмѣщающимъ вредъ, происшедшій отъ совершеннаго имъ преступленія.

Такимъ образомъ Германскія законодательства, приравнивая внѣбрачныхъ дѣтей относительно матери въполнѣ или въ значительной мѣрѣ къ законнымъ, весьма осторожны въ надѣленіи правами по отношенію къ отцу, обязывая послѣдняго только давать содержаніе, но не предоставляя послѣ него правъ наслѣдственныхъ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ обязанность алиментарная отъ отца переходитъ не къ восходящимъ его, а къ его наслѣдникамъ, а напротивъ, послѣ матери эта обязанность переходитъ и на ея восходящихъ.

Французскій законодатель иначе распоряжается судьбой незаконныхъ дѣтей. Онъ, въ замѣну своихъ старыхъ обычаевъ, допускавшихъ розыскъ и алиментарную обязанность розыскиваемаго отца, придавъ рѣшительное значеніе добровольному признанію и надѣлилъ правами (болѣе значительными, чѣмъ по германскимъ законодательствамъ) добровольно признанныхъ дѣтей (вводя ихъ подъ покровительство родительской власти и допуская къ наслѣдованію не только послѣ матери, но и послѣ отца, если они ихъ признали оба и возлагая обязанность содержанія и на наслѣдниковъ послѣднихъ), совершенно не заботясь о дѣтяхъ не признанныхъ. Строго говоря, это рѣшеніе вопроса о внѣбрачныхъ дѣтяхъ есть полумѣра. Тутъ законодатель мало проявилъ заботливости. Кто открыто называетъ дитя своимъ, тотъ обезпечиваетъ его и безъ понукиванія закона. Надобность настоять объ устройствѣ судьбы не признанныхъ родителями дѣтей (каковыхъ  $\frac{2}{3}$ ); но этихъ дѣтей французское законодательство и сродное съ нимъ италіанское совсѣмъ игнорируютъ. Заслуживаетъ



вниманія, что изданнымъ недавно новымъ закономъ французы улучшили нѣсколько наслѣдственныя права внѣ брака рожденныхъ; но общаго положенія незаконныхъ дѣтей не коснулись, и это послѣ цѣлаго ряда литературныхъ трудовъ (большей и меньшей годности), доказывающихъ неустанно потребность въ коренномъ измѣненіи постановленій кодекса относительно незаконныхъ дѣтей. Такъ слово расходится съ дѣломъ.

Вотъ два пути, по которымъ пошло правосознаніе европейскихъ народовъ въ вопросѣ о внѣ брака рожденныхъ; одинъ—отрицанія и безправія для всѣхъ добровольно не признанныхъ дѣтей и значительнаго обезпеченія признанныхъ, и другой—путь розыска родителей, не желающихъ добровольно признать дѣтей своими, и скромное обезпеченіе ихъ существованія, приравнивая, впрочемъ, что касается матери, почти вполнѣ къ законнымъ. Новый Швейцарскій кодексъ соединилъ оба пути: и усвоенный романскими и германскими законодательствами, допуская одновременно и добровольное признаніе внѣбрачныхъ дѣтей и судебный розыскъ отца. Въ основу его постановленій положено начало материнства: внѣбрачное дитя носить фамилію матери и получаетъ права гражданства въ ея родинѣ. Въ вопросахъ о правахъ внѣ брака рожденныхъ дѣтей по отношенію къ матери и ея родственникамъ удержана точка зрѣнія нѣмецкихъ кодексовъ—о близкомъ приравненіи такихъ дѣтей къ законнымъ. Относительно отца различаются двѣ категоріи дѣтей: 1) такихъ, которыя, по установленіи судомъ ихъ отцовства, имѣютъ только право на содержаніе и воспитаніе, какъ по отношенію къ отцу, такъ и по отношенію къ его наслѣдникамъ и 2) на такихъ, о которыхъ отецъ долженъ также заботиться какъ и о законныхъ дѣтяхъ, которыя носятъ его фамилію и пріобрѣтаютъ право гражданства въ его родинѣ и которыя имѣютъ наслѣдственныя права не только послѣ него, но и его родственниковъ (хотя въ послѣднемъ случаѣ и въ меньшей долѣ). Однако-же родительской власти надъ внѣбрачными дѣтьми законъ *ipso jure* не даетъ ни отцу, ни матери. Кому изъ родителей предоставить родительскую власть, рѣшаетъ опекуное учрежденіе.



Такимъ образомъ, въ общемъ и Швейцарскій кодексъ рѣшился сдѣлать прибавку къ правамъ только небольшой группы внѣбрачныхъ дѣтей, такъ сказать привилегированныхъ, оставивъ рядовыхъ при старомъ, до него практиковавшемся, удѣлѣ. На этомъ правосознаніе въ вопросѣ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ остановилось и, повидимому, надолго придется существовать этимъ дѣтямъ въ томъ юридическомъ кругу, который очерченъ для нихъ современными кодексами. Въ этомъ убѣждаютъ новый французскій законъ о наслѣдованіи внѣбрачныхъ дѣтей и недавно обнародованное Общегерманское уложеніе (сдѣлавшее лишь незначительныя поправки въ Прусскомъ и Саксонскомъ уложеніяхъ по этому предмету) и наконецъ новый Швейцарскій кодексъ.

Заслуживаетъ вниманія, что та ячейка, изъ которой развились права незаконныхъ дѣтей—права дѣтей конкубины (*liberi naturales*), захла въ правѣ новыхъ народовъ, а именно исчезла всякая мысль о томъ, что не слѣдуетъ огульно рѣшать судьбу всѣхъ внѣбрачныхъ дѣтей, не дѣлая никакого различія между тѣми, которыя произошли отъ связей совершенно случайныхъ и такъ сказать мимолетнихъ, и тѣми, которыя являются результатомъ сожительствъ, столь же постоянныхъ и столь же прочныхъ, какъ и законный бракъ, вступить въ который родители не могли, быть можетъ, не по своей винѣ.

## ГЛАВА XI.

### О внѣбрачныхъ дѣтяхъ по русскому праву.

#### 1. Историческій очеркъ.

§ 35. 1. Право до-петровское. § 36. 2. Очеркъ постановленій со времени Петра В.

#### § 35.

##### 1. Право до-петровское.

О положеніи внѣбрачныхъ дѣтей по нашему древнему праву мы имѣемъ не много свѣдѣній. Относительно древняго времени мы почти не располагаемъ строго-юридическими дан-



ными. Тѣмъ не менѣе нѣкоторыя заключенія могутъ быть сдѣланы и относительно этого времени на основаніи свѣдѣній о положеніи семьи и правовъ въ ту эпоху.

Въ языческое время браки заключались у насъ посредствомъ увода (умычки) и купли невѣсты<sup>1)</sup>. Такіе браки не могли отличаться прочностью и правильностью, и при существованіи подобныхъ браковъ трудно отличать законныхъ дѣтей отъ незаконныхъ.

Старая Русь практиковала также многоженство (какъ одновременное, такъ и послѣдовательное)<sup>2)</sup> и наложничество<sup>3)</sup>.

Все это были условія неблагопріятныя для развитія понятія о законности и незаконности рожденія. И, дѣйствительно, историческіе примѣры намъ показываютъ, что даже въ такихъ правахъ, какъ право на княжескій и великокняжескій престолъ, незаконнорожденность не считали существеннымъ препятствіемъ. Такъ, Владиміръ, сынъ Малуши, Ольгиной ключницы и едва-ли законной жены Святослава, былъ сначала Новгородскимъ княземъ, а потомъ великимъ княземъ всея Россіи. Даже въ первое время послѣ принятія христіанства, князья надѣляли своихъ незаконныхъ дѣтей такими-же правами, какъ и законныхъ. Такъ, великій князь Святополкъ-Михаилъ, по свидѣтельству лѣтописи, отдалъ городъ Владиміръ своему сыну отъ наложницы—Ярославу. Такъ, знаменитый Ярославъ Галицкій жилъ съ Настаською и сыну своему отъ нея отдалъ Галицкій престолъ (Неволинъ, III, стр. 306, 170, прим. 569).

Конечно, принятіе христіанства должно было оказать вліяніе на разграниченіе правъ законныхъ и незаконныхъ дѣтей,

<sup>1)</sup> См. мое изслѣдованіе—О разводѣ по русскому праву, стр. 4 и сл.

<sup>2)</sup> «И Радимичи и Вятчи и Сѣверъ одинъ обычай имяху... имяху же по двѣ и по три жены. Си же творяху обычай Кривичи, прочіи поганіи». Лавр. Лѣт., стр. 6. Уст. Ярослава: аже мужъ оженится иною женою, со старою не распустился... (ст. 7); аже двѣ жены кто водить... (ст. 13). См. еще вышеприведенное мое изслѣдованіе—О разводѣ, стр. 22.

<sup>3)</sup> Такъ, у Святослава, кромѣ жены, была еще наложница Малуша, отъ которой родился Владиміръ, который, въ свою очередь, кромѣ „водимыхъ“ (женъ) Рогънѣдь... отъ Грекинь... отъ Чехинѣ... а отъ другоѣ... а отъ Болгарынѣ... а наложницъ бѣ у него 300 въ Вышегородѣ и проч. То-же соч., стр. 25.



такъ какъ эти послѣднія происходятъ отъ союзовъ преступныхъ и допускаемыхъ только старой религіей. Дѣйствительно, слѣды этого вліянія начинаютъ сказываться рано: такъ, въ Несторовской лѣтописи Святополкъ, рожденный Владиміромъ отъ жены брата своего Ярослава, называется сыномъ отъ прелюбодѣянія и рассматривается какъ незаконнорожденный (Неволинъ, стр. 306).

Но это лишь отдѣльные случаи. И церковь не могла ничего тамъ сдѣлать, гдѣ нужно было время. Не надо забывать, что христіанство было введено далеко не сразу (муромцы, вятичи были крещены не раньше XII в.; смена христіанства были занесены въ страну Вологодскую и въ Вятку тоже не раньше XII в. Зыряне въ Великой Перми и другія финскія племена, обитавшія по берегамъ Бѣлаго моря, обращены были въ христіанство въ XV в., и только съ XVI в. началось обращеніе кореловъ и лопарей), да и тамъ, гдѣ оно было введено, прививалось медленно, официально: крестившіеся нерѣдко возвращались къ старой религіи, заявляя объ этомъ открыто. Чрезъ всю древнюю Русь идетъ, можно сказать, непрерывное сѣтованіе нашихъ іерарховъ на то, что русскіе христіане «богомерзкія дѣла творять, по древнему обычаю кумирамъ служатъ, тризны идоламъ творять» и вообще живутъ «по преднимъ своимъ изначала обычаямъ» и въ особенности пренебрегаютъ церковнымъ вѣнчаніемъ («безъ благословенія церковнаго поимаются», «имѣючи невѣнчалныя жены», считаютъ вѣнчаніе обычаемъ высшихъ классовъ и излишнимъ для простыхъ людей<sup>1)</sup>).

Все это весьма замедлило воздѣйствіе церкви на семью и въ томъ числѣ на проведеніе въ жизнь церковныхъ правилъ относительно незаконныхъ дѣтей.

Къ этому нужно прибавить, что и общее состояніе нравовъ было таково, что незаконныя связи далеко не всегда встрѣчали протестъ въ обществѣ. Супружеская вѣрность мужьями сплошь и рядомъ нарушалась, и это, кажется, имъ почти не ставилось въ укоръ. Замѣчательно, что мужья считали себя, повидимому, въ-правѣ распоряжаться цѣломудріемъ женъ. Вотъ фактъ, приведенный въ грамотѣ патріарха

<sup>1)</sup> См. мое изслѣдованіе—О разводѣ, стр. 264—271.



Филарета Сибирскому и Тобольскому архіепископу Кипріану: многіе служилые люди, которыхъ воеводы и приказные люди посылають въ Москву и другіе города по дѣламъ службы, закладываютъ на сроки женъ своихъ въ деньгахъ у своей же братіи у служилыхъ людей и у всякихъ людей, причемъ въ закладъ отдаютъ сами же мужья, и кредиторы, до выкупа женъ мужьями, блудъ творять беззастенчиво, а если въ срокъ выкупъ сдѣланъ не будетъ, то жены продаются другимъ, которые пользуются залогомъ, какъ и первые кредиторы.

Брачные узы, какъ выше указано было, далеко не отличались крѣпостью: въ громадныхъ размѣрахъ практиковалось подневольное постриженіе женъ въ монастырь, разводились по пустымъ поводамъ и безъ всякихъ поводовъ по обоюдному соглашенію («какъ сошлись по доброй волѣ, такъ и расходимся») (См. выше стр. 137, 138).

При наличности такихъ взглядовъ, съ одной стороны, надо предположить существованіе не малаго числа незаконныхъ рожденій, а съ другой—слабость вліянія незаконнорожденности на юридическое и общественное положеніе незаконнорожденныхъ и, съ третьей стороны,—слабое воздѣйствіе церкви на дѣла о незаконныхъ дѣтяхъ.

Тѣ правила, которыхъ держалась церковь въ дѣлахъ объ этихъ дѣтяхъ, входили въ жизнь исподоволь, медленно, параллельно съ укорененіемъ христіанства, отвычкой отъ старой религіи и общимъ смягченіемъ нравовъ. Иначе и быть не можетъ: правила наносныя и добытыя извнѣ, а не выработанныя самой жизнью, прививаются не сразу, не въ цѣльномъ видѣ, но претворяясь подъ вліяніемъ среды, а нѣкоторыя и совсѣмъ не прививаются. Такъ было, напр., съ бракоразводными грекоримскими нормами. То-же, полагать надо, было и съ постановленіями о внѣбрачныхъ дѣтяхъ.

Но какія же это были постановленія? Это были прежде всего постановленія церковныя, а за отсутствіемъ ихъ, свѣтскія, — византійскія — римскаго права позднѣйшей формации. Такъ надо заключить и а priori изъ подвѣдомственности дѣлъ о незаконныхъ дѣтяхъ, въ числѣ прочихъ семейныхъ дѣлъ, духовнымъ властямъ и на основаніи прямыхъ указаній памятниковъ. Фактъ безспорный, что дѣла семейныя (и не одни семейныя) вѣдало до Петра Великаго духовенство. Духовен-



ство же естественно должно было пользоваться, при разборѣ этихъ дѣлъ, своимъ, т. е. церковнымъ правомъ или привычнымъ ему, занесеннымъ въ номоканонъ, церковно-свѣтскимъ римскимъ правомъ. Русскаго права по этимъ вопросамъ или не существовало, или же оно было проникнуто грубостью языческихъ нравовъ.

Но и помимо этого, есть прямые свидѣтельства памятниковъ, что именно дѣла о незаконныхъ дѣтяхъ вѣдались духовными властями, что они должны были рѣшать эти дѣла по правиламъ церковнымъ и по номоканону. Такъ, въ Уставѣ Владиміра, въ числѣ дѣлъ, подвѣдомыхъ духовнымъ властямъ, указано: «или дѣвка дѣтя поверьжетъ», т. е. если мать броситъ свое незаконное дитя. Въ Уставѣ Ярослава къ числу такихъ дѣлъ отнесено: «аже у отца и у матери дщи дѣвкою дитяти добудетъ» (ст. 4). Такъ, въ грамотѣ Новгородскаго князя Всеволода Новгородскому владыкѣ или Софійскому собору (около 1135 г.) князь, касаясь вопроса о наследованіи внѣ брака рожденнаго послѣ своего отца, «приказалъ епископу управити, смотря въ номоканонъ». Такъ, Соборное Уложеніе велитъ такіа дѣла рѣшать по правиламъ св. апостоловъ и св. отецъ<sup>1)</sup>.

Что же мы находимъ по этому поводу въ римскомъ правѣ и въ правилахъ Восточной церкви?

Прежде всего относительно римскаго права. Принятіе христіанства на Руси состоялось въ то время, когда уже отвергнуто было юридическое значеніе за конкубинатомъ, а слѣдовательно и исчезли исключительныя постановленія относительно дѣтей отъ конкубины. Оставались, такимъ образомъ, въ силѣ общія постановленія о незаконныхъ дѣтяхъ, согласно которымъ послѣдніе были вполне чужды отцу. Они слѣдовали состоянію матери (*vulgo quaesitus matrem sequitur* l. 19, 24 D. 1. 5) Мать и отецъ ея обязаны были содержать

<sup>1)</sup> А кто учнетъ у себя въ дому дѣлати беззаконіе съ рабою съ женою, или съ дѣвкою, и прижпветъ съ нею дѣтей, и въ томъ на него та раба учнетъ государю бити челомъ, отсылати на Москвѣ на патріаршъ дворъ къ патріаршимъ прикааннымъ людямъ и вѣдати про нихъ рыскивати святительскимъ судомъ и указъ имъ чинити по правиламъ свитыхъ апостоловъ и свитыхъ отецъ и по допросу обонхъ ихъ отцовъ духовныхъ. Улож., гл. XX, ст. 80.



ихъ (I. 5. §§ 4, 5 D. 25, 3). Они же ей наслѣдовали (§ 3 I. S. C. Orphit. III, 4), а равно и ея родственникамъ (§ 4. I. De succ. cogn. III, 5).

Постановленія Восточной церкви, подтверждая сейчасъ указанныя права вѣбразныхъ дѣтей по отношенію къ матери, позволяютъ требовать у отца, сообразно съ средствами его, содержанія и воспитанія<sup>1)</sup>.

Эти постановленія и правила не только не сразу вошли въ русскую практику, но, можно думать, подверглись нѣкоторымъ измѣненіямъ и дополненіямъ со стороны послѣдней. Такъ, въ Русской Правдѣ мы находимъ слѣдующее постановленіе: если послѣ мужа останутся дѣти отъ рабы, то они не получаютъ наслѣдства, но они, какъ и ихъ мать, дѣлаются свободными» (Карамзин. сп., ст. 10). Судя по другому древнѣйшему памятнику (Вопросы Кирика, Саввы и Иліи съ отвѣтами Нифонта, епископа Новгородскаго и другихъ іерархическихъ лицъ), это правило было твердо установившимся обычаемъ и, какъ дарованіе свободы, было одобряемо и церковными властями. (См. изслѣд. О разводѣ, стр. 25, прим. 2).

Обыкновенно ссылаются на вышеприведенную статью Русской Правды, какъ на свидѣтельство безправія незаконныхъ дѣтей по нашему древнему праву, но едва-ли такое заключеніе основательно. Во-1-хъ, можетъ быть сомнѣніе, считались ли «робыи дѣти» незаконными. Наложничество, какъ мы указывали, было весьма распространено, и дѣти отъ наложницъ достигали даже великокняжескихъ престоловъ. Во-2-хъ, лишеніе наслѣдства возмѣщается надѣленіемъ болѣе серьезнымъ правомъ: полученіемъ свободы<sup>2)</sup>. Въ-3-хъ, воспрещеніе призванія къ наслѣдованію не есть ли косвенное указаніе на существовавшее раньше право наслѣдованія?

Изъ выше уже упомянутой нами грамоты Новгородскаго князя Всеволода Новгородскому владыкѣ или Софійскому собору (около 1135 г.) мы узнаемъ, что даже дѣти отъ прелюбодѣянія получали опредѣленную часть наслѣдства изъ дви-

<sup>1)</sup> Zhishman—Des Eherecht der orientalischen Kirche, стр. 724.

<sup>2)</sup> Любопытно, что въ древнемъ лангобардскомъ правѣ мы имѣемъ нѣчто подобное: незаконнорожденные (*liberi naturales*) приобрѣтали права законнорожденныхъ дарованіемъ свободы рабъ. См. мое изслѣдованіе — Незаконнорожденные, стр. 59.



жимости («прелюбодѣйная часть въ животѣ»), причемъ размѣръ этой части находится въ зависимости отъ оставшейся движимости: «изъ велика живота» давалась «урочная часть», а «изъ мала—рабочническая часть: конь, да доспѣхъ и покрутъ» (обзаведеніе)<sup>1)</sup>.

Уложение Алексѣя Михайловича исключаетъ незаконно-рожденных только изъ наслѣдованія въ отцовскихъ помѣстьяхъ и вотчинахъ<sup>2)</sup>, оставляя нетронутымъ вопросъ о наслѣдованіи въ движимости и о наслѣдованіи послѣ матери.

Почему забота правительства была направлена исключительно на помѣстья и вотчины—понятно. Это—собственность и владѣніе, въ которыхъ были замѣшаны интересы государства. Служилый человѣкъ несъ службу съ помѣстья и вотчины. Служба имѣла родовой характеръ. Въ брака рожденный былъ внѣ семьи и рода и поэтому онъ не могъ и наслѣдовать въ родовомъ имуществѣ.

Заслуживаетъ вниманія, что Уложение не придаетъ значенія древнѣйшему и справедливѣйшему институту—узаконенію чрезъ послѣдующій бракъ. Если родители незаконныхъ дѣтей и вступали въ бракъ, то такихъ дѣтей все-таки не велено было «причитать» къ законнымъ дѣтямъ и давать помѣстій и вотчинъ<sup>3)</sup>. Это объясняется, вѣроятно, тѣмъ, что ин-

<sup>1)</sup> Вотъ мѣсто изъ этой любопытной и, повидимому, неизвѣстной нашимъ историкамъ-юристамъ грамоты:

А се изыскахомъ: у третьей жены и у четвертой дѣтемъ *прелюбодѣйная* часть въ животѣ. Аще будетъ полнъ животомъ, ино дастъ дѣтямъ третьей жены и четвертой по уроку, занеже тѣ и *отъ закона отлучени*. А человѣку ся получаетъ по грѣху; занеже прелюбодѣйніи (яніи и) *неблагословенніи Богомъ*. И азъ самъ видѣлъ тяжу промежъ 1-ю женою и дѣтей съ 3-ею женою и съ дѣтьми, и съ 4-ю женою и съ дѣтьми. Изъ велика живота дати *урочная часть* по оскуду, а изъ мала живота, какъ рабочищу часть, конь, да доспѣхъ, и покрутъ, по разсмотрѣнію живота: а тое все приказалъ епископу управливати, *смотря въ Номоканонъ*. А мы съ своей души сводимъ. (Пр. Макарій, Исторія русской церкви. т. II).

<sup>2)</sup> „И помѣстій и вотчинъ того, кто его незаконно прижилъ, не давать“, X, 280.

<sup>3)</sup> А будетъ тотъ, кто того выблѣдка у наложницы прижилъ, на той наложницѣ и женится: и ему того выблѣдка въ законныя дѣти не причитать и помѣстій и вотчинъ тому выблѣдку не давать, потому что онъ того выблѣдка прижилъ у наложницы своей беззаконно до женитбы, X, 280.



ститутъ этотъ не могъ къ намъ перейти изъ Византіи, ибо: какъ извѣстно, онъ созданъ былъ для дѣтей отъ конкубины; между тѣмъ въ то время, какъ къ намъ вмѣстѣ съ христіанствомъ стало проникать византійское право, конкубинатъ уже исчезъ легально. Впрочемъ, самый запретъ такого узаконенія и сохранившееся преданіе о «привѣнчиваніи» незаконныхъ дѣтей не служатъ ли косвеннымъ указаніемъ на то, что нѣкогда это узаконеніе примѣнялось и у насъ, хотя, быть, можетъ, и въ слабой степени, тѣмъ болѣе, что и Восточная церковь, и послѣ отмѣны конкубината, пришла къ мысли, что незаконныя дѣти чрезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей пріобрѣтаютъ права законныхъ дѣтей, если только во время зачатія послѣднихъ бракъ между родителями былъ возможенъ<sup>1)</sup>?

Сверхъ этого Уложеніе даетъ намъ весьма немного свѣдѣній о положеніи незаконныхъ дѣтей. Такъ, оно устанавливаетъ самое понятіе о незаконнорожденности. Незаконными дѣтьми признаются: «прижитыя отъ наложницы до законныя жены» (т. е. до брака) или послѣ брака, а равно и отъ четвертой жены (X, 280).

Названіе незаконнорожденнымъ считалось позорнымъ, и назвавшій кого-нибудь таковымъ неправильно долженъ былъ платить за безчестье<sup>2)</sup>.

Еще говорится о наказаніи матери за убійство своего незаконнаго дитяти—за что полагалась смертная казнь, «чтобы на то смотря иные такова беззаконнаго и сквернаго дѣла не дѣлали и отъ блуда унялися», тогда какъ за убійство законныхъ дѣтей родителей заключали на годъ въ тюрьму.

Эта скудость постановленій Уложенія, конечно, объясняется тѣмъ, что то-же Уложеніе говоритъ, что по дѣламъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ надлежитъ «сыскивати святительскимъ судомъ, и указъ чинить по правиламъ святыхъ апостоловъ и святыхъ отецъ» (XX, 80).

<sup>1)</sup> См. вышепр. соч. Zhishman'a, стр. 724, 725.

<sup>2)</sup> А буде кто... и съ суда сыщется, что онъ на выблядокъ и на томъ кто его назоветъ выблядкомъ велѣтъ по сыску доправить безчестье вдвое, X, 280.



## § 36.

## 2. Очеркъ постановленій со времени Петра Великаго.

Въ направленіи законодательства со времени Петра Великаго замѣтны слѣдующія явленія. Во-1-хъ, подвѣдомственность дѣлъ о незаконныхъ дѣтяхъ переходитъ изъ рукъ церкви въ руки свѣтскихъ властей. Это должно было прежде всего отразиться на источникахъ права. Нормы церковныя должны были уступить свѣтскому закону. Мы видѣли, что это уже отчасти было и прежде. Но однако же есть слѣды, что и въ новой Руси, и даже въ позднее время, при рѣшеніи дѣлъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, были принимаемы во вниманіе и церковныя правила<sup>1)</sup>.

Но главнымъ источникомъ было свѣтское законодательство: Уложеніе и Воинскіе Артикулы<sup>2)</sup>. Но такъ какъ это законодательство было крайне бѣдно, то отъ времени до времени появлялись сепаратные указы, на которые, въ свою очередь, ссылались власти, при возникновеніи и рѣшеніи новыхъ дѣлъ о незаконныхъ дѣтяхъ<sup>3)</sup>.

Скудость законодательства и господствовавшая тогда привычка обращаться къ Высочайшей власти способствовали развитію пестроты и случайности въ постановленіяхъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ.

Какія же начала мы можемъ усмотрѣть въ этихъ отъ времени до времени *ad hoc* появлявшихся узаконеніяхъ? Прежде всего, какъ опредѣлялись права незаконныхъ дѣтей. Старое начало, что внѣ брака рожденный слѣдуетъ состоянію матери, сохранялось, съ нѣкоторыми, впрочемъ, видоизмѣне-

<sup>1)</sup> Апухтины, Павелъ и Николай, были прижиты отцомъ ихъ отъ второй жены при жизни первой, законно не разведенной, и не могли бы поему пользоваться на основаніи общихъ узаконеній въ Уложеніи, Воинскихъ Артикулахъ и *правилахъ церковныхъ* никакими преимуществами отца ихъ. Полн. Собр. Зак. 1800 г. Марта 6-го (Именной, данный Сенату). 19310.

<sup>2)</sup> См. предыд. прим.

<sup>3)</sup> Такъ, между прочимъ, вышеприведенное дѣло Апухтина, восходившее нѣсколько разъ на Высочайшее утвержденіе, было такимъ прецедентомъ. Полн. Собр. Зак. №№ 16627 и 19310.



ніями въ дальнѣйшемъ развитіи. Такъ, относительно незаконнорожденныхъ отъ женщинъ свободнаго состоянія, не принадлежавшихъ къ особымъ вѣдомствамъ, сенатскимъ указомъ 1723 г. 9 января, о повѣркѣ, произведенной тогда первой ревизіи, повелѣно было: незаконнорожденныхъ подкидышей, которые при повѣркѣ окажутся, приписывать къ тѣмъ посадамъ, селамъ и деревнямъ, гдѣ кто живетъ. Въ 1743 г. правилами о производствѣ второй ревизіи повелѣно было незаконнорожденныхъ, которые не избрали себѣ рода жизни, писать по ихъ желанію: въ посады и цехи, а прочихъ, которые годятся къ службѣ, въ солдаты или, наконецъ, за помѣщиками. По случаю производства третьей ревизіи въ 1783 г. повелѣно было незаконнорожденныхъ отъ женщинъ свободнаго состоянія причислять по желанію ихъ къ казеннымъ заводамъ, солянымъ промысламъ или къ государственнымъ крестьянамъ. Незаконнорожденные отъ крѣпостныхъ женщинъ записываются за ихъ владѣльцами. Незаконнорожденные отъ женщинъ разныхъ вѣдомствъ зачисляются по этому вѣдомству (военному, почтовому, горному, удѣльному. Неволинъ, III, стр. 365, 372).

Но это правило о слѣдованіи внѣ брака рожденныхъ состоянію матери не распространялось на шляхетское сословіе. Незаконные дѣти дворянокъ не дѣлались дворянами, хотя иногда правительство давало и права дворянства внѣбрачнымъ дѣтямъ лицъ высшихъ классовъ (См. мое изсл. О разводѣ, стр. 419).

Такимъ образомъ надо признать, что наше право слѣдовало началу материнства (*Maternität*). Правда, что законъ умалчивалъ объ обязанности матери давать содержаніе незаконнымъ дѣтямъ, но эта обязанность разумѣлась сама собой: они ея дѣти (и *de facto*, и *de jure*), слѣдовательно, она и должна ихъ кормить.

Равно нѣтъ свѣдѣній и о наслѣдованіи послѣ матери. Въ прежнемъ періодѣ такого запрета не было. Слѣдовъ его мы не находимъ и теперь; это даетъ право заключить, что отъ наслѣдства послѣ матери внѣбрачныя дѣти не были исключаемы. Такое заключеніе оправдывается и тѣмъ, что ни въ первомъ, ни во второмъ изданіи Свода Законовъ



о такомъ запретѣ ничего не говорится, и появляется оно лишь въ третьемъ изданіи Свода.

Неволинъ полагаетъ, что въ родовомъ имѣніи матери незаконныя дѣти никогда не имѣли права наслѣдовать, такъ какъ это имущество переходитъ по наслѣдству только къ членамъ рода, а къ роду причисляются только рожденные въ законномъ бракѣ члены его (Неволинъ, III, стр. 372). Но, вѣдь, наслѣдованіе по закону и въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ простирается только на членовъ рода и, слѣдовательно, съ этой точки зрѣнія, немыслимо было бы наслѣдованіе и въ благопріобрѣтенномъ имѣніи материнскомъ, что допустить и Неволинъ, повидимому, не склоненъ.

Если заключать отъ отдѣльныхъ указовъ, разрѣшающихъ вопросъ о допустимости внѣ брака рожденныхъ къ наслѣдованію въ материнскомъ имуществѣ, то мы имѣемъ случаи и въ пользу положительнаго (1800 г. марта 6. 19310) и въ пользу отрицательнаго (1800 г. ноября 7. 18637) рѣшенія вопроса, хотя, повидимому, законодатель больше склонялся въ сторону надѣленія внѣ брака рожденныхъ правами послѣ матери, чѣмъ послѣ отца.

Обратимся теперь именно къ разсмотрѣнію отношеній внѣбрачныхъ дѣтей къ ихъ отцу.

Здѣсь мы впервые встрѣчаемся съ закономъ, обязывающимъ отца участвовать въ содержаніи своего незаконнаго дитяти. Вотъ этотъ любопытный законъ, помѣщенный въ Воинскомъ уставѣ: «если холостой человѣкъ пребудетъ (т. е. будетъ въ связи) съ дѣвкою, и она отъ него родитъ, то онъ для содержанія матери и младенца по состоянію его (*seines Standes*) и платы нѣчто имѣетъ дать (*Lohns ein gewisses abgeben*) и сверхъ того тюрьмою и церковнымъ покаяніемъ имѣетъ быть наказанъ, развѣ что онъ потомъ на ней женится и возьметъ ее за сущую жену, и въ такомъ случаѣ ихъ не штрафовать» (1716 г. марта 30. Уст. Воинск. Арт. 176).

Законъ этотъ, какъ и весь Воинскій уставъ, не русскаго происхожденія. Извѣстно, что уставъ этотъ—иноземное компилятивное право, преимущественное шведское, но съ примѣсью датскаго, голландскаго, бранденбургскаго и нѣмецкихъ военныхъ артикуловъ, причемъ на нѣкоторыхъ статьяхъ общеуголовнаго (а не специально военнаго характера) за-



мѣтно вліяніе уголовного уложенія Карла V (1532), господствовавшаго въ Европѣ въ эпоху Петра, или же саксонскаго права<sup>1)</sup>.

Съ постановленіемъ, подобнымъ сейчасъ приведенному Воинскаго устава, относительно обязанности отца обезпечить внѣ брака рожденнаго и мать его, мы уже встрѣчались въ нѣмецкомъ правѣ. Это правило, основанное на правѣ каноническомъ, обязываетъ виновнаго въ незаконномъ сожителствѣ съ незамужней обезпечить ее или жениться на ней.

Правило это, такимъ образомъ, имѣетъ въ виду только неженатаго и незамужнюю, и въ такомъ видѣ оно оказалось и въ Воинскомъ уставѣ, не затрагивая, слѣдовательно, судьбы дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія. Далѣе, правило это рассматриваетъ незаконное сожительство какъ преступленіе, подпадающее подъ общеуголовную и специально церковную кару. Наконецъ, правило это не возлагаетъ полностью обязанности содержанія на незаконнаго отца. Оно обязываетъ его только участвовать въ содержаніи («и платы нѣчто имѣть дать»), указывая косвенно, что, главнымъ образомъ, обязанность содержанія лежитъ на матери (постановленіе, напоминающее постановленіе саксонскаго законодательства).

Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія этого закона, привлеченіе отца къ обязанности содержанія внѣбрачныхъ дѣтей выводится изъ преступленія (изъ деликта), какъ вознагражденіе за причиненный имъ вредъ,—точка зрѣнія, имѣвшая и въ позднѣйшее время сторонниковъ и въ законодательствѣ, и въ доктринѣ.

Относительно наслѣдованія послѣ отца, повидимому, оставалось въ силѣ правило Уложенія о ненаслѣдованіи въ вотчинахъ и помѣстьяхъ, которое, съ слитіемъ помѣстій и вотчинъ въ одинъ видъ недвижимыхъ имуществъ, должно было распространиться на всѣ виды недвижимости.

Впрочемъ, въ видѣ снисхожденія, милости, незаконныя дѣти допускались къ наслѣдованію и въ отцовской недвижимости; только наслѣдованіе въ родовой собственности имѣ

<sup>1)</sup> В. Н. Латкинъ—Лекціи по внѣшней исторіи русскаго права. С.-Пб. 1890 г., стр. 195—197.



не дозволялось<sup>1)</sup>. Судя по умолчанію о подвижности, надо полагать, что изъ права наслѣдованія ея внѣбрачныя дѣти не были исключены, какъ и въ предшествовавшемъ періодѣ.

Что касается наслѣдованія послѣ родственниковъ отца, то, даже и при особомъ ходатайствѣ, внѣ брака рожденнымъ такія права предоставляемы не были<sup>2)</sup>.

Исключеніе изъ вышеизложенныхъ правилъ дѣлалось въ пользу дѣтей отъ такъ называемаго путативнаго брака, т. е. брака, о незаконности котораго родителямъ не было извѣстно. Римское и каноническое право (Западной церкви) приравнивали такихъ дѣтей къ законнымъ<sup>3)</sup>.

Весьма вѣроятно, что духовенство наше, подъ вліяніемъ римскаго права, оказывало такое же снисхожденіе дѣтямъ отъ путативныхъ браковъ. Въ настоящемъ періодѣ это было обыкновенно дѣломъ монаршей милости: такія дѣти или вполнѣ приравниваемы были къ законнымъ, или въ извѣстной мѣрѣ<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Такъ, послѣ смерти генералъ-лейтенанта Колтовскаго, оставившаго незаконныхъ дѣтей, которымъ было предоставлено право пользованія фамиліей и наслѣдовать послѣ отца, законные наслѣдники умершаго—племянники его—просили о предоставленіи имъ наслѣдства. На докладѣ Государь собственноручно написалъ: родовому имѣнію идти въ родъ Колтовскихъ, а прибрѣтенному идти къ дѣтямъ Колтовскаго (1800 г. 7 ноября, 19637).

<sup>2)</sup> Такъ, вышеупомянутые Апухтины, прижитые отцомъ отъ второй жены, съ которою онъ вступилъ въ бракъ при жизни первой, „въ снисхожденіе на просьбу матери ихъ послѣ смерти отца ихъ Именнымъ указомъ 1788 г. допущены были наравнѣ съ прочими Апухтина дѣтьми къ достоинству и наслѣдству... изъ за чего далѣе простирать фамиліное право наслѣдованія и на всѣ прочія въ теченіи времени *послѣ родственниковъ отцовскихъ* оставшіяся *имѣнія* сами собою *они не властны*“. 1800 г. марта 6, 19310.

<sup>3)</sup> *Баронъ*—Система римскаго гражданскаго права, § 22, прим. 6, п. § 361.

<sup>4)</sup> Такъ, мы имѣемъ въ Пол. Собр. Зак. два указа Императрицы Екатерины II, которыми незаконныя дѣти, происшедшія отъ двоебрачія отца ихъ, допускаются къ наслѣдству послѣ него наряду съ его законными дѣтьми. Такъ, по дѣлу о разводѣ майора Лазарева съ первой его женою послѣдовала такая Высочайшая резолюція: „первая Лазарева жена, судомъ и правилами церковными не отреченная, не можетъ быть лишена имени законной жены, а вторая по благословенію архіерейскому, идучи дѣвкою 16 л. за-мужъ. то-же право имѣетъ: слѣдовательно *дѣти, отъ обѣихъ рожденныя, должны быть допущены къ наслѣдству отца*“.



Въ 1836 г. постановлено было, какъ общій законъ, что участь незаконныхъ дѣтей лицъ, обманомъ вовлеченныхъ въ противозаконный бракъ, можетъ быть передаваема, по усмотрѣнію обстоятельствъ дѣла, монаршему милосердію (1836 г. ноября 18, № 9713).

Неустойчивость законодательства и привычка рѣшать дѣло, приноравливаясь къ обстоятельствамъ случая, ad hoc, глядя по человѣку, сказала въ особенности въ вопросѣ объ узаконеніи незаконныхъ дѣтей чрезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей.

Въ первый разъ съ случаемъ узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей мы встрѣчаемся въ дѣлѣ Елагина. Въ указѣ по этому дѣлу сказано: «снисходя на прошеніе дѣйствительнаго статскаго совѣтника Елагина, дозволяется старшему изъ сыновей его, Аѣиногену, родившемуся прежде, чѣмъ родители его сочетались законнымъ супружествомъ, именоваться фамиліей Елагина и пользоваться, какъ наслѣдственными правами, равными съ меньшимъ его братомъ, такъ и дворянскимъ достоинствомъ»<sup>1)</sup>.

Впослѣдствіи случаи узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ повторялись и настолько участились, что въ царствованіе Императора Александра I вопросъ этотъ былъ предложенъ на обсужденіе Государственнаго Совѣта, который высказался такъ: дѣтей, рожденныхъ прежде супружества, отъ матери, впослѣдствіи бракомъ соединенной, безъ всякаго

*ихъ, однакожъ первая сумнительство на себя навлекаетъ по обстоятельству самаго дѣла; но бракъ ея не нарушается, потому что дѣло не рѣшено... бракъ второй жены сумнителенъ, потому что первая закономъ не отречена: и для того повелѣваемъ дѣтей отъ обѣихъ женъ раздѣлить по указамъ, яко отъ двухъ браковъ рожденныхъ. П. С. З. 9 августа 1763 г. № 11893.— Бахтемірова вышла замужъ за поручика Апухтина (не зная, что онъ былъ уже женатъ на своей крѣпостной дѣвкѣ) и прижила съ нимъ дѣтей. Относительно ихъ повелѣно: „рожденныхъ отъ нея, будучи въ томъ бракѣ, дѣтей допустить къ наслѣдству, званію и достоинству наравнѣ съ прочими его Апухтина дѣтьми“. 1788 г. февраля 16, № 16627. Именной. Но когда Апухтины ходатайствовали о предоставленіи имъ наслѣдственныхъ правъ послѣ отцовскихъ родственниковъ, то въ этомъ имъ было отказано. 1800 г. марта 6, № 19310.*

<sup>1)</sup> Систематическій Сводъ законовъ Россійской Имперіи, изд. комм. составл. зак. Т. III. Право гражданское, стр. 112.



сомнѣнія можно вводить во всѣ права фамиліи и наслѣдства, законнымъ дѣтямъ принадлежащія; эта мѣра не только справедлива, но и содержитъ въ себѣ сильнѣйшее побужденіе къ заключенію законныхъ супружествъ и къ прикрытію со-  
блазна, происходящаго отъ сожительствъ, не утвержденныхъ бракомъ<sup>1)</sup>.

Мнѣніе это было утверждено Императоромъ Александромъ I, что видно изъ того, что Государственный Совѣтъ ссылаясь на указанное мнѣніе впослѣдствіи, при разсмотрѣніи отдѣльныхъ случаевъ, какъ на дѣйствующій законъ (хотя мнѣніе это въ свое время и не было обнародовано).

Въ первое время, послѣ изданія этого закона, практика снисходительно относилась къ узаконенію дѣтей, рожденныхъ внѣ брака: были случаи узаконенія дѣтей отъ прелюбодѣянія и дѣтей невѣсты.

Въ разъясненіе вышеприведеннаго закона о силѣ и дѣйствіи. сопричтенія въ 1803 г. было постановлено, что дѣти, вводимыя во всѣ права по роду и наслѣдству, законнымъ дѣтямъ принадлежащія, во всѣхъ линіяхъ наслѣдственныхъ должны быть приравняваемы къ законнымъ дѣтямъ, а потому ни подъ какимъ видомъ не отчуждать ихъ отъ правъ, какія общими о наслѣдствѣ узаконеніями разнымъ степенямъ родства присвоятся (П. С. З. 1803 г. октября 11. Именной. 20980).

Со вступленіемъ на престолъ Императора Николая I, начинается движеніе законодательства въ обратную сторону. 2 января 1829 г. состоялось Высочайшее повелѣніе: Его Императорское Величество, разсмотрѣвъ разныя мнѣнія, въ Государственномъ Совѣтѣ послѣдовавшія, по предмету усыновленія воспитанниковъ и сопричтенія къ законнымъ дѣтямъ рожденныхъ тѣми-же родителями до брака, и уваживъ, что узаконеніе незаконнорожденныхъ дѣтей, кромѣ неудобства, не согласно съ духовнымъ (?) и гражданскимъ законами, Высочайше повелѣть соизволилъ: существующія на предметъ сей правила отмѣнить и впредь не давать хода прошеніямъ ни объ усыновленіи воспитанниковъ, ни о сопричтеніи къ закон-

<sup>1)</sup> Систематическій Сводъ Законовъ, стр. 104 - 115. Невольнѣ, т. III, стр. 375.



нымъ дѣтямъ до брака рожденныхъ (П. С. 3. 1829 г. 23 іюля, 3027).

Со вступленіемъ на престолъ Императора Александра II, опять начинается новый поворотъ въ пользу незаконнорожденныхъ. Въ 1857 г. послѣдовало Высочайшее повелѣніе: войти въ обсужденіе вопроса о сопричисленіи незаконныхъ дѣтей къ законнымъ чрезъ вступленіе родителей въ бракъ между собою; вмѣстѣ съ тѣмъ повелѣно было составить правила о разсмотрѣніи ходатайствъ объ узаконеніи.

Правила такія были составлены и утверждены 9 апрѣля 1858 г. Въ нихъ, между прочимъ, выражено, что законъ 2 января 1829 г. не отмѣняется, но изъ него, по особымъ достойнымъ уваженія обстоятельствамъ, могутъ быть допускаемы изъятія для дѣтей, коихъ родители, послѣ рожденія ихъ, соединились законнымъ бракомъ, съ соблюденіемъ слѣдующихъ правилъ:

1) Просьбы сего рода принимать только отъ отца тѣхъ дѣтей, коихъ проситель желаетъ узаконить.

2) При разсмотрѣніи сихъ просьбъ обращать вниманіе на заслуги, оказанныя или оказываемыя просителемъ, или тѣми его дѣтьми, коихъ онъ желаетъ узаконить, и принимать надлежащія мѣры для точнѣйшаго удостовѣренія въ томъ, что всѣ они рождены отъ той, съ которою отецъ ихъ, впоследствии, вступилъ въ бракъ, и не въ прелюбодѣйной съ нею связи, то есть не при существованіи другого супружества, не расторгнутаго ни смертію, ни постановленіемъ суда духовнаго.

3) По собраніи всѣхъ означенныхъ въ предшествующей статьѣ свѣдѣній представлять на Высочайшее усмотрѣніе какъ сіи, установленнымъ порядкомъ удостовѣренныя, свѣдѣнія, такъ и основанное на оныхъ заключеніе.

Узаконяемая симъ порядкомъ, рожденныя прежде брака, дѣти, пріобрѣтаютъ чрезъ сіе права, общими законами предоставленныя рожденнымъ въ бракѣ.

Хотя правила эти не были обнародованы, но вслѣдъ за утвержденіемъ ихъ, состоялись два Высочайшія повелѣнія, одно 18 іюля 1858 г., а другое 6 декабря 1860 г., коими опредѣленъ былъ порядокъ исполненія указовъ объ узаконеніи рожденныхъ до брака дѣтей или объ усыновленіи вос-



питанниковъ и пріемышей. Въ этихъ Высочайшихъ повелѣніяхъ выражено, что подобные указы вносятся въ Сенатъ не для распубликованія, а лишь для храненія и для объявленія объ оныхъ просителямъ и ближайшимъ ихъ начальствамъ, по мѣсту служенія или жительства просителей. Оба эти повелѣнія были оглашены помѣщеніемъ въ Полн. Собр. Зак. и вошли въ текстъ примѣчанія къ ст. 29 Учр. Сен. (т. I. ч. 2) по прод. 1864 г. Существованіе этого примѣчанія ясно указываетъ на то, что правительство уже не придаетъ безусловной силы воспрещенію приносить ходатайства объ узаконеніи рожденных внѣ брака дѣтей<sup>1)</sup>.

Вопросъ объ узаконеніи чрезъ послѣдующій бракъ получилъ, наконецъ, разрѣшеніе 12 марта 1891 г.

Колебаніе и неустойчивость постановленій и распоряженій относительно незаконныхъ дѣтей и извѣстная снисходительность, а иногда и нерѣзительность объясняются общимъ состояніемъ нравовъ въ нашемъ обществѣ въ XVIII в. Нравы эти не стояли на высокомъ уровнѣ. Свободные разводы, т. е. самовольныя расторгенія, двоебрачіе и многобрачіе практиковались въ широкихъ размѣрахъ; бывали случаи браковъ послѣдовательно на пяти женахъ. Зло было настолько распространено, что иногда духовныя власти судили такіе браки не по всей строгости церковныхъ правилъ.

Само собою разумѣется, что, благодаря частымъ случаямъ многобрачія, не мало оказывалось незаконныхъ дѣтей. Общихъ постановленій относительно устройства судьбы такихъ (отъ многобрачія) дѣтей не было. Иногда они распредѣлялись между родителями: сыновья отдавались отцу, дочери — матери, съ обязательствомъ отца давать средства на содержаніе послѣднимъ; иногда дѣти отдавались невинному супругу.

Безнравственностью въ особенности отличалось такъ называемое высшее общество, а тонъ ему давалъ дворъ, гдѣ въ развратѣ соперничали иноземцы съ русскими. Эта легкость нравовъ считалась явленіемъ какъ-бы нормальнымъ. Державинъ говоритъ о господствовавшемъ въ его время модномъ

<sup>1)</sup> Жур. гражд. и угол. права 1887 г. февраль, стр. 97—98.



искусствѣ между супругами давать другъ другу свободу, причемъ самъ рассказываетъ о своихъ незаконныхъ связяхъ съ такимъ прямотушіемъ, какъ-будто рѣчь идетъ о вещахъ совершенно невинныхъ.

Крайне растлѣвающее вліяніе на нравы имѣло крѣпостное право. Освободившись отъ обязательной службы, дворянство засѣло въ деревняхъ и здѣсь наполняло свои досуги развратомъ<sup>1)</sup>.

Заслуживаетъ вниманія, что иногда само правительство смотрѣло сквозь пальцы на развратъ высшихъ классовъ и незаконныхъ дѣтей такихъ лицъ даже причисляли къ дворянскому сословію. (Исслѣд. о Разводѣ, стр. 419).

Но иногда причиной уклоненій правительства отъ введенія благодѣтельныхъ мѣръ относительно вѣнча браку рожденныхъ были злоупотребленія просителей. Такъ, по объясненію графа Блудова, правительство воспретило въ 1829 г. принятіе прошеній объ узаконеніи послѣдующимъ бракомъ дѣтей добрачныхъ, потому что нѣкоторые безнравственные и безсовѣстные люди, имѣя дѣтей отъ нѣсколькихъ наложницъ, большею частью изъ своихъ крѣпостныхъ, женились на одной изъ нихъ и, утверждая, что всѣ сїи дѣти прижиты съ нею, испрашивали и получали дозволеніе дать имъ всѣмъ права законнорожденныхъ, причемъ случалось, что весьма вѣроятно, что женившійся на одной изъ своихъ наложницъ продолжалъ связи съ другими<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Нѣкоторые устраивали въ своихъ имѣніяхъ особую барщину для женщинъ. У одного помѣщика, Бахметьева, въ деревнѣ былъ по ночамъ бабій караулъ; поочередно каждую ночь наряжали двухъ бабъ караулить село и барскіе хоромы: одна баба ходила съ трещеткой около дома и стучала въ доску, а другая должна была ночевать въ домѣ. У другаго казанскаго помѣщика, Есипова, даже и гости угощались лобзаніями крѣпостныхъ артистокъ. Иногда все женское населеніе какой-нибудь вотчины разстлѣвалось для удовлетворенія необузданныхъ прхотей барина (Семевскій—Крестьяне въ царствованіе Екатерины II, т. I; стр. 284 и сл.). Кое-гдѣ водился средневѣковой обычай „первой ночи“, нерѣдко были и гаремы. (см. мое изслѣд.—О разводѣ, стр. 311 и сл., 353).

<sup>2)</sup> Объ узаконеніи дѣтей, прижитыхъ вѣнча браку, рефератъ въ С.-Пб. Юридическомъ Обществѣ Дыловскаго, Жур. гражд. и угол. права, кн. I и II, стр. 96, 97.



Постепенно возрастающее число незаконных дѣтей заставило русское правительство, по примѣру западно-европейскаго, изыскивать благоустройственныя мѣры по призрѣнію этихъ дѣтей. Не входя въ подробное разсмотрѣніе этихъ мѣръ, мы обратимъ на нихъ вниманіе съ юридической стороны, со стороны опредѣленія юридическаго положенія незаконныхъ дѣтей, попавшихъ въ устроенныя правительствомъ для призрѣнія ихъ учрежденія.

Таковыми учрежденіями были воспитательные дома.

Первый пріютъ для внѣ брака рожденныхъ или, какъ ихъ тогда называли, «засорныхъ младенцевъ» былъ устроенъ въ 1706 г. митрополитомъ Іовомъ, близъ Новгорода въ Холмово-Успенскомъ монастырѣ. Затѣмъ указомъ Петра Великаго въ 1712 г. предписывается по всѣмъ губерніямъ «учинить, шпиталеты для... увѣчныхъ и престарѣлыхъ, также пріемъ незазрительной и прокормленіе младенцамъ, которые не отъ законныхъ женъ рождены, дабы вящшаго грѣха не дѣлали, сирѣчь убивства, по примѣру Новгородскаго архіерея»<sup>1)</sup>.

Точно также указомъ 1714 г. ноября 4 повелѣвается «для засорныхъ младенцевъ, которыхъ жены и дѣвки рожаютъ беззаконно, при церквахъ, гдѣ пристойно, сдѣлать гошпитали»<sup>2)</sup>. Въ слѣующемъ году опять повторяется: «сдѣлать гошпитали для сохраненія засорныхъ младенцевъ, которыхъ жены и дѣвки рожаютъ беззаконно и стыда ради отметываютъ въ разныя мѣста, отчего оныя младенцы безгодно помираютъ, а иные отъ тѣхъ же, кои рожаютъ, и умерщвляются»<sup>3)</sup>.

Екатерина II, вскорѣ по вступленіи своемъ на престолъ, утвердила генеральный планъ Императорскаго воспитательнаго дома въ Москвѣ, составленный знаменитымъ Бецкимъ. Воспитательный домъ былъ надѣленъ разными привилегіями,

<sup>1)</sup> П. С. З. 1712 г. января 16, № 2467. То-же 1712 г. января 31, № 2477.

<sup>2)</sup> П. С. З. № 2856.

<sup>3)</sup> 1715 г. 4 № 2953.



и въ особенности такія привилегіи были предоставлены питомцамъ его.

Тогда какъ незаконныя дѣти записывались въ податные классы, питомцы воспитательнаго дома были причислены къ свободному состоянію и никакимъ образомъ не могли быть закрѣпощены; питомецъ, вступая въ бракъ съ крѣпостною, дѣлалъ и ее свободною; питомица, выходя замужъ за крѣпостнаго, оставалась свободною, вопреки древнему правилу: по рабѣ холопъ, по холопѣ раба.

Питомцы и ихъ потомство имѣли право покупать дома, лавки, заводить фабрики и поступать въ купечество. Между тѣмъ крѣпостные до царствованія Императора Николая I не имѣли права владѣть недвижимыми имуществами.

Дѣлю Императрицы Екатерины II относительно питомцевъ воспитательнаго дома продолжала Императрица Марія Ѳеодоровна, называвшая ихъ «несчастно рожденными, сиротами при существованіи родителей». Она составила для нихъ планъ ученія, изъ котораго видно, что государыня желала дать воспитанникамъ блестящее образованіе. Они должны были, между прочимъ, заниматься музыкой, рисованіемъ, иностранными языками и науками. Затѣмъ болѣе способные изъ нихъ должны были поступать въ университеты, а менѣе способные въ учителя, въ фельдшера; а питомицы—въ учительницы и повивальныя бабки.

А между тѣмъ 20 декабря 1837 г. состоялось мнѣніе Государственнаго Совѣта, которымъ воспрещалось принимать на гражданскую службу изъ незаконнорожденныхъ, и вмѣстѣ съ тѣмъ принимать ихъ—въ уѣздныя училища, гимназіи, коммерческія училища и другія подобныя заведенія<sup>1)</sup>.

Все это еще разъ подтверждаетъ, какъ безпринципно, въ общемъ, и случайно было наше законодательство въ своихъ постановленіяхъ о незаконныхъ дѣтяхъ. Одинъ подкидышъ, случайно попавшій въ воспитательный домъ, могъ стать савновникомъ, а другой на всю жизнь оставался крѣпостнымъ.



Въ совершенно особомъ, исключительно неблагопріятномъ положеніи были дѣти старообрядцевъ (раскольниковъ). Хотя правительство мѣняло свой образъ дѣйствія что касается раскольниковъ и порой снисходительнѣе, чѣмъ прежде относилось къ бракамъ ихъ, но тѣмъ не менѣе оно всегда недружелюбно относилось къ ихъ дѣтямъ, упорно отказываясь признавать ихъ законнорожденность, считая такое отношеніе орудіемъ преслѣдованія раскола и средствомъ обращенія раскольниковъ въ православіе. Такимъ образомъ многомилліонное русское населеніе не рождало другихъ дѣтей, кромѣ незаконныхъ, и это отъ связей не случайныхъ, а большею частью прочныхъ и постоянныхъ, какъ и браки вѣнчанные.

Только съ изданіемъ закона 1874 г., допустившаго оформленіе браковъ раскольниковъ (записныхъ, т. е. числящихся официально въ расколѣ) посредствомъ записи ихъ въ установленныя для нихъ метрическія книги, явилась возможность признанія законнорожденности за дѣтьми старообрядцевъ.

Въ заключеніе историческаго очерка постановленій о незаконнорожденныхъ укажемъ на тѣ постановленія, которыя заключаются въ Сводѣ законовъ, составленныхъ для Малороссіи въ 1743 г. при Елизаветѣ Петровнѣ подъ заглавіемъ: «Права, по которымъ судится малороссійскій народъ» (изданномъ пок. проф. Кистяковскимъ), которыя имѣли силу дѣйствовавшихъ правъ въ Малороссіи въ XVII и XVIII в. в.

Согласно этому Своду, тѣ незаконнорожденные, которыхъ отецъ извѣстенъ, пользуются правомъ на содержаніе и воспитаніе изъ его имущества. Послѣ матери, не оставившей законныхъ дѣтей, они наслѣдуютъ какъ эти послѣднія. Они наслѣдуютъ послѣ материнскаго дѣда и бабуки, при отсутствіи у послѣднихъ внуковъ отъ законныхъ дѣтей. Узаконенные чрезъ послѣдующій бракъ получаютъ право наслѣдованія въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ ихъ отца.

Постановленія эти показываютъ, что въ нашей исторіи несомнѣнно примѣнялись по отношенію къ незаконнымъ дѣтямъ постановленія болѣе гуманныя, чѣмъ тѣ, которыя дѣйствовали у насъ до изданія закона 3 іюня 1902 г. и заклю-



чались въ Сводѣ зак. гражд. Такъ какъ они составляютъ послѣднее историческое звено, то мы, прежде чѣмъ перейти къ дѣйствующему законодательству, на нихъ остановимся.

Недостатки своднаго законодательства въ особенности сказались на постановленіяхъ о незаконныхъ дѣтяхъ. Эта какіе-то жалкіе фрагменты указовъ, изданныхъ въ разное время, по разнымъ случаямъ и по разнымъ соображеніямъ. Недостаточность узаконеній о внѣбрачныхъ дѣтяхъ въ значительной степени произошла оттого, что дѣла о нихъ въ древней Руси были подвѣдомы духовной власти, которая не нуждалась въ постановленіяхъ свѣтскаго законодателя, черпая ихъ изъ правилъ церковнаго и свѣтскаго византійскаго права.

Къ несчастію для внѣ брака рожденныхъ сведеніе законовъ произошло въ самое неблагоприятное для нихъ время—въ царствованіе Императора Николая I, крайне строго относившагося къ незаконнымъ дѣтямъ, что видно, между прочимъ, изъ воспрещенія принимать ходатайства объ узаконеніи ихъ.

Такимъ образомъ, послѣднее законодательство о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, будучи, съ одной стороны, случайнымъ, а съ другой — неполнымъ, въ результатѣ оказалось весьма строгимъ. Законодатель какъ-бы хотѣлъ забыть о существованіи незаконныхъ дѣтей и старался не касаться этого щекотливаго вопроса.

Благодѣтельнаго вліянія каноническаго права мы были лишены, въ той мѣрѣ, какъ западно-европейскія законодательства, въ особенности германскаго типа. Дѣйствіе его обрывается со времени петровской реформы, и мы, отвергнувъ старое, не придумали ничего цѣльнаго новаго.

Прежде всего слѣдуетъ разсмотрѣть какіе дозволялъ старый законъ способы установленія незаконнаго сыновства. Допускалъ ли онъ только добровольное или только судебное признаніе, или оба вмѣстѣ? Полагать надо — оба. И, во-1-хъ, что касается матери, то Сводъ не отрицалъ юридической связи матери съ внѣ брака рожденными: онъ прямо называлъ ихъ ея «дѣтьми» (незаконнорожденные дѣти казачьихъ вдовъ, женъ и дѣвокъ—ст. 140), а слѣдовательно онъ



допускалъ возможность какъ добровольнаго признанія ею своими незаконныхъ дѣтей ея, такъ и принудительнаго судебного признанія, другими словами—розыскъ матери; иначе говоря, нашъ Сводъ придерживался начала такъ называемаго материнства (*Maternität*).

Какъ стояло дѣло съ отцомъ? Законъ допускалъ розыскъ отца путемъ уголовнымъ (ст. 994 Улож. наказ.), а разъ допущена была возможность признанія принудительнаго, то тѣмъ болѣе надо допустить возможность и признанія добровольнаго; по правилу — если дозволено большее, то дозволено тѣмъ самымъ и меньшее (ст. 136 Зак. гражд. поп *obstat*). Разумѣется и добровольно признаннымъ не давалось больше, чѣмъ розыскивавшимъ отца.

По этому поводу слѣдуетъ замѣтить, (о чемъ уже говорилось и раньше), что этотъ способъ розыскиванія незаконнаго отца посредствомъ уголовного преслѣдованія и обвиненія въ преступленіи не только принципиально неправиленъ (выведеніе родственной обязанности изъ преступленія), и морально оскорбителенъ—сынъ добивается сыновнихъ правъ, сажая отца на скамью подсудимыхъ,—но и практически неудобенъ: возбужденіе или невозбужденіе иска зависитъ отъ желанія или нежеланія матери; но такъ какъ начатіе дѣла матерью есть вмѣстѣ съ тѣмъ и самообвиненіе въ незаконномъ сожителствѣ, то отсюда понятно, что масса алиментныхъ исковъ совсѣмъ не доходила до суда. Общеніе съ судомъ уголовнымъ считается всегда непріятнымъ, а тѣмъ болѣе, если оно самого вступающаго въ такое общеніе неминуемо подводитъ подъ кару.

Кромѣ того, такъ какъ незаконное сожитіе неженатаго съ незамужней считалось преступленіемъ только для лицъ христіанскаго вѣроисповѣданія, то, слѣдовательно, проведеніе исковъ объ отцовствѣ и содержаніи чрезъ уголовный судъ для нехристіанскихъ исповѣданій теряло всякій смыслъ.

Но какія же права получали внѣбрачныя дѣти, разъ установлено, добровольно или же невольно, ихъ сыновство отъ данныхъ родителей и прежде всего отъ матери? Такъ, во-первыхъ, обязана ли была мать кормить свое незаконное дитя и вообще содержать его? Обязана: разъ законъ признавалъ ее матерью, разъ онъ считалъ внѣ брака рожден-



ныхъ ея дѣтьми, то она по отношенію къ нимъ имѣла права матери и несла ея обязанности и, слѣдовательно, и обязанность содержанія (Зак. гражд., ст. 172).

Но такъ какъ эта обязанность есть чисто-личная, то, по этому, со смертію матери, она прекращалась и на наследниковъ ея не переходила.

Еще строже законъ въ вопросѣ о наследованіи незаконныхъ дѣтей послѣ матери; они были вполне лишены наследственныхъ правъ послѣ нея.

Теперь посмотримъ, какими правами располагали незаконныя дѣти по отношенію къ своему отцу. На этотъ вопросъ отвѣтъ былъ данъ такой: «незаконныя дѣти, хотя-бы они и были воспитаны тѣмъ, кого именуютъ отцомъ ихъ, не имѣютъ права на имя фамиліи его и законное послѣ него наследство» (ст. 136). Это постановленіе, очевидно, имѣло цѣлью показать, что и въ томъ случаѣ, когда несомнѣнно происхожденіе внѣ брака рожденнаго отъ даннаго лица, какъ отца его (а это сомнѣніе обыкновенно затрудняетъ законодательства, при надѣленіи внѣбрачныхъ дѣтей правами по отношенію къ отцу), первый вообще остается юридически чуждымъ послѣднему: онъ не носитъ его имени и не можетъ ему наследовать, какъ его сынъ. Подъ статьею стоитъ ссылка на Именной указъ, данный Сенату по вышеупомянутому дѣлу Апухтина (П. С. З. 1800 г. марта 6 № 19310). Въ этомъ указѣ говорится, что незаконнорожденные не могутъ пользоваться на основаніи общихъ узаконеній, находящихся въ уложеніи, въ Воинскомъ Артикулѣ и правилахъ церковныхъ, никакими преимуществами отца ихъ.

Эта ссылка ясно указываетъ на то, что законодатель желалъ совершенно устранить не брачныхъ дѣтей отъ всякихъ гражданскихъ правъ по отношенію къ отцу, т. е. лишить имени, наследства и права на содержаніе; послѣднее есть результатъ власти родительской, здѣсь несуществующей<sup>1)</sup>.

Впрочемъ, о правѣ внѣ брака рожденнаго требовать содержанія отъ своего отца говорилось въ законѣ уголовномъ, именно въ ст. 994 Улож. наказ., которая гласила: «за противо-

<sup>1)</sup> Ст. 172, говорящая объ обязанности содержанія, помѣщена въ отдѣленіи 1 гл. II, дающемъ постановленія о власти родительской.



законное сожитіе неженатаго съ незамужней, по взаимному ихъ согласію, виновные, если они христіане, подвергаются церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства. Но когда послѣдствіемъ такой порочной жизни было рожденіе младенца, то отецъ обязанъ сообразно съ состояніемъ своимъ обезпечить приличнымъ образомъ содержаніе младенца и матери».

Что это за законъ, откуда онъ явился, какое начало положено въ основаніе его и каковъ его смыслъ?

Исторія этого закона заключается въ приведенномъ нами выше артикулѣ 176 гл. XX Военскаго устава. Сначала постановленіе этого устава было почти полностью усвоено позднѣйшимъ закономъ. Такъ, въ XV т. Свод. зак. угол., ст. 669 (изд. 1835 г.) было постановлено: если холостый человѣкъ пребудетъ съ незамужнею и она отъ него родить, то онъ обязанъ, по возможности и состоянію своему, обезпечить содержаніе матери и младенца; сверхъ того подвергается тюремному заключенію и церковному покаянію; отъ сего наказанія онъ избавляется въ такомъ только случаѣ, если на ней женится.

Въ Уложеніи о наказаніяхъ 1845 г. (ст. 1289) послѣдовало измѣненіе этого узаконенія въ двоякомъ отношеніи: исключено присужденіе къ тюремному заключенію и право женитьбою на соучастницѣ преступленія избавиться отъ наказанія. Осталось въ качествѣ наказанія только церковное покаяніе, и то лишь для лицъ, принадлежащихъ къ христіанскимъ вѣроисповѣданіямъ, и обязанность обезпечить содержаніемъ мать и младенца.

Оставляя въ сторонѣ вопросъ о церковномъ покаяніи, обратимся къ обязанности обезпеченія виѣ брака рожденнаго выдачей ему содержанія.

Какова юридическая сущность этой обязанности съ точки зрѣнія ст. 994 Улож.? Это не штрафъ, ибо штрафъ идетъ въ казну. Это—вознагражденіе за вредъ, причиненный преступленіемъ. Слѣдовательно, это гражданская мѣра взысканій, неразрывно связанная съ наказаніемъ, назначаемымъ Уложеніемъ за преступленіе незаконнаго сожитія неженатаго съ незамужней; поэтому по подсудности искъ такой могъ быть предъявленъ и разсматриваемъ въ судѣ уголовномъ. Если



же онъ не былъ предъявленъ своевременно въ уголовномъ судѣ (т. е. при самомъ производствѣ уголовного дѣла—Уст. гражд. суд., ст. 5), то въ судѣ гражданскомъ онъ могъ быть предъявленъ лишь послѣ окончанія уголовного производства, т. е. послѣ сужденія о преступленіи судомъ уголовнымъ (кромѣ исключительныхъ случаевъ пріостановленія производства по душевной болѣзни обвиняемаго или вслѣдствіе нерозысканія обвиняемаго — когда имущество его поступаетъ въ опекуное управленіе, Уст. гражд. суд., ст. 5—7; Уст. угол. суд., ст. 6, 7). Только въ случаѣ смерти обвиняемаго до начала въ уголовномъ судѣ иска о вознагражденіи потерпѣвшей, этотъ искъ могъ быть предъявленъ въ гражданскомъ судѣ къ наслѣдникамъ обвиняемаго (Уст. угол. суд., ст. 16 — 18).

Итакъ, искъ о содержаніи, по западноевропейскому алиментарный искъ, предъявляемый на Западѣ въ судѣ гражданскомъ, какъ и другіе иски объ алиментахъ, по Своду есть искъ гражданскій въ уголовномъ дѣлѣ и, слѣдовательно, по общему правилу это искъ, подлежащій суду уголовному.

Это произошло оттого, что алиментарной обязанности, какъ таковой, по отношенію къ незаконному отцу нашъ законъ не зналъ, а зналъ со времени Воинскаго устава гражданское взысканіе, присоединяемое къ уголовному наказанію за преступленіе незаконнаго сожитія.

Сводъ, такимъ образомъ, являлся въ данномъ случаѣ въполнѣ и въ самомъ чистомъ видѣ сторонникомъ теоріи проступка (или деликта) въ обоснованіи алиментарной обязанности отца къ своему внѣбрачному дитяти. Ст. 994, какъ непремѣнное условіе назначенія содержанія внѣ брака рожденному, предполагала доказанность отцовства («когда послѣдствіемъ такой порочной связи было рожденіе младенца», говоритъ она). Слѣдовательно, при сомнѣніи въ отцовствѣ, не могло быть рѣчи о назначеніи содержанія. Поэтому при доказанности, что въ періодъ, соотвѣтствующій зачатію, мать имѣла связь и съ другими мужчинами, подвергается сомнѣнію отцовство, а вмѣстѣ съ тѣмъ падалъ и искъ о назначеніи содержанія. Иначе, Сводъ допускалъ *excerptio congressus cum pluribus*.



Въ какихъ размѣрахъ и кѣмъ могло быть требуемо содержаніе для внѣ брака рожденнаго?

Въ законѣ было сказано, что незаконнорожденный долженъ быть обезпеченъ «сообразно съ состояніемъ», т. е. словнымъ положеніемъ незаконнаго отца (что не согласуется съ правиломъ закона, по которому незаконнорожденный сословными преимуществами отца не пользуется), «приличнымъ образомъ», т. е. такъ, какъ подобаетъ лицу, принадлежащему къ данному сословію.

Право требовать содержанія, какъ видно изъ ст. 994, принадлежало матери, которая, требуя его для себя, имѣла право потребовать и для дитяти.

Статья 994 предусматривала случай рожденія ребенка только отъ связи холостаго съ незамужней (*ex soluto et soluta*), т. е. лицъ свободныхъ отъ брака. Это какъ-бы отдаленный отголосокъ конкубината и его «естественныхъ дѣтей» (*liberi naturales*). Слѣдовательно, дѣти отъ прелюбодѣянія благами этого закона воспользоваться не могли. А такъ какъ другія статьи Уложенія (ст. 1585) и Законы гражданскіе объ обезпеченіи этихъ дѣтей не говорятъ, то, слѣдовательно, они никакихъ алиментарныхъ правъ по отношенію къ своему отцу не имѣли.

Помимо ст. 994 Улож. о наказ., прежнее законодательство наше говорило еще объ обезпеченіи незаконныхъ дѣтей отцомъ по двумъ поводамъ: по поводу изнасилованія и заключенія брака по принужденію или обману.

Если дѣвица вслѣдствіе изнасилованія сдѣлалась беременной и родила, то должны быть доставлены (изнасиловавшимъ) средства на содержаніе и воспитаніе младенца, доколѣ онъ по возрастѣ не будетъ въ состояніи избрать родъ жизни (Зак. гражд., ст. 663).

Въ случаѣ рожденія дитяти отъ брака, признаннаго не дѣйствительнымъ, какъ совершеннаго по принужденію или обману, или отъ втораго брака, при существованіи перваго, отецъ долженъ обезпечить участь дитяти (Зак. гражд., ст. 666).

Если мы въ заключеніе прибавимъ, что незаконнорожденные дѣти не имѣли и неимѣютъ наслѣдственныхъ правъ по закону послѣ своего отца (Зак. гражд., ст. 136), то этимъ



будетъ все сказано, что касается отношеній внѣ брака рожденнаго къ своему отцу.

Но незаконныя дѣти не только были лишены наслѣдственныхъ правъ послѣ своихъ родителей, но и другъ послѣ друга. Этотъ вопросъ былъ предметомъ разсмотрѣнія Государственнаго Совѣта, и Высочайше утвержденнымъ 28 марта 1865 г. мнѣніемъ его было постановлено, что по дѣйствующимъ узаконеніямъ право на наслѣдство въ имуществѣ послѣ лица, умершаго безъ завѣщанія, имѣютъ только родственники его, т. е. такія лица, которыя соединены съ нимъ кровнымъ родствомъ (X т. ч. 1, ст. 1104, 1105, 111), а къ роду или родству причисляются тѣ токмо члены онаго, кои рождены въ законномъ бракѣ (1112, 1113); слѣдовательно, для того, чтобы имѣть право наслѣдованія въ имуществѣ, оставшемся безъ распоряженія умершаго владѣльца, законъ непремѣннымъ условіемъ постановляетъ не одну естественную принадлежность лица къ роду владѣльца посредствомъ рожденія, но и рожденіе его отъ членовъ того-же рода въ законномъ бракѣ.

Закономъ 12 марта 1891 г. положено было начало улучшенію участи незаконнорожденныхъ — мы разумѣемъ введеніе у насъ узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ родителей.

## ГЛАВА XII.

### Дѣйствующее русское законодательство.

§ 37. 1) Установленіе происхожденія (сыновства) внѣбрачныхъ дѣтей. § 38. 2) Права внѣбрачныхъ дѣтей: а) право состоянія, право на фамильное имя и отчество, б) право на содержаніе, в) наслѣдственные права. § 39. 3) Узаконеніе. § 40. 4) Обычное право § 41. 5) Заключеніе.

#### § 37.

##### 1) Установленіе происхожденія (сыновства) внѣбрачныхъ дѣтей.

Переходя къ изложенію дѣйствующаго русскаго законодательства о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, заключающагося въ новеллѣ 3 іюня 1902 г., мы скажемъ сначала о способахъ установленія внѣбрачнаго сыновства, а потомъ о правахъ внѣбрачныхъ дѣтей и объ узаконеніи ихъ.



Доселѣ дѣйствовавшій законъ зналъ, въ существѣ, только одинъ способъ установленія внѣбрачнаго сыновства—розыскъ отца, какъ преступника, чрезъ уголовный судъ. Новый законъ сталъ на другую точку зрѣнія, усвоенную современной доктриной и новѣйшими законодательствами. Согласно этому взгляду, родственная связь, происхожденіе отъ даннаго лица, а не проступокъ, устанавливають отцовство, и наличность послѣдняго, какъ родственнаго отношенія юридически констатируется судомъ гражданскимъ.

Новый законъ 3 іюня 1902 г. совершенно умалчиваетъ о способахъ доказательства отцовства, предоставляя, такимъ образомъ, полную свободу суду. Свидѣтельскія показанія, подтверждающія происхожденіе дитяти отъ даннаго отца, письменные акты, какъ публичные, такъ и домашніе, частная переписка съ матерью дитяти или съ постороннимъ лицомъ, въ которыхъ эфѣтчикъ называетъ ребенка своимъ, наконецъ обращеніе съ нимъ какъ съ сыномъ или дочерью, забота о его содержаніи и т. п.—все это, какъ въ отдѣльности, такъ и въ своей совокупности, можетъ и должно быть принято во вниманіе, при постановленіи рѣшенія по иску объ отцовствѣ.

Въ этомъ случаѣ, слѣдовательно, гражданскій судъ также свободенъ въ оцѣнкѣ доказательствъ, какъ былъ свободенъ судъ уголовный, рѣшавшій дѣла этого рода до изданія новаго закона.

Проектъ комиссіи даетъ по этому поводу нѣкоторое руководство. Въ немъ сказано: отцомъ внѣбрачнаго ребенка признается мужчина, который въ промежутокъ времени, когда должно было произойти зачатіе ребенка, имѣлъ съ матерью его незаконное сожитіе, развѣ бы судъ по обстоятельствамъ дѣла призналъ, что ребенокъ могъ произойти отъ сожитія въ указанное время съ другимъ мужчиною (ст. 316).

Статья эта въ законъ не вошла. Но слѣдуетъ-ли отсюда, что, руководствуясь новымъ закономъ, судъ долженъ игнорировать, если «по обстоятельствамъ дѣла ребенокъ могъ произойти отъ сожитія съ другимъ мужчиной», иначе—допустимо-ли, съ точки зрѣнія этого закона, возраженіе о соучастіи (*exsertio congressus cum plurius*) или нѣтъ? Полагаю, да. Если дѣйствующій законъ отвергъ теорію деликта, если



онъ стоитъ на точкѣ зрѣнія родства, на точкѣ зрѣнія дѣйствительнаго происхожденія дитяти отъ предполагаемаго отца, то одновременное сожитіе нѣсколькихъ мужчинъ въ періодъ зачатія ребенка съ матерью его исключаетъ достовѣрность отцовства. Слѣдовательно, разъ такое возраженіе будетъ представлено и доказано, искъ объ отцовствѣ долженъ быть отвергнутъ.

Обращаясь къ вопросу о доказательствахъ материнства по нашему новому закону, надо сказать, что разрѣшая розысканіе матери, законъ этотъ весьма суживаетъ кругъ доказательствъ, допускаемыхъ для сего. Доказательствомъ происхожденія ребенка отъ матери служитъ метрическая запись о его рожденіи, а если въ этой записи не поименована мать или если невозможно представить эту запись, то въ доказательство происхожденія его отъ матери принимаются только исходящія отъ нея самой письменныя удостовѣренія (ст. 132<sup>15</sup>).

Статья эта есть воспроизведеніе вышеупомянутаго постановленія Французскаго кодекса по этому предмету, но съ тѣмъ, къ невыгодѣ нашего закона отступленіемъ, что тамъ, сверхъ этихъ «письменныхъ удостовѣреній», допускаются и свидѣтели (ст. 341 Фр. код.). Поэтому все, сказанное о неудобствахъ постановленія Французскаго кодекса, вполне примѣнимо и къ нашему закону. Если тамъ выражается опасеніе, что законъ, требующій непременно письменныхъ актовъ, исходящихъ отъ матери, затрудняетъ доказательство материнства многихъ женщинъ, имѣющихъ внѣбрачныхъ дѣтей, въ виду того, что грамотность далеко не есть удѣлъ всѣхъ французскихъ женщинъ и что внѣбрачныя рожденія распространены больше именно среди малообразованнаго низшаго класса, то все это, еще въ большей степени, приложимо и къ намъ, такъ какъ грамотностью мы похвалиться не можемъ, а внѣбрачныя дѣти и у насъ чаще всего рождаются тоже среди такъ называемыхъ податныхъ классовъ.

Что касается грамотныхъ и вообще образованныхъ матерей, то это требованіе письменнаго доказательства материнства, при нежеланіи признать материнство, можетъ послужить хорошимъ средствомъ избавиться отъ него: ничего не писать, что давало-бы поводъ заподозрить материнство и чтобы



ни показывали, на примѣръ, въ пользу его свидѣтели, судъ признать его не въ правѣ.

Между тѣмъ въ Проектѣ Редакціонной комиссіи этихъ ограничительныхъ постановленій не было (см. ст. 314), кромѣ предположенія ввести пятилѣтнюю давность для погашенія исковъ этого рода,—что, съ основаніемъ, отвергнуто Государственнымъ Совѣтомъ: незаконное происхожденіе само по себѣ умаленіе въ правахъ, нѣтъ причины его усиливать затрудненіемъ розыскивать мать. Но, помимо этого, едва-ли слѣдовало въ данномъ случаѣ отступать отъ Проекта.

Повидимому, здѣсь приняты были во вниманіе тѣ соображенія Коммиссіи, которыя она приводитъ подъ статью, хотя и критикуетъ ихъ, а именно, что предъявленіе и удовлетвореніе подобныхъ исковъ, когда ребенокъ родился отъ дѣвушки, принадлежащей къ образованнымъ классамъ общества, и его рожденіе было скрыто, для матери и ея семьи несомнѣнно будетъ сопряжено съ значительными нравственными страданіями. Возможность предъявленія такихъ исковъ, когда фактъ разрѣшенія дѣвушки отъ бремени сталъ извѣстенъ хотя бы ограниченному кругу лицъ, можетъ служить средствомъ къ вымогательству (Объяс., т. I, стр. 569). Если руководствоваться этими соображеніями, то надо всячески затруднить иски о материнствѣ «дѣвушекъ, принадлежащихъ къ образованнымъ классамъ». Соглашаемся, что носить это материнство, въ большинствѣ случаевъ, тяжелее интеллигентной дѣвушкѣ, нежели простой, но за то предполагается у первой и большее сознаніе своихъ материнскихъ обязанностей, нежели у второй: выполнивъ эти обязанности, она избѣжитъ и иска о материнствѣ. Что касается шантажа, то отъ него долженъ гарантировать судъ. Кромѣ того, принимая во вниманіе интересы матерей, нельзя упускать изъ виду и интересовъ дѣтей: если мать о нихъ не позаботится, то отъ кого же ждать о нихъ заботы.

Эти опасенія возникали не только у насъ, но и въ Германіи, однако-же германскія законодательства постановленій, подобныхъ нашему, у себя не ввели.

Само собою разумѣется, что слова статьи о письменныхъ удостовѣреніяхъ, исходящихъ отъ матери, должны быть по-



нимаемы въ смыслѣ всякихъ письменныхъ документовъ, идущихъ отъ матери, въ которыхъ есть прямое или косвенное указаніе на рожденіе дитяти или даже только на беременность, при томъ все равно къ кому и по какому поводу это было написано. Законъ ограниченій въ этомъ случаѣ не ставитъ, не должна ставить ихъ и практика.

Итакъ законъ нашъ какъ будто говоритъ только о судебномъ пути для установленія незаконнаго сыновства, какъ по отношенію къ отцу, такъ и по отношенію къ матери.

Въ Проектѣ Коммиссіи предполагалось ввести у насъ институтъ добровольнаго признанія, по примѣру французскаго законодательства, и былъ проектированъ рядъ постановленій (ст. 325 — 336), въ значительной степени позаимствованныхъ изъ этого законодательства.

Германскія законодательства, допуская, какъ и наше, розыскъ родителей, не воспрещаютъ и добровольныхъ признаній.

Правда, что законъ 3 Іюня 1902 г. разрѣшаетъ родителямъ усыновлять своихъ внѣбрачныхъ дѣтей, но усыновленіе не всегда возможно тамъ, гдѣ возможно признаніе. Иногда признаніе, по особымъ обстоятельствамъ, представляется единственнымъ средствомъ дать права дитяти. Мать смертельно больна. Выполнить процедуру усыновленія ей не подъ силу. Но нотариусъ, явившись на домъ къ больной матери, далъ-бы ей возможность составить актъ о признаніи ея внѣбрачнаго дитяти и такимъ образомъ оно не лишено было-бы наслѣдственныхъ правъ послѣ матери (ст. 132<sup>12</sup>). Впрочемъ, если въ законахъ нашихъ нѣтъ особаго института добровольнаго признанія и вообще не указанъ порядокъ его, то отсюда не слѣдуетъ, чтобы у насъ игнорировалось такое признаніе, разъ оно было установлено. Доказательствомъ происхожденія отъ матери служитъ метрическая запись о рожденіи дитяти (132<sup>15</sup>), но если мать не пожелаетъ, она не назоветъ себя, при составленіи этой записи и наоборотъ, называя признаетъ дитя своимъ. Отецъ розыскивается судомъ, но онъ, явившись въ засѣданіе суда, представляетъ удостовѣреніе о томъ, что онъ возбудилъ ходатайство объ усыновленіи своего незаконнаго дитяти, т. е. призналъ его. Розыскъ не нуженъ. Конечно, все-таки это не будетъ институтомъ призна-



нія въ его техническомъ смыслѣ, какимъ мы знаемъ его по постановленіямъ кодексовъ романскихъ народовъ, а лишь однимъ изъ способовъ доказательства на судѣ.

## § 38.

### 2. Права внѣбрачныхъ дѣтей.

#### а) Права состоянія, право на фамильное имя и отчество.

Еще раньше выработавшееся правило о зачисленіи внѣбрачныхъ дѣтей (незаконнорожденныхъ) въ такъ называемые податные классы остается и доселѣ.

«Незаконнорожденные, къ какому-бы званію ни принадлежали ихъ матери, приписываются къ податнымъ обществамъ до совершеннолѣтія. По достиженіи совершеннолѣтія могутъ оставаться въ томъ званіи, въ какое приписаны воспитателями или же избрать по собственному усмотрѣнію другое званіе» (т. е. приписаться къ мѣщанскому или цеховому обществу, т. V, Уст. о прям. нал., прилож. къ ст. 482, ст. 46, 47).

Внѣбрачныя дѣти казачьихъ вдовъ, женъ и дѣвицъ зачисляются въ казачье сословіе (ст. 140, 1 ч. X т.).

Такимъ образомъ внѣбрачное дитя дворянки и дворянина къ дворянамъ причислено быть не можетъ. Внѣбрачное рожденіе влечетъ за собою какъ-бы умаленіе въ правахъ состоянія.

Въ нашихъ законахъ нѣтъ постановленій о юридическомъ значеніи внѣбрачнаго родства, но практика, какъ гражданскихъ, такъ и духовныхъ судовъ, въ извѣстной мѣрѣ, не взирая на молчаніе закона, считается съ этимъ родствомъ. (1902/116, 1892/106).

Внѣбрачное родство принимается во вниманіе, по прямому предписанію закона, для опредѣленія семейнаго положенія лица, призываемаго къ отбыванію воинской повинности (льготой перваго разряда пользуется незаконнорожденный, на попеченіи котораго находится мать, не имѣющая спо-



собныхъ къ труду сыновей, или сестра, или-же неспособный къ труду братъ (т. IV, Уст. о воинской повинности изд. 1897 г., ст. 48 п. д.).

Нашъ законъ, насколько можно было уловить его общія начала въ виду скудости и нѣкоторой неясности постановленій, какъ при установленіи внѣбрачнаго сыновства, такъ и при вопросѣ о правахъ внѣбрачныхъ дѣтей, придерживался начала материнства (ср. ст. 140). Теперь это начало выражено опредѣленно. Родительская власть надъ этими дѣтьми принадлежитъ матери, а не отцу (ст. 132<sup>1</sup>). Следовательно, ей принадлежитъ представительство за дѣтей, право требовать ихъ отъ другихъ, завѣдывать воспитаніемъ, примѣнять дисциплинарныя мѣры, давать согласіе на бракъ.

Независимо отъ родительской власти, по ея мѣстужительства должно опредѣляться мѣсто жительства внѣбрачныхъ дѣтей, по ея вѣроисповѣданію—ихъ вѣроисповѣданіе.

Что касается фамиліаго имени внѣбрачныхъ дѣтей, то оно имъ дается или по отчеству, или по фамиліальному имени матери, принадлежащему ей по рожденію, но съ согласія ея отца, если онъ находится въ живыхъ (а если нѣтъ въ живыхъ, то, следовательно, при согласіи одной матери, ст. 132<sup>3</sup>).

По проекту предполагалось, въ видѣ общаго правила, присвоивать внѣбрачному ребенку фамилію матери, принадлежащую ей по рожденію и только при неизвѣстности матери давать фамилію одинаковую съ отчествомъ (ст. 313). Должно быть въ интересахъ не желающихъ оглашать своего незаконнаго потомства матерей, эта статья проекта въ предположенномъ видѣ не принята.

Отчество внѣбрачному ребенку, если оно не было присвоено ему, при совершеніи метрической записи о немъ (вѣроятно имѣется въ виду, что, при совершеніи этой записи, было указано имя отца), дается по имени воспріемника (ст. 132<sup>3</sup>).

Затрудненіе о присвоеніи отчества можетъ возникнуть, если внѣбрачное дитя—нехристіанское, или же если воспріемника не было, а только воспріемница (при крещеніи дѣвочки).



Отецъ, какъ было указано, устраняется отъ участія въ родительской власти и правахъ съ нею связанныхъ. Но, если онъ доставляетъ средства на содержаніе внѣбрачнаго ребенка, то онъ имѣетъ право надзора за содержаніемъ и воспитаніемъ ребенка. Въ случаѣ разногласія по этимъ предметамъ (а оно возможно) между нимъ и матерью или опекуномъ ребенка, оно рѣшается подлежащимъ опекунскимъ установленіемъ (сиротскимъ судомъ или сельскимъ сходомъ). Слѣдовательно—предоставляется отцу только право надзора, а не опредѣленія, на примѣръ, способа воспитанія, избранія воспитателей и т. д.

Равно такой-же доставляющій средства отецъ, въ случаѣ учрежденія надъ внѣбрачнымъ ребенкомъ опеки, можетъ быть назначенъ, по желанію, опекуномъ предпочтительно предъ другими лицами (ст. 132<sup>11</sup>).

Само собою разумѣется, что кромѣ желанія, должна быть на его сторонѣ и годность, предписанная закономъ, для принятія на себя опекунскихъ обязанностей. Извѣстно, что въ этомъ случаѣ предоставляется большой просторъ усмотрѣнію опекунскихъ учрежденій (зак. гр., ст. 254, 256). Осторожность здѣсь въ утвержденіи такого опекуна весьма умѣстна, если отцовство ему присуждено судомъ и когда, слѣдовательно, особеннаго благорасположенія къ опекаемому ожидать трудно.

Но самое существенное право внѣбрачныхъ дѣтей есть право на полученіе содержанія отъ родителей или такъ называемая алиментарная обязанность ихъ, къ разсмотрѣнію которой мы и перейдемъ.

## **б) Право на содержаніе.**

### **аа) Лица, обязанныя доставлять содержаніе.**

На комъ лежитъ обязанность доставлять содержаніе внѣбрачному дитяти? Конечно, на родителяхъ. Но какъ распредѣляется между ними эта обязанность. Буквальный смыслъ сюда относящихся статей какъ будто таковъ, что главная обязанность падаетъ на отца («отецъ внѣбрачнаго ребенка



обязанъ... нести издержки на его содержаніе», ст. 132<sup>4</sup>. «Отецъ, доставляющій средства на содержаніе ребенка»... ст. 132<sup>10</sup>). Однако-же болѣе внимательное чтеніе основной статьи (132<sup>4</sup>) указываетъ, что на первомъ планѣ стоитъ обязанность матери, а обязанность отца имѣетъ вспомогательный характеръ: «отецъ внѣбрачнаго ребенка обязанъ... нести издержки на его содержаніе»; но средства матери «принимаются во вниманіе, при опредѣленіи ребенку содержанія, слѣдующаго съ его отца».

Такимъ образомъ ребенокъ долженъ кормиться прежде всего на средства матери. Поэтому искъ о требованіи содержанія съ отца можетъ быть встрѣченъ возраженіемъ съ его стороны о наличности достаточныхъ средствъ у матери и при доказанности этого возраженія и совсѣмъ устраненъ. Только при неимѣніи средствъ у матери или при недостаточности этихъ средствъ, можетъ быть привлеченъ и отецъ къ выполненію алиментарной обязанности.

«Нѣтъ основанія», читаемъ въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи, «безъ необходимости облегчать предъявленіе исковъ объ отысканіи отцовъ, такъ какъ эти иски затрогиваютъ интересы не только отца, но и его законныхъ родственниковъ» (т. I, стр. 587). Поэтому редакторы полагали, что, при предъявленіи къ отцу иска о содержаніи внѣбрачнаго дитяти, слѣдуетъ принимать во вниманіе не только размѣръ дохода отъ принадлежащаго матери имущества, но и личный заработокъ ея, «если она имѣетъ возможность удѣлять часть этого заработка на содержаніе ребенка». «Но», полагали они, «судъ не въ правѣ, въ виду личнаго заработка матери, вовсе освободить отца отъ возлагаемой на него обязанности, такъ какъ заработки женщинъ вообще весьма незначительны и зависятъ отъ случайныхъ обстоятельствъ» (тамъ-же, стр. 587). Слѣдовательно, если этотъ заработокъ значителенъ, а наоборотъ, заработокъ отца незначителенъ, то и вся обязанность должна перейти на мать.

Необходимо отмѣтить, что указанное въ ст. 132<sup>4</sup> условіе, при наличности котораго можетъ быть требуемо внѣбрачнымъ дитятей отъ своего отца содержаніе, а именно «если оно въ томъ нуждается», существеннаго значенія не имѣетъ и могло быть даже опущено: вся суть алиментарной обязан-



ности въ томъ заключается, что она наступаетъ только въ томъ случаѣ, если имѣющій право на алименты въ томъ нуждается, т. е. собственныхъ средствъ не имѣетъ.

Если сопоставить новый законъ съ отмѣненнымъ и съ западно-европейскими кодексами, то мы наблюдаемъ слѣдующее. Ст. 994 Ул. о нак. привлекала къ выполнению алиментарной обязанности прежде всего отца, какъ имущественно обыкновенно болѣе обеспеченнаго. Правда, что она ограничивала эту обязанность только кругомъ неженатыхъ отцовъ, а право на алименты предоставляла только дѣтямъ, происшедшимъ отъ неженатыхъ и незамужнихъ (здѣсь сказался отголосокъ старой римской традиціи о раздѣленіи незаконнорожденныхъ на *liberi naturales* и *spirii*) и искъ о содержаніи направляла неудобнымъ путемъ—черезъ уголовный судъ.

Западноевропейскія законодательства (Прусск. II, 2, § 612. Австр. § 167. Общегерманск. §§ 1708, 1709) тоже, какъ мы указывали выше, привлекаютъ прежде всего отца къ дачѣ содержанія.

Въ пользу мнѣнія о необходимости привлеченія матери къ обязанности содержанія незаконнаго дитяти приводятся слѣдующія соображенія. Если въ законномъ бракѣ отецъ есть главный кормилецъ семьи, то это объясняется строемъ хозяйства законной семьи, въ которой отецъ добываетъ средства, а мать ведетъ домашнее хозяйство, кромѣ того мать приноситъ приданое *ad opes matrimonii* и несправедливо еще требовать отъ нея средствъ для содержанія семьи. Въ законной семьѣ—отецъ глава ея. Онъ пользуется взаимными алиментарными правами и имѣетъ право наслѣдованія по закону послѣ своихъ дѣтей. Не таково положеніе его въ отношеніи къ внѣбрачнымъ дѣтямъ: они не входятъ въ его семью, а въ семью матери, права наслѣдованія послѣ нихъ онъ не имѣетъ. Поэтому нѣтъ основанія ставить его обязанность на первое мѣсто (См. Buengner, *Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht*. Leipzig 1879, стр. 96 и 97).

Хотя въ новомъ законѣ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ и нѣтъ такихъ прямыхъ указаній, какъ въ вышеприведенныхъ западно-европейскихъ кодексахъ, о томъ, у кого изъ родителей и какъ долго остаются эти дѣти, однако-же изъ ст. 132<sup>1</sup>, предоставляющей матери, а не отцу родительскую власть



надъ внѣбрачнымъ дитятей, а отцу, доставляющему средства на содержаніе внѣбрачнаго ребенка, только право надзора за содержаніемъ и воспитаніемъ послѣдняго (ст. 132<sup>10</sup>), надо заключить, что ребенокъ по общему правилу остается при матери, она руководить его воспитаніемъ и только, когда возникнетъ разногласіе между нею и отцомъ, то оно «разрѣшается надлежащимъ опекунскимъ установленіемъ» (та-же ст.); въ какомъ смыслѣ? Вѣроятно въ томъ, что воспитанію можетъ быть дано такое направленіе, какое признаетъ нужнымъ въ виду пользы дитяти опекунское установленіе.

Но можетъ ли опекунское установленіе отнять ребенка у матери и передать отцу? Едва-ли: безъ прямого указанія закона къ такому заключенію прійти нельзя. Вѣдь, отнятіе ребенка было-бы ограниченіемъ родительской власти матери, а случаи такого ограниченія опредѣлены въ законѣ (ст. 179).

Вообще здѣсь надо признать пробѣлъ въ нашемъ новомъ законѣ. Не только возможны случаи столкновенія между родителями по поводу воспитанія внѣбрачнаго дитяти, но и по другимъ случаямъ, болѣе того—возможно полное пренебреженіе его интересами со стороны родителей. Отецъ «розысканный» — плохой отецъ. Какой можно ожидать отъ него заботливости о дитяти, если ему отцовство навязано судомъ. Не всегда можно рассчитывать и «на благотворныя послѣдствія для внѣбрачнаго ребенка отъ совмѣстной жизни его съ матерью», о которыхъ говоритъ Редакціонная Коммиссія (Объясн., т. I, стр. 574): вѣдь, возможны случаи, что и мать будетъ уклоняться отъ признанія за нею материнства—и мать внѣбрачнаго ребенка иногда приходится «розыскивать». Не для всѣхъ матерей это признаніе материнства желательно. Однѣхъ оно компрометируетъ въ глазахъ общества, другихъ стѣсняетъ матеріально. Кто-же будетъ доказывать это материнство? Отецъ—его можетъ не быть въ живыхъ, да это и не въ его интересахъ: объявившись отцомъ, надо самому платить алименты. Наконецъ, законъ не признаетъ отца полномочнымъ представителемъ за свое внѣбрачное дитя.

Въ виду этого полезно и даже необходимо, чтобы ко всякому несовершеннолѣтнему внѣбрачному дитяти былъ назначенъ опекунъ, какъ блюститель его интересовъ, какъ это установлено въ германскихъ законодательствахъ (Прусск.



II, 2, § 614. Австр. § 166. Сакс. § 1878. Общегерм. § 1707).

Нашъ законъ не знаетъ опеки надъ вѣнчанными дѣтьми, какъ обязательнаго учрежденія во всѣхъ случаяхъ, что, полагать надо, объясняется тѣмъ, что матери по нашему закону принадлежитъ родительская власть надъ этими дѣтьми, чего не даютъ ей вышеуказанныя западноевропейскія законодательства (Пр. II, 2. §§ 644, 645. Австр. § 166. Общегерм. § 1707. Сакс. § 1865—1866). Хотя, какъ мы видѣли, опека полезна и при предоставленіи родительской власти матери, когда интересы послѣдней не солидарны съ интересами ея вѣнчаннаго дитяти. Въ Проектѣ предусматривался случай такой обязательной опеки при жизни обоихъ родителей—это при замѣнѣ повременныхъ выдачъ (по соглашенію отца вѣнчаннаго ребенка съ матерью послѣдняго) единовременно уплачиваемую отцомъ суммою (ст. 320), но въ законѣ требованіе назначенія опеки не вошло, а только обязательно утвержденіе этого соглашения опекуномъ установленіемъ.

Ограничивается ли алиментарная обязанность родителей или же распространяется и на дальнѣйшихъ восходящихъ? Мы указывали уже какой отвѣтъ на этотъ вопросъ даетъ западно-европейское право. Римское право распространяло эту обязанность только на восходящихъ материнскихъ. Отцовскіе восходящіе, даже и по отношенію къ дѣтямъ, происшедшимъ отъ конкубината, такой обязанности не несли. Каноническое право (Западной церкви) въ этомъ отношеніи ничего не измѣнило. Общаго нѣмецкаго закона, который налагалъ бы такую обязанность на восходящихъ, тоже не существовало. Судебная практика въ этомъ случаѣ колебалась, такъ что судебного обычая въ этомъ смыслѣ не выработалось<sup>1)</sup>.

Дѣйствующія нѣмецкія законодательства, въ слѣдъ за римскимъ правомъ, привлекаютъ къ алиментарной обязанности только материнскихъ восходящихъ (Прусск. § 629 и § 20 закона 24 апрѣля 1854 г. Сакс. §§ 1874 и 1839. Общегерм. ул. § 1705. Австрійское уложеніе умалчиваетъ объ этой обязанности материнскихъ родственниковъ, но зато оно возлагаетъ

<sup>1)</sup> R. Buengner, Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht. Leipzig, 1879, стр. 62 и сл. 92 и сл.



ее на наследниковъ не только отца, но и матери. § 171). Отцовскіе, напротивъ, отъ нея освобождаются (Прусскій законъ 24 апрѣля 1874 г. § 20; Австр. §§ 166 и 167; Сакс. §§ 1873; 1874; Общегерм. 1705, 1708, 1709).

На чемъ основывается это различіе въ обязательствахъ восходящихъ материнской и отцовской стороны. Если вывести обязанность алиментарную изъ проступка, то ни тѣ, ни другіе восходящіе не должны ее выполнять: они проступка сами не совершали, а за проступки своихъ дѣтей не должны отвѣчать; если изъ родства, то близость родства обоихъ видовъ восходящихъ одинакова. Слѣдовательно, причины для различія въ отвѣтственности не усматривается. Наличие различія оправдывается другими соображеніями. Между внѣбрачными дѣтьми и восходящими материнскими существуютъ такія-же отношенія какъ и между законными родственниками: т. е. законное наследованіе и взаимная алиментарная обязанность, тогда какъ отцовскіе восходящіе такихъ правъ не имѣютъ. Поэтому на нихъ не должно быть налагаемо и обязанностей по отношенію къ внѣбрачнымъ внукамъ<sup>1)</sup>.

Нашъ законъ, какъ доселѣ дѣйствовавшій, такъ и новый, замѣнившій его, не распространяетъ алиментарной обязанности на дѣдовъ и бабокъ внѣбрачныхъ дѣтей не только отцовской, но и материнской стороны, такъ какъ ни первые, ни вторые, въ свою очередь, никакими правами по отношенію къ своимъ внѣбрачнымъ внукамъ не пользуются. Не говоря уже о семьѣ отца, Редакціонная Коммиссія признала нежелательнымъ включать внѣбрачнаго ребенка и въ родъ его матери и предоставлять ему семейственные и въ особенности наследственные права въ отношеніи родственниковъ матери.

Проектъ поэтому придаетъ юридическій характеръ только тѣмъ отношеніямъ, которыя существуютъ въ предѣлахъ внѣбрачной семьи, т. е. отношеніямъ внѣбрачнаго ребенка къ его матери и другимъ ея внѣбрачнымъ дѣтямъ (Объясн., т. I стр. 57).

<sup>1)</sup> Специальный изслѣдователь вопроса объ алиментарной обязанности—Бингнеръ, присоединяетъ сюда еще слѣдующее „практическое соображеніе“: у матери по законамъ природы не можетъ быть въ годъ больше одного ребенка—законнаго или незаконнаго, а у отца и въ теченіи одного года ихъ можетъ оказаться много. Вышепр., соч. стр. 94.



Переходитъ ли алиментарная обязанность на наследниковъ родителей внѣбрачнаго дитяти? Вообще алиментарная обязанность между родственниками, какъ основанная на родствѣ, слѣдовательно на строго личномъ отношеніи, погашается со смертью обязаннаго и на его наследниковъ не переходитъ. Поэтому нѣтъ никакихъ сомнѣній, что на наследниковъ матери эта обязанность не должна быть переносима, такъ какъ внѣбрачныя дѣти также принадлежатъ къ семьѣ матери, какъ и законныя.

Но слѣдуетъ-ли перенести эту обязанность на наследниковъ отца? Это зависитъ отъ исходной точки зрѣнія на алиментарную обязанность отца. Если она выводится изъ деликта, то наследники должны отвѣчать въ мѣру полученнаго ими. Если изъ родства, т. е. изъ чисто личной причины, то, съ исчезновеніемъ личности обязаннаго, должна прекратиться и самая обязанность; слѣдовательно, отвѣтственности наследниковъ быть не должно. Кромѣ того такое перенесеніе обязанности на наследниковъ, при имѣніи законныхъ дѣтей, могло-бы привести къ тому, что внѣбрачныя дѣти могутъ очутиться въ болѣе благопріятномъ положеніи, нежели законныя; болѣе того—послѣднія, при наличности нѣсколькихъ внѣбрачныхъ дѣтей, сами могли бы остаться безъ всякихъ средствъ.

Тѣмъ не менѣе и тѣ законодательства, которыя выводятъ обязанность отца не изъ деликта, переносятъ ее и на наследниковъ, очевидно жертвуя на этотъ разъ логическою послѣдовательностью изъ-за интересовъ внѣбрачныхъ дѣтей, но и озабочиваясь вмѣстѣ съ тѣмъ, чтобы это не привело къ вышеуказанному неравенству между внѣбрачными и законными дѣтьми.

Нашъ законъ 3 іюня 1902 г. обязанности давать содержаніе внѣбрачнымъ дѣтямъ не переноситъ не только на отцовскихъ, но и на материнскихъ наследниковъ. Въ семъ случаѣ, законъ этотъ, выводя алиментарную обязанность не только матери, но и отца изъ родственной связи ихъ съ внѣбрачными дѣтьми, оказывается вполне послѣдовательнымъ: алиментарная обязанность родственниковъ, какъ чисто личное отношеніе, дальше ихъ лица не идетъ.



Новый законъ является послѣдовательнымъ еще и въ примѣненіи другаго принятаго имъ начала—не давать внѣбрачнымъ дѣтямъ болѣе чѣмъ законнымъ. Между тѣмъ, если-бы алиментарная обязанность по отношенію къ внѣбрачнымъ дѣтямъ была-бы переносима и на наслѣдниковъ отца или матери, то законныя дѣти, какъ сказано было, могли-бы очутиться въ худшемъ положеніи, нежели внѣбрачныя: все, причитающееся имъ наслѣдство, могло бы уйти на алименты ихъ внѣбрачнымъ братьямъ или сестрамъ. Сами-же они остались-бы и безъ наслѣдства и безъ алиментовъ, такъ какъ алиментарная обязанность, что касается законныхъ дѣтей на наслѣдниковъ не переносима (т. X, ч. I, ст. 172).

Другое предполагалось въ Проектѣ Редакціонной Коммиссіи. Члены коммиссіи хотѣли внести въ будущее уложеніе статью, по которой отвѣтственность отца по дачѣ содержанія внѣбрачному ребенку и его матери, а равно и по покрытію расходовъ, вызванныхъ беременностью и разрѣшеніемъ матери отъ бремени, по смерти отца «остается на оставшемся послѣ него имуществѣ, въ размѣрѣ однако не свѣше той части наслѣдства, какую ребенокъ получилъ-бы, если-бы былъ признанъ своимъ отцомъ, причемъ наслѣдники могутъ освободиться отъ этихъ платежей, предоставивъ внѣбрачному ребенку ту часть наслѣдства, какую онъ получилъ-бы, если-бы былъ признанъ своимъ отцомъ» (ст. 324).

Статья эта написана подѣ вліяніемъ нѣмецкаго права и, какъ видно изъ вышеизложеннаго, отчасти съ него списана.

Мы видѣли, что въ нѣмецкомъ правѣ приняты мѣры, дабы благодареніе, даваемое закономъ внѣбрачнымъ дѣтямъ, не было въ ущербъ законнымъ. Редакціонная Коммиссія предположила, ввести и у насъ существующее на Западѣ постановленіе объ обязательной законной долѣ, причемъ добровольно признанныя внѣбрачныя дѣти по Проекту при наслѣдованіи съ нисходящими получаютъ по наслѣдству половину того, что получаютъ законныя дѣти (ст. 23).

Такимъ образомъ, съ одной стороны, обязательная доля законныхъ дѣтей обезпечить имъ содержаніе и по смерти родителей, а съ другой ограниченныя наслѣдственныя права признанныхъ дѣтей сдѣлаютъ невозможнымъ, чтобы внѣбрач-



ный ребенокъ получилъ не только больше, но хотя-бы равную съ законнымъ часть наслѣдства.

Но институтъ признанія, какъ мы видѣли, отвергнуть Государственнымъ Совѣтомъ и предположенія Коммиссіи не осуществились.

**бб) Лица, имѣющія право на содержаніе и имѣющія право взыскивать алименты.**

Кто имѣетъ право на содержаніе? Конечно, внѣбрачныя дѣти. Но есть обстоятельства, которыя могутъ лишить ихъ этого права. Это именно въ случаѣ недостойнаго ихъ поведенія по отношенію къ лицу обязанному. Нѣкоторые такими обстоятельствами считаютъ тѣ-же, которыя признаются достаточными и для лишенія наслѣдства (умышленное лишеніе жизни или покушеніе на жизнь наслѣдодателя, оскорбленіе дѣйствіемъ, грубое оскорбленіе чести, отказъ въ помощи въ нуждѣ, потеря чести вслѣдствіе грубыхъ пороковъ, вообще порочнаго поведенія или избранія унижительнаго образа жизни.—См. мое изслѣдованіе—О законной наслѣдственной долѣ, стр. 144). На это возражаютъ, что есть разница, когда кто-либо обязанъ такому недостойному родственнику выдавать что-либо изъ своихъ средствъ при жизни своей или по смерти: въ первомъ случаѣ приходится и самому кое-чего лишиться, во второмъ—нѣтъ, поэтому, при отнятій права на алименты, можетъ быть принять во вниманіе и менѣе существенный порокъ требующаго алименты, нежели при лишеніи права на наслѣдство.

Другіе полагаютъ, что, при лишеніи права на алименты, должна быть принимаема во вниманіе только провинность требующаго алименты противъ обязаннаго давать ихъ, а не вообще порочность, наконецъ третьи думаютъ, что и такому недостойному родственнику не должно быть отказано въ насущномъ пропитаніи, такъ какъ все-же этотъ родственникъ ближе ему, нежели государству, которое должно содержать бѣдныхъ. Но такой родственникъ столь-же близокъ и родственнику, какъ и чужой. Да и было бы несправедливо принуждать кормить родственника, который кромѣ печали кормящему ничего не доставляетъ и о которомъ онъ



иначе не можетъ вспомнить, какъ съ отвращеніемъ. Что-же касается различія, которое дѣлаютъ въ такихъ случаяхъ между лишеніемъ наслѣдства и дачей необходимыхъ алиментовъ, то это различіе какъ бы исходитъ изъ такого положенія: «можно по смерти лишить своего недостойнаго сына всего, предоставивъ содержать его на счетъ кассы для бѣдныхъ, но при жизни этому-же сыну нѣужно все-же кое-что давать». Если въ основѣ алиментарной обязанности, какъ и въ правѣ на законную долю, лежитъ родственная привязанность и любовь, то при недостойномъ поведеніи родственника право, какъ на одну, такъ и на другую одинаково теряется.

Вообще въ теоріи нѣтъ стремленія поддерживать право на алименты со стороны «недостойныхъ родственниковъ». Но законодательства отличаются большей снисходительностью. Они находятъ возможнымъ назначать такимъ родственникамъ содержаніе въ предѣлахъ необходимости (Прусск. II, 2. §§ 252, 253. Австр. § 795. Сакс. § 1854. Общегерм. § 1611).

Нашъ дѣйствующій законъ алиментарной обязанности въ видѣ цѣльнаго института не знаетъ. Ему извѣстенъ только одинъ видъ этой обязанности—между родителями и дѣтьми и между мужемъ и женой (Зак. гр., ст. 172, 194). Равно ему не извѣстно подраздѣленіе дачи содержанія на обычное (сообразно общественному положенію управомоченнаго) и въ размѣрѣ «крайней необходимости». Ничего не говорится въ немъ и о лишеніи права на содержаніе (какъ и на наслѣдство) недостойныхъ родственниковъ. Только въ Проектѣ будущаго уложенія предполагаются особыя постановленія «О доставленіи содержанія родственниками или супругами» (Кн. II. Разд. II Гл. VIII). Тамъ же указывается на различіе между содержаніемъ сообразно «общественному положенію того, кто имѣетъ право на содержаніе» и «содержаніемъ насущнымъ». Этого послѣдняго содержанія могутъ требовать, между прочимъ, и лица, «поведеніе коихъ давало бы лицу обязанному право лишить ихъ наслѣдства» (ст. 383 и 384).

IV кн. Проекта—О наслѣдованіи, въ постановленіяхъ о лишеніи наслѣдства (ст. 6) напоминаетъ постановленія по этому предмету западно-европейскихъ законодательствъ. Новый законъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, какъ и до него дѣйство-



вавший, совсѣмъ не касается вопроса о лишеніи права на содержаніе по недостойнству такихъ дѣтей. Такимъ образомъ самое грубое обращеніе съ родителями, даже обиды дѣйствіемъ, не служатъ препятствіемъ по буквѣ закона для требованія содержанія. Если принять во вниманіе, что внѣбрачное рожденіе дѣтей нерѣдко служитъ причиной разлада между ихъ родителями, что кто нибудь изъ враждующихъ родителей привлекаетъ на свою сторону и дѣтей (чаще всего дѣти остаются при матери), то отсюда возможны случаи, что требующій алиментовъ сынъ можетъ оказаться самымъ грубымъ кредиторомъ своего отца или матери. Нравственное чувство не можетъ примириться съ такой «обстановкой» иска объ алиментахъ и была бы желательна въ этомъ случаѣ законодательная поправка и тѣмъ болѣе, что по привычкѣ нашей практики нѣтъ надежды, чтобы она сама изыскала выходъ изъ затруднительнаго положенія.

Здѣсь, между прочимъ, обнаружилось неудобство частичной кодификаціи гражданскихъ законовъ. Если бы законъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ былъ обнародованъ вмѣстѣ съ другими отдѣлами семейнаго права, то онъ былъ бы согласованъ съ постановленіями о доставленіи содержанія родственникамъ и въ этихъ постановленіяхъ нашелъ бы себѣ дополненіе.

Право на полученіе содержанія имѣетъ не только внѣбрачный ребенокъ, но, при опредѣленныхъ условіяхъ, и мать его, а именно: «въ составъ слѣдующаго съ отца внѣбрачнаго ребенка содержанія послѣдняго включается и содержаніе нуждающейся въ томъ матери ребенка, если уходъ за нимъ лишаетъ ее возможности снискивать себѣ средства къ жизни (Зак. гр., ст. 132<sup>6</sup>).

Вотъ какъ мотивируетъ необходимость этого закона Редакціонная Коммиссія. Возможны условія, при наличности которыхъ мать ребенка вслѣдствіе его рожденія, не смотря на получаемыя на его содержаніе средства, оказывается въ значительно худшемъ положеніи, чѣмъ до его рожденія. Наличность ребенка стѣсняетъ мать въ выборѣ того или иного вида заработка, напримѣръ, нерѣдко препятствуетъ поступленію ея въ услуженіе; уходъ за дитятей, вознагражденіе за который не входитъ въ составъ содержанія, уплачиваемаго отцомъ, можетъ отнимать у матери столько времени, что устраняется



возможность личнымъ трудомъ зарабатывать себѣ средства къ жизни. При такомъ бѣдственномъ въ матеріальномъ отношеніи положеніи матери внѣбрачнаго ребенка, когда при томъ это положеніе является послѣдствіемъ рожденія ребенка и не можетъ быть улучшено личными силами его матери (по мнѣнію Коммиссіи) справедливость требуетъ, чтобы отецъ ребенка не оставался безучастнымъ. Помощь, которую онъ окажетъ матери ребенка, можетъ отразиться только выгодно на положеніи самого ребенка и можетъ предупредить случаи, когда нужда заставляетъ мать, не смотря на получаемыя на содержаніе ребенка средства, отказаться отъ личнаго попеченія о немъ и передать его въ чужія руки. Не представлялось возможнымъ въ самомъ текстѣ статьи въ точности означить тѣ случаи, когда судъ обязанъ удовлетворить объявленное ему матерью ребенка требованіе. Коммиссія убѣждена, что, при разсмотрѣніи подобныхъ исковъ, судебныя мѣста будутъ исходить изъ всесторонней оцѣнки дѣйствительно существующихъ условій и будутъ удовлетворять исковыя требованія съ надлежащею осторожностью. Во всякомъ случаѣ необходимымъ предположеніемъ иска матери является нахожденіе при ней ребенка; поэтому, право на этотъ искъ отпадаетъ, если ребенокъ умеръ или воспитывается не при матери (Объясн., т. I, стр. 595).

Прежде всего по поводу этого постановленія надо замѣтить, что ни одно западноевропейское законодательство въ такомъ видѣ, т. е. въ видѣ особаго содержанія для матери внѣбрачнаго ребенка, обезпеченія ей не даетъ. Понятно: для того чтобы допустить возможность такого требованія надо признать фактъ незаконнаго сожителства преступленіемъ и тогда искъ матери о содержаніи будетъ искомъ о вознагражденіи за причиненный вредъ, но такое сожителство не признается преступленіемъ, а помимо преступности нельзя усматривать вредъ въ дѣйстви, совершенномъ съ согласія другого. Западные европейскія законодательства знаютъ другое — это обязанность мужчины дать удовлетвореніе (*satisfactio*) незамужней женщинѣ, съ которою онъ вступилъ въ связь (о чемъ была рѣчь выше).

Очевидно, что нашъ новый законъ нашелъ въ этомъ случаѣ образецъ въ старомъ (въ отмѣненной 994 ст. Улож.



о наказ.), согласно которой, хотя составители Проекта и находили, что если и представляется вполне справедливымъ распространить право на содержаніе, основанное на законномъ родствѣ, на родство естественное, то не можетъ быть оправдано распространеніе того-же права, основаннаго на существованіи законнаго супружескаго союза, на случаи внѣбрачнаго сожителства (т. I, стр. 594). Но вмѣстѣ съ тѣмъ они находили справедливымъ ввести вышеуказанное постановленіе по раньше приведеннымъ соображеніямъ.

Какъ изъ текста закона, такъ и изъ соображеній Коммисіи, видно желаніе ограничить это право матери возможно тѣсными предѣлами. Содержаніе, назначенное матери, «включается въ составъ» содержанія внѣбрачному ребенку и зависитъ оттого на сколько уходъ за ребенкомъ «лишаетъ мать возможности снискивать средства къ жизни». Слѣдовательно, ея право на содержаніе подчинено интересамъ дитяти. Она можетъ требовать содержанія, если это «лишеніе» вызывается «уходомъ» за ребенкомъ и пока «въ уходѣ» ощущается надобность. Значитъ искъ о содержаніи предполагаетъ доказанность того и другаго. Итакъ надо доказать, что ребенокъ нуждается въ уходѣ матери и что, благодаря этому уходу, она лишена возможности добывать себѣ средства къ жизни. Какъ? Какъ добывала до рожденія дитяти, ея обычнымъ путемъ, сообразно ея общественному положенію (напримѣръ, находясь въ услуженіи). Равно и потребность ухода за ребенкомъ взвѣшивается сообразно общественному положенію матери. Если будетъ доказано, что въ томъ классѣ, къ которому принадлежитъ мать, дѣти извѣстнаго возраста особому материнскому уходу не подлежатъ, то рѣчи о содержаніи не должно быть.

Конечно, указаніе закона на то, что содержаніе матери входитъ «въ составъ» содержанія ребенка не значитъ, что мать не можетъ искать содержанія и внѣ этого «состава». Если на лицо есть условія, отъ которыхъ зависитъ право иска, она можетъ предъявить его, не взирая на то, что «составъ» содержанія ребенку уже опредѣлился; напримѣръ, ребенокъ заболѣлъ и болѣзнь требуетъ продолжительнаго ухода за нимъ, вслѣдствіе чего мать лишена возможности добывать средства.



Нельзя скрыть, что статья эта (132<sup>6</sup>) будетъ, съ одной стороны, источникомъ не малаго числа исковъ, поддерживая старую традицію о правѣ на содержаніе матери младенца (по 994 ст. Улож. о нак.), а съ другой, создастъ достаточно затрудненій для суда, при установленіи фактическихъ обстоятельствъ, при наличности которыхъ мыслимо примѣненіе статьи. Не надо забывать, что теперь раскрыты матерямъ внѣбрачныхъ дѣтей двери въ гражданскій судъ. Въ него входъ болѣе удобенъ, чѣмъ въ судъ уголовный, когда нужно было, прійдя, сдѣлать признаніе въ преступленіи незаконнаго сожительства и куда, тѣмъ не менѣе, не мало матерей заглядывало. Не возсоздастъ-ли, такимъ образомъ, новая статья старыхъ исковъ и не превратится-ли даваемое ею право въ отыскиваніе «награды за любодѣяніе», чего коммиссія не желала допустить. Не лучше-ли было этой статьи совсѣмъ не писать, а удовлетворить предусматриваемой въ ней потребности общимъ постановленіемъ о назначеніи содержанія дитяти, принявъ во вниманіе, при опредѣленіи размѣра его, всѣ обстоятельства дѣла, т. е. и расходы по уходу за нимъ. Тогда не возникало-бы соблазна для возбужденія претензій, конечная цѣль которыхъ покормиться и поотдохнуть на счетъ отца внѣбрачнаго ребенка.

Кромѣ того мать внѣбрачнаго ребенка имѣетъ право требовать отъ отца его оплаты расходовъ, вызванныхъ разрѣшеніемъ ея отъ бремени, а равно расходовъ на насущное содержаніе ея впредь до ея выздоровленія. Иски эти погашаются годичной давностью со дня разрѣшенія отъ бремени (132<sup>7</sup>). Слѣдуетъ обратить вниманіе, что, тогда какъ содержаніе матери, вызванное «уходомъ» за ребенкомъ назначается полное, содержаніе больной—роженицѣ дается только «насущное». Чѣмъ объяснить это различіе?

Кто имѣетъ право взыскивать алименты?

Нашъ законъ не даетъ спеціальныхъ по этому поводу постановленій. Въ Проектѣ было сказано: искъ о доставленіи отцомъ содержанія внѣбрачному ребенку можетъ быть предъявленъ его матерью или опекуномъ (ст. 317). Въ законъ это постановленіе не вошло и остается, такимъ образомъ, только общее постановленіе о предоставленіи матери родительской власти надъ внѣбрачнымъ дитятей (132<sup>1</sup>), въ



кругъ которой входитъ и представительство за него, а слѣдовательно и взысканіе алиментовъ для дитяти. Если матери нѣтъ, права ея по представительству по общему закону переходятъ къ опекуну (Зак. гражд., ст. 274). Такимъ образомъ, дѣйствительно не было надобности спеціально указывать, какъ это сдѣлано въ Проектѣ, объ этихъ правахъ матери и опекуна. Слѣдовательно, мать и опекунъ имѣютъ право и обязанность взыскивать всякіе алименты—и за прошедшее и на будущее время. Одно ограниченіе: въ случаѣ требованія содержанія за прошедшее время отецъ ребенка обязанъ платить его не болѣе чѣмъ за годъ до предъявленія такого требованія (132<sup>4</sup>).

Это ограниченіе представляетъ собою вмѣстѣ съ тѣмъ и исключеніе изъ предположеннаго въ Проектѣ общаго правила—о недопущеніи требованія содержанія отъ родственниковъ за прошедшее время (ст. 387 Проекта).

Что касается взысканія съ родителей внѣбрачнаго дитяти третьими лицами издержекъ, понесенныхъ ими на содержаніе этого дитяти, то такое взысканіе подчиняется общимъ правиламъ о выполненіи обязанности за другого.

Но кто имѣетъ право требовать алименты отъ матери внѣбрачнаго дитяти, если она уклоняется ихъ платить? По нѣмецкимъ законодательствамъ опекунъ, а у насъ? Вотъ здѣсь и сказывается надобность въ опекѣ, какъ въ необходимомъ учрежденіи для всякаго внѣбрачнаго дитяти. Единственный выходъ назначить опекуна *ad hoc* и, судя по тому, что законъ предоставляетъ опекунскимъ установленіямъ имѣть наблюденіе за сохраненіемъ интересовъ внѣбрачнаго дитяти (см. ст. 139<sup>9</sup> и 139<sup>10</sup>), это установленіе и обязано назначить для этой цѣли опекуна.

### **вв) Условія требованія содержанія.**

Когда или при какихъ условіяхъ внѣбрачныя дѣти могутъ требовать содержанія отъ своихъ родителей? Вообще обязанность кормить родственника наступаетъ тогда, когда онъ въ томъ нуждается, а обязанный кормить въ состояніи выполнить эту обязанность—есть чѣмъ кормить.

Итакъ, прежде всего должна быть нужда. Такъ и нашъ законъ говоритъ: «отецъ внѣбрачнаго ребенка обязанъ...



нести издержки на его содержание, если онъ въ томъ нуждается» (ст. 132<sup>4</sup>... «не въ состояніи самъ себя содержать» 132<sup>5</sup>).

Но какъ должна быть опредѣлена эта «нужда», чтобы давать право на алименты? Вообще говоря, «нужда» понимается въ томъ смыслѣ, что у требующаго алиментовъ нѣтъ своихъ средствъ и онъ не въ состояніи ихъ самъ пріобрѣсть, заработать. Но возникаетъ вопросъ, можетъ-ли быть отклонено требованіе содержанія въ томъ случаѣ, когда у требующаго есть имущество, но такой стоимости, что доходовъ съ него для покрытія издержекъ обычной жизни недостаточно, такъ что, живя исключительно на средства, извлекаемые изъ этого имущества, оно неминуемо въ болѣе или менѣе близкомъ будущемъ должно быть израсходовано цѣликомъ.

Согласія между учеными, при отвѣтѣ на этотъ вопросъ, нѣтъ. Нѣкоторые полагаютъ, что въ такомъ случаѣ, т. е., при недостаточности доходовъ для содержанія, всегда возникаетъ право требовать алименты отъ обязаннаго. Другіе противъ такой безусловности и дѣлаютъ различіе: если имущество располагающаго правомъ на содержаніе находится въ пользованіи обязаннаго, тогда послѣдній обязанъ безусловно давать алименты; если этого нѣтъ, то надо предоставить рѣшеніе вопроса суду, который взвѣситъ всѣ обстоятельства дѣла, а обстоятельства могутъ быть, напримѣръ, и таковы, что, щадя неприкосновенность капитальной стоимости имущества алиментируемаго, пришлось бы посягнуть на капитальную стоимость имущества алиментирующаго, что было-бы, конечно, несправедливо. И съ точки зрѣнія нашего закона можно было-бы сказать, что въ этомъ случаѣ и требующій содержанія и тотъ, къ кому это требованіе направлено, оба одинаково «нуждаются».

Но отсутствіе имущества и недостаточность доходовъ съ него еще не даютъ права на содержаніе, если ищущій содержанія самъ «въ состояніи себя содержать» (132<sup>5</sup>), если онъ можетъ заработать способомъ, соотвѣтственнымъ его общественному положенію, а не вообще какъ бы то ни было.

Такъ и по Проекту—о доставленіи содержанія родственниками—требовать содержанія могутъ только лица, не имѣю-



щія собственнаго достаточнаго имущества и лишенные возможности содержать себя своимъ трудомъ (ст. 381).

Но для того, чтобы привлечь обязаннаго къ дачѣ содержанія имѣющему право на него, надо чтобы первый смогъ дать — обладалъ бы имуществомъ или работоспособностью, и притомъ обязанность кормить другихъ наступаетъ, только послѣ удовлетворенія собственныхъ нуждъ, «не подвергаясь опасности самому лишиться средствъ къ жизни, соотвѣтствующей своему общественному положенію», какъ говоритъ Общегерманское уложеніе и повторяетъ нашъ Проектъ семейнаго права (Общегерм. Ул. § 1603. Проектъ ст. 380. Австр. § 143. Сакс. § 1848).

Но это ограниченіе не касается алиментарной обязанности родителей. Эти послѣдніе должны затрачивать на содержаніе своихъ дѣтей всѣ средства, какъ бы они скудны ни были — должны дѣлиться всѣмъ.

Эта усиленная обязанность родителей объясняется особою родственною близостью ихъ къ дѣтямъ и естественнымъ чувствомъ привязанности къ своимъ дѣтямъ (Общегерм. Ул. § 1603 и Проектъ ст. 380).

Есть мнѣніе, что, и при взысканіи алиментовъ съ отца внѣбрачнаго дитяти, не надо обращать вниманія на его состоятельность, но это было-бы вѣрно, если бы алиментарная обязанность этого отца могла быть основана на проступкѣ, имъ совершенномъ, что, какъ мы видѣли, принято быть не можетъ. Но, и основывая эту обязанность на происхожденіи внѣбрачнаго дитяти отъ сожителя его матери, едва-ли есть основаніе простирать ее, такъ сказать, *ultra vires*, какъ и по отношенію къ законнымъ дѣтямъ. Вѣдь основная мысль законодательствъ исключаетъ такое приравненіе, какъ что касается отцовской власти, такъ и относительно пользовладѣнія дѣтскимъ имуществомъ, а также и въ наследственныхъ правахъ. Поэтому согласно съ этой мыслью законодательствъ, въ томъ числѣ и нашего, слѣдуетъ требовать отъ отца выполнения этой обязанности въ обычныхъ предѣлахъ, какъ и между другими родственниками (132<sup>1</sup>, 132<sup>12</sup>).

Напротивъ, вполне согласно съ закономъ привлечь мать къ такой-же алиментарной обязанности по отношенію къ своему внѣбрачному дитяти, какъ и по отношенію къ законнымъ



дѣтямъ: ей принадлежитъ надъ нимъ родительская власть и права, связанныя съ нею, она имѣетъ право на содержаніе отъ нихъ, она послѣ нихъ наслѣдуетъ (132<sup>1</sup>, 123<sup>13</sup>).

Такъ какъ обязанность содержанія предполагаетъ наличность средствъ, то, при объявленіи обязаннаго несостоятельнымъ должникомъ, она прекращается. Равно она не возобновляется, если у не имѣющаго средствъ отца впослѣдствіи окажутся таковыя: онъ не возмѣщаетъ расходовъ по содержанію за то время, когда у него средствъ не было, хотя по Саксонскому Уложенію и за прошедшее время можетъ быть потребовано содержаніе, если имѣющій на него право, для того, чтобы содержать себя, долженъ былъ дѣлать долги (§ 1849). По нашему закону отецъ ребенка въ случаѣ требованія содержанія за прошедшее время обязанъ возмѣстить оное не болѣе чѣмъ за годъ до предъявленія требованія (132<sup>4</sup>).

#### гг) Размѣръ и родъ содержанія.

Въ какомъ размѣрѣ должно быть назначено содержаніе внѣбрачному дитяти?

Вообще въ составъ содержанія входитъ все необходимое для существованія — оно объемлетъ всѣ потребности жизни: пищу, одежду, квартиру, леченіе въ случаѣ болѣзни и проч.<sup>1)</sup> Причемъ принимается во вниманіе общественное положеніе получающаго содержаніе.

Нашъ законъ размѣръ содержанія, даваемого внѣбрачному дитяти, ставитъ въ зависимость отъ средствъ лицъ обязанныхъ, т. е. отца и матери и отъ общественнаго положенія матери (ст. 132<sup>4</sup>).

Что должно обнимать собою содержаніе—все, чѣмъ держится жизнь, что необходимо для нея, слѣдовательно, не только одинъ кормъ, но и кровъ и одежду, а также и приготовленіе къ самостоятельной дѣятельности—къ возможности самому впослѣдствіи добывать себѣ средства къ жизни

<sup>1)</sup> Legatis alimentis cibaria et vestitus habitatio debetur, quia sine his alii corpus non potest (L. 6. D. 34. 1). (Verbo victus) et caetera, quibus tuendi, curandive corporis nostri gratia utimur ea appellatione significantur (L. 43. 44. L. 50. 16).



(ст. 132<sup>5</sup>), но все это должно быть дано какъ въ предѣлахъ средствъ дающаго, такъ и сообразно съ потребностями того общественнаго класса, къ которому принадлежитъ мать. Слѣдовательно, если вѣбращный ребенокъ—сынъ сельской работницы или кухарки, то она не можетъ требовать, чтобы онъ былъ воспитанъ въ гимназіи. Соображеніе,—представленное въ судѣ, наримѣръ, такого рода — «теперь и дѣти кухарокъ учатся въ гимназіяхъ» — не можетъ быть принято во вниманіе. Отвѣтъ на него: такіе случаи бываютъ, но это явленія не обычные для даннаго общественнаго класса.

Судъ долженъ руководствоваться только обычнымъ<sup>1)</sup>.

Въ «составѣ» содержанія, причитающагося съ отца, входятъ также расходы, вызванные разрѣшеніемъ матери отъ бремени и послѣродовой болѣзью (132<sup>7</sup>).

Законъ умалчиваетъ о родѣ алиментовъ: онъ называетъ ихъ «издержками» — (ст. 132<sup>4</sup>), «повременными выдачами», «суммой» — (ст. 132<sup>9</sup>) и изъ этихъ названій надо заключить, что онъ склоненъ считать ихъ денежнымъ долгомъ, а не натуральной повинностью, хотя Проектъ, въ видѣ общаго правила, постановляетъ, что лицо обязанное, можетъ, по своему усмотрѣнію, доставлять содержаніе деньгами или натурою (пропитаніе, одежда, помѣщеніе, уходъ—ст. 385). Само собою разумѣется, что разъ дитя живетъ при матери, это различіе не имѣетъ значенія.

Обычный способъ уплаты содержанія — повременныя выдачи (ст. 132<sup>9</sup>) и притомъ впередъ — этого требуетъ самое существо обязанности: дается, чтобы было на что жить. За прошедшее время содержаніе можетъ быть требуемо не болѣе, чѣмъ за годъ (ст. 132<sup>4</sup>), но за сколько впередъ законъ не указываетъ, очевидно, предоставляя рѣшеніе этого во-

<sup>1)</sup> Эту-же мысль проводятъ редакторы въ Проектѣ семейнаго права въ главѣ (VIII) о доставленіи содержанія родственниками и супругами. По ст. 383 „содержаніе должно быть доставляемо соразмѣрно имущественнымъ средствамъ лица обязаннаго и общественному положенію того, кто имѣетъ право на содержаніе. Къ содержанію лицъ несовершеннолѣтнихъ относятся также издержки на воспитаніе и обученіе. Обязанный къ доставленію содержанія долженъ нести издержки и на погребеніе“. Безспорно, что эта обязанность, хотя о ней и не упомянуто, лежитъ тоже на родителяхъ, какъ ближайшихъ по родству къ дѣтямъ.



проса суду, который приметъ во вниманіе не только потребности дитяти, но и то, изъ какихъ средствъ придется платить отцу, напр. если уплата производится изъ ежемѣсячно получаемого содержанія, то нѣтъ основанія и алименты вносить болѣе чѣмъ за мѣсяцъ впередъ<sup>1)</sup>.

Повременныя выдачи могутъ быть по соглашенію сторонъ (т. е. отца, матери или опекуна) и съ утвержденія опекунскаго установленія замѣнены единовременно уплачиваемой отцомъ ребенка суммою, но съ принятіемъ надлежащихъ мѣръ къ охраненію расходованія этой суммы по назначенію (ст. 132<sup>9</sup>).

Это отклоненіе отъ общаго правила вызвано слѣдующими соображеніями. «Возможны случаи, въ которыхъ отцу, напримѣръ, въ виду наличности у него законной семьи, желанія его вступить въ бракъ и т. п., нельзя отказать въ правѣ, относительно внѣбрачнаго ребенка, ограничиться единовременно уплатою достаточнаго по своему размѣру капитала. Такой способъ исполненія возлагаемой на него обязанности, при нѣкоторыхъ условіяхъ, можетъ быть даже желательнымъ и для внѣбрачнаго ребенка и его матери». Отношенія ребенка къ отцу, благодаря получаемымъ повременнымъ выдачамъ, соединены для него «съ значительными нравственными страданіями», такъ какъ постоянно напоминаютъ ему о его происхожденіи и грѣхѣ его матери. Ребенокъ, получившій отъ своего отца, единовременно, извѣстный капиталъ, въ этомъ отношеніи оказывается въ болѣе благопріятныхъ условіяхъ; притомъ наличность хотя-бы небольшого капитала можетъ облегчить ребенку стать на ноги, а внѣбрачной дочери выйти замужъ (Объясн., т. I, стр. 590, 591).

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, дабы охранить при этомъ интересы ребенка — предотвратить возможность невыгоднаго соглашенія или растраты со стороны матери, требуется утвержденіе сдѣлки опекунскимъ установленіемъ, а по Проекту (ст. 320)

<sup>1)</sup> По Проекту выдачи на содержаніе родственникамъ производятся впередъ на время не свыше трехъ мѣсяцевъ, по опредѣленію суда, если объ этомъ не состоялось иного соглашенія сторонъ (ст. 385). При этомъ предполагалось общія правила о доставленіи содержанія родственникамъ (ст. 377—391) примѣнить и къ содержанію внѣбрачныхъ дѣтей (Объясн., т. I, стр. 588).



и учрежденія надъ ребенкомъ опеки. Вышеизложенныя постановленія заимствованы изъ Общегерманскаго Уложенія (§ 1714).

Статья говоритъ о принятіи надлежащихъ мѣръ къ охраненію расходованія суммы по назначенію. Въ отношеніи кого и кѣмъ должны быть предприняты и какія мѣры? Такъ какъ расходование суммы предоставляется матери, то, очевидно, что и мѣры должны быть приняты по отношенію къ ней, а такъ какъ сдѣлка утверждается опекунскимъ установленіемъ, то ему принадлежитъ и контроль. Что касается самихъ мѣръ, то онѣ могутъ заключаться, напримѣръ, въ отдачу суммы въ качествѣ вклада въ кредитное установленіе съ правомъ матери получать проценты и безъ права получать капиталъ безъ разрѣшенія опекунскаго установленія.

Размѣръ содержанія можетъ быть въ послѣдствіи измѣненъ по ходатайству той или другой стороны, по измѣнившимся обстоятельствамъ (132<sup>8</sup>. Ср. Фран. код., ст. 209): жизнь вздорожала, дающій содержаніе обѣднѣлъ, получающій заболѣлъ, или, наоборотъ, его средства или работоспособность увеличились. Такъ какъ мать ребенка участвуетъ въ его содержаніи соотвѣтственно своимъ имущественнымъ средствамъ (132<sup>4</sup>), то измѣненіе въ ея имущественномъ положеніи будетъ вліять на размѣръ содержанія не только со стороны ея, но и со стороны отца. Естественное измѣненіе содержанія должно наступать съ подростаніемъ ребенка, когда измѣняются и его потребности. Но измѣненіе въ общественномъ положеніи матери не должно вліять на алименты ребенка: его право возникло со дня рожденія и въ этомъ видѣ сохраняется.

#### **дд) Прекращеніе права на содержаніе.**

Что касается до прекращенія права на содержаніе, то въ законодательствахъ вопросъ этотъ разрѣшается слѣдующимъ образомъ. Самая главная причина прекращенія этой обязанности—достиженіе извѣстнаго возраста, когда, предполагается, наступаетъ возможность самостоятельнаго существованія дитяти — такимъ возрастомъ прусское (§§ 633, 634) и саксонское (§ 1862) законодательства признають до-



стиженіе 14-лѣтняго возраста. Общегерманское Уложеніе удлиняетъ срокъ до 16 лѣтъ (ст. 1708).

Нашъ законъ назначаетъ болѣе продолжительный срокъ для дачи содержанія нежели нѣмецкія законодательства, а именно отецъ и мать должны давать содержаніе своимъ внѣбрачнымъ дѣтямъ, какъ и законнымъ, до достиженіи ими совершеннолѣтія, т. е. 21 г. (ст. 132<sup>4-5</sup>, 172). Слѣдовательно, наступленіе совершеннолѣтія прекращаетъ право на содержаніе. Но оно можетъ быть прекращено и ранѣе этого, если внѣбрачный сынъ или дочь, будучи уже приготовлены къ предназначенной дѣятельности, въ состояніи сами себя содержать или когда дочь выйдетъ замужъ (132<sup>5</sup>) и, слѣдовательно, обязанность содержать ее перейдетъ къ мужу (ст. 106).

Такимъ образомъ нашъ законъ, давая право на полученіе содержанія до достиженія 21 года, чего не даетъ ни одинъ нѣмецкій кодексъ, въ противоположность этимъ кодексамъ (т. е. Прусскому и Общегерманскому), по достиженіи этого возраста, продолженія алиментарной обязанности не допускаетъ ни въ какомъ случаѣ.

За симъ и по нашему Своду, какъ и по вышеприведеннымъ законодательствамъ, обязанность содержанія прекращается, если въ немъ внѣбрачное дитя (хотя бы и до достиженія совершеннолѣтія) болѣе не «нуждается» (напр. получить имущество по дару или по наслѣдству) или если отецъ, либо мать лишатся «средствъ» и возможности ихъ пріобрѣтать (ст. 132<sup>4</sup>).

Право на полученіе содержанія матерью внѣбрачнаго ребенка прекратится, когда она выздоровѣетъ послѣ родовъ (но сюда не входитъ обязанность содержать вообще больную или заболѣвшую не послѣ родовъ мать этого ребенка) или же когда минуетъ надобность въ уходѣ за ребенкомъ (онъ будетъ отданъ въ ученіе или подростетъ на столько, что исчезнетъ надобность въ уходѣ; ст. 132<sup>6-7</sup>).

Помимо указанныхъ въ законѣ способовъ прекращенія алиментарной обязанности, всякіе другіе способы прекращенія и видоизмѣненія ея по соглашенію сторонъ подлежатъ ограниченіямъ. Такъ уговоръ между участниками или мировая о видоизмѣненіи этой обязанности недействительны безъ утвержденія ихъ судомъ [*ne aliter alimentorum transactio rata*



esset, quam (si) autore praetore facta (l. 8 pr. D. 2. 15). De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest: de futuris autem sine praetore, seu praeside interposita transactio nulla auctoritate juris censetur. l. 8. Cod. De trans. (2, 4)].

Нашъ законъ точно также не допускаетъ никакихъ «соглашеній сторонъ» о перемѣнѣ въ обязанности давать содержаніе безъ утвержденія опекунскихъ установленій (132<sup>3</sup>).

Что касается отказа отъ содержанія на будущее время, то такой отказъ, какъ противный общественному интересу, недействителенъ (Сакс. Ул. § 1852. Общегерм. Ул. § 1614. См. Св. Зак. гр., ст. 1529).

Могутъ-ли быть потребованы обратно внесенные алименты, если въ имущественномъ положеніи имѣющаго право на нихъ произойдетъ такая перемѣна, что онъ перестанетъ нуждаться въ полученіи содержанія? Нѣтъ, лицо, обязанное давать алименты, не можетъ заявить такого требованія: оно только исполнило свою обязанность (См. Сакс. Ул. § 1851). Если это сдѣлано родственниками, но не обязанными къ дачѣ содержанія, то предполагается, что они хотѣли одарить алиментируемаго (§ 1354), но если это сдѣлалъ чужой, то если нельзя усмотрѣть намѣренія подарить, надо признать это за веденіе чужого дѣла безъ уполномочія (negot. gestio) и допустить право требовать возмѣщеніе издержекъ (См. Сакс. Ул. § 1355).

Въ общемъ эти правила приложимы и къ нашему праву, т. е. родственникъ, обязанный давать содержаніе и давшій его, ни въ какомъ случаѣ не можетъ потребовать его обратно (Ср. ст. 132<sup>4-5</sup>); со стороны не обязаннаго родственника и чужого надо предположить дареніе, если содержаніе было дано съ согласія заступниковъ внѣбрачнаго дитяти: матери или опекуна (ст. 132<sup>1</sup>, 132<sup>11</sup>).

### в) Наслѣдственные права.

Мы видѣли, что въ конечномъ результатѣ историческаго движенія наслѣдственныхъ правъ внѣбрачныхъ дѣтей былъ подведенъ, при изданіи Свода Законовъ, такой итогъ: незаконныя дѣти, хотя-бы они и были воспитаны тѣми, которые



именуются ихъ родителями, не имѣютъ права на имя фамиліи отца и законное послѣ него или послѣ матери своей въ имуществѣ наслѣдство (т. X., ч. I, ст. 136).

Составителямъ новаго закона оказалось, такимъ образомъ, совершенно открытымъ поле. Они могли писать «на бѣломъ листѣ», причемъ или руководствоваться примѣромъ прошлаго, правда не совсѣмъ ясно очерченнаго, или-же взять за образецъ правила романскихъ или германскихъ законодательствъ, т. е. или допустить параллельное наслѣдованіе внѣбрачныхъ дѣтей съ законными дѣтьми и другими родственниками, или-же создать для нихъ особый порядокъ наслѣдованія—приравнивъ, что касается матери, къ законнымъ дѣтямъ и устранивъ вполнѣ отъ наслѣдованія послѣ отца.

Новый законъ въ общемъ примкнулъ къ типу германскихъ законодательствъ (чѣмъ вмѣстѣ съ тѣмъ онъ отчасти остался на почвѣ предшествовавшей исторіи), но въ отличіе отъ этихъ послѣднихъ онъ, стоя на почвѣ подраздѣленія собственности на родовую и благопріобрѣтенную, еще болѣе сѣузилъ наслѣдственныя права внѣбрачныхъ дѣтей, нежели германскіе кодексы.

Оставаясь въ согласіи съ нѣмецкими законодательствами и не въ полномъ согласіи съ прошлымъ, новый законъ совершенно устраняетъ внѣбрачныхъ дѣтей отъ наслѣдованія въ имуществѣ отца, а тѣмъ болѣе, конечно, его родственниковъ. Но и послѣ матери они наслѣдуютъ ограниченно: они исключаются изъ наслѣдованія въ родовомъ ея имуществѣ (132<sup>12</sup>), ибо къ роду причисляются тѣ только члены онаго, кои рождены въ законномъ бракѣ (Зак. гр., ст. 1113). Но въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ ея внѣбрачныя дѣти и законные ихъ нисходящіе наслѣдуютъ по закону на основаніяхъ, установленныхъ для дѣтей законныхъ, но съ тѣмъ однако отличіемъ, что наслѣдуемое имущество матери, не имѣющей законныхъ сыновей, но имѣющей лишь законныхъ дочерей, дѣлится между сими послѣдними и внѣбрачными дѣтьми по равнымъ между всѣми сонаслѣдниками долямъ (ст. 132<sup>13</sup>).

Такимъ образомъ, оказывая извѣстное покровительство внѣбрачнымъ дѣтямъ, законъ 3 іюня 1902 г. въ то-же время принимаетъ мѣры, дабы они не получили больше законныхъ



—забота, которая преслѣдуется въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ и иностранными законодательствами. И такъ, если останутся внѣбрачный сынъ и законная дочь, наслѣдство подѣлится пополамъ; но, если останется внѣбрачная дочь и законный сынъ, дѣлежъ будетъ обычный: сынъ получитъ изъ недвижимаго  $\frac{13}{14}$ , изъ движимаго  $\frac{7}{8}$ , а дочь—изъ недвижимаго  $\frac{1}{14}$ , а изъ движимаго  $\frac{1}{8}$ . Если останутся внѣбрачная дочь и законная дочь, то наслѣдство подѣлится по равнымъ частямъ, тоже самое будетъ, если останется внѣбрачный сынъ и законный сынъ; если же останутся внѣбрачный сынъ и законные сынъ и дочь, то за вычетомъ изъ недвижимаго  $\frac{1}{14}$  и изъ движимаго  $\frac{1}{8}$  въ пользу законной дочери, остальное подѣлится между сыновьями — законнымъ и внѣбрачнымъ. Если останутся одни внѣбрачныя дѣти, то наслѣдство между ними подѣлится на томъ-же основаніи, какъ и между законными дѣтьми, т. е. дочь при сынѣ получитъ  $\frac{1}{14}$  изъ недвижимаго и  $\frac{1}{8}$  изъ движимаго, остальное сынъ, а если будутъ однѣ дочери, то наслѣдство между ними раздѣлится по равнымъ частямъ.

Такъ какъ внѣбрачныя дѣти призываются къ наслѣдованію послѣ матери, то къ нимъ приложимы всѣ постановленія о выдѣлѣ и о назначеніи приданаго изъ благопріобрѣтеннаго имущества (ст. 994 и сл. и 1001 и сл. I ч. X т. См. Объясненія къ Проекту наслѣдственнаго права: «общія правила о наслѣдованіи примѣняются и къ случаямъ, когда къ наслѣдству призывается внѣбрачный ребенокъ», кн. IV, стр. 65).

По Проекту наслѣдственнаго права внѣбрачныя дѣти и ихъ законные нисходящіе наслѣдуютъ въ имуществѣ ихъ матери наравнѣ съ дѣтьми, рожденными въ бракѣ (ст. 22), т. е. не только по правиламъ, для законныхъ дѣтей установленнымъ, но и совмѣстно съ послѣдними (Объясн., кн. IV, стр. 65).

Это постановленіе Проекта находится въ связи съ усвоенными имъ общими началами: 1) съ отмѣною подраздѣленія имущества на родовыя и благопріобрѣтенныя и 2) съ уравненіемъ наслѣдственныхъ правъ мужчинъ и женщинъ (ст. 25). Слѣдовательно, по Проекту внѣбрачныя дѣти должны быть допущены къ наслѣдованію послѣ матери во всѣхъ видахъ ея собственности и безъ всякихъ преимуществъ для



ея законныхъ дѣтей. Въ этомъ случаѣ Проектъ послѣдовалъ за германскими законодательствами.

Порядокъ наслѣдованія послѣ внѣбрачныхъ дѣтей таковъ: прежде всего, какъ и по общему порядку, наслѣдуютъ нисходящіе ихъ: не только законныя, но послѣ лицъ женскаго пола и внѣбрачныя, дѣти; послѣ мужчинъ (изъ незаконнорожденныхъ) могутъ наслѣдовать только законныя дѣти, незаконныя послѣ отца не наслѣдуютъ (132<sup>12</sup>); если нѣтъ нисходящихъ, то наслѣдство переходитъ въ боковыя линіи, по близости линій, слѣдовательно, прежде всего къ братьямъ и сестрамъ, но не къ законнымъ дѣтямъ матери, а къ внѣбрачнымъ (и ихъ законнымъ нисходящимъ), хотябы они были разныхъ отцовъ, слѣдовательно, къ единоутробнымъ; законныя братья и сестры отъ наслѣдованія послѣ внѣбрачныхъ братьевъ и сестеръ устраняются, какъ и наоборотъ,— послѣ законныхъ братьевъ и сестеръ внѣбрачныя братья и сестры не наслѣдуютъ. Этого-же правила придерживается и Проектъ: внѣбрачныя дѣти одной и той-же матери наслѣдуютъ другъ послѣ друга (ст. 22), но законныя дѣти послѣ внѣбрачныхъ дѣтей ихъ матери къ наслѣдству не призываются, совершенно также, какъ и внѣбрачныя не признаются наслѣдниками своихъ единоутробныхъ братьевъ и сестеръ, происшедшихъ отъ законнаго брака ихъ общей матери (Объясн., кн. IV, стр. 65).

По поводу наслѣдованія внѣбрачныхъ дѣтей Редакціонная Коммиссія разсуждала такъ: предоставленіе внѣбрачнымъ дѣтямъ наслѣдственныхъ правъ въ имуществѣ ихъ матери, а также другихъ ея внѣбрачныхъ дѣтей, въ настоящее время, за послѣдовавшимъ изданіемъ закона 3 іюня 1902 г., предоставившаго именно эти права внѣбрачнымъ дѣтямъ, едва-ли можетъ вызвать какія-либо возраженія. Уравненіе внѣбрачныхъ дѣтей при наслѣдованіи послѣ ихъ матери съ законными, есть не болѣе, какъ послѣдовательный выводъ изъ правила ст. 315 Проекта, кн. II Уложенія, по которой на отношенія матери и ея внѣбрачнаго ребенка распространены постановленія (Проекта) Уложенія о союзѣ родителей и законныхъ дѣтей (Объясн., кн. IV, стр. 62).

Конечно, ничего нельзя возразить противъ такого уравненія, если согласиться съ мнѣніемъ Коммиссіи въ другомъ,



а именно, что институтъ родовыхъ имуществъ долженъ быть упраздненъ.

Установленіе взаимныхъ наслѣдственныхъ правъ внѣбрачныхъ дѣтей одной матери, говорятъ составители Проекта наслѣдственного права, оправдывается существующей между ними естественною близостью, отношеніями ихъ къ общей матери, а въ весьма многихъ случаяхъ и совмѣстною жизнью, порождающею такую-же солидарность всѣхъ интересовъ, какая существуетъ между дѣтьми законными (тамъ-же).

Но составители Проекта не признали возможнымъ пойти дальше этого — предоставить внѣбрачнымъ дѣтямъ право законнаго наслѣдованія послѣ всѣхъ материнскихъ родственниковъ, какъ то сдѣлано въ Уложеніи Саксонскомъ (§ 1804) и Общегерманскомъ (§ 1705), хотя «подобное расширеніе правъ внѣбрачныхъ дѣтей не противорѣчитъ», говорятъ они, «даннымъ исторіи русскихъ гражданскихъ законовъ и очевидно можетъ быть согласовано съ основнымъ воззрѣніемъ православной церкви на бракъ и значеніе законнаго родства» (стр. 62). Это «согласованіе» не только не «очевидно», но и едва-ли возможно: «основное воззрѣніе православной церкви на бракъ» таково, что онъ становится «тайной великой» при условіи утвержденія и освященія супружескаго союза церковью и правильнаго его совершенія. Безъ этого законнаго брака нѣтъ, а слѣдовательно и законнаго родства.

Но хотя (по мнѣнію Коммиссіи) правило, по которому внѣбрачныя дѣти призываются къ наслѣдованію послѣ родственниковъ матери, можетъ быть оправдано и по существу — по крайней мѣрѣ, что касается ближайшихъ родственниковъ, которые считаютъ и должны считать своею обязанностью поддерживать какъ мать, такъ и ребенка (но «поддержка», т. е. содержаніе внѣбрачнаго родственника и наслѣдованіе — понятія не тождественныя), тѣмъ не менѣе въ конечномъ результатѣ редакторы отказали внѣбрачнымъ дѣтямъ въ наслѣдственныхъ правахъ послѣ материнскихъ родственниковъ, потому что, по мнѣнію Коммиссіи, при установленіи правилъ о наслѣдованіи по закону, необходимо исходить изъ предполагаемой воли наслѣдодателя. Такое предположеніе очевидно не примѣнимо къ тѣмъ случаямъ, когда наслѣдство открывается послѣ восходящаго или бокового родственника ма-



тери вѣбрачнаго ребенка: во многихъ случаяхъ они вовсе не знаютъ о существованіи ребенка, такъ какъ рожденіе его было скрыто (стр. 62, 63).

Не въ томъ, конечно, заключается причина устраненія вѣбрачныхъ дѣтей отъ наслѣдованія послѣ материнскихъ родственниковъ, что, при наслѣдованіи по закону, надо исходить изъ предполагаемой воли наслѣдодателя (ибо наслѣдованіе по закону нерѣдко есть наслѣдованіе вопреки воли наслѣдодателя; напримѣръ, когда завѣщаніе его признается недействительнымъ, да и вообще не предполагаемая воля наслѣдодателя, а разныя другія задачи и цѣли руководятъ и должны руководить законодателемъ, при созданіи нормъ законнаго наслѣдованія), а въ томъ, что правосознаніе настоящаго времени вообще далеко отъ полнаго приравненія вѣбрачныхъ дѣтей къ законнымъ въ наслѣдственныхъ правахъ (а отчасти и въ другихъ гражданскихъ) и на эти права смотритъ больше съ точки зрѣнія обезпеченія незаконнорожденныхъ, нежели наслѣдованія. Съ этой стороны Проектъ (что касается текста, а не мотивовъ) не вноситъ ничего новаго: и по закону 3 іюня 1902 г. вѣбрачныя дѣти не наслѣдуютъ послѣ родственниковъ материнскихъ (какъ и отцовскихъ 132<sup>12</sup>).

Что касается перехода наслѣдства послѣ вѣбрачныхъ дѣтей въ дальнѣйшія боковыя линіи,—то новелла 3 іюня объ этомъ умалчиваетъ; во всякомъ случаѣ, если-бы это было и мыслимо, то лишь при условіи вѣбрачнаго родства и въ дальнѣйшихъ линіяхъ.

Случаи такой цѣпи вѣбрачнаго родства возможны у нашихъ старообрядцевъ, если они не оформили своихъ браковъ предписаннымъ закономъ порядкомъ, а равно и у другихъ сектантовъ, при томъ-же условіи, а до изданія закона 17 апрѣля 1905 г., если они уклонялись отъ вѣнчанія своихъ браковъ въ православной церкви. Но, принявъ во вниманіе обнародованный Проектъ наслѣдственнаго права Редакціонной Коммиссіи<sup>1)</sup>, которая составляла и первоначальный про-

<sup>1)</sup> Въ ст. 22 Проекта сказано: „вѣбрачныя дѣти одной и той-же матери наслѣдуютъ другъ послѣ друга“—и только: о наслѣдованіи другихъ боковыхъ родственниковъ умалчивается.



ектъ закона о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, надо прійти къ заключенію, что предѣлами первой боковой линіи, т. е. призваніемъ къ наслѣдованію единоутробныхъ (внѣбрачныхъ) братьевъ и сестеръ и ихъ нисходящихъ наслѣдованіе послѣ внѣбрачныхъ дѣтей исчерпывается и за неимѣніемъ въ ней родственниковъ наступаетъ выморочность<sup>1)</sup>.

Относительно распредѣленія наслѣдства въ самихъ линіяхъ, должно имѣть примѣненіе общее правило: въ боковыхъ линіяхъ сестры при братьяхъ родныхъ и ихъ потомкахъ обоого пола не имѣютъ права на наслѣдство (ст. 1135), — должно имѣть примѣненіе потому, что законъ особаго изъятія для внѣбрачныхъ дѣтей на этотъ счетъ не устанавливаетъ.

По вопросу о наслѣдованіи матери послѣ внѣбрачнаго ребенка остается въ силѣ общее правило (ст. 132<sup>13</sup>), слѣдовательно она получаетъ послѣ бездѣтныхъ дѣтей ихъ благопріобрѣтенное имущество въ пожизненное владѣніе (ст. 1141) и имѣетъ право на поворотъ сдѣланнаго ею дара этимъ дѣтямъ (ст. 1142).

Иначе по Проекту: мать наслѣдуетъ въ имущество ея внѣбрачныхъ дѣтей (ст. 22) безъ различія его происхожденія, т. е. родовое оно или благопріобрѣтенное. При этомъ наслѣдованіе матери послѣ ея внѣбрачнаго дитяти окажется даже болѣе льготнымъ, нежели послѣ законнаго: при наслѣдованіи послѣ законнаго дитяти, не оставившаго нисходящихъ, наслѣдство дѣлится пополамъ — одна половина предоставляется отцу наслѣдодателя, а въ случаѣ его смерти его дѣтямъ, а другая половина — матери наслѣдодателя (ст. 16 и 18), а за ея смертью ея дѣтямъ; здѣсь-же все наслѣдство достается матери, разъ нѣтъ нисходящихъ.

Что касается наслѣдованія жены внѣбрачнаго дитяти, то здѣсь примѣняются общія постановленія объ указной долѣ (ст. 1148 и слѣд.). Въ этомъ случаѣ обнаруживается большая разниа съ Проектомъ, который, хотя тоже слѣдуетъ общимъ постановленіямъ о наслѣдованіи супруговъ, но сами эти постановленія построены въ немъ совсѣмъ на другихъ основаніяхъ, нежели въ дѣйствующемъ правѣ. По Проекту,

<sup>1)</sup> Объясненія, кн. IV, стр. 62.



пережившій супругъ получаетъ четвертую часть всего наследства, когда наследуетъ вмѣстѣ съ нисходящими, половину, когда наследуетъ съ отцомъ и матерью наследодателя и ихъ нисходящими или съ дѣдомъ и бабкой и ихъ нисходящими, и все наследство, когда не осталось этихъ родственниковъ (ст. 16 и 28).

Какъ выше упомянуто было, Редакціонная Коммиссія предполагала ввести у насъ институтъ признанія внѣбрачныхъ дѣтей родителями, отвергнутый Государственнымъ Совѣтомъ. Признанныя внѣбрачныя дѣти по Проекту имѣютъ право наследовать своему отцу въ половинной долѣ законнаго дитяти, если они наследуютъ съ нисходящими наследодателя, при наследованіи съ родителями наследодателя и ихъ нисходящими, за выдѣломъ причитающейся вдовѣ наследодателя части, получаютъ половину всего остального наследства, а при отсутствіи этихъ родственниковъ, наследство дѣлится пополамъ между внѣбрачными дѣтьми и вдовою наследодателя. Если-же нѣтъ въ живыхъ и вдовы наследодателя, то внѣбрачнымъ дѣтямъ предоставляется все наследство (ст. 23). Равно и отецъ признаннаго имъ дитяти наследуетъ ему, если послѣ умершаго не осталось ни законныхъ, ни внѣбрачныхъ дѣтей или ихъ законныхъ нисходящихъ, ни матери, ни супруги, ни внѣбрачныхъ братьевъ или сестеръ (ст. 25).

Этими постановленіями Проектъ напоминаетъ аналогичныя постановленія романскихъ законодательствъ и не безъ вліянія ихъ написаны и статьи Проекта по этому предмету. Это иноземное происхожденіе института признанія и было существенною причиною, которой руководствовался Государственный Совѣтъ, отвергнувъ его, считая, что онъ чуждъ нашему общественному сознанію. Коммиссія-же находила, что главное практическое значеніе этого института въ томъ, что онъ даетъ справедливое разрѣшеніе вопроса о наследственныхъ правахъ внѣбрачнаго ребенка въ отношеніи его отца (Объясн., IV, стр. 66, 67). Это не совсѣмъ точно. Та-же Коммиссія въ своихъ Объясненіяхъ говоритъ: благодаря признанію отецъ, принимаетъ на себя большія обязанности, чѣмъ тѣ, которыя законъ возлагаетъ на отцовъ всѣхъ внѣбрачныхъ дѣтей: непризнанный внѣбрачный ребенокъ по Проекту



можетъ требовать содержанія отъ отца сообразно общественному положенію матери, а признанный—въ томъ-же размѣрѣ, въ какомъ пользуются этимъ правомъ законныя дѣти (кн. II, ст. 331, 287, 289, 290, 317, и Объясн., IV, стр. 68)<sup>1)</sup>.

### § 39.

#### 3. Узаконеніе.

Постановленія нашего права объ узаконеніи мы рассмотримъ въ такомъ порядкѣ: кто можетъ ходатайствовать объ узаконеніи, кого можно узаконить, при какихъ условіяхъ, какъ и съ какими послѣдствіями.

Ходатайствовать объ узаконеніи могутъ родители узаконяемаго оба совмѣстно или только одинъ, по смерти родителей—опекуны и самъ узаконяемый (Уст. гражд. суд., 1460<sup>1-2</sup>; Кас. Рѣш. 98/32) но право это не распространяется на потомковъ узаконяемаго: слѣдовательно, дѣти не въ правѣ просить объ узаконеніи ихъ отца умершимъ его родителемъ (Кас. Рѣш. 1904 г. № 48); если ходатайство заявлено по истеченіи болѣе одного года со дня совершенія брака, служащаго основаніемъ къ узаконенію, то должны быть объяснены причины такого замедленія (Уст. гражд. суд., ст. 1460<sup>3</sup>).

Не всѣ внѣбрачныя дѣти могутъ быть узаконяемы, а только дѣти христіанъ (Зак. гражд., ст. 144<sup>1</sup>), слѣдовательно и старообрядцевъ и сектантовъ. (См. Указ. 17 апр. 1905 г. о вѣротерпимости). Поэтому бракомъ родителей евреевъ не могутъ быть узаконяемы добрачныя ихъ дѣти, крещенныя по обряду христіанской религіи (Кас. Рѣш. 1903 г. № 137). До изданія закона 3 іюня 1902 года воспрещалось также, по примѣру романскихъ законодательствъ, узаконеніе дѣтей, происшедшихъ отъ прелюбодѣянія. Вышеуказанный законъ это ограниченіе отмѣнилъ (ст. 144<sup>1</sup>. Прод. 1906 г.).

Что касается дѣтей отъ кровосмѣшенія, то, очевидно, что законъ нашъ допускаетъ ихъ узаконеніе, разъ возможенъ бракъ родителей.

<sup>1)</sup> См. мою монографію. — О внѣбрачныхъ дѣтяхъ по новому закону. Одесса. 1903 г.



Сверхъ указанныхъ выше условій для совершенія узаконенія необходимо: 1) письменное заявленіе родителями узаконяемаго о томъ, что ребенокъ происходитъ отъ нихъ (Уст., ст. 1460<sup>2</sup>). Это письменное заявленіе, которое требуется при просьбѣ объ узаконеніи можетъ быть замѣнено представленіемъ другаго документа, исходящаго отъ родителей, изъ котораго съ несомнѣнностью видно, что они признавали дитя своимъ. Но письмо «не можетъ быть замѣнено свидѣтелями», въ виду категорическаго требованія 1460<sup>3</sup> Уст. Гражд. Суд. письменнаго заявленія. (Кас. Рѣш. 1898 г. № 32), 2) судебное констатированіе: а) возможности происхожденія узаконяемаго отъ признающихъ себя его родителями и б) тождества признающей себя матерью ребенка съ тою, которая означена въ метрическомъ свидѣтельствѣ его; 3) законный и дѣйствительный между родителями бракъ (Уст., ст. 1460<sup>4</sup>).

Дѣла объ узаконеніи вѣдаеть въ охранительномъ порядкѣ окружный судъ по мѣсту жительства родителей или узаконяемаго. Судъ (въ засѣданіи при закрытыхъ дверяхъ), удостовѣрясь въ наличности всѣхъ вышеуказанныхъ условій узаконенія и выслушавъ заключеніе прокурора, постановляетъ опредѣленіе объ узаконеніи, о чемъ дѣлаеть надпись на метрическомъ свидѣтельствѣ узаконеннаго и сообщаетъ о состоявшемся опредѣленіи подлежащей консисторіи, для соотвѣтственной отмѣтки въ метрической книгѣ (Уст., ст. 1460<sup>5</sup>).

Дѣйствіе узаконенія начинается не со дня опредѣленія суда, а со дня вступленія родителей въ бракъ, и съ этого времени узаконенныя дѣти пользуются всѣми правами законныхъ дѣтей, отъ этого брака рожденныхъ (Зак. гражд., ст. 144<sup>1</sup> п. 3). Но узаконеніе не имѣетъ обратной силы и не можетъ служить основаніемъ для нарушенія правъ, приобрѣтенныхъ другими лицами вслѣдствіе внѣбрачнаго положенія дитяти, впослѣдствіи узаконеннаго.

Сверхъ узаконенія чрезъ послѣдующій бракъ законодательству нашему извѣстенъ и другой видъ его—узаконеніе Высочайшимъ указомъ (по-прежнему — чрезъ рескриптъ). Права такихъ узаконенныхъ каждый разъ особо опредѣляются указомъ (Зак. гражд., ст. 144).



## § 40.

## 4. Обычное право.

Въ заключеніе представимъ краткія свѣдѣнія о внѣбрачныхъ дѣтяхъ по обычному праву. Выяснить сколько-нибудь точно положеніе этихъ дѣтей по обычному праву нашего народа въ высшей степени трудно—отчасти по недостаточности матеріала, отчасти по сомнительной достовѣрности его. Самый обширный матеріалъ, заключающійся въ трудахъ Комиссіи по преобразованію волостныхъ судовъ, тоже отчасти неполонъ, ибо обнимаетъ собою свѣдѣнія объ обычномъ правѣ далеко не всѣхъ волостныхъ судовъ, отчасти не надеженъ, ибо рѣшенія волостныхъ судовъ далеко не всегда отличались самостоятельностью, а, напротивъ, нерѣдко писались при участіи волостныхъ писарей, подчасъ «мудрствовавшихъ лукаво».

Не всегда можно положиться и на тѣ свѣдѣнія, которыя заключаются въ частныхъ сборникахъ, такъ какъ собраніе обычаевъ посредствомъ опроса свѣдущихъ людей и старожилъ не всегда ведетъ къ цѣли. Призванный *ad hoc* для бесѣды объ обычаяхъ своей мѣстности, старожилъ иногда сознательно, иногда безсознательно передаетъ или придаетъ свое къ обычному.

Поэтому для установленія даннаго обычая требуется много труда, опыта, а также надо знать, къ кому обратиться, какъ бесѣдовать и когда. Мировые суды, на которыхъ надѣялись какъ на оффиціальныхъ собирателей обычнаго права, чрезъ посредство своихъ рѣшеній, какъ извѣстно, въ этомъ отношеніи не оправдали надеждъ. Поэтому и въ вопросѣ о правахъ незаконныхъ дѣтей можно установить лишь болѣе или менѣе вѣроятныя обычныя положенія, а по нѣкоторымъ пунктамъ и совсѣмъ приходится отказаться отъ какихъ-либо заключеній.

Прежде всего слѣдуетъ отмѣтить фактъ, что незаконныхъ дѣтей обычай клеймитъ презрѣніемъ, судя по тѣмъ обиднымъ прозвищамъ и кличкамъ, которыя имъ даются («гулевыя, зазорныя, байстрюки, прибудныя, подтынники, крапивники, выблядки, выпоротки, загольники» и т. п.). Судя



по этимъ пластическимъ эпитетамъ, незаконное происхожденіе народъ считаетъ позорнымъ, а связь, отъ которой происходятъ незаконныя дѣти, безпутной.

Какъ и по гражданскимъ законамъ, внѣ брака рожденные не входятъ въ семью своихъ родителей. Права на имя своего отца они не имѣютъ. Едва-ли признается, по крайней мѣрѣ какъ твердый обычай, и право ихъ на полученіе содержанія отъ отца. По мнѣнію проф. Пахмана, на отцѣ лежитъ только нравственная, а не юридическая обязанность воспитывать своихъ незаконныхъ дѣтей, а, по свидѣтельству князя Кострова, незаконныя дѣти остаются обыкновенно на попеченіи матери, безъ всякаго участія въ этомъ со стороны отца. Такъ, въ рѣшеніяхъ волостныхъ судовъ есть свѣдѣнія, по которымъ внѣбрачныхъ дѣтей «должна воспитывать своимъ трудомъ мать». Если мы прибавимъ къ этому, что они обыкновенно и называются по матери, то отсюда мы должны заключить, что наше народное сознаніе въ вопросѣ о зачисленіи внѣ брака рожденнаго за родителями держится начала материнства.

Такая-же неопредѣленность существуетъ и относительно наслѣдственныхъ правъ незаконныхъ дѣтей. Такъ, напр., въ доселѣ обнародованныхъ источникахъ нѣтъ положительныхъ указаній относительно наслѣдованія незаконныхъ дѣтей послѣ матери, если послѣ нея остались и законныя дѣти. Что касается наслѣдованія послѣ отца, то существуетъ болѣе или менѣе твердое правило о призваніи къ наслѣдованію незаконныхъ дѣтей, только при отсутствіи законныхъ дѣтей у наслѣдодателя. Въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ они наслѣдуютъ и при законныхъ дѣтяхъ, но въ такомъ случаѣ получаютъ меньшую долю, нежели послѣднія; но есть и такія мѣстности, гдѣ внѣбрачныя дѣти при совмѣстномъ наслѣдованіи съ законными дѣтьми, получаютъ полную долю.

Существенно измѣняется положеніе внѣ брака рожденнаго, въ томъ случаѣ, если его отецъ добровольно призналъ своимъ: приписалъ къ семьѣ, принялъ въ домъ, или если онъ долго жилъ въ семьѣ и, наконецъ, когда онъ усыновленъ (признанъ сыномъ) своимъ отцомъ. Такія незаконныя дѣти наслѣдуютъ какъ законныя и совмѣстно съ законными.



Фактическое принятіе въ семью, проживаніе въ ней и въ особенности посвященіе своего труда на пользу семьи дѣлаетъ принятаго полноправнымъ членомъ семьи и даетъ ему право на наслѣдство вмѣстѣ съ законными дѣтьми наслѣдодателя. Это фактическое усыновленіе равносильно усыновленію юридическому.

Эта трудовая точка зрѣнія на наслѣдство не послужила ли причиной, что общепризнанное западно-европейскими законодательствами узаконеніе незаконныхъ дѣтей чрезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей мало извѣстно нашему народу? Трудовая связь предпочитается кровной; въ силу этой же причины, въ силу стремленія оцѣнить трудъ и вознаградить трудившагося и тѣ внѣ брака рожденные, которые не имѣли этой внѣшней связи съ семьей, получаютъ извѣстную часть изъ имущества по усмотрѣнію наслѣдодателя или по постановленію сельскаго схода.

Такимъ образомъ, если воззрѣнія народа не всегда точны и не всегда гуманны, то они все-же стараются такъ или иначе опредѣлить юридическую судьбу внѣ брака рожденного, а не забыть о немъ, какъ-то дѣлалъ X томъ<sup>1)</sup>.

## § 41.

### 5. Заключение.

Наши постановленія о внѣбрачныхъ дѣтяхъ, развиваясь подъ несомнѣннымъ вліяніемъ римскаго (византійскаго) права и не безъ вліянія права каноническаго (Восточной Церкви), въ конечномъ результатѣ не послѣдовали ни примѣру законодательствъ романскихъ, взявшихъ за отправную точку воззрѣнія римскаго права на внѣбрачныхъ дѣтей, ни примѣру законодательствъ германскихъ, придерживающихся началъ каноническаго права, хотя, какъ мы видѣли и существовало иноземное вліяніе на русское право въ вопросѣ объ обезпеченіи внѣ брака рожденныхъ дѣтей. До Петра Вели-

<sup>1)</sup> Пахманъ, Обычное гражданское право въ Россіи, т. II, стр. 191—192, 279 — 281. Мухомовъ, Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ, стр. 169—201.



каго законодательство наше шло однимъ путемъ, если и не вполне вѣрнымъ, то все-же опредѣленнымъ; съ Петра же намѣчается другой путь, не выясненный законодателемъ, не опредѣленный имъ надлежаще, оттого заставляющій его подвигаться нетвердою стопою, не ровно, не прямо, а дѣлая кривыя, не разъ идя въ обходъ, такъ что онъ или кружится и возвращается на старое мѣсто, или же удаляется въ сторону отъ намѣченной имъ, повидимому, цѣли. Въ пору такихъ шатаній и колебаній застаётъ наше законодательство время кодификаціи, и Сводъ Законовъ закрѣпилъ, такимъ образомъ, эти случайныя, полныя колебаній, возникшія при разныхъ обстоятельствахъ и по разнымъ поводамъ, постановленія.

Новый законъ (3 іюня 1902 г.) безспорно приблизилъ наше право по разсматриваемому предмету къ германскому, допустивъ розыскъ отца гражданскимъ порядкомъ и отчасти приравнявъ внѣбрачныхъ дѣтей къ законнымъ относительно матери. Нашъ законъ въ послѣднемъ случаѣ даже проявилъ больше рѣшительности, нежели германскій, предоставивъ матери родительскую власть надъ ея внѣбрачными дѣтьми. Но что касается отца, то связь его съ внѣбрачными дѣтьми напротивъ уже, нежели по германскому праву: онъ привлекается къ дачѣ алиментовъ дитяти только тогда, когда у матери нѣтъ средствъ или ихъ недостаточно. Но вмѣстѣ съ тѣмъ, если отецъ доставляетъ алименты, то имѣетъ право надзора надъ содержаніемъ и воспитаніемъ ребенка и преимущественное предъ посторонними лицами право на опеку надъ нимъ — чего не даютъ отцу германскія законодательства. Алиментарная обязанность у насъ, въ противорѣчіе какъ германскимъ, такъ и романскимъ кодексамъ, переходу на наследниковъ родителей не подлежитъ — что, конечно, слабѣе обезпечиваетъ у насъ право внѣбрачныхъ дѣтей на полученіе содержанія, чѣмъ на Западѣ.

Наслѣдственныя права незаконныхъ дѣтей и у насъ, какъ и въ Германіи, мыслимы только относительно матери, причемъ, благодаря существующему въ нашемъ законодательствѣ различію между родовой и благопріобрѣтенною собственностью, внѣбрачныя дѣти допускаются къ наслѣдованію только въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ матери.



Подобно нѣкоторымъ германскимъ законодательствамъ, и у насъ новый законъ дозволилъ усыновлять своихъ внѣбрачныхъ дѣтей, что имѣетъ существенное значеніе, какъ въ виду недопущенія закономъ 3 іюня института добровольнаго признанія, такъ и въ виду открывающейся такимъ образомъ возможности призванія къ наслѣдованію внѣбрачныхъ дѣтей въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ ихъ отца.

Въ общемъ наше законодательство пошло по пути, который былъ уже имъ отчасти намѣченъ въ собственной исторіи, отчасти руководилось примѣромъ нѣмецкаго права.

Въ конечномъ результатѣ, съ точки зрѣнія общаго развитія правосознанія въ вопросѣ объ устроеніи юридическаго быта внѣбрачныхъ дѣтей, нашъ законодатель, если и не опередилъ западноевропейскихъ законодателей, то и не остался позади ихъ.

Къ этому надо прибавить, что, повидимому, законодательная работа по этому вопросу не считается вполне законченной: въ Журналѣ Государственнаго Совѣта положительно указано, что новый законъ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ имѣетъ переходное значеніе и не закрываетъ пути «къ дальнѣйшему», по мѣрѣ надобности, движенію нашего законодательства въ томъ-же поступательномъ направленіи, хотя-бы при ожидаемомъ общемъ пересмотрѣ законовъ гражданскихъ, особливо же при начертаніи семейственнаго и наслѣдственнаго отдѣловъ этихъ законовъ» (Журн. Гос. Сов. въ Соед. Деп. 12 ноября 1901 г., № 286, стр. 13. См. Объясн., кн. IV, стр. 67 и 68).

Съ этой стороны сопоставленіе предположеній Проекта съ дѣйствующимъ законодательствомъ получаетъ не только теоретическій, но и практическій интересъ.

---



## ГЛАВА XIII.

**Объ усыновленіи.**

§ 42. 1. Историческія замѣчанія. § 43. 2. Дѣйствующее законодательство.

## § 42.

**1. Историческія замѣчанія.**

Усыновленіе играло весьма значительную роль у всѣхъ древнихъ народовъ: у индійцевъ, грековъ, римлянъ. Оно также было весьма распространено у германцевъ.

Въ древнемъ Римѣ усыновленіе было въ весьма частомъ употребленіи или съ цѣлью ввести въ агнатическую семью когнатовъ, или съ цѣлью узаконенія внѣбрачныхъ дѣтей, такъ какъ послѣднее въ то время еще было неизвѣстно. Усыновленіе германскаго права отличается отъ римскаго (*adoptio*), какъ по своей основной идеѣ, такъ и по своему дѣйствию. Для древняго римлянина усыновленіе было средствомъ въ усыновляемомъ пріобрѣсть лицо, которое послѣ смерти усыновителя было-бы преемникомъ его имени, его культа, словомъ его политическаго и религіознаго я. Сообразно съ такой высокой ролью института, назначенной ему послѣ смерти усыновителя, усыновленіе надо было обставить, и, дѣйствительно, оно было обставлено строгими условіями и при жизни послѣдняго. Это былъ, можно сказать, суррогатъ тѣхъ отношеній, которыя существовали между естественными родителями и дѣтьми. Здѣсь, съ одной стороны, римскій законъ, какъ онъ самъ характерно выражался, подражалъ природѣ (*imitatio naturam*), а съ другой, копировалъ тѣ отношенія (*mores*), которыя практиковались между естественнымъ отцемъ и сыномъ. Съ первой цѣлью—въ Римѣ было воспрещено кастратамъ не только жениться, но и усыновлять, усыновитель долженъ быть старше усыновляемаго, по крайней мѣрѣ, на 18 лѣтъ, со второй—римское законодательство надѣляло усыновителя отцовскою властью. А такъ какъ эта власть была достояніемъ лишь одного мужскаго пола, то женщины, по общему правилу, не могли усыновлять; по об-



щему-же правилу, онѣ не могли быть и усыновляемы, какъ не способныя получать по преемству *patria potestas* и связанныхъ съ нею сакральныхъ правъ.

На основаніи того, что усыновленіе, по своей идее, было средствомъ создать отеческую власть, оно не допускалось тамъ, гдѣ она уже существовала или даже могла существовать.

Въ силу подчиненія отцовской власти, усыновленный дѣлался агнатомъ всѣхъ агнатовъ усыновителя, а посему и пріобрѣталъ права наслѣдованія не только послѣ него, но и послѣ ихъ.

*Patria potestas* была учрежденіемъ чисто семейственнаго, непрерывнаго характера, а, слѣдовательно, съ существованіемъ ея были несовмѣстимы ни условія, ни сроки, а посему и усыновленіе не подлежало этимъ ограниченіямъ. *Nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere*<sup>1)</sup>.

Отеческая власть могла прекратиться лишь по волѣ обладателя ея, когда онъ эманципировалъ своего сына. Поэтому такимъ-же способомъ прекращалось и усыновленіе.

Параллельно съ этимъ матеріальнымъ значеніемъ римскаго усыновленія, оно было сопровождаемо и соотвѣтственной формой. Усыновленіе было, по крайней мѣрѣ, въ древнее время, чисто законодательнымъ актомъ. Римлянинъ, желавшій усыновить своего согражданина, заявлялъ объ этомъ въ народномъ собраніи, и только санкція сего послѣдняго считалась для этой цѣли достаточной. (Въ императорскомъ періодѣ усыновленіе производилось посредствомъ рескрипта). Позже возникло усыновленіе съ менѣе строгой формой—съ формой сдѣлки въ судѣ между отцомъ усыновляемаго и усыновителемъ. Это усыновленіе, только по исключенію, создавало отеческую власть и сопровождалось изложенными выше послѣдствіями. Такимъ образомъ, установилось въ Римѣ различіе между *agrogatio* и *adoptio* въ тѣсномъ смыслѣ. Первое мыслимо было только относительно своевластнаго лица, второе — относительно подвластнаго. Это второе приравнивалось къ первому, когда усыновителемъ былъ восходящій родственникъ усыновляемаго. При усыновленіи чужимъ отеческая

<sup>1)</sup> Labeo fr. 34. D. I, 7 de adoptionibus.



власть не переходила на усыновителя и только наследовать по закону послѣднему могъ усыновленный<sup>1)</sup>).

Не съ такимъ характеромъ является усыновленіе нѣмецкое. Принятіе вмѣсто дитяти (*Annahme an Kindesstatt*) никогда не ставило себѣ задачей созданіе отеческой власти. Это былъ институтъ, имѣвшій цѣлью интересы усыновляемаго, а не усыновляющаго. Идея его истекала изъ наследственного преемства. Лицо, не имѣвшее собственныхъ законныхъ дѣтей, брало чужаго въ качествѣ наследника, чѣмъ устранялись отъ наследства всѣ прочіе родственники. Съ такимъ характеромъ возникаетъ усыновленіе, съ такимъ-же продолжаетъ жить оно и дальше. Только въ позднѣйшее время, какъ особый видъ принятія вмѣсто дитяти, къ нему присоединилась такъ называемая *Einkindschaft*, объединеніе дѣтей. Оно возникло изъ необходимости дать права на имущество умершаго супруга супругу, оставшемуся въ живыхъ и вступающему въ новый бракъ. Въ силу этой *Einkindschaft* всѣ дѣти отъ перваго брака считаются какъ-бы происшедшими отъ втораго и, слѣдовательно, усыновляются своимъ отцомъ или мачихой.

Отличаясь по существу отъ римской *adoptio*, германское усыновленіе отличалось всегда отъ нея и по формѣ. Оно никогда не носило на себѣ того законодательнаго величія, какъ въ древнемъ Римѣ, а было актомъ чисто судебнымъ. Усыновитель и усыновляемый являлись въ судѣ, гдѣ новый отецъ вручалъ своему сыну щитъ и копье, выражая тѣмъ приобщеніе пріемыша къ своимъ правамъ. Затѣмъ слѣдовалъ трехдневный пиръ, что имѣло цѣлью придать публичность совершенному акту.

Рядомъ съ этою существовала и простая форма усыновленія въ видѣ обыкновеннаго письменнаго акта, имѣвшая значеніе передачи имущественныхъ правъ отъ усыновителя усыновляемому<sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Windscheid. B. II, 920—924. Kuntze, Institutionen und Geschichte des Römischen Rechts. Leipzig. 1869. S. 599—601. F. Serafini. Istituzioni di diritto romano II. § 170

<sup>2)</sup> См. мое изсл. О незаконнорожденныхъ, стр. 68, 69. Viollet. Précis de l'Histoire de droit français, стр. 401—411. 741.



Существовало-ли у насъ усыновленіе въ древнее время? Для языческаго періода свѣдѣній нѣтъ. Вѣроятно усыновляли и въ тѣ времена. Наше крестьянство практикуетъ усыновленіе часто (а въ быту простаго народа древніе институты находятъ отголосокъ), причемъ усыновленные пользуются правами родныхъ дѣтей усыновителя (Пахманъ, Обычное право, т. II, стр. 197 и сл.).

Съ принятіемъ христіанства примѣнялось относительно усыновленія византійское право и дѣла эти были подвѣдомы духовенству: для силы усыновленія требовалось утвержденіе акта его епархіальнымъ архіереемъ, причемъ соблюдался опредѣленный церковный обрядъ. Пріемышъ получалъ права сына, въ томъ числѣ и наслѣдственные.

Были примѣры усыновленія по договору и на условіяхъ, какъ это и теперь бываетъ въ крестьянскомъ быту (Пахманъ, 1. с.).

Позднѣйшее законодательство не даетъ постановленій объ усыновленіи. Существующія узаконенія по этому предмету ведутъ начало отъ временъ Императрицы Екатерины II и Императора Александра I. (Неволинъ, III, стр. 377 и сл., В. Будановъ, Обзоръ исторіи русскаго права, II, стр. 173; Сергѣевичъ, Лекціи по исторіи русскаго права, стр. 569—597).

## § 43.

### 2. Дѣйствующее законодательство.

Переходя къ изученію постановленій дѣйствующихъ законодательствъ объ усыновленіи, мы разсмотримъ ихъ въ такомъ порядкѣ: условія усыновленія — матеріальныя и формальныя, дѣйствіе и прекращеніе.

Для того, чтобы заключить сдѣлку объ усыновленіи, лица, заключающія ее, должны соединять въ себѣ опредѣленные условія. Во-первыхъ, усыновитель долженъ удовлетворять требованіямъ возраста, какъ абсолютно, такъ и относительно усыновляемаго, а именно: долженъ быть не моложе 50-ти лѣтъ и, по крайней мѣрѣ, на 18 лѣтъ старѣе своего пріемыша (Общегерм. улож. § 1744, австр. § 180, сакс.



§ 1791, итал., ст. 202. По Швейц. ул. усыновитель долженъ быть не менѣе 40 л., ст. 264).

Французскій законъ, требуя 50 лѣтъ отъ усыновителя, разницу въ возрастѣ съ усыновляемымъ назначаетъ въ 15 л. (ст. 343). Прусское улож. говоритъ, что усыновитель долженъ быть старѣе усыновляемаго (II, II §§ 668 и 677). По нашему закону усыновитель долженъ имѣть не менѣе 30 лѣтъ и быть старше установленнаго, по крайней мѣрѣ 18-ью годами (Зак. гражд., ст. 146). Въ этихъ требованіяхъ относительно возраста сказывается то-же желаніе, какъ и въ римскомъ правѣ—«подражать природѣ».

Такъ какъ усыновленіе имѣетъ цѣлью замѣнить то, въ чемъ отказала природа, то лицамъ, состоящимъ въ бракѣ, усыновлять не дозволяется, если у нихъ есть дѣти. По нашему законодательству лицамъ, имѣющимъ собственныхъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей, усыновленіе воспрещается (Зак. гражд., ст. 145). Правило о бездѣтности принято и другими законодательствами (прусск. II, II, § 671, австрійск. § 179, общегерманск. § 1741, французск., ст. 345, италіанск., ст. 202 и Швейц. ст. 264), кромѣ саксонскаго. Но возможно усыновленіе не одного, но и нѣсколькихъ лицъ. (Положительно объ этомъ говоритъ Общегерманское Улож. § 1743). Нѣтъ препятствій для такихъ послѣдовательныхъ усыновленій и въ нашемъ законѣ.

Усыновляющій, если онъ состоитъ въ бракѣ (усыновле-  
ніе возможно и для не состоящихъ въ бракѣ какъ мужчинъ,  
такъ и женщинъ), долженъ имѣть согласіе другаго су-  
пруга на усыновленіе (Зак. граж., ст. 145, 150, 152; общегерм.  
§ 1746, сакс., § 1795, франц., ст. 344, итал., ст. 208, швейц.,  
ст. 266; по Прусск. Улож. мужъ можетъ усыновлять и безъ  
согласія жены, но жена должна имѣть разрѣшеніе мужа  
§§ 675, 676).

Въ нѣкоторыхъ законодательствахъ воспрещается еще усыновлять по сану своему обреченнымъ на без-  
(019 § жсудш 671 ст. 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 9



ство этому не препятствуетъ. Принимающій священнослужительскій санъ не обрекаетъ себя на безбрачіе и вдовство есть случайное явленіе.

Сверхъ этихъ условій французскій и италіанскій законъ, по примѣру римскаго права, требуютъ, чтобы усыновитель былъ человѣкомъ честныхъ правилъ (l. 17. § 2. 4. D. I. 7, фр.. ст. 355, итал. ст. 215). Мало того французскій кодексъ допускаетъ въ усыновители только лицъ, которыя во время мѣлолѣтства усыновляемаго, по крайней мѣрѣ, въ теченіи шести лѣтъ, имѣли о немъ особое попеченіе или-же сами воспользовались такой услугой отъ пріемыша, которая-бы доказывала необыкновенную преданность его усыновителю (ст. 345). Для этого послѣдняго усыновленія (*récompensatoire*) не требуется ни соблюденія условій относительно возраста участниковъ, ни шестилѣтняго попеченія (ст. 345). По новому швейцарскому уложенію усыновленіе мыслимо лишь въ томъ случаѣ, если усыновитель оказывалъ усыновленному заботы или существуютъ другія серьезныя основанія для усыновленія и если отъ усыновленія не ожидается никакихъ невыгодъ для усыновляемаго (ст. 267).

Кромѣ того по нашимъ законамъ усыновленіе священнослужителями и церковными причетниками допускается не иначе, какъ съ разрѣшенія епархіальнаго архіерея (ст. 151), усыновленіе мѣщанами и крестьянами производится съ вѣдома, но не съ согласія, ихъ обществъ (ст. 157), а для усыновленія нижними воинскими чинами требуется разрѣшеніе ихъ начальства (ст. 160).

Нашъ законъ говоритъ, что усыновляющій долженъ имѣть общую гражданскую правоспособность (ст. 146). Это разумѣется само собою. Посему въ другихъ законодательствахъ объ этомъ и не упоминается. Въ силу чего усыновленіе немыслимо не только для лишенныхъ всѣхъ правъ состоянія, но также, какъ дѣйствіе чисто личное, и для безумныхъ, сумасшедшихъ, глухонѣмыхъ и нѣмыхъ и вообще состоящихъ подъ опекою и неспособныхъ къ самостоятельной юридической дѣятельности, а проявляющихъ свою юридическую жизнь чрезъ посредство законнаго представительства. Несовершеннолѣтніе и помимо этого не могутъ быть усыно-



вителями: усыновитель долженъ имѣть не менѣе 30 л. (ст. 146).

Усыновленнымъ можетъ быть всякое лицо, безъ различія пола и возраста. Усыновлять можно своихъ воспитанниковъ, пріемышей, родственниковъ и чужихъ дѣтей (Зак. гражд., ст. 145), причемъ лица, достигшія 14 лѣтъ, должны дать на это собственное согласіе (Зак. гражд., ст. 149, сакс., § 1794. Ср. Прусск. ул. II, II § 678 и общегерм. § 1750. Швейц., ст. 265). Италіанскій кодексъ не дозволяетъ быть усыновленнымъ ранѣе 18-лѣтняго возраста (ст. 206, 323), а Французскій кодексъ даже требуетъ непременно полного совершеннолѣтія, т. е. 21 года (ст. 346, 388). Мотивъ этихъ ограниченій—обезпечить за усыновленіемъ характеръ акта, имѣющаго цѣлью лишь выгоды малолѣтняго, а для того позволить его только въ такомъ возрастѣ, когда усыновляемый уже самъ можетъ взвѣсить эти выгоды. Всѣ-же безъ исключенія пріемыши должны имѣть на усыновленіе согласіе родителей (Зак. гражд., ст. 149, прусск. § 679, сакс. § 1793, австр. § 181, общегерм. § 1747, франц., ст. 346, итал., ст. 208, швейц. ст. 265). Состоящіе-же подъ опекой нуждаются въ согласіи опекуна (Зак. гражд., ст. 149, прусск. § 680, австр. § 181, сакс. § 1794, итал., ст. 209, швейц., ст. 265).

Наконецъ, послѣднимъ условіемъ для усыновленія есть неусыновленное состояніе.

Никто не можетъ быть усыновленъ двумя лицами, кромѣ случая усыновленія супругами (Зак. гражд., ст. 147, сакс. ул. § 1792, франц., ст. 344, итал., ст. 204) потому, что это было-бы не подражаніе природѣ, а наперекоръ ей.

Относительно вопроса—можно ли усыновлять своихъ незаконныхъ дѣтей—между законодательствами нѣтъ согласія: положительное дозволеніе даетъ Саксонское уложеніе (§ 1790); положительное запрещеніе Италіанское (ст. 205) и Австрійское (Krainz, System des Oesterreichischen allgem. Privatrechts II, стр. 421). Другія умалчиваютъ. Впрочемъ, прусскіе ученые (Dernburg, стр. 180) и французскіе (Colmet de Santerre, I, стр. 141), полагаютъ, что ихъ уложенія допускаютъ возможность усыновленія внѣбрачныхъ дѣтей. Доселѣ дѣйствовавшій законъ нашъ хотя и не указывалъ на воспрещеніе такихъ усыновленій (ст. 145), что было до него (ст. 145 прим. и ст. 153



прежней редакції), но положительнаго дозволенія не давалъ. Новеллой 3 іюня 1902 г. такое дозволеніе дается вполнѣ опредѣленно (ст. 150<sup>1</sup>).

Кромѣ того, въ нашемъ законѣ существуютъ ограниченія, что касается лица усыновляемаго,—вѣроисповѣднаго и сословнаго характера: нельзя нехристіанину усыновлять христіанина и наоборотъ (ст. 148). Основаніе закона—опасеніе совращенія. Нельзя усыновлять казакамъ, не пользующимся правами потомственнаго дворянства, лицъ не казачьяго сословія (за исключеніемъ потомственныхъ дворянъ) безъ зачисленія ихъ въ составъ того войска, къ которому принадлежатъ усыновители (ст. 161<sup>1</sup>). Иностранцы могутъ усыновлять подкидышей и не помнящихъ родства, но съ тѣмъ, чтобы усыновленные сохраняли званіе русскихъ подданныхъ и были воспитаны въ православной вѣрѣ (ст. 163).

Что касается порядка совершенія усыновленія, то оно заключается въ оформленіи воли участниковъ его: усыновить и усыновиться.

При этомъ воля эта съ матеріальной стороны должна имѣть совершенно рѣшительный характеръ: ни подъ условіемъ, ни на срокъ усыновлять нельзя, ибо это было-бы несогласно съ идеей усыновленія—выполнить недостаточность потомства (Общегер. § 1742, прусск.—Dernburg, стр. 181).

Нѣмецкіе ученые это соглашеніе называютъ «семейно-правнымъ договоромъ» (*familienrechtlicher Vertrag*). Строго личная природа усыновленія требуетъ личнаго участія сторонъ, и кромѣ того участія лицъ, дополняющихъ ихъ волю, согласно вышеизложенному.

Заклученный договоръ нуждается сверхъ того въ судебномъ утвержденіи, дабы провѣрить и удостовѣрить, что всѣ законныя требованія выполнены и дабы предупредить возможность появленія незаконныхъ усыновленій (Пр. II, 2, § 667 и Dernburg, стр. 181, австр. Kralnz, II, стр. 421. Общегерманск. §§ 1750, 1741. По сакс. улож. утвержденіе договора требуется со стороны монарха §§ 1789, 1787).

Такія-же требованія выставляются Французскимъ и Италіанскимъ уложеніями: договоръ объ усыновленіи разсматривается судомъ (по французскому праву дважды: окружнымъ и апелляціоннымъ), который провѣряетъ законность дого-



вора, наличность условій, въ томъ числѣ—какихъ правилъ усыновляющій и полезность усыновленія для усыновляемаго и постановляетъ безъ мотивовъ: уважить ходатайство объ усыновленіи или отказать—безъ мотивовъ, дабы не компрометтировать репутаціи усыновителя. Объ усыновленіи объявляется и отмѣчается въ реестрѣ актовъ гражданского состоянія (франц., ст. 353—360, итал., ст. 213—219).

Нашъ законъ не говоритъ о необходимости предварительнаго договора между участниками усыновленія, но несомнѣнно, что окружному суду (по мѣсту жительства усыновителя или усыновляемаго), вѣдающему дѣла объ усыновленіи, должны быть представлены данныя, удостоверяющія наличность согласія всѣхъ участниковъ усыновленія, тѣмъ болѣе что личная явка ихъ въ засѣданіи суда не обязательна. Суду также должны быть представлены свѣдѣнія и удостовѣренія, что соблюдены и прочія требованія закона—относительно возраста, семейнаго, сословнаго положенія усыновителя и усыновляемаго, а равно религіи и согласія указанныхъ выше лицъ (Зак. гражд., ст. 145—151). Судъ, принявъ во вниманіе всѣ эти данныя и выслушавъ заключеніе прокурора, постановляетъ опредѣленіе объ удовлетвореніи ходатайства или объ отказѣ въ немъ.

Усыновленіе считается состоявшимся со дня вступленія опредѣленія суда въ законную силу. Опредѣленіе суда подлежитъ обжалованію въ Судебную Палату въ порядкѣ частнаго производства. Заинтересованныя лица имѣютъ право оспаривать законность усыновленія въ двухгодичный срокъ, со дня вступленія опредѣленія суда въ законную силу (Уст. гражд. суд., ст. 1460<sup>8-12</sup>).

Наше законодательство, такимъ образомъ, предписываетъ суду производить только формальную провѣрку соблюденія условій усыновленія, не касаясь, подобно римскому праву и романскимъ законодательствамъ, провѣрки матеріальной—нравственной годности усыновителя и полезности усыновленія для усыновляемаго, о чемъ слѣдуетъ пожалѣть: усыновленіе можетъ быть иногда источникомъ не выгоды усыновляемаго, а неблаговидныхъ расчетовъ усыновителя.

Въ чемъ заключается дѣйствіе усыновленія? Усыновленіе вызываетъ послѣдствія публичнаго и частно-правнаго



характера. Публичныя послѣдствія таковы. Усыновленіе можетъ создать повышеніе въ правахъ состоянія: по прусскому праву недворянинъ можетъ стать дворяниномъ съ съ согласія монарха (II, II, § 684). По нашему закону: 1) Усыновленные дворянами и потомственными почетными гражданами, если они имѣютъ меньшія права состоянія, приобрѣтаютъ усыновленіемъ личное почетное гражданство (Зак. гражд., ст. 153), но самая выдача актовъ на принадлежность этого права относится къ вѣдомству не Окружныхъ Судовъ, а Департамента Герольдіи Прав. Сената); если наоборотъ они располагаютъ большими правами, то сохраняютъ право своего состоянія (154). 2) Городское состояніе, сверхъ рожденія и брака, сообщается также воспитаніемъ и припискою къ семействамъ (т. IX, Зак. о сост., ст. 543 по продолж. 1890 г.). 3) Усыновленные купцами могутъ быть внесены въ сословныя купеческія свидѣтельства наравнѣ съ родными дѣтьми усыновителя (Зак. гражд., ст. 156). 4) При опредѣленіи льготъ по семейному положенію считаются за родныхъ сыновей приемыши, усыновленные до десятилѣтняго возраста (Уст. воинской повинности, ст. 49, п. 2). 5) Усыновленные иностранцами зачисляются въ русское подданство (ст. 163).

Что касается послѣдствій усыновленія частно-правнаго характера, то эти послѣдствія различны относительно усыновленнаго, усыновителя и родственниковъ того и другаго.

Усыновленный по отношенію къ своему усыновителю приобрѣтаетъ юридическое положеніе законнаго дитяти, причемъ дѣйствіе усыновленія распространяется и на потомство усыновленнаго (Зак. гражд., ст. 156<sup>1</sup>, прусск. II, II, §§ 681, 707, австр. § 183, сакс. § 1797, 2046, общегерм. § 1757, 1762. Но этого нельзя сказать относительно Французскаго и Италіанскаго Кодексовъ).

Въ частности:

1. Усыновленный получаетъ фамиліальное имя усыновителя (прусск., § 682, австр., § 182, сакс., § 1796, франц., ст. 347, итал., ст. 210, швейц., ст. 268). Относительно передачи фамиліи наше законодательство представляетъ нѣкоторыя особенности.



а) У насъ усыновленіе не влечетъ непременно за собою передачи фамилія усыновителя (усыновитель можетъ передать усыновленному свою фамилію, ст. 152).

б) Передача фамиліи не допускается, если усыновленный пользуется большими правами состоянія нежели усыновитель.

в) Передача усыновленнымъ фамилій потомственными дворянами возможна только съ Высочайшаго разрѣшенія (ст. 152).

Дворянинъ, не имѣющій ни сыновей, ни родственниковъ мужскаго пола той-же фамиліи, можетъ просить о передачѣ этой фамиліи съ присвоеннымъ ей гербомъ и титуломъ, кому-либо изъ своихъ родственниковъ, или мужу родственницы, носившей передаваемую фамилію до замужества. Передача возможна только одному лицу и притомъ мужскаго пола, совершеннолѣтнему, съ его согласія и его родителей.

Дѣйствіе передачи, т. е. право именоваться переданною фамиліей и употреблять гербъ и титулъ, наступаетъ послѣ смерти передатчика и то лишь тогда, когда послѣ него не будетъ законнаго потомства мужскаго пола, въ противномъ случаѣ передача сама собою уничтожается. Передача фамиліи наслѣдственныхъ правъ послѣ передавшаго не даетъ, кромѣ случая, когда мужъ дворянинъ по причинѣ пересѣченія мужскаго поколѣнія рода жены своей приметъ съ Высочайшаго утвержденія ея фамилію, тогда въ случаѣ бездѣтной смерти, ея, онъ получаетъ все ея недвижимое имѣніе, перешедшее къ ней отъ отца.

Передача фамиліи, гербовъ и титуловъ совершается съ Высочайшаго соизволенія, по разсмотрѣніи прошенія въ Департаментъ Герольдіи и въ Государственномъ Совѣтѣ (Т. IX, ст. 324. Прил. Зак. гражд., ст. 1160).

2. Усыновленный пріобрѣтаетъ право на полученіе содержанія и воспитанія отъ усыновителя (Прусск. см. Dernburg, выш. указ. соч., стр. 182, сакс. § 1797, 1840, общегерм. § 1766; франц., ст. 349, итал., ст. 211. Зак. гражд., ст. 156<sup>1</sup>, 172).

Но теряетъ-ли онъ право на полученіе содержанія отъ своихъ родителей, если у усыновителя не окажется средствъ? Не теряетъ: усыновленіе не прерываетъ юридической связи



усыновленнаго съ родителями (ст. 156<sup>7</sup>). Вступая во всѣ права и обязанности законныхъ дѣтей, что касается усыновителя (ст. 156<sup>1</sup>), усыновленный можетъ осуществить эти права по отношенію къ родителямъ, разъ усыновитель не въ состояніи нести обязанностей, вытекающихъ изъ усыновленія. Въ противномъ случаѣ усыновленіе не улучшало-бы, а ухудшало положеніе усыновленнаго, а это противорѣчило-бы цѣли усыновленія—служить на пользу усыновленныхъ.

Усыновленный пріобрѣтаетъ наслѣдственныя права послѣ усыновителя на правахъ законныхъ дѣтей и на ряду съ ними, если они родились послѣ усыновленія (Пр. II, II §§ 691—693, сакс. §§ 2044, 2567, 2568, общегерм. § 1767, по австр. улож. только въ свободномъ имуществѣ усыновителя, § 755, франц., ст. 350, итал., ст. 736, 737, швейц., ст. 268).

По нашему законодательству надо различать составъ имущества усыновителя: въ родовомъ имуществѣ его, какъ имѣющемъ наслѣдственную преемственность исключительно среди кровныхъ родственниковъ, онъ не наслѣдуетъ. Въ благопріобрѣтенномъ-же онъ наслѣдуетъ на правахъ родныхъ дѣтей усыновителя и если они есть (т. е. родятся послѣ усыновленія) на ряду съ ними; впрочемъ, при наслѣдованіи совмѣстно съ родными дочерьми усыновителя, усыновленный не пользуется преимуществомъ сыновей, т. е. получаетъ не  $\frac{13}{14}$ , а долю равную съ дочерьми. Что касается самихъ усыновленныхъ, совмѣстно наслѣдующихъ, то между ними дѣлежъ идетъ по общимъ правиламъ о наслѣдованіи нисходящихъ, съ правомъ представленія послѣднихъ (ст. 156<sup>1-4</sup>, 1105, 1112).

Не приравниваются усыновленные къ кровнымъ дѣтямъ и при пользованіи послѣ смерти усыновителя пріобрѣтенными послѣднимъ правами по службѣ: правами на пенсію и на единовременное пособіе за службу усыновителя (ст. 156<sup>2</sup>).

Наслѣдственные права усыновленнаго послѣ усыновителя имѣютъ личный характеръ и на потомство и прочихъ родственниковъ послѣдняго не распространяются (ст. 156<sup>3</sup>).

Въ Саксонскомъ уложеніи существуетъ относительно наслѣдованія усыновленнаго еще такое постановленіе: если пріемышъ будетъ имѣть наслѣдственные права послѣ усы-



новителя и по кровному родству, то онъ не можетъ наследовать по двумъ основаніямъ вмѣстѣ, а долженъ избрать одно изъ двухъ: или права родства, или права приемыша (§ 2032).

Какія права приобрѣтаетъ усыновитель? Если приемышъ актомъ усыновленія приобрѣтаетъ всѣ права сына, то нельзя сказать, чтобы усыновитель вмѣстѣ съ тѣмъ приобрѣталъ всѣ права отца. Впрочемъ, въ этомъ отношеніи замѣчается различіе между германскими и романскими законодательствами: первыя переносятъ на усыновителя родительскую власть. (Пр. II, II § 681, австр. § 183, сакс. § 1797, общегерм. § 1765, швейц., ст. 268), вторыя—нѣтъ (Фр., ст. 348, ит. ст. 212).

По нашему праву безспорно переходитъ родительская власть на усыновителя (ст. 156<sup>1</sup> и 164).

Но кромѣ этого различія замѣчается въ разсматриваемомъ вопросѣ и дальнѣйшее различіе между законодательствами уже одного и того же типа. Такъ въ то время какъ по Прусскому уложенію (II, II § 699), по Саксонскому (§ 1797) усыновитель не получаетъ ни права управленія, ни права пользованія имуществомъ приемыша (по прусскому праву это имущество считается свободнымъ), по Австрійскому (§ 183) и Общегерманскому (§ 1767) такое право ему предоставляется. Не имѣетъ этихъ правъ усыновитель и по романскимъ кодексамъ (Фр. ст. 347 и сл. итал. ст. 210 и сл.).

Нашъ Сводъ этого права не даетъ и родителямъ, оно существуетъ только по законамъ Черниговской и Полтавской губ. (ст. 295 п.п. 1—6), но на усыновителей оно не распространяется (ст. 156<sup>1</sup>).

Усыновитель, какъ и родители, имѣетъ право на получение содержанія (алиментовъ) отъ усыновленнаго (Пр. II, II, § 681, австр. § 183, общегерм. 1757, фр. ст. 349, итал., ст. 211, зак. гр. ст. 156<sup>1</sup>, 194. Contra сакс. § 1797). Но наследственныхъ правъ усыновитель послѣ усыновленнаго не приобрѣтаетъ—кровная связь общая основа этихъ правъ, да и чувство корысти не соотвѣтствуетъ идеѣ института—который есть актъ благодѣянія, а не спекуляціи. (Пр. II, II § 694, сакс. §§ 1797 2045, общегерм. § 1759, итал., ст. 210, 736, 737).



По исключенію Французскій кодексъ постановляетъ, что, если усыновленный получить имущество отъ усыновителя и умереть бездѣтнымъ, то это имущество возвращается усыновителю, если оно есть на лицо (ст. 351).

По нашимъ законамъ, напротивъ, усыновители имѣютъ тѣ же наслѣдственные права послѣ усыновленныхъ, что и родители послѣ дѣтей. Такъ, при безпотомной смерти усыновленнаго, усыновители получаютъ въ пожизненное владѣніе благопріобрѣтенное имущество усыновленнаго и имъ-же, при этихъ же условіяхъ, возвращается подаренное усыновленному (Зак. гр. ст. 156<sup>3</sup>, 1141 и 1142). Такимъ образомъ, наслѣдство въ настоящемъ смыслѣ послѣ усыновленныхъ открывается для ихъ кровныхъ родственниковъ.

Что касается засимъ родственниковъ усыновителя, то дѣйствіе усыновленія на нихъ не распространяется (Пр. II, II § 708 и сл. австр. § 183, сакс. § 1799, общегерм. § 1763, фр. ст. 350, ит. ст. 212, зак. гр. ст. 156<sup>3</sup>).

Только на заключеніе брака какъ между усыновителемъ и усыновленною, и въ извѣстной мѣрѣ и между родственниками ихъ, оказываетъ вліяніе усыновленіе. Такъ, по общегерманскому закону воспрещается бракъ между усыновителемъ и усыновленною (Reichsgesetz § 33, № 4), а по Общегерманскому уложенію и потомствомъ усыновленной (§ 1311), а по Саксонскому уложенію сверхъ того—между родителями усыновителя и усыновленными или потомками послѣднихъ и между лицами, ставшими вслѣдствіе усыновленія въ отношеніи братьевъ и сестеръ (§ 1614). По Французскому и Италіанскому уложеніямъ бракъ не дозволяется: между усыновителемъ, усыновленною и ихъ нисходящими, между братьями и сестрами по усыновленію, между усыновленными и дѣтьми, родившимися у усыновителя послѣ усыновленія, между усыновителемъ и супругой усыновленнаго (фр. ст. 348, итал., ст. 60). Нашъ законъ не ставитъ усыновленія препятствіемъ къ браку (см. выше стр. 24).

Усыновленный, не входя въ семью усыновителя, не прерываетъ родственной связи съ своей кровной семьей и съ кровными родственниками: онъ нуждается въ согласіи родителей на бракъ, онъ имѣетъ даже право на содержаніе отъ родителей, если его не въ состояніи дать усыновитель, онъ



сохраняетъ всѣ наслѣдственныя права, принадлежащія ему по кровному родству (Пр. II, II § 712, австр. § 183, сакс. §§ 1798, 1840, общегерм. §§ 1764—1766, фр. ст. 348, итал. ст. 212 и зак. гр. ст. 156<sup>7</sup> и Швейц. ст. 268).

Усыновленіе не можетъ быть прекращено односторонней волей усыновителя (хотя-бы и вслѣдствіе неблагодарности усыновленнаго) или по желанію усыновленнаго. Всѣ участники договора объ усыновленіи должны выразить волю (и притомъ въ той-же формѣ, что и при заключеніи) и на прекращеніе его. Въ силу закона усыновленіе прекращается, если усыновитель вступилъ въ бракъ съ усыновленною или ея потомствомъ. Въ обоихъ случаяхъ дѣйствіе усыновленія прекращается и, возобновляются права и обязанности усыновленнаго, существовавшія до усыновленія (Пр. II, 2 §§ 714, 716, II, 1, § 787, сакс. §§ 1794, 1831, 1800, 2048, австр. § 185, общегерм. §§ 1768, 1770—1772. По Швейцарскому кодексу, кромѣ прекращенія усыновленія по взаимному согласію, оно можетъ наступить по постановленію суда по просьбѣ усыновленнаго, если имъ будутъ представлены къ тому серьезныя основанія, или по просьбѣ усыновителя, если этотъ послѣдній имѣетъ законное основаніе для лишенія усыновленнаго наслѣдства (ст. 269).

По нашему законодательству отношенія, вытекающія изъ усыновленія, прекращаются по тѣмъ-же причинамъ, что и родительская власть, т. е. вслѣдствіе смерти усыновителя или лишенія его всѣхъ правъ состоянія.

Въ заключеніе остановимся на измѣненіяхъ, внесенныхъ въ постановленія объ усыновленіи, закономъ 3 іюня 1902 г. Измѣненія эти касаются тѣхъ льготъ, которыя предоставляются новымъ закономъ относительно усыновленія собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей.

Такъ, хотя имъ не отмѣняется воспрещеніе усыновлять лицамъ, имѣющимъ собственныхъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей, но это ограниченіе не касается усыновленія собственныхъ внѣбрачныхъ дѣтей. Наличность своихъ законныхъ или узаконенныхъ дѣтей этому не препятствуетъ. Но такое усыновленіе допускается только по достиженіи этими дѣтьми (т. е. имѣющимися уже законными или узаконенными), совершеннолѣтія и съ ихъ согласія (письменно выраженнаго



съ посвидѣтельствующимъ подписи нотариусомъ), а до достиженія совершеннолѣтія—только при жизни другого родителя и съ его согласія, удостовѣреннаго въ томъ-же порядкѣ (ст. 150<sup>1</sup> п. 2).

Необходимость этого согласія, что касается дѣтей, объясняется тѣмъ, что ихъ интересы серьезно задѣваются принятіемъ новаго члена семьи—средства семьи должны быть удѣлены и на содержаніе этого члена; онъ же урѣжетъ и наслѣдственные права другихъ дѣтей.

Согласіе другого родителя необходимо какъ для поддержанія семейнаго мира—нельзя вводить въ семью не его дѣтей безъ его воли, такъ и для охраны правъ его дѣтей. Согласію этого родителя законъ придаетъ столь важное значеніе, что если его нѣтъ въ живыхъ, то до совершеннолѣтія дѣтей его усыновленіе совсѣмъ не мыслимо.

Второе облегченіе сдѣлано относительно возраста участниковъ усыновленія. Требованіе, чтобы усыновитель имѣлъ не менѣе 30 л. и былъ старше усыновляемаго по крайней мѣрѣ на 18 (ст. 146) для усыновленія внѣбрачныхъ дѣтей не требуется (ст. 150<sup>1</sup> п. 1).

Третье облегченіе заключается въ томъ, что, хотя по общему правилу и требуется на усыновленіе согласіе родителей усыновляемаго (ст. 149), но при усыновленіи внѣбрачнаго ребенка необходимо согласіе матери его въ томъ лишь случаѣ, если она значится въ метрической о рожденіи его записи, или если происхожденіе отъ нея ребенка удостовѣрено судомъ (ст. 132<sup>15</sup>, 150<sup>1</sup> п. 3), т. е. при юридической несомнѣнности материнства. Непремѣнное требованіе согласія матери, материнство которой не установлено, затрудняло-бы усыновленіе.

Дозволеніе усыновленія внѣбрачныхъ дѣтей открываетъ средство для существенныхъ улучшеній въ ихъ судьбѣ. Путемъ усыновленія внѣбрачный сынъ или дочь могутъ приобрести личное почетное гражданство (ст. 153) или быть причисленными къ купечеству (ст. 156), слѣдовательно избѣжать, «положенія въ окладъ», при извѣстныхъ условіяхъ возможна передача усыновленному фамиліи усыновителя (ст. 152), онъ можетъ наслѣдовать (въ благопріобрѣтенномъ имуществѣ) не только послѣ матери, но и послѣ отца, если послѣдній—



усыновитель (156<sup>1-4</sup>) и такимъ образомъ получить гораздо больше правъ, нежели внѣбрачное дитя не усыновленное.

По Проекту наслѣдственныя права усыновленныхъ поставлены еще шире: усыновленные и ихъ нисходящіе наслѣдуютъ послѣ усыновителя наравнѣ съ его нисходящими (ст. 27), слѣдовательно во всѣхъ видахъ его собственности какъ родовой, такъ и благопріобрѣтенной. Равно предполагается усыновителю дать право наслѣдованія послѣ усыновленного, если онъ не оставилъ ни супруга, ни родителей и ихъ нисходящихъ, ни дѣдовъ, ни бабокъ или прадѣдовъ и прабабокъ и ихъ нисходящихъ (ст. 27 и 16).

Особый институтъ, существующій только въ прусскомъ правѣ, представляетъ собою принятіе дѣтей на воспитаніе (Pflegschaft). Институтъ этотъ имѣетъ въ виду обезпечить возможность призрѣнія подкидышей, въ особенности незаконныхъ дѣтей; покинутыхъ родителями или не имѣющихъ средствъ для содержанія и воспитанія ихъ. Воспитатели получаютъ личныя права родителей (по воспитанію, принятію дисциплинарныхъ мѣръ, по избранію рода жизни), но никакихъ имущественныхъ правъ, въ томъ числѣ наслѣдственныхъ. Равно не пріобрѣтаютъ наслѣдственныхъ правъ и воспитанники послѣ воспитателей. Права воспитателей прекращаются, если они до окончанія воспитанія откажутъ въ своей помощи (L. R. II, II, §§ 753—773, Dernburg, III, стр. 183—185).

Австрійскій законъ тоже допускаетъ отношенія по воспитанію, но оставляетъ ихъ безъ опредѣленій, дозволяется въ случаѣ надобности урегулировать эти отношенія посредствомъ договора (§ 186).

Во французскомъ правѣ существуетъ институтъ — особаго рода попеченія о малолѣтнемъ—*tutelle officieuse*. Онъ не имѣетъ самостоятельнаго значенія, а даетъ возможность усыновленія посредствомъ завѣщанія въ томъ случаѣ, когда усыновлять обычнымъ путемъ, вслѣдствіе малолѣтства усыновляемаго, не дозволяется. Поступившій на попеченіе, кото-



рый долженъ имѣть, по крайней мѣрѣ 15 л., если оно длилось не менѣе пяти лѣтъ и если у принявшаго на попеченіе не будетъ нисходящихъ, можетъ быть усыновленъ завѣщаніемъ. Это попеченіе есть договоръ между лицомъ, которому принадлежитъ власть надъ малолѣтнимъ и принимающимъ его на попеченіе. Въ силу этого договора послѣдній беретъ на себя обязанность заботиться безвозмездно объ имуществѣ и лицѣ малолѣтняго, воспитать его и приготовить къ самостоятельной жизни.

Если принятый на попеченіе достигнетъ совершеннолѣтія и принявшій не захочетъ его усыновить, а между тѣмъ, первый окажется не въ состояніи жить самостоятельно, то послѣдній можетъ быть присужденъ къ дачѣ средствъ бывшему питомцу для пріисканія занятія, которое могло бы послужить для него источникомъ существованія (ст. 361—370).

#### ОТДѢЛЪ IV.

### Объ опекахъ и попечительства.

#### А. О п е к а.

#### ГЛАВА XIV.

##### а) Историческій очеркъ развитія опеки.

§ 44. 1. Опека у римлянъ. § 45. 2. Опека у грековъ. § 46. 3. Опека у германцевъ. § 47. 4. Опека у русскихъ.

Забота о малолѣтнемъ, лишившемся родителей, столь естественна и необходима, что потребность въ ней сознается въ самые ранніе періоды человѣческой общественности. Но не во всѣ времена и не у всѣхъ народовъ одинакова мѣра этой заботы и средства ея. Въ древнюю эпоху основной, принципиальный взглядъ на опеку былъ иной, нежели теперь. На первый планъ выдвинута была забота не о лицѣ, а объ имуществѣ сироты и притомъ не въ интересахъ послѣдняго, а его родственниковъ—наслѣдниковъ. Съ такимъ характе-



ромъ является какъ древнеримская, такъ древнегреческая и древнегерманская опека.

## § 44.

### 1. Опека у римлянъ.

Древнеримская опека покоилась на строгихъ началахъ агнатической семьи. Опекунъ—не простой охранитель интересовъ подопечнаго, а властитель: ему принадлежитъ *vis ac potestas*. Поэтому опека прежде всего мыслима была только надъ своеправнымъ лицомъ (*sui iuris*), не находящимся еще «въ рукахъ» другого властителя.

Потомъ, такъ какъ опека учреждалась преимущественно въ интересахъ семьи и рода—съ цѣлью сбереженія семейнаго имущества, то къ опеку призываются тѣ агнаты и въ томъ порядкѣ, какіе и въ какомъ имѣютъ наслѣдственные права послѣ опекаемаго. Забота о лицѣ послѣдняго не входила въ прямыя задачи опеки. Вообще эта забота возлагалась на мать, а если ея не было въ живыхъ, то на кого-либо изъ ближайшихъ родственниковъ, и, лишь при неимѣніи таковыхъ, она могла быть довѣрена опекуну. Совершенно понятная осторожность: интересы опекуна и питомца не были солидарны и кто пекся объ имуществѣ послѣдняго и на случай возможнаго наслѣдованія въ немъ, тотъ не всегда могъ быть надежнымъ оберегателемъ личности сироты. Однако же, такъ какъ подобный взглядъ на опеку не соотвѣтствовалъ сущности ея, какъ установленія, имѣющаго цѣлью призрѣніе сиротъ, то въ Римѣ, по мѣрѣ усиленія и проникновенія въ бытъ юридическій началъ государственныхъ и ослабленія вліянія интересовъ семейно-родовыхъ, замѣчается возникновеніе и развитіе взгляда на опекунскіе обязанности какъ на общественную должность (*munus publicum*). Уже въ законахъ XII таблицъ замѣчаются слѣды вмѣшательства государственныхъ властей въ дѣло опеки. По законамъ же XII табл. допускалось смѣщеніе неблагонадежнаго опекуна (*remotio suspecti tutoris*). Но опека по типу современному намъ сложилась уже только подъ конецъ римской исторіи. Разумѣется, развитіе ея въ этомъ направленіи было постепенное.



Впереди всѣхъ видовъ опеки шла опека завѣщательная (по распоряженію отца), о чемъ уже положительно говорится въ законахъ XII табл. Этотъ видъ опеки и впоследствии былъ всегда поддерживаемъ правительствомъ, такъ какъ отъ завѣщательныхъ опекуновъ больше всего можно было ожидать вниманія къ интересамъ малолѣтняго. Только при отсутствіи въ завѣщаніи распоряженія по этому поводу, въ опекунскія права вступалъ ближайшій агнатъ (онъ же и ближайшій наслѣдникъ питомца), слѣдовательно, имѣла мѣсто опека законная.

Стремясь подчинить опекуна контролю (что надо видѣть въ смѣщеніи неблагонадежнаго опекуна и въ изслѣдованіи его благонадежности—*cognitio suspecti*, не только по жалобѣ частныхъ лицъ, но и по собственной инициативѣ претора), правительство охотно назначало и само опекуновъ. Такъ развивалась постепенно опека правительственная, опека по назначенію (*tutela dativa*). Какъ учрежденіе постоянное, она вводится закономъ Атилиевымъ (въ V или VI вѣкѣ). Согласно этому закону, лицамъ, не имѣвшимъ опекуна, послѣдній назначается въ Римѣ городскимъ преторомъ вмѣстѣ съ большинствомъ трибуновъ (*Inst. I, 20*). Впоследствии эта власть перешла къ другимъ лицамъ (консуламъ, опекунскимъ преторамъ).

Опекунство стало, такимъ образомъ, общественной должностью, а вмѣстѣ съ тѣмъ и общественной обязанностью, что повлекло за собою, съ одной стороны, опредѣленіе условій годности (негодными признавались: рабы, неграждане, несовершеннолѣтніе, безумные, безчестные, нѣмые, глухіе, женщины и нѣкоторые другіе) и съ другой—оправданіе отказа (преклонный возрастъ, болѣзнь, отсутствіе по дѣламъ государства, отдаленность отъ имущества опекаемаго и др.).

Что касается взаимныхъ отношеній между опекаемымъ и опекуномъ, то они имѣютъ болѣе характеръ экономической, чѣмъ личный, такъ какъ забота о лицѣ опекаемаго не есть существенная обязанность опекуна, какъ уже было выше упомянуто. Опекунскія власти, сообразуясь со средствами малолѣтняго, съ волею его отца, съ просьбою родныхъ его, опредѣляютъ, кому должно быть поручено воспитаніе его.



Опекуну же принадлежит только общее наблюдение и онъ обязанъ давать необходимыя для воспитанія средства.

Настоящія обязанности опекуна касаются имущественной стороны опеки и выражаются въ двухъ видахъ: въ видѣ управленія имуществомъ малолѣтняго и въ видѣ содѣйствія при веденіи имъ дѣлъ (*tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt*).

Управленіе имуществомъ требуетъ прежде всего установленія его состава (подробной описи). Управляя, опекунъ долженъ не только сберегать полученное, но, по обстоятельствамъ, и приумножать, поддерживать въ хорошемъ состояніи поля и строенія, имѣть надлежащее наблюдение за капиталами малолѣтняго, отданными въ ростъ, свободныя деньги употреблять на приобрѣтеніе недвижимости, а если это невозможно, отдавать въ ростъ подъ надежное обезпеченіе, продавать вещи, подверженныя скорой порчѣ, прочія—только съ разрѣшенія опекунскихъ властей.

Другой видъ обязанностей опекуна заключается въ юридическомъ содѣйствіи по веденію дѣлъ малолѣтняго, въ дополненіи его незрѣлой воли волей опекуна (*auctoritatis interpositio*). Нѣкоторые юридическіе акты не имѣютъ силы, если воля малолѣтняго не будетъ восполнена волей опекуна, который долженъ присутствовать, при ихъ совершеніи, и выразить свое согласіе безусловно. Сюда относятся всѣ формальныя гражданскіе акты и акты, влекущіе или могущіе повлечь за собою уменьшеніе имущества подопечнаго, а поэтому и для принятія и отчужденія наслѣдства необходимо содѣйствіе опекуна. Но малолѣтній можетъ дѣйствовать самостоятельно, если идетъ рѣчь объ увеличеніи его имущества (конечно, если онъ вышелъ изъ дѣтскаго возраста, т. е. если ему болѣе 7 л.).

Обязанности опекуна по управленію имуществомъ малолѣтняго издревле считались какъ бы священными и существовалъ весьма серьезный взглядъ на ихъ нарушеніе. Уже по законамъ XII т. самъ малолѣтній или его родственники и даже всякій посторонній могутъ возбуждать искъ о смѣщеніи негоднаго опекуна (*actio suspecti tutoris*). Если при этомъ опекунъ дѣйствовалъ злоумышленно, то онъ признавался безчестнымъ. Другимъ искомъ (*actio rationibus distrahendis*) ма-



лолѣтній получалъ двойную стоимость растроченнаго опекуномъ. Наконецъ, общимъ искомъ изъ опеки (*actio tutelae*) малолѣтній обезпечивался отъ опасности всякой растраты. Искъ этотъ однако возможно было предъявить, лишь по окончаніи опеки, когда долженъ быть представленъ опекуномъ и отчетъ по опекѣ. Наконецъ, въ добавленіе къ этимъ искамъ подопечному принадлежала законная ипотека на имущество опекуна<sup>1)</sup>.

Такимъ образомъ римская опека, возникши на началахъ опекунскаго полновластія, скоро подпала подъ дѣйствіе сдерживавшихъ эту власть и оберегавшихъ интересы малолѣтняго нормъ. Нравы и присущее римлянамъ чувство законности, вѣроятно, еще болѣе способствовали укрѣпленію въ жизни этихъ нормъ.

Попечительство (*сига*). Съ достиженіемъ совершеннолѣтія малолѣтнимъ, опека прекращалась и онъ пріобрѣталъ возможность самостоятельно дѣйствовать въ гражданскихъ дѣлахъ. Но, съ измѣненіемъ первоначальной простоты патріархальныхъ отношеній и съ усиливавшейся все больше и больше порчей нравовъ, нерѣдко возникали опасенія, что «своеправные» юноши могутъ быть по неопытности вовлечены въ невыгодныя для нихъ сдѣлки. На помощь этой потребности явился законъ Плеторія (*l. Plaetoria de circumscriptioe adolescentium*, немного времени спустя послѣ второй пунической войны). Этотъ законъ угрожаетъ денежнымъ штрафомъ и безчестіемъ тому, кто обманетъ въ сдѣлкѣ юношу, не достигшаго 25 лѣтъ. Иску по такой сдѣлкѣ онъ можетъ противопоставить возраженіе на основаніи этого закона (*exscriptio l. Plaetoriae*). Наконецъ, такимъ несовершеннолѣтнимъ было предоставлено право испрашивать себѣ у претора попечителя. Это право постепенно перешло въ постоянный обычай. Этого требовала выгода самихъ несовершеннолѣтнихъ: безъ участія попечителя съ ними неохотно заключали сдѣлки, боясь, что онѣ будутъ оспорены. Для нѣкоторыхъ же актовъ (для веденія процесса, для принятія отчета

<sup>1)</sup> *F. Srafini*: «Istituzioni di diritto romano», II, 4 ed. §§ 172—175. *Баронъ*: «Система римскаго гражданского права». Кн V. §§ 368—384. *Муромцевъ*: «Гражданское право древняго Рима». § 176 и сл. *Dernburg*. *Pandekten*. 7 Aufl. B. III, 73—92.



по опеку, для получения платежей от должников, для отчуждения имущества) участие попечителя было предписано законом.

Въ общемъ взаимныя отношенія между несовершеннолѣтнимъ и попечителемъ были аналогичны съ отношеніями между первымъ и опекуномъ; даже вышеуказанные иски имѣли здѣсь мѣсто<sup>1)</sup>.

## § 45.

### 2. Опека у грековъ.

Въ Греціи, какъ и въ Римѣ, первоначально опека учреждалась въ интересахъ семьи. Недовѣріе къ малолѣтнему, что онъ не сбережетъ имущества (которое считалось не столько его личной собственностью, сколько семейнымъ достояніемъ) для законныхъ наслѣдниковъ, требовало подчиненія его власти опекуна, которая, какъ и въ Римѣ, вначалѣ регулировалась больше нравами, нежели закономъ. Но въ такомъ состояніи опека находилась только въ самомъ началѣ греческой исторіи: съ измѣненіемъ патріархальнаго строя и съ освобожденіемъ индивидуума изъ подъ зависимости семьи, что сказалось, между прочимъ, и въ правѣ завѣщательно распоряжаться, и опека получаетъ иной характеръ. Государство считаетъ опекунское дѣло столь важнымъ, что начинаетъ принимать въ немъ участіе и подчиняетъ своему надзору.

Какъ и въ Римѣ, опека открывалась или по закону, или по завѣщанію отца, или по назначенію власти, причемъ и исторически эти виды опеки слѣдовали одинъ за другимъ (весьма вѣроятно, что въ этомъ же порядкѣ исторически развивалась и римская опека). Впослѣдствіи, однако же, впереди шла опека завѣщательная и только при неимѣніи опекуна, назначеннаго завѣщателемъ, призывались къ опекѣ родственники, въ томъ порядкѣ, какъ они призывались бы къ наслѣдованію послѣ малолѣтняго. При неимѣніи опекуна

<sup>1)</sup> *Derapin*, вышеук. соч. § 178, *Гапонъ*, § 369, *Муромцевъ*, § 419 и слѣд.



ни завѣщательнаго, ни законнаго, долженъ быть назначенъ опекунъ архонтомъ.

Женщины, малолѣтніе, душевнобольные считались неспособными къ опеѣ, освобождалъ же отъ принятія опеки архонтъ по своему усмотрѣнію.

Обязанности опекуна. Какъ и въ Римѣ, и въ древнегреческомъ правѣ эти обязанности сосредоточивались только на имущественной сторонѣ.

Но не такъ было въ аттическомъ правѣ. Въ Аѣинахъ, какъ и въ современномъ намъ правѣ, опекунъ долженъ былъ заботиться какъ объ имуществѣ, такъ и о личности питомца.

Въ личныхъ отношеніяхъ на опекуна лежали два вида обязанностей: относительно воспитанія малолѣтняго и относительно представительства за него.

Опекунъ долженъ былъ содержать и воспитывать малолѣтняго такъ, какъ бы это дѣлалъ отецъ. Содержаніе должно было обнимать всѣ потребности жизни, а воспитаніе—развитіе физическихъ и интеллектуальныхъ способностей, сообразно соціальному положенію малолѣтняго и его доходамъ, въ крайнемъ случаѣ могъ быть расходуемъ на содержаніе и капиталъ.

Что касается представительства, то опекунъ заступалъ питомца не только во всѣхъ актахъ юридическихъ, но и въ важнѣйшихъ религіозныхъ актахъ домашняго культа. Это было полное замѣстительство, а не восполненіе только воли малолѣтняго авторитетомъ опекуна (*auctoritatis interpositio*).

Завѣдываніе имуществомъ малолѣтняго. Будучи только управителемъ этого имущества, опекунъ по отношенію къ нему располагаетъ почти такими же правами, какъ и собственникъ. Онъ долженъ управлять этимъ имуществомъ, какъ хорошій хозяинъ. Онъ долженъ стараться увеличить производительность имущества питомца. Ему вѣняется въ обязанность реализовать всѣ движимости питомца съ цѣлью замѣнить ихъ недвижимостями, какъ болѣе солидною собственностью. Впрочемъ, ему предоставляется и отдавать въ займы денежные капиталы, но не иначе, какъ подъ первую ипотеку. Опекунъ не стѣсненъ и въ правѣ отчужденія имущества, даже и недвижимаго. Зато онъ отвѣчаетъ не только за собственную небрежность при управленіи, но и за не-



брежность тѣхъ, которымъ онъ ввѣрилъ частичное управленіе. Кромѣ того, онъ подлежалъ контролю со стороны архонта. Архонтъ прежде всего утверждаетъ всѣхъ опекуновъ безъ различія въ ихъ должности. Въ случаѣ сдачи имущества малолѣтняго въ наймы, онъ провѣряетъ условія.

Нѣкоторые полагаютъ, что ему принадлежалъ постоянный надзоръ надъ опекуномъ, и при его личномъ управленіи. Проф. Боше это отрицаетъ, полагая, что архонтъ вмѣшивался въ управленіе только въ случаѣ жалобъ или разногласія между опекунами.

Съ достиженіемъ питомцемъ 18 лѣтъ, онъ признается совершеннолѣтнимъ и опека прекращается, причемъ опекунъ долженъ представить общій отчетъ и сдать имущество, состоявшее въ опекѣ.

Для охраны своихъ правъ малолѣтнему были предоставлены способы защиты ихъ въ видѣ особыхъ исковъ: 1) *ἰσχυ-  
γελία κακώτερος*. Этотъ искъ могъ быть предъявленъ къ опекуну не только самимъ малолѣтнимъ, но и всякимъ постороннимъ, усматривающимъ нарушеніе правъ малолѣтняго — личныхъ или имущественныхъ; 2) *δίκη ἐπιτροπῆς*, имѣющій цѣлью понудить опекуна къ сдачѣ отчета по опекѣ.

Въ существѣ, такимъ образомъ, правила объ опекѣ греческой во многомъ напоминаютъ опеку римскую: то-же преобладаніе въ началѣ интересовъ родственниковъ, то-же постепенное вмѣшательство въ дѣло опеки государства, тотъ же общественный контроль надъ нею<sup>1)</sup>.

## § 46.

### 3. Опека у германцевъ.

Относительно развитія опеки у германцевъ надо замѣтить, что въ то время, какъ римская опека представляла собою сложившійся и опредѣленный институтъ, германская опека въ періодъ варварскій была въ зачаточномъ состояніи. Въ Германіи имѣли силу оба вида опеки, но на различной террито-

<sup>1)</sup> *L. Beauchet*: „Histoire du droit privé de la république Athénienne“. II, 147—325.



рін: римская опека, мало измѣненная, нашла себѣ мѣсто у вестготовъ и бургундовъ, германская—у франковъ.

Въ отправной точкѣ зрѣнія, однако же, и опека римская и опека германская сходились: обѣ имѣли въ виду интересъ опекуна. Къ законной опекѣ у римлянъ призывался ближайшій предполагаемый наслѣдникъ—мужчина; у германцевъ—ближайшій наслѣдникъ мужчина съ отцовской стороны.

Какъ извѣстно, первоначальный характеръ римской опеки въ послѣдствіи видоизмѣнился и смягчился: она постепенно стала учрежденіемъ, преслѣдующимъ пользу малолѣтняго, наоборотъ, у франковъ она надолго сохранилась въ своей первобытной грубости: опекунъ могъ оказаться «волкомъ, пожиравшимъ овцу». Представленіе обѣ опекѣ, какъ о покровительницѣ малолѣтнему, вошло въ сознаніе бургундовъ и вестготовъ: они предоставляютъ опеку матери, не вышедшей вторично замужъ. Здѣсь, безъ сомнѣнія, имѣло вліяніе и христіанство, а подъ вліяніемъ христіанства и короли — каролинги выступили на защиту сиротъ.

Что касается роли германскаго опекуна въ это время (т. е. въ варварскій періодъ), то она заключалась въ пользованіи доходами изъ имущества малолѣтняго (если онъ, злоупотребляя своимъ правомъ, не завладѣлъ всѣмъ этимъ имуществомъ). Вся движимость ему принадлежала, а равно и право на взысканіе долговъ, на полученіе штрафовъ въ случаѣ поврежденія или убійства питомца. Ему же женихъ вносилъ вознагражденіе (*pretium*) за передачу власти (*mundium*).

Но у романизованныхъ германцевъ опекунская власть проявлялась мягче: у вестготовъ опекуну опредѣлялась только десятая часть доходовъ, а у бургундовъ, повидимому, ему ничего не назначалось. Получая право на доходы съ имущества питомца, опекунъ долженъ былъ его содержать и воспитывать, а имущество сберегать и не отчуждать. Въ лонгобардскомъ правѣ замѣчается стремленіе охранить питомца отъ дурнаго обращенія съ нимъ опекуна, угрожая въ такомъ случаѣ лишеніемъ опеки. Въ особенности считалась священной обязанностью королей—защита вдовъ и сиротъ, а короли вмѣняли ее въ обязанность судьямъ. Отсюда развился надзоръ высшей опекунской власти (*Obervormundschaft*).



У германцевъ въ началѣ ихъ исторіи опека завѣщательная не была извѣстна, но была извѣстна опека договорная (*tutela pactitia*), возникавшая, когда отецъ на смертномъ одрѣ препоручалъ кому-нибудь своихъ дѣтей, отдавая ихъ во власть послѣднему. Если не было ни законныхъ опекуновъ (родственниковъ), ни договорныхъ, то опека *ipso jure* принадлежала королю, который или самъ ею завѣдывалъ, или поручалъ завѣдываніе суду, либо избранному лицу. Эта опека замѣняла римскую опеку по назначенію (*tutela dativa*).

Дальнѣйшій ходъ развитія института опеки въ послѣдующее время (средневѣковое) былъ слѣдующій. Преимущественное право на опеку принадлежало законному или «урожденному» опекуну (*rechter oder geborner Vormund*), т. е. ближайшему родственнику съ отцовской стороны: онъ велъ хозяйство малолѣтняго, получалъ за него наслѣдство, представлялъ за него (хотя при отчужденіи недвижимости требовалось и участіе питомца), заботился о содержаніи питомца, но въ теченіи опеки не былъ обязанъ отчетностью. Но всякій другой—не законный опекунъ, т. е. не ближайшій наслѣдникъ, обязанъ былъ представлять ежегодный отчетъ.

«Подозрительный опекунъ», по жалобѣ матери, кого-либо изъ родственниковъ и даже по непосредственному усмотрѣнію судьи подлежалъ смѣщенію, съ обязанностью вознаградить за убытки вдвое. Сверхъ того онъ могъ быть присужденъ къ денежному штрафу и даже къ тѣлесному наказанію. Неблагонадежнаго опекуна временно заступалъ судья.

Въ Зерцалахъ, въ качествѣ вспомогательной опеки, существуетъ опека по назначенію (*tutela dativa*), какъ право принадлежавшее владѣтельнымъ особамъ. Продолжаетъ также существовать и опека договорная (*tutela pactitia*). Но завѣщательная опека въ XIII ст. еще не была употребительна.

Во Франціи въ средне-вѣковое время опека продолжала примѣняться въ двухъ формахъ — германской (*bail, garde, mainbournie*) и римской (*tutela*).

1. *Bail*. Опекунъ (*baillistre*) пользуется доходами съ имущества малолѣтняго, усваиваетъ себѣ его долговыя права и обязательства. Онъ долженъ кормить питомца и сохранять его недвижимости въ хорошемъ состояніи. Если имущество



малолѣтняго ленное, то опекунъ исполняетъ и всѣ феодальныя обязанности по отношенію къ сюзерену.

Опека могла быть предоставлена королю, сеньёру или родственнику.

Опека сеньёральная и королевская. Когда лены сдѣлались наследственными, присутствіе малолѣтняго вассала причиняло много безпокойства сюзерену, потому что малолѣтній не могъ нести феодальной службы; вслѣдствіе этого сюзерены сохраняли за собою право забирать обратно въ такихъ случаяхъ лены, чѣмъ они въ началѣ и пользовались. Впослѣдствіи право это исчезло. Установилось правило, что въ теченіи малолѣтства вассала лень его временно поступаетъ къ сюзерену, а потомъ долженъ быть возвращенъ обратно, когда малолѣтній вступить въ совершенный возрастъ. Въ такомъ видѣ примѣнялись сеньёральная опека.

Герцоги нормандскіе и бретонскіе пользовались этой опекой, а изъ рукъ нормандскихъ герцоговъ она перешла къ королю. Оба вида опеки—сеньёральная и королевская—были отмѣнены въ 1790 году.

Опека родственниковъ. По обычному праву опека принадлежала восходящимъ и боковымъ родственникамъ малолѣтняго. Послѣдніе, если имущество ленное, должны были платить сюзерену выкупъ (*droit de rachat*).

Двойная опека (*double bail*). Опека, будучи весьма выгодной для опекуна-родственника и наследника, въ то же самое время представляла опасности для питомца. Это сознавалось, и посему попеченіе о личности малолѣтняго поручалось другому лицу, — разсуждая совершенно основательно, что «нельзя поручить ягненка тому, который долженъ воспользоваться его шкурой». Быть можетъ, этой исторической традиціей надо объяснить назначеніе французскимъ кодексомъ сверхъ опекуна еще и опекуна-блюстителя.

2. Опека (*tutela*). Опекунъ не пользуется имуществомъ малолѣтняго, а только управляетъ, съ обязанностью представить отчетъ. Осуществляя всѣ права, принадлежащія малолѣтнему, опекунъ однако же не имѣлъ права отчуждать недвижимости. Опека разсматривалась какъ публичная обязанность. Чтобы освободиться отъ нея, нужны были законныя причины.



Опека въ областяхъ «писаннаго права» болѣе приближалась къ римской, нежели въ областяхъ обычнаго права. Но вездѣ опека практиковалась въ трехъ, извѣстныхъ римскому праву, видахъ: завѣщательной, законной и по назначенію. Завѣщательная опека не вездѣ имѣла примѣненіе; нѣкоторые кутюмы ее не признавали. Опека законная принадлежала родственникамъ, которые призывались къ ней въ порядкѣ, указанномъ въ обычаѣ. Опека по назначенію играла большую роль въ этотъ періодъ: «во Франціи всѣ опеки по назначенію», говорилось тогда, потому что всѣ опекуны подлежали утвержденію въ своей должности. Право назначенія опекуна принадлежало то сеньёру, то общинѣ, смотря по мѣстности, причемъ мѣстные власти нерѣдко проявляли большое усердіе при выборѣ опекуна.

Опека прекращалась достиженіемъ совершеннолѣтія и эмансипаціей. Возрастъ совершеннолѣтія былъ не одинаковъ для благородныхъ и неблагородныхъ. Для первыхъ 20 л. для мужчинъ и 15 л. для женщинъ; для вторыхъ — 14 л. для мужчинъ и 12 лѣтъ для женщинъ.

Возвышеніе возраста совершеннолѣтія потребовало введенія эмансипаціи для освобожденія отъ опеки раньше совершеннолѣтія. Вступленіе въ бракъ *eo ipso* эмансипировало изъподъ опеки. Помимо брака, эмансипація въ странахъ обычнаго права давалась главой государства, въ странахъ писаннаго права — судьей. Эмансипація въ этомъ видѣ чужда римскому праву. Обычное право завѣщало ее и кодексу. Въ этотъ періодъ извѣстное участіе въ опекѣ было дано родственникамъ, при назначеніи и при смѣщеніи опекуна—сначала отцовскимъ, а потомъ и материнскимъ. Отсюда ведетъ свое начало семейный совѣтъ, играющій теперь во французской опекѣ значительную роль.

Попечительство, въ смыслѣ римскаго права, примѣнялось и во Франціи въ странахъ писаннаго права; въ странахъ обычнаго права нерѣдко просто продолжалась опека до достиженія 25 лѣтъ. Отсюда говорилось: «опека и попечительство—одно и то же»<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> *Zoepfl*: Deutsche Rechtsgeschichte. B. III §§ 85, 86, 93. *Viollet*: *Precis de l'Histoire du droit francais*. pp. 448 467.



## § 47.

## 4. Опекa у русскихъ.

Развитіе опеки у насъ въ первоначальное время имѣло нѣсколько иной характеръ, нежели на Западѣ. Такъ у насъ опека не была связана съ наслѣдованіемъ, какъ то мы видѣли въ Римѣ, Греціи и въ Германіи. Если родственники и призывались у насъ къ опекѣ (о чемъ рѣчь впереди), то какъ родственники, а не какъ наслѣдники. Опекa была обязанностью, а не правомъ только опекуна и, въ противоположность постановленіямъ римскаго и германскаго права, обнимала заботу не только объ имуществѣ, но и объ лицѣ малолѣтняго.

Отъ древняго періода нашей исторіи сохранилось весьма немного свѣдѣній объ опекѣ. Больше всего по этому поводу постановленій въ Русской Правдѣ (пространной редакціи). Сопоставляя правила, преподанныя Русской Правдой съ правилами византійскаго законодательства, вошедшаго въ составъ нашихъ «кормчихъ» (Эклоги и Прохирона), нельзя не замѣтить вліянія нѣкоторыхъ памятниковъ этого законодательства (въ особенности Эклоги) на наше древнее опекунское право. Равно, хотя и нѣтъ прямыхъ свидѣтельствъ относительно участія духовенства въ опекуномъ дѣлѣ, но изъ того, что такое участіе существовало въ Византіи (которая во многомъ тогда служила для насъ примѣромъ) и у насъ по другимъ дѣламъ семейнымъ и наслѣдственнымъ, можно думать, что оно существовало и въ опекунскихъ дѣлахъ. Какъ и въ другихъ отдѣлахъ семейнаго права, на примѣръ, въ бракоразводномъ правѣ, вѣроятно, на ряду съ вліяніемъ духовенства и покровительствуемаго имъ иноземнаго права, шло вліяніе обычая и, такимъ образомъ, подъ дѣйствіемъ этихъ двухъ факторовъ, вырабатывалась опекунская практика.

При какихъ же условіяхъ открывалась опека, какъ она устанавливалась и какія изъ нея вытекали отношенія?

Для того, чтобы открылась опека, нужно, чтобы наступило сиротство во время малолѣтства: смерть родителей или хотя бы одного отца, но при условіи, что мать вышла вто-



рично замужъ. Если она, напротивъ, и послѣ смерти мужа останется жить съ дѣтьми, то объ опекѣ не можетъ быть рѣчи: она завѣдываетъ и воспитаніемъ дѣтей, и общесемейнымъ имуществомъ, и дѣти должны подчиняться ея волѣ (Русская Правда, Карамз. сп. ст. 111—113).

Устанавливалась опека прежде всего волей отца, обыкновенно выраженной въ духовномъ завѣщаніи его. Судя по тому, что примѣровъ назначенія опекуновъ въ завѣщаніи дошло до насъ сравнительно много, надо думать, что это былъ самый обычный способъ назначенія опекуна (Неволинъ, Полное собр. соч., т. III, стр. 396, 400). Такъ и по (первому) Литовскому Статуту: если мужъ, умирая, поручить дѣтей своихъ и имущество кому-нибудь изъ своихъ пріятелей, хотя бы чужому человѣку, тогда послѣдній опекаетъ дѣтей и имущество, а жена умершаго пользуется только своимъ вѣномъ. Слѣдовательно, воля отца можетъ устранить отъ опеки мать дѣтей.

Если завѣщанія не было, призывались къ опекѣ родственники—«ближніе» — (Русская Правда, Карамз., сп. ст. 111). Въ какомъ порядкѣ они призывались, свѣдѣній не сохранилось. Въ Литовскомъ Статутѣ 1566 г. постановлялось: если не будетъ назначенъ опекунъ въ завѣщаніи, то старшій братъ совершеннолѣтній опекаетъ младшихъ братьевъ и сестеръ: если нѣтъ брата совершеннолѣтняго, то дядя по мужскому колѣну (по мечу); если нѣтъ родныхъ дядей, то ближайшіе родственники по мечу; если и такихъ нѣтъ, то родственники съ материнской стороны (по кудели).

Весьма вѣроятно, что и раньше существовалъ не только въ Литвѣ опредѣленный порядокъ въ призваніи родственниковъ къ опекѣ: вѣдь, завѣдываніе опекой, какъ увидимъ ниже, было прибыльно и, если бы не было предустановленнаго порядка, возможны были бы столкновенія между родственниками изъ-за опеки. Пока мать жива и живетъ съ дѣтьми, въ назначеніи опеки нѣтъ надобности, но подъ условіемъ ея вдовства (Русская Правда ст. 111, 113; тѣже и по литовскому праву); обычай, а впослѣдствіи и законъ опасались, что новый бракъ создастъ для матери новые интересы и она уже не станетъ «печаловаться» о дѣтяхъ съ такимъ



усердіемъ, какъ во вдовствѣ, да и семья тогда распадется, а обычай очень стоялъ за неразрывность семьи.

Быть можетъ этимъ объясняется и тотъ, повидимому, странный фактъ, что опека могла быть предоставлена отчиму. Въ статьѣ 212 Русской Правды говорится: «аще же и отчимъ приметъ съ задницею дѣтей и то такоже есть рядъ, якоже рядиль», т.-е. здѣсь предполагается переходъ въ его руки всего хозяйства, всей семейной собственности. Но такъ какъ онъ не родной отецъ дѣтямъ, то съ нимъ долженъ быть «рядъ», уговоръ—отчетная передача имущества. Но не только относительно вотчима предписывается такая предосторожность, но и мать обязывается сдать отчетъ по завѣдыванію дѣтскимъ имуществомъ, при выходѣ вторично замужъ (ст. 113). Эти постановленія Русской Правды относительно правъ матери-вдовы и отвѣтственности вотчима вполне соотвѣтствуютъ постановленіямъ Эклоги—очевидное доказательство, что наше древнее опекунское право развивалось подъ вліяніемъ занесеннаго къ намъ чрезъ кормчія права византійскаго.

Опека уже во времена Русской Правды, какъ видно изъ вышеизложеннаго, находилась подъ контролемъ общественной власти. Но кто былъ этой властью—положительныхъ свѣдѣній не имѣется. Судя по тому, что сами постановленія объ опекѣ носятъ на себѣ слѣды вліянія памятниковъ, исходившихъ отъ властей духовныхъ, можно предполагать, что преимущественное право завѣдыванія опекунскими дѣлами принадлежало имъ, быть можетъ, при содѣйствіи властей общинныхъ. Такимъ образомъ не только надзоръ надъ опекунами и утвержденіе ихъ, но и самое назначеніе могло принадлежать властямъ, когда не былъ указанъ опекунъ въ завѣщаніи и не было лицъ, которымъ могла быть поручена опека по обычаю. Такъ и по древнѣйшему Литовскому Статуту,—если нѣтъ родственниковъ, то король или паны назначаютъ чужаго человѣка опекуномъ, а по Статуту 1566 г. опекунъ, за недостаткомъ родственниковъ, назначается отъ государя или воеводы, или отъ суда земскаго, не чужеземецъ и котораго имѣніе равнялось бы тому имѣнію, которое будетъ имѣть въ опекѣ; также и опекунъ изъ родственниковъ долженъ имѣть хорошее состояніе, кромѣ тѣхъ



опекуновъ, которые назначаются отцомъ въ завѣщаніи. (См. Соловьевъ: «Исторія Россіи съ древнѣйшихъ временъ», т. I, стр. 1714, 1715 и т. III, стр. 476, 477).

Въ чемъ заключались обязанности опекуна?

Онъ получалъ питомца «на руки» (на роуцѣ) и долженъ былъ заботиться о немъ («печаловатися»), «кормить» и воспитывать, завѣдывать его хозяйствомъ («домомъ»), сберегать его имущество и возратить по прекращеніи опеки капитальную стоимость его («исътый товаръ»), для установленія которой движимость сдавалась при свидѣтеляхъ («предѣ людьми»), что замѣняло въ то время опись.

На доходы онъ содержалъ малолѣтняго, остальное шло въ его пользу (Русская Правда говоритъ о доходахъ отъ дачи денегъ въ займы—«срѣзилъ», отъ торговыхъ предприятий—«пригостилъ», «прикупъ», ст. 111, но это лишь конкретный способъ выраженія общаго понятія). Только приплодъ отъ рабовъ и скота шелъ въ пользу малолѣтняго. За все недостающее опекунъ долженъ былъ заплатить (ст. 111).

Опека продолжалась до тѣхъ поръ, пока малолѣтній не возмужаетъ («донежели взмогоутъ», ст. 111)—опредѣленнаго возраста совершеннолѣтія, какъ вообще въ древнія времена, не существовало.

Въ послѣдующее время—въ московскій періодъ—права опекуна, повидимому, расширились: онъ не только управлялъ имуществомъ питомца, но даже и отчуждалъ—мѣнялъ помѣстья и продавалъ вотчины. Но, въ свою очередь, и права малолѣтняго по отношенію къ опекуну получаютъ большую твердость: по достиженіи совершеннолѣтія, онъ имѣлъ право приносить жалобу на опекуна и просить уничтоженія тѣхъ дѣйствій послѣдняго, которыя были совершены во вредъ питомца.

Съ Петра Великаго законодательство начинаетъ удѣлять больше вниманія опекамъ. Постановленія этого государя объ опекахъ изложены въ двухъ указахъ: въ указѣ объ единоплеменности (1714 г.) и въ инструкціи магистратамъ (1724 г.). Въ первомъ указѣ устанавливается единая законная опека, ко-



торая принадлежит наследнику въ недвижимомъ имуществѣ, но во второмъ указѣ допускается опять завѣщательная опека, а если она не установлена, вмѣняется въ обязанность магистрату назначить опекуна изъ родственниковъ или изъ постороннихъ добрыхъ гражданъ; здѣсь же узаконяется надзоръ надъ опекунами, какъ по призрѣнію малолѣтняго, такъ и по управленію его имуществомъ, съ обязанностью не только сбереженія этого имущества, но и возможнаго приумноженія его, а равно и представленія отчета.

Послѣ смерти Петра Великаго начинается неустойчивость и колебаніе въ законодательствѣ объ опекѣ. Съ отмѣной указа объ единонаслѣдіи, пали и постановленія, въ немъ заключавшіяся. Въ вопросѣ о возрастѣ совершеннолѣтія (который въ московское время опредѣляли въ 15 л., а при Петрѣ В. для распоряженія недвижимостью въ 20 л., а для распоряженія движимостью въ 18 л.) и о правахъ опекуна замѣчаются колебанія и нерѣшительность. Твердость и опредѣленность опекунскому дѣлу дала Екатерина II. Завѣдываніе опекой было устроено на сословныхъ началахъ: каждое сословіе получило свои опекунскія учрежденія. Впослѣдствіи постановленія этой государыни были дополнены постановленіями ея преемниковъ (такъ при Императорѣ Александрѣ I родители въ дѣлахъ опекунскихъ подчинены были общимъ постановленіямъ объ опекѣ и, слѣдовательно, и общему надзору опекунскихъ учреждений) и почти всѣ они вошли въ составъ дѣйствующаго законодательства, гдѣ и будутъ разсмотрѣны<sup>1)</sup>.

---

<sup>1)</sup> *Неволинъ*: Полное собраніе сочиненій, т. III, стр. 404—436.



## ГЛАВА XV.

**б) Действующее законодательство.**

1, Установленіе опеки. § 48. аа) Существо опеки и опекунскія установленія. § 49. бб) Призваніе къ опекѣ. § 50. вв) Открытіе опеки и назначеніе опекуна. § 51. гг) Обязанности опекуна: 1) личныя, 2) имущественныя. § 52. дд) Вознагражденіе опекуна. § 53. ее) Надзоръ надъ опекунами. II. Прекращеніе опеки. § 54. Б) Попечительство.

*1. Установленіе опеки.*

## § 48.

**аа) Существо опеки и опекунскія установленія.**

Съ точки зрѣнія современнаго права, опека есть установленное государствомъ попеченіе о личности и объ имуществѣ тѣхъ, которые по малолѣтству и сиротству или по другимъ причинамъ не могутъ сами о себѣ или о своемъ имуществѣ заботиться. Такимъ образомъ, опека есть установленіе государственное, а не частноправное (какъ въ древности), она объемлетъ заботу не только объ имуществѣ, но и объ лицѣ; она учреждается не только на случай сиротства, но и по другимъ причинамъ.

Не вездѣ, впрочемъ, опека имѣетъ характеръ чисто государственнаго учрежденія. У народовъ романской расы (у французовъ, италіанцевъ и даже не романцевъ, но заимствовавшихъ кодексъ у первыхъ) она заключаетъ въ себѣ значительное участіе элемента родственнаго.

Вслѣдствіе этого и въ строѣ опекунскихъ учреждений европейскихъ народовъ германской и романской расы существуетъ разница. У первыхъ эти учрежденія входятъ въ составъ суда или ему подчиняются; у вторыхъ они примыкаютъ къ семьѣ и роду. Такъ въ Пруссіи опекунъ подчиненъ участковымъ судьямъ (Amstrichter), на дѣйствія которыхъ можетъ быть принесена жалоба въ высшія судебныя инстанціи (Dernburg, III B., стр. 217).



Такъ и по Саксонскому гражд. уложенію—высшимъ по отношенію къ опекунамъ опекунскимъ установленіемъ является надлежащій судъ (§ 1880). Точно также и по Австрійскому уложенію суду принадлежитъ какъ назначеніе опекуна, такъ и надзоръ надъ нимъ (§§ 190, 207, 209 и слѣд.). Въ Общегерманскомъ уложеніи, хотя преобладающее значеніе дано суду, но вмѣстѣ съ тѣмъ привлекается къ завѣдыванію опекой община съ семьей и родственниками. Такъ, опекунскій судъ назначаетъ опеку по собственному почину (§ 1774), на совершеніе важнѣйшихъ сдѣлокъ опекунъ долженъ испрашивать разрѣшеніе суда (§§ 1882, 1823), опекунъ подлежитъ надзору этого суда (§ 1837 и слѣд.); но вмѣстѣ съ тѣмъ сиротскій совѣтъ общины рекомендуетъ опекунскому суду кандидатовъ въ опекуны (§ 1849) и наблюдаетъ за исполненіемъ опекуномъ своихъ обязанностей, доводя объ упущеніяхъ его опекунскому суду (§ 1850). Кромѣ того по распоряженію, сдѣланному родителями малолѣтняго или по просьбѣ родственниковъ, или по усмотрѣнію самого опекунскаго суда можетъ быть учрежденъ семейный совѣтъ, состоящій изъ опекунскаго судьи—предсѣдателя и членовъ родственниковъ, 2—4, (§ 1858 и слѣд.). Сверхъ сего по просьбѣ опекуновъ, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и помимо просьбы, опекунскій судъ обязанъ выслушать родственниковъ или свойственниковъ несовершеннолѣтняго (§ 1847). По Швейцарскому кодексу совмѣщаются оба типа опеки: и правительственной и семейной. Нормальнымъ типомъ является правительственная опека, въ лицѣ опекунскихъ властей и опекунскаго надзора, но въ интересахъ опекаемаго по просьбѣ близкихъ родственниковъ можетъ быть учреждена семейная опека съ семейнымъ совѣтомъ (ст. 360—364).

Наоборотъ во Франціи и въ Италіи завѣдываніе опекой принадлежитъ семейному совѣту и лишь въ нѣкоторыхъ случаяхъ—болѣе важныхъ распоряженій, требуется утвержденіе судомъ постановленій перваго (ст. 405 и слѣд. франц. код.; ст. 249 и слѣд. итал. код.). Семейный совѣтъ состоитъ подъ предсѣдательствомъ мирового судьи мѣста жительства малолѣтняго изъ шести ближайшихъ родственниковъ или свойственниковъ (3-хъ съ отцовской и 3-хъ съ материнской стороны—франц. улож., ст. 407 и слѣд.). По италіанскому улож.



семейный совѣтъ состоитъ изъ претора-предсѣдателя и 4-хъ совѣтниковъ родственниковъ. Членомъ совѣта состоитъ также опекунъ и опекунъ-блюститель, даже самъ малолѣтній имѣетъ право, по достиженіи 16 лѣтъ, присутствовать въ совѣтѣ, но безъ права совѣщательнаго голоса (ст. 251 и слѣд.).

У насъ опекуныя учрежденія тоже подчинены надзору суда, хотя низшія инстанціи суть установленія административныя (сиротскій судъ есть судъ только по названію). Кромѣ того эти установленія построены на сословномъ началѣ: каждое сословіе имѣетъ свой особый опекунскій органъ. Такъ, для попеченія о малолѣтнихъ сиротахъ и вдовахъ дворянскаго состоянія<sup>1)</sup>, и объ имѣніи и дѣлахъ, учреждены на одинъ или нѣсколько уѣздовъ дворянскія опеки, которыя составляются подъ предсѣдательствомъ мѣстнаго, по нахожденію опеки, уѣзднаго предводителя дворянства, изъ опредѣленнаго числа засѣдателей (отъ двухъ до четырехъ), назначаемыхъ по выбору дворянства подвѣдомственныхъ опекамъ уѣздовъ (Сводъ Зак., т. II, ч. I, ст. 1152 и Зак. гражд., ст. 233). Опекунскими и сиротскими дѣлами купцовъ, мѣщанъ и цеховыхъ, а равно личныхъ дворянъ и разночинцевъ, завѣдываетъ сиротскій судъ, состоящій,—подъ предсѣдательствомъ городского головы или другаго лица, избраннаго для сей цѣли городскою думою и утвержденнаго губернаторомъ, — изъ членовъ, избранныхъ на три года частными собраніями сословій—купческаго, мѣщанскаго и ремесленнаго (т. II, ч. I, ст. 1181. Зак. гражд., ст. 234, 238). Вѣдомство городского сиротскаго суда простирается лишь на тотъ городъ и уѣздъ, въ которомъ онъ учрежденъ (т. II, ч. I, ст. 1183).

Жалобы на дѣйствія и постановленія дворянскихъ опеки и сиротскихъ судовъ приносятся тому окружному суду, въ округѣ котораго эти опеки и судъ состоятъ (ст. 1160, 1185). Жалобы на постановленія окружнаго суда приносятся судебной палатѣ (ст. 1169). Рѣшеніе палаты подлежитъ общему порядку обжалованія въ сенатъ.

Опека надъ сиротами духовнаго званія принадлежитъ духовному начальству: дѣла по опекамъ надъ такими сиротами,

<sup>1)</sup> Это попеченіе опекунскихъ инстанцій и о вдовахъ есть особенность нашего права, неизвѣстная праву западно-европейскому.



не принадлежащими къ потомственному дворянству, относятся къ вѣдѣнію епархіальныхъ попечительствъ о бѣдныхъ духовнаго званія. Надъ дѣтьми лицъ духовнаго званія, принадлежащихъ къ потомственному дворянству, опекуны назначаются на одинаковомъ основаніи съ прочими дворянами отъ дворянскихъ опекъ. Опекуны надъ сиротами лицъ духовнаго званія состоятъ подъ ближайшимъ надзоромъ мѣстныхъ благочинныхъ, а затѣмъ попечительства о бѣдныхъ духовнаго званія и епархіальнаго начальства. Высшей инстанціей является св. Синодъ (Зак. гр. ст. 236, Уст. дух. конс. изд. 1884 г., ст. 80).

Опека надъ сельскими обывателями одна изъ самыхъ неустрашенныхъ. При существованіи крѣпостнаго права, законъ возлагалъ на помѣщиковъ лишь общую обязанность пешихъ о содержаніи и призрѣніи крѣпостныхъ людей ихъ, пришедшихъ въ невозможность кѣрмиться работою, и не допускать ихъ до нищенства (ст. 1104, т. IX св. зак., изд. 1857 г.).

По свидѣтельству сенатора Н. В. Калачова, при крѣпостномъ правѣ помѣщичьи крестьяне руководствовались мѣстными обычаями въ дѣлахъ, относящихся до призрѣнія и охраненія имущества осиротѣвшихъ членовъ общества. Обычаи эти заключались, главнымъ образомъ, въ безкорыстномъ призрѣніи сиротъ, такъ что опеки въ настоящемъ смыслѣ не существовало. Законныя постановленія даны были только объ опекахъ надъ малолѣтними дѣтьми государственныхъ крестьянъ (ст. 298—327, I ч. X т. Теперь эти постановленія отмѣнены).

Положеніе 19 февраля 1861 г. коснулось и крестьянскихъ опекъ, но лишь коснулось, вѣроятно, предоставивъ остальное обычаю.

На крестьянское общество, въ числѣ прочихъ обязанностей возложена обязанность по призрѣнію круглыхъ сиротъ (Общ. Пол. о крестьян., ст. 179, п. 6). Именно, попеченіе о личности и имуществѣ малолѣтнихъ сиротъ возлагается на обязанность сельскихъ обществъ: вѣдѣнію сельскаго схода подлежитъ назначеніе опекуновъ и попечителей и повѣрка ихъ дѣйствій, причемъ въ этихъ дѣлахъ и во всѣхъ другихъ этого рода крестьяне руководствуются мѣстными своими обычаями. Если бы въ распоряженіяхъ міра родствен-



ники малолѣтняго усмотрѣли что-либо клонящееся къ его ущербу, то они могутъ обращаться къ защитѣ мирового посредника (или непремѣннаго члена уѣзднаго присутствія), а гдѣ введено Положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ—къ этимъ послѣднимъ (Общ. Полож. о крест., ст. 21 прим. и ст. 51, п. 4 и Пол. о земск. нач., ст. 22).

Въ настоящее время, на основаніи Общаго Положенія о крестьянахъ (изданія 1902 г. ст. 62 и 94 и прим.), порядокъ учрежденія опеки надъ личностью и имуществомъ крестьянъ-сиротъ долженъ опредѣляться въ слѣдующемъ видѣ: 1) къ вѣдомству сельскаго схода подлежитъ назначеніе опекуновъ и попечителей къ сиротамъ и имуществу крестьянъ, приписанныхъ къ данному сельскому обществу; 2) вѣдомству волостнаго схода подлежитъ назначеніе опекуновъ и попечителей къ сиротамъ и имуществу умершихъ, приписанныхъ къ волости, крестьянъ, пріобрѣвшихъ недвижимое имущество или жительствовавшихъ внѣ границъ надѣла сельскихъ обществъ, но въ предѣлахъ вѣдомства волостнаго правленія или же безземельныхъ, и 3) назначеніе опекуновъ и попечителей къ сиротамъ и имуществу умершихъ крестьянъ, приписанныхъ къ волостямъ, но жительствовавшихъ или имѣющихъ недвижимое имущество въ городскихъ поселеніяхъ, предоставляется сиротскому суду или тому мѣсту, которое отправляетъ его должность. (Указъ 2 Деп. Сената 31 Окт. 1906 г., № 7396).

Такимъ образомъ, основная особенность организаціи нашихъ опекунскихъ учреждений есть сословность ихъ. Но эта особенность есть вмѣстѣ съ тѣмъ и существенный недостатокъ. Распредѣленіе опекунскихъ учреждений по сословіямъ сдѣлано въ царствованіе Екатерины II. Въ то время организація опеки на началахъ сословности имѣла полное оправданіе. Различіе между сословіями, и въ особенности между дворянствомъ и другими классами, было весьма значительное. Такая статья инвентаря, какъ «крѣпостныя души» достаточно обособляла имѣніе дворянина отъ недворянина, чтобы опекунское управленіе дворянскимъ имѣніемъ устроить на другихъ началахъ нежели имѣніемъ сироты не изъ дворянъ. Странно также было бы сдѣлать въ дворянскомъ имѣніи опекуномъ разночинца, которому, съ тогдашней точки зрѣнія,



рѣшительно невозможно было довѣрить «крѣпостную душу». Но не только въ имущественныхъ, но и въ личныхъ отношеніяхъ дворянство значительно было обособлено тогда отъ другихъ сословій. Но съ тѣхъ поръ сословныя различія значительно изгладились: разница между общественными классами, конечно, есть; но эта разница нисколько не препятствуетъ тому, чтобы одни и тѣ же учрежденія могли вѣдать дѣло призрѣнія сиротъ русскихъ гражданъ. Это единство опеки не мѣшало бы, конечно, чтобы, при самомъ выборѣ опекуна, были принимаемы во вниманіе не столько сословныя, сколько культурныя особенности той среды, къ которой принадлежитъ малолѣтній, и для дѣтей образованныхъ классовъ назначались бы опекуны изъ класса образованнаго, а для сиротъ людей малообразованныхъ или совсѣмъ необразованныхъ изъ среды такихъ же людей. Но контролирующая опекуновъ инстанція должна быть общей, всесословной: это соотвѣтствуетъ, какъ идейной сторонѣ опеки, какъ государственнаго, а не сословнаго, учрежденія, такъ и практическимъ потребностямъ. Это облегчитъ путь для лучшей организации опекунскихъ учреждений, внесетъ однородность началъ въ опекунское дѣло, удешевитъ опеки, дастъ возможность имѣть большее число опекунскихъ учреждений и такимъ образомъ приблизитъ ихъ къ населенію и усилитъ надзоръ надъ опекунами.

Надо, однако же, сказать, что дворянскія собранія разныхъ губерній, когда они были спрошены по поводу предполагаемой опекунской реформы, высказывались за сохраненіе отдѣльных для каждаго сословія, и въ особенности для дворянства, опекунскихъ учреждений. При этомъ въ защиту сословности приводились, главнымъ образомъ, слѣдующія соображенія:

1) что попеченіе о личности потомственнаго дворянина можетъ быть поручено только лицамъ, принадлежащимъ также къ потомственному дворянству, такъ какъ эти послѣднія, живя въ той же средѣ, какъ и опекаемый, ближе, чѣмъ другія лица, знакомы съ интересами, нуждами и видами состоящихъ подъ опекою; что только такія лица могутъ дать надлежащее направленіе воспитанію и содержанію опекаемыхъ, вызываемое положеніемъ послѣднихъ въ обществѣ, и пра-



вильно опредѣлить размѣръ расходовъ на содержаніе и воспитаніе опекаемаго;

2) что хотя управленіе дворянскими имѣніями вообще можетъ быть поручаемо благонадежнымъ лицамъ другихъ сословій, но при этомъ нужно имѣть въ виду, что къ составу состоящихъ подъ опекою имѣній могутъ принадлежать предметы весьма драгоцѣнные по понятіямъ извѣстнаго класса людей и бесполезные по понятіямъ людей менѣе просвѣщенныхъ (напр., библіотеки, предметы изящныхъ искусствъ, предметы, рѣдкіе по своей древности или фамильнымъ воспоминаніямъ и т. п.), для оцѣнки и сбереженія которыхъ необходимо имѣть достаточное образованіе и понятія, соотвѣтствующія той средѣ, въ которой подобные предметы считаются заслуживающими сбереженія;

3) что надзоръ за опекунами, ревизія ихъ отчетовъ, равно какъ и самый выборъ опекуновъ могутъ быть поручаемы также только такимъ учрежденіямъ, въ составъ которыхъ входятъ лица дворянскаго сословія;

4) вообще по состоянію нашей гражданственности учрежденіе всесословной опеки представляется невозможнымъ. (Проектъ устава объ опекахъ и попечительствахъ съ объяснительною къ нему запискою. С.-Пет., 1891 г., стр. 39).

Разсужденія эти нельзя признать убѣдительными по вышеприведеннымъ соображеніямъ: той обособленности дворянъ отъ другихъ сословій, о которой говорятъ, въ дѣйствительности не существуетъ: дворянская «среда» не есть среда замкнутая, члены ея постепенно и даже ежегодно прибавляются къ 1 января, когда раздаются награды. Можно ли послѣ этого говорить объ исключительно дворянскихъ «интересахъ», «нуждахъ» и «видахъ»? Равно нѣтъ никакой особой печати и на дворянской собственности и кромѣ особой задолженности въ дворянскомъ банкѣ другихъ отличій эта собственность на себѣ не носитъ. Что касается «предметовъ изящныхъ искусствъ», древностей и проч., то въ послѣднее время едва ли не самыя дорогія коллекціи ихъ принадлежатъ именно не дворянамъ. А если нѣтъ специальныхъ отличій ни въ образованіи, даваемомъ дворянскимъ дѣтямъ, ни въ ихъ имуществѣ, то надзоръ надъ опекунами малолѣтнихъ дворянъ и ревизія отчетовъ ихъ опекуновъ безъ вреда можетъ



можетъ быть довѣрена не дворянину, и такимъ образомъ учрежденіе всесловныхъ опекъ «по состоянію нашей гражданственности» представляется вполне возможнымъ.

По послѣднему проекту опекунаго устава (1891 г.) опека предполагалась тоже всесловная: по ст. 3 проекта опеки и попечительства вѣдаются: а) въ округахъ судебно-мировыхъ—сѣздами мировыхъ судей; б) въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ начальникахъ — уѣздными сѣздами въ судебныхъ ихъ присутствіяхъ.

Ближайшее наблюденіе за опеками и попечительствами (по тому-же проекту) принадлежитъ опекунскимъ начальникамъ, каждому въ предѣлахъ его вѣдомства: участковымъ мировымъ судьямъ, а гдѣ введено Полож. о земскихъ начальникахъ, въ уѣздахъ—земскимъ начальникамъ, въ городахъ—городскимъ судьямъ. Только опеку и попечительство надъ сельскими обывателями предположено было подчинить волостнымъ судамъ (ст. 3 и 4).

Къ числу дальнѣйшихъ недостатковъ въ организаціи опеки надо отнести присущую нашему законодательству мысль, отъ которой не освободились и нѣкоторые проекты опекунскихъ уставовъ: о томъ, что опекунскія учрежденія не должны быть самостоятельными и о необходимости причисленія ихъ, въ видѣ какихъ-то придатковъ, къ другимъ установленіямъ. Такъ, еще при первоначальной организаціи теперь существующихъ опекунскихъ инстанцій, дворянская опека была учреждена при уѣздномъ судѣ, какъ бы его отдѣленіе, а сиротскій судъ при городскомъ магистратѣ, а въ настоящее время подчиненіе этихъ учреждений суду указываетъ на то, что мысль эта поддерживается законодателемъ и доселѣ, хотя въ законодательныхъ работахъ по преобразованію опекунской части неоднократно обращено было вниманіе на необходимость отдѣлить опекунскія установленія отъ судебныхъ учреждений и создать для нихъ самостоятельное положеніе, по крайней мѣрѣ во второй инстанціи. Напротивъ, въ другихъ проектахъ сохранилось стремленіе приурочить опеки къ другимъ учрежденіямъ — земскимъ, мировымъ, и, наконецъ, административно-судебнымъ, въ лицѣ земскихъ начальниковъ. При такихъ условіяхъ, къ опекѣ никогда не будетъ приложено должнаго вниманія; всякое учре-



жденіе, имѣя все прямое дѣло, будетъ разсматривать опеку, какъ навязанную ему чужую работу. Жить на хлѣбахъ и людемъ, и учрежденіямъ неудобно. Опекунское дѣло слишкомъ серьезное, чтобы не имѣть своего хозяина. На Западѣ, какъ мы видѣли, это понято и самостоятельность опеки въ той или другой мѣрѣ осуществляется.

Къ числу недостатковъ въ организаціи нашихъ опекъ надо отнести также весьма слабое участіе въ нихъ родственнаго элемента. Это участіе проявляется лишь въ правѣ родителей назначать своимъ дѣтямъ въ завѣщаніи опекуна (Зак. Гр. ст. 227). Законной опеки у насъ, въ настоящемъ смыслѣ слова, не существуетъ. А между тѣмъ во всѣхъ законодательствахъ, въ томъ или другомъ видѣ и въ той или другой мѣрѣ, родственники несовершеннолѣтнихъ привлекаются къ участию въ опекѣ (Прусск. опек. уст. ст. 17 — 19, австр. ул. § 198, сакс. § 1890 и сл., общегерм. ул. §§ 1776, 1847, 1858 и сл., франц. ст. 402 — 404, итал. ст. 244, 255, швейц. 380). Причемъ вездѣ признается, что преимущественное право на опеку принадлежитъ родственникамъ, нашъ же законъ позволяетъ выбирать опекуновъ безразлично, какъ изъ родственниковъ, такъ и изъ постороннихъ лицъ (ст. 254).

Не такъ было у насъ, какъ мы видѣли въ старину, когда родственники принимали значительное участіе въ опекунскихъ дѣлахъ. Оно и понятно: опека есть такое попеченіе о малолѣтнемъ, которое требуетъ не холоднаго расчета управителя, а добраго расположенія къ питомцу-сиротѣ, что, разумѣется, скорѣе можно встрѣтить у родственника, чѣмъ у чужого. Родственники, поставленные между опекуномъ и опекунской инстанціей, присутственнымъ мѣстомъ, могутъ нѣсколько умѣрить суровость формализма, смягчить бумажное отношеніе къ дѣлу, внести въ него больше «души» и способствовать болѣе дѣйствительному надзору надъ опекуномъ, чѣмъ надзоръ чиновниковъ. Можно спорить о тѣхъ или другихъ видахъ участія родственниковъ въ опекѣ—въ видѣ семейныхъ совѣтовъ (какъ во Франціи, Италіи, Германіи, Швейцаріи, въ послѣднихъ—условно) и въ видѣ простаго, такъ сказать, неорганизованнаго привлеченія родственнаго элемента какъ въ Саксоніи (§ 1882) и въ Германіи (§ 1847), но едва ли слѣдуетъ игнорировать этотъ элементъ. Между прочимъ,



графъ Сперанскій въ своемъ проектѣ гражданскаго уложенія желалъ ввести у насъ семейные совѣты на подобіе французскихъ, а послѣдній проектъ опекунскаго устава предполагалъ ввести у насъ и семейные совѣты и допустить участіе родственниковъ въ опекѣ (ст. 163—194).

## § 49.

### 66) Призваніе къ опекѣ.

Призваніе къ опекѣ совершается: въ силу распоряженія родителей, въ силу закона и по назначенію опекунскихъ властей. Такимъ образомъ, и современное право знаетъ, какъ и древнее, три вида опеки—опеку завѣщательную, законную и по назначенію власти.

1. Завѣщательная опека. Родителямъ принадлежитъ право назначать своимъ дѣтямъ опекуна (Прусск. опек. уст. § 17. По австрійск. улож. такое право имѣетъ только отецъ, §§ 196, 197. Сакс. § 1886, общегерманск. уложен. §§ 1776—1778. Французск. ст. 397—401. Итал. ст. 242—243. Швейц. ст. 381). По нашему закону родители имѣютъ право назначить въ духовномъ завѣщаніи къ остающимся послѣ нихъ малолѣтнимъ дѣтямъ и имуществу опекуновъ по собственному своему избранію (Зак. Гр. ст. 227); слѣдовательно—какъ отецъ, такъ и мать. Но можетъ ли отецъ, минуя мать, назначить опекуна къ своимъ дѣтямъ? Едва ли: такое назначеніе, что касается надзора надъ личностью дѣтей, противорѣчило бы постановленіямъ закона о родительской власти (ст. 164 и сл.). Другое дѣло—опека надъ имуществомъ. Здѣсь завѣщатель, даже посторонній, можетъ назначить опекуна къ завѣщаемому имъ имуществу. Это вытекаетъ изъ свободы завѣщательныхъ распоряженій собственника о своемъ имуществѣ (ст. 1010, 1011). Ст. 226, предоставляющая родителямъ (отцу) право на опеку надъ имуществомъ, дошедшимъ въ собственность малолѣтнимъ дѣтямъ, при жизни ихъ родителей, должна быть примирена съ правами собственника распоряжаться имуществомъ по своему усмотрѣнію и, слѣдовательно, вышеуказанное право должно оставаться



за родителями, если оно не исключено собственником-дарителем или завещателем (~~ср. ст. 975~~).

Законъ нашъ говоритъ, что завещатель-родитель имѣетъ право назначить въ «помощь» оставшемуся родителю соопекуна. Тутъ разумѣется, конечно, сотрудничество по завѣдыванію имуществомъ, такъ какъ сотрудничество по надзору надъ личностью малолѣтняго и по воспитанію опять-таки были бы непримиримо съ правами родительской власти.

Въ губерніяхъ Черниговской и Полтавской право назначенія опекуновъ въ завѣщаніи принадлежитъ отцу. Эта опека льготная: опекунами по завѣщанію могутъ быть и лица, не имѣющія достаточнаго для обезпеченія опеки имущества (ст. 232).

2. Опека законная. За отсутствіемъ опекуновъ, назначенныхъ въ завѣщаніи, призываются къ опекѣ опекуны законные, т. е. имѣющіе право принять опеку въ силу самого закона. Въ этомъ случаѣ говорятъ объ опекѣ законной (*tutela legitima*). Всѣ законодательства знаютъ этотъ видъ опеки, но примѣняютъ его не въ одинаковой мѣрѣ. Прусское законодательство различаетъ такое призваніе къ опекѣ, которое возможно въ силу одного закона безъ посредства суда и при участіи послѣдняго. Перваго вида опека имѣетъ весьма ограниченное приложеніе. Такая опека принадлежитъ отцу въ опредѣленныхъ случаяхъ, дѣду внѣбрачнаго дитяти его дочери и начальнику воспитательнаго дома по отношенію къ питомцамъ его (*Deenburg*, III, стр. 226—229). Чрезъ посредство суда имѣютъ право въ силу закона быть призванными къ опекѣ: 1) усыновитель, 2) мать, 3) дѣдъ съ отцовской стороны, 4) дѣдъ съ материнской стороны.

По Саксонскому уложенію, при отсутствіи распоряженія объ избраніи опекуна, онъ назначается изъ родственниковъ несовершеннолѣтняго, въ томъ порядкѣ, какъ они призываются къ законному наслѣдованію (§ 1890). Слѣдовательно, призываются всѣ наслѣдоспособные.

Въ Австрійскомъ уложеніи такой порядокъ: сначала призывается къ опекѣ дѣдъ съ отцовской стороны, потомъ мать, потомъ бабушка отцовская, а потомъ прочіе родственники съ предпочтеніемъ мужчинъ и старшихъ по возрасту (§ 198).



По Общегерманскому уложению въ силу закона призываются къ опеѣ: дѣдъ со стороны отца, потомъ дѣдъ со стороны матери. Но помимо этого порядка, преимущественное право на опеку надъ замужней женщиной имѣетъ мужъ, а надъ вѣбрачнымъ ребенкомъ его мать (§§ 1776, 1778).

По Французскому праву къ опеѣ призываются восходящіе по близости степеней родства. При равенствѣ степеней, предпочтительное право имѣетъ восходящій отцовской стороны. При равенствѣ степеней между отцовскими восходящими (прадѣдами), дѣдъ отца съ отцовской стороны предпочтается, потому что онъ носитъ то же имя, что и несовершеннолѣтній. При равенствѣ степеней между восходящими материнскими, кого выбрать — рѣшаетъ семейный советъ (ст. 402—404). Такое же постановленіе даетъ и Итальянское уложеніе: по закону опека принадлежитъ дѣду съ отцовской стороны, а потомъ дѣду съ материнской стороны (ст. 244).

У насъ, вопреки исторической традиціи, допускавшей значительное участіе родственниковъ въ опеѣ, законная опека развита весьма слабо и по общему праву не идетъ дальше родителей, которымъ принадлежитъ право на опеку, если въ завѣщаніи опекуна не назначено (Зак. гр. 229). Опека надъ имуществомъ, дошедшимъ въ собственность малолѣтнимъ дѣтьми, при жизни ихъ родителей, принадлежитъ также родителямъ: отцу, а если его нѣтъ, или ему не можетъ быть предоставлена, матери (ст. 226, 231). Но родитель долженъ раздѣлять опеку съ соопекуномъ, если таковой будетъ назначенъ въ завѣщаніи (ст. 230). Правило закона, что родители-опекуны должны удовлетворять общепекунской гдности, имѣетъ отношеніе только къ обязанностямъ по управленію имуществомъ дѣтей. Въ личныхъ обязанностяхъ и отношеніяхъ къ послѣднимъ они независимы отъ опекунскихъ учреждений, которыя не въ правѣ ни устранить ихъ отъ попеченія о личности дитяти, ни контролировать это попеченіе: тутъ они дѣйствуютъ какъ родители, а не какъ опекуны (ст. 226, 229 тоже говорятъ объ опеѣ надъ имуществомъ, ср. ст. 161, 178, 179).

Только по мѣстнымъ законамъ Черниговской и Полтавской губ. и другіе родственники, кромѣ родителей, имѣютъ



право на опеку, а именно: 1) родные старшіе братья; 2) дяди и другіе родственники съ отцовской стороны; 3) таковыя же со стороны матери; 4) замужнія родственницы по мужскому колѣну; 5) такія же по женскому колѣну. Замужнія женщины не иначе допускаются къ опекѣ, какъ вмѣстѣ съ мужьями и подъ общою ихъ отвѣтственностью (ст. 232).

3. Опека по назначенію. Если нѣтъ опекуна призваннаго распоряженіемъ родителей и не можетъ имѣть мѣсто опека законная, опекунъ назначается опекунскими властями (t. dativa). Прусскій уставъ и Общегерманское уложеніе согласно постановляютъ, что опекунскій судъ долженъ по этому поводу выслушать мнѣніе сиротскаго совѣта, призывая къ опекѣ прежде всего родственниковъ и свойственниковъ и обращая вниманіе при выборѣ опекуна на личное положеніе, имущественный достатокъ, а также и на религіозныя его вѣрованія (Dernburg, III, стр. 229, 230. Ул. § 1779). Подобныя же постановленія относительно качествъ опекуна даетъ и Австрійское уложеніе (§ 199). Наоборотъ, Саксонское оставляетъ безъ подробныхъ опредѣленій (§§ 1891, 1894). Французскій и италіанскій законъ, говоря объ опекѣ по назначенію, съ положительной стороны качествъ опекуна не опредѣляютъ (франц. ст. 405, итал. ст. 245). По Швейцарскому кодексу въ опекуны назначаются предпочтительно родственники опекаемаго (ст. 380).

По нашему закону точно также примѣняется опека правительственная, когда опекуна въ завѣщаніи не назначено или это назначеніе окажется недѣйствительнымъ, а равно, когда лица, призываемыя къ опекѣ по закону, (т. е. родители) откажутся принять опеку, разумѣя опеку надъ имуществомъ, такъ какъ въ личной опекѣ нѣтъ надобности, разъ родители или хоть одинъ изъ нихъ живы и сохраняютъ родительскую власть (ст. 164 и слѣд., ст. 229—231). Нашъ законъ, въ противоположность западно-европейскому праву, при назначеніи опекуна, не вмѣняетъ въ обязанность дѣлать выборъ прежде всего изъ родственниковъ: опекуны могутъ быть опредѣляемы какъ изъ родственниковъ, такъ и изъ постороннихъ (ст. 254); но едва ли изъ лицъ другаго сословія, а не того, къ которому принадлежитъ малолѣтній, какъ думаютъ нѣкоторые: это противорѣчило бы общей идеѣ сословности,



положенной въ основаніе нашихъ постановленій объ опеѣ. Съ положительной стороны требованія отъ назначаемаго въ опекуны опредѣляются такъ: это должно быть лицо, отъ котораго можно ожидать надлежащей заботливости о здоровьи, содержаніи и воспитаніи малолѣтняго и вообще отеческаго о немъ попеченія (ст. 256), требованія, которыхъ не рѣшился поставить ни одинъ западно-европейскій кодексъ, конечно, не въ виду нежелательности ихъ, а въ виду трудной исполнимости.

4. Причины, освобождающія отъ принятія опеки и исключаящія право на нее. Принятіе опеки есть общегржданская обязанность. Поэтому самовольно уклоняться отъ исполненія опекунскихъ обязанностей нельзя. Всѣ законодательства указываютъ на достаточныя причины, освобождающія отъ опекунской обязанности, и во всѣхъ (нами цитируемыхъ) законодательствахъ указываются въ значительной степени одинаковыя причины: такъ извѣстныя роды службы признаются извиняющими причинами — военная служба (прусс., австр., сакс., итал.), духовная (австр., сакс., франц., по послѣднему и нѣкоторыя должности гражданской службы), вообще государственная служба (сакс., австр.), а по итал. ул. служба внѣ государства (послы). По Швейцарскому Улож. отъ принятія опеки могутъ отказаться: члены союзныхъ—совѣта и суда, канцлеръ союза и другія должностныя лица, указанные кантонами (ст. 383), преклонный возрастъ—свыше 60 лѣтъ (прусс., общегерм., сакс., австр., франц., итал., швейц.), многосемейность—болѣе пяти дѣтей (прусс., общегерм., австр., сакс., франц., итал., швейц.), за вѣдываніе уже одной опекой (прусс., по общегерм., и швейц. — двумя опеками, — австр., сакс., франц., итал.), болѣзнь (прусс., общегерм., франц., итал., швейц.) отдаленность мѣста жительства отъ мѣста опеки (прусс., общегерм., итал.); по нѣкоторымъ законодательствамъ могутъ устраниваться отъ опеки женщины (прусс., общегерм., италіан.—имѣющія право на опеку, какія—см. ниже, по саксонскому—бабушка малолѣтняго), а также тѣ, отъ которыхъ опекунскій судъ требуетъ обезпеченія (прусс., общегерм.)<sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> См. Dernburg. III, стр. 232—233. Общегерм. ул., §§ 1785, 1786. Сакс. ул. § 1897. Австр., § 192. Франц., ст. 427, 434—436. Итал., ст. 273, 274. Швейц. ст. 383.



Тѣмъ, которые безъ достаточныхъ причинъ отказываются отъ принятія опеки, нѣкоторыя законодательства угрожаютъ значительнымъ штрафомъ (по прусск. и общегерм. улож. до 300 марокъ, Dernburg, стр. 233. Общегерманское ул., § 1788) и отвѣтственностью передъ малолѣтнимъ за причиненный вредъ (общегерм. ул. § 1788).

Составляетъ ли принятіе опеки, съ точки зрѣнія нашего закона, гражданскую обязанность—рѣшить трудно. Есть по этому поводу постановленіе въ Уставѣ Врачебномъ, по которому управляющіе аптеками увольняются отъ выбора въ опекуны, буде сами на принятіе сего званія не изъявляютъ согласія (т. XIII, ст. 57). Въ практикѣ нашей не установился взглядъ на обязательность принятія опеки.

Кромѣ лицъ самоустраняемыхъ отъ опеки, есть не малое число лицъ, не допускаемыхъ къ опекѣ самимъ закономъ, какъ неспособныхъ. И здѣсь большое согласіе между законодательствами.

Одни такихъ причинъ неспособности знаютъ больше, другія—меньше. Вотъ разрядъ лицъ, признаваемыхъ неспособными къ принятію опеки: 1) несовершеннолѣтніе или находящіеся сами подъ опекой, вслѣдствіе извѣстныхъ причинъ (прусск., австр., сакс., швейц., по общегерманскому улож. и состоящіе подъ попечительствомъ вслѣдствіе глухоты, слѣпоты, нѣмоты и другихъ физическихъ недостатковъ, вообще недѣеспособные и состоящіе подъ законнымъ прещеніемъ по слабоумію, расточительности или вслѣдствіе пьянства); 2) лица, объявленныя несостоятельными должниками (прусск., общегерм.), лица, которыя по судебному приговору лишены почетныхъ правъ и преимуществъ (прусск., общегерм., швейц.); 3) лица, устраненныя отъ опеки родителями малолѣтняго (прусск., австр.); 4) лица, ведущія безпорядочный образъ жизни (прусск., швейц.); 5) принадлежащія къ духовнымъ орденамъ (австр.); 6) иностранцы (австр.); 7) лица, отъ которыхъ нельзя ожидать хорошаго попеченія ни о лицѣ, ни объ имуществѣ малолѣтняго (австр.); 8) находящіеся во враждѣ или тяжбѣ съ послѣднимъ или во враждѣ съ его родителями (австр., швейц.) и 9) женщины, кромѣ матерей и бабокъ (прусск., австр., саксон.). По Саксонскому улож. мужья не могутъ быть опекунами своихъ женъ, а вотчимы



— опекунами своихъ пасынковъ и падчерицъ. По Швейцарскому Улож. не могутъ быть опекунами тѣ, чьи интересы сталкиваются съ интересами подопечнаго<sup>1)</sup>.

Романскія законодательства, сходясь въ общемъ въ разсматриваемомъ вопросѣ съ германскими, различаютъ неспособность, т. е. легальную невозможность (*incapacité*), не происходящую отъ вины лица, и устраненіе (*exclusion*), имѣющее основаніе въ личныхъ дѣйствіяхъ, вмѣняемыхъ лицу въ вину. Неспособны къ опеѣ: 1) малолѣтніе; 2) находящіеся подъ законнымъ прещеніемъ (*interdits*); 3) женщины, кромѣ матери и бабокъ, а по Итал. улож. и родныхъ незамужнихъ сестеръ, и 4) имѣющіе тяжбу съ малолѣтными или ихъ родителями. Устраняются отъ опеки: 1) присужденные къ безчестящему наказанію; 2) лица, завѣдомо неодобрительнаго поведенія; 3) тѣ, которые при завѣдываніи дѣлами, обнаружили неспособность или внушили недовѣріе, могутъ быть не только не допущены, но и устранены отъ опеки; по Италіанскому уложенію, сверхъ того: тѣ, которые оказались виновными въ злоупотребленіи властью при отправленіи опекунскихъ обязанностей, тѣ, которые не способны управлять (расточители, слабоумные) и банкроты, не возстановленные въ правахъ (франц., ст. 442—444. Итал., 268, 269).

Нашъ законъ въ общемъ не допускаетъ къ опеѣ тѣхъ же лицъ, что и западно-европейскіе кодексы (хотя и возбуждаетъ своими постановленіями нѣкоторыя недоумѣнія), а именно: 1) расточившихъ собственное и родительское имѣніе. Надо ли это «и» понимать, какъ соединительное: нужно ли расточить не только свое, но еще и родительское состояніе, чтобы не имѣть права на опеку, или достаточно сдѣлать одно изъ двухъ? Полагаемъ, что довольно и одного, такъ какъ отъ такихъ лицъ нельзя ожидать «добронравнаго воспитанія», какъ требуетъ законъ (ст. 256). Равно, въ силу такихъ же соображеній, не требуется формальнаго признанія лица расточителемъ. 2) «Имѣющихъ явные и гласные пороки» — понятія не совсѣмъ опредѣленные; вѣроятно, тутъ надо

<sup>1)</sup> Dernburg, III, стр. 230, 231. Австр. §§ 191—193. Саксон., §§ 1885—1887. Общегерм., §§ 1780, 1781. Швейц. ст. 384.



разумѣть, какъ и въ западно-европейскомъ правѣ, вообще лицъ неодобрительнаго поведенія. 3) Лишенныхъ по суду всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и даже нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ. 4) Извѣстныхъ суровыми своими поступками (понятіе тоже не совсѣмъ точное). 5) Имѣвшихъ ссору съ родителями малолѣтняго (сюда можетъ подойти и тяжба). Въ силу этого могутъ быть не допущены къ опекамъ устраненные родителями въ завѣщаніи. 5) Несостоятельныхъ (ст. 256).

Въ Черниговской и Полтавской губ., сверхъ того, не допускаются иностранцы и не имѣющіе собственнаго имущества, достаточнаго къ обезпеченію опеки (ст. 258). Однако въ виду того, что перечисленію неспособныхъ предшествуетъ постановленіе о наличности вообще нравственныхъ качествъ (о которыхъ рѣчь была выше), можно согласиться со взглядомъ сената, что перечисленіе неспособныхъ, сдѣланное въ статьѣ, не имѣетъ исчерпывающаго значенія (рѣш. прав. сен., 85/106, 95/50).

Вышеуказаннымъ условіямъ должны удовлетворять всѣ опекуны, въ томъ числѣ и родители, когда имъ поручается опека надъ «дошедшимъ малолѣтнимъ дѣтямъ имуществомъ» (ст. 229).

## § 50.

### **вв) Открытіе опеки и назначеніе опекуна.**

Для того, чтобы лица, способныя отправлять опекунскія обязанности, были привлечены къ нимъ, надо, чтобы опека открылась и опекунъ былъ назначенъ. Вообще о назначеніи опекуновъ заботится самъ опекунскій судъ, безъ просьбы съ чьей-либо стороны (сакс., § 1884, австр., § 190, 200, общегерм. ул., § 1774). По Австрійскому уложенію, законъ возлагаетъ на родственниковъ малолѣтняго или его домашнихъ и административныхъ, общинныхъ или церковныхъ властей извѣщать объ этомъ судъ (§ 189). По французскому праву забота о назначеніи опекуна возлагается на семейный совѣтъ. Этотъ совѣтъ созывается или по инициативѣ родственниковъ малолѣтняго, или его кредиторовъ,



или вообще заинтересованныхъ лицъ, или *ex officio*—мировыми судьями; наконецъ, всякій посторонній можетъ сообщить судѣ о необходимости назначенія опеки (ст. 405, 406). По Италіанскому уложенію чиновникъ, завѣдывающій веденіемъ актовъ гражданскаго состоянія, получившій извѣстіе о смерти лица, оставившаго малолѣтнихъ дѣтей, долженъ сейчасъ же извѣстить объ этомъ претора, который, по наведеніи соотвѣтственныхъ справокъ, созываетъ семейный совѣтъ (ст. 250). По Швейцарскому уложенію должностныя лица, завѣдывающія веденіемъ актовъ гражданскаго состоянія, административныя власти и суды обязаны извѣщать опекунскія учрежденія о возникновеніи необходимости назначенія опеки (ст. 368).

Когда опека открылась и опекунъ избранъ, онъ долженъ быть назначенъ. При назначеніи опекунъ обязывается опекунскимъ судомъ къ рачительному и добросовѣстному завѣдыванію опекой. Въ удостовѣреніе чего опекунъ (по прусскому и общегерманскому праву), въ замѣнъ присяги, долженъ ударить по рукамъ. О своемъ назначеніи онъ получаетъ свидѣтельство. По французскому праву опекунъ вступаетъ въ отправленіе своей должности со дня своего назначенія, если оно состоялось въ его присутствіи, если же нѣтъ, со дня сообщенія ему объ этомъ. По Швейцарскому улож. сверхъ извѣщенія опекуна о его назначеніи, объ этомъ публикуется въ официальной газетѣ. (Общегерм. улож., §§ 1790, 1791. Австр., §§ 200, 205, 206. Сакс., § 1901. Франц., ст. 418. *Dernburg*, стр. 230, Швейц. ст. 387).

Какъ мы видѣли, законодательства колеблются, при рѣшеніи вопроса о томъ, кому должна быть предоставлена инициатива назначенія опеки: одни предоставляютъ право инициативы всякому заинтересованному, даже всякому желающему, другія—лишь опредѣленнымъ властямъ и лицамъ. Нашъ законъ принадлежитъ къ этой второй категоріи законодательствъ. У насъ дворянская опека и сиротскій судъ въ вѣдѣніе и управленіе сиротскихъ дѣлъ вступаютъ: 1) по увѣдомленію дворянскаго предводителя или городского головы объ осиротѣвшихъ малолѣтнихъ дѣтяхъ ихъ вѣдомства; 2) по увѣдомленію ближнихъ родственниковъ, либо свойственниковъ малолѣтняго, или по свидѣтельству двухъ



постороннихъ лицъ и приходскаго священника, и 3) по увѣдомленію высшаго или равнаго имъ присутственнаго мѣста (ст. 250).

— Нѣтъ сомнѣнія, что опекунскія учрежденія, и не получивъ увѣдомленія отъ указанныхъ лицъ и учреждений и освѣдомившись помимо ихъ о необходимости открытія опеки, должны уже въ силу того, что на нихъ законъ возложилъ обязанность вѣдать опекунское дѣло, учредить опеку. Вообще, въ видахъ обезпеченія интересовъ малолѣтняго, страдающаго отъ несвоевременнаго назначенія опеки (оставленіе его безъ призора, расхищеніе имущества), слѣдовало бы возможно расширить кругъ лицъ, имѣющихъ право возбуждать вопросъ о назначеніи опеки. Избравъ опекуна по своему усмотрѣнію или утвердивъ назначеннаго въ завѣщаніи, или призываемаго къ опекѣ въ силу закона, опекунское мѣсто выдаетъ ему указъ, какъ актъ, легитимирующий опекуна. Въ этомъ актѣ перечисляются и важнѣйшія обязанности опекуна (ст. 251, 261).

## § 51.

### гг) Обязанности опекуна.

Они слагаются изъ попеченія о лицѣ и объ имуществѣ питомца.

1. Попеченіе о лицѣ. Задача опеки—замѣнить сиротѣ, по возможности, родительское попеченіе; поэтому разъ кто-нибудь изъ родителей живъ, по общему правилу опекунъ устраняется отъ надзора надъ лицомъ малолѣтняго или дѣлать надзоръ съ родителемъ. Если же родителей нѣтъ или имъ не можетъ быть поручена забота о дитяти, опекунъ надѣляется, въ большей или меньшей степени, родительскими правами. Такъ по прусскому праву, заботу о лицѣ малолѣтняго опекунъ дѣлитъ съ матерью перваго, а опекунъ даетъ необходимыя на воспитаніе средства. Но если воспитаніе малолѣтняго не поручено матери, то право воспитанія принадлежитъ полностью опекуну, въ томъ числѣ и право принимать дисциплинарныя мѣры по отношенію къ питомцу. Определеніе призванія питомца предоставлено тоже опекуну, съ



правомъ обжалованія опекунскому суду (Dernburg, III, стр. 233—234). Почти буквально тоже повторяетъ и Обще-германское уложеніе, прибавляя, что опекунъ можетъ быть устраненъ опекунскимъ судомъ отъ религіознаго воспитанія опекаемаго, если онъ не одного съ послѣднимъ вѣроисповѣданія. Равно опекунскій судъ можетъ предписать, чтобы опекаемый былъ помѣщенъ на воспитаніе въ подходящую семью или въ воспитательное или исправительное заведеніе. За всѣмъ этимъ имѣетъ надзоръ семейный совѣтъ общины (§§ 1800, 1801, 1631—1633, 1838, 1850). Въ Австрійскомъ уложеніи точно также говорится о преимущественномъ правѣ матери на воспитаніе дитяти; количество издержекъ на содержаніе его опредѣляетъ судъ, черпая средства изъ доходовъ имущества малолѣтняго и лишь въ крайнемъ случаѣ расходуя капиталъ; если же сирота совсѣмъ безъ средствъ, то судъ старается склонить состоятельныхъ родственниковъ малолѣтняго помочь ему, а если это невозможно, отдать въ домъ призрѣнія бѣдныхъ. Если опекунъ самъ завѣдываетъ воспитаніемъ малолѣтняго, то въ важныхъ случаяхъ онъ обязанъ обращаться за разрѣшеніемъ въ опекунскій судъ.

Малолѣтній долженъ быть почтительнымъ и послушнымъ по отношенію къ опекуну (въ исключительныхъ случаяхъ опекунъ можетъ ходатайствовать предъ надлежащими властями объ отдачѣ въ исправительное заведеніе питомца, не поддающагося другимъ мѣрамъ исправленія). Но, въ свою очередь, питомецъ, его родственники и даже посторонніе могутъ заявлять властямъ, если опекунъ злоупотребляетъ своими полномочіями или не исполняетъ своихъ обязанностей въ дѣлѣ попеченія о малолѣтнемъ (§§ 216—221).

Саксонское уложеніе нѣсколько болѣе стѣсняетъ свободу опекуна. Родъ воспитанія, будущее призваніе малолѣтняго и сумму расхода на его содержаніе опредѣляетъ опекунскій судъ, по выслушаніи опекуна, а относительно опредѣленія призванія и самого малолѣтняго. Въ остальномъ, что касается участія матери въ опекѣ, назначенія средствъ на содержаніе и дисциплинарныхъ мѣръ, въ томъ числѣ и отдачи въ исправительное заведеніе, уложеніе постановляетъ тоже, что и предыдущія законодательства (§§ 1922—1925).



По французскому праву на опекуна лежитъ обязанность воспитанія малолѣтняго, онъ избираетъ ему карьеру съ согласія и подъ надзоромъ семейнаго совѣта, опредѣляющаго и размѣръ потребныхъ на содержаніе малолѣтняго расходовъ. Опекунъ не имѣетъ права самъ примѣнять дисциплинарныя мѣры по отношенію къ питомцу, которыя предоставлены отцу, но по его уважительной жалобѣ семейный совѣтъ можетъ подвергнуть малолѣтняго заключенію (ст. 450, 468. См. Laurent: Cours élémentaire de droit civil, p. 379, 380).

По италіанскому уложенію опекунъ долженъ заботиться о томъ, чтобы малолѣтній былъ воспитанъ и приготовленъ къ роду дѣятельности сообразно его собственному желанію (если ему исполнилось 10 лѣтъ) и постановленію семейнаго совѣта, который принимаетъ во вниманіе экономическое и социальное положеніе питомца. Малолѣтній долженъ почитать опекуна и повиноваться ему. Въ видѣ крайней дисциплинарной мѣры совѣтъ можетъ съ разрѣшенія суда помѣстить питомца въ исправительное заведеніе. Съ другой стороны, питомецъ въ случаѣ обнаруженнаго опекуномъ злоупотребленія властью или пренебреженія своими обязанностями, можетъ принести жалобу въ семейный совѣтъ (ст. 278, 279, 280, 291).

По Швейцарскому улож. на обязанности опекуна лежитъ установить порядокъ содержанія и воспитанія подопечнаго. Для осуществленія этой цѣли ему принадлежатъ такія же права какъ и родителямъ, но при содѣйствіи опекунскихъ учрежденій (ст. 405).

Что касается нашего закона, то онъ въ вопросѣ относительно попеченія объ «особѣ» малолѣтняго не отличается достаточной точностью, опредѣленностью и полнотою. Въ этомъ отношеніи обязанности опекуна отмѣчаются лишь общими чертами, которыя показываютъ, что опекунъ долженъ заботиться о физическомъ, нравственномъ, религіозномъ и умственномъ воспитаніи малолѣтняго и о приготовленіи его къ жизни сообразной его состоянію, т. е. сословному (общественному) положенію, но «всегда трудолюбивой, умѣренной и безмятежной». Вообще же законъ ждетъ отъ опекуна «отеческаго къ малолѣтнему попеченія» (ст. 263, 265). Онъ долженъ заботиться о сохраненіи здоровья питомца, о нрав-



ственномъ развитіи и объ удаленіи отъ дурнаго развращающаго вліянія окружающей его среды, о преподаніи ему правилъ той вѣры, въ которой онъ родился.

Что касается умственного развитія посредствомъ образованія, то для сего питомецъ можетъ быть отданъ или въ общественное училище, или частнымъ лицамъ, людямъ добродѣтельнымъ, или въ частное учебное заведеніе, или обучаемъ дома учителями: «которые имѣли бы въ своихъ познаніяхъ и поведеніи опредѣленное законами свидѣтельство»,—предосторожность, указывающая на недовѣріе законодателя къ непатентованной учености. Такимъ образомъ опекуну предоставлена значительная свобода сравнительно съ западно-европейскими законодательствами въ дѣлѣ воспитанія малолѣтняго. Онъ самолично рѣшаетъ вопросъ о призваніи малолѣтняго и о необходимыхъ для воспитанія его издержкахъ. Мы видѣли, что на Западѣ въ этихъ случаяхъ привлекаются высшія опекунскія власти. И дѣйствительно, рѣшать такой важный вопросъ для всей будущности малолѣтняго, какъ выборъ его призванія, едва ли благоразумно предоставлять усмотрѣнію одного опекуна: тутъ возможна и ошибка, и недостаточное усердіе. Опекуну покажется, напримѣръ, что если онъ своего питомца-дворянина опредѣлитъ въ кадетскій корпусъ, то онъ какъ нельзя лучше исполнитъ свою обязанность, а быть можетъ мальчикъ и по состоянію здоровья и по своимъ склонностямъ совсѣмъ не пригоденъ для военной карьеры. Вотъ тутъ бы и нужно было привлеченіе родственниковъ для рѣшенія этого вопроса. И здѣсь въ особенности сказывается недостатокъ организаціи нашихъ опекунскихъ учрежденій, совершенно исключающихъ участіе въ нихъ родственниковъ подопечнаго. Правда, что опекуны должны въ представляемыхъ ими отчетахъ опекунскимъ учрежденіямъ сообщать свѣдѣнія о содержаніи и воспитаніи малолѣтняго, а эти учрежденія должны наблюдать, чтобы онъ получалъ пристойное содержаніе и воспитаніе (ст. 286—287). Но это, во-первыхъ, бумажный отчетъ, а во-вторыхъ, не касается самаго главнаго, перваго момента—избранія способа образованія и воспитанія.

Нельзя признать также всегда рѣшающимъ обстоятельствомъ, при разсмотрѣніи вопроса объ образованіи малолѣт-



няго принадлежность къ тому или другому сословію (состоянію). Часто, конечно, это вѣрный выходъ; но бываетъ и такъ, что родители-дворяне жили, по выраженію поэта, «долгами» и кромѣ нихъ ничего не оставили своему сыну. Какъ тутъ воспитывать его по-дворянски. Поэтому болѣе точная мѣрка—воспитаніе должно быть дано сообразно средствамъ малолѣтняго и его общественному положенію.

Къ числу попеченій объ особѣ малолѣтняго надо отнести право опекуна давать согласіе на бракъ опекаемаго (ст. 6) и отыскивать законное удовлетвореніе въ личной обидѣ, малолѣтнему нанесенной (ст. 265).

Управленіе имуществомъ малолѣтняго. Въ вопросѣ объ управленіи имуществомъ малолѣтняго замѣчается разница между законодательствами въ отправной точкѣ зрѣнія. По общему нѣмецкому праву опекунъ управляетъ имуществомъ малолѣтняго по собственному усмотрѣнію и подѣ своею отвѣтственностью. Этому взгляду слѣдуютъ саксонское и прусское право. По французскому и италіанскому кодексамъ, хотя управленіе опекой во всемъ объемѣ и предоставлено опекуну, однако же онъ не только находится подѣ надзоромъ семейнаго совѣта и опекуна-блюстителя, но семейный совѣтъ имѣетъ право руководить управленіемъ, давая соотвѣтственные указанія, а по обстоятельствамъ и самостоятельно дѣйствуя. Общегерманское уложеніе въ извѣстной мѣрѣ избрало средній путь: съ одной стороны (въ согласіи съ другими нѣмецкими законодательствами) оно не допускаетъ непосредственнаго вмѣшательства опекунскаго суда въ дѣло управленія опекой, даже и по праву надзора, но, съ другой стороны, ставитъ самостоятельности опекуна извѣстныя границы, не только вмѣняя ему въ обязанность для совершенія многихъ дѣйствій предварительно испрашивать согласія опекунскаго суда (§§ 1821—1823), но и предоставляя этому суду право требовать во всякое время доставленія свѣдѣній о положеніи дѣлъ опеки и личности опекаемаго (§ 1839)<sup>1)</sup>. Въ этомъ же родѣ даетъ постановленія и Швейцарское уложеніе, требующее для заключенія сдѣлокъ, вы-

<sup>1)</sup> «Denkschrift zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches». II B., s. 360—362.



ходящихъ за предѣлы обыкновенныхъ потребностей хозяйства и управленія согласія опекунскихъ учреждений, а въ болѣе важныхъ и органовъ опекунскаго надзора (ст. 421, 422).

Дѣятельность опекуна по управленію имуществомъ малолѣтняго слагается изъ мѣръ по опредѣленію состава этого имущества и изъ актовъ управленія.

Въ первомъ отношеніи законодательства (общегерманское, австрійское, французское, италіанское и швейцарское) требуютъ прежде всего составленія описи имуществу. По прусскому праву отецъ въ качествѣ законнаго опекуна освобождается отъ составленія описи.

Что касается за симъ самаго завѣдыванія имуществомъ, то самолично (безъ участія опекунскихъ властей) опекуну предоставляется только совершеніе дѣйствій, относящихся къ управленію и то въ извѣстныхъ предѣлахъ. Такъ, по прусскому законодательству опекунъ имѣетъ право распоряжаться текущими доходами (процентами, рентой, дивидендомъ, наемной платой) и вообще наличными деньгами (Dernburg, стр. 241). По Общегерманскому уложенію ему предоставляется право получать самому въ качествѣ удовлетворенія по обязательству всѣ виды предметовъ, если они не заключаются въ деньгахъ или цѣнныхъ бумагахъ, а денежное удовлетвореніе, не превышающее 300 марокъ; равно не требуется согласія опекунскихъ властей, если возвращаются деньги, помѣщенные самимъ же опекуномъ, если они составляютъ доходъ отъ имущества опекаемаго или возмѣщеніе издержекъ (§ 1813).

Опекунъ продолжаетъ также веденіе принадлежащаго малолѣтнему предпріятія; на это онъ можетъ быть снабженъ опекунскимъ судомъ общимъ уполномочіемъ; онъ заступаетъ малолѣтняго въ процессѣ, въ томъ числѣ при понудительномъ исполненіи, онъ соглашается на всѣ безвозмездныя пріобрѣтенія въ пользу питомца (принятіе дара, наслѣдства)<sup>1)</sup>

Австрійское уложеніе требуетъ при управленіи имуществомъ малолѣтняго внимательности честнаго и хорошаго хозяина (§ 228). Онъ долженъ сберегать находящееся въ его

<sup>1)</sup> Endemann: «Einführung in das Studium d. Bürgerlichen Gesetzbuches» II B., стр. 961, 962.



опекѣ имущество, въ томъ числѣ драгоцѣнности и важныя документы сдать въ судъ на храненіе. Изъ наличныхъ денегъ онъ долженъ хранить у себя не болѣе того, сколько нужно на покрытіе текущихъ расходовъ по воспитанію малолѣтняго и по веденію хозяйства. Остальное должно идти на какое-нибудь полезное употребленіе (на удовлетвореніе долговъ, если они есть), и на приращеніе изъ процентовъ (посредствомъ отдачи въ публичныя кассы или въ частныя руки подъ вѣрное обезпеченіе). Для распоряженія капиталами необходимо, впрочемъ, согласіе опекунскаго суда. Остальное движимое имущество, если оно не нужно малолѣтнему и не можетъ быть выгодно эксплуатировано, должно быть продано (§§ 229—231, 235). Вообще же опекунъ можетъ самостоятельно дѣйствовать лишь въ предѣлахъ обычнаго веденія хозяйства (§ 233).

Аналогичныя постановленія и въ Саксонскомъ уложеніи. Опекунъ долженъ прежде всего сберегать имущество питомца; драгоцѣнности сдавать на храненіе въ судъ, постройки содержать въ надлежащемъ порядкѣ. Управляя, онъ долженъ сообразоваться съ распоряженіемъ родителей, если къ тому не встрѣчается препятствій. Движимыя вещи, которыя безъ опасности и ущерба не могутъ быть сохранены, опекунъ обязанъ отчудить. Денежныя суммы должны быть обращаемы на покупку саксонскихъ бумагъ или сравненныхъ съ ними по закону процентныхъ бумагъ, или отдаваемы въ займы для приращенія изъ процентовъ подъ вѣрную ипотеку или иное обезпеченіе (§§ 1926, 1931, 1933, 1934, 1940).

Постановленія романскихъ законодательствъ по разсматриваемому предмету напоминаютъ постановленія германскихъ и во многомъ сходны съ послѣдними. Впрочемъ, постановленій, опредѣляющихъ самостоятельныя права опекуна, весьма немного. Французскій законъ говоритъ: опекунъ управляетъ имуществомъ малолѣтняго, какъ хорошій хозяинъ (ст. 450). Поэтому всѣ права, лично предоставленныя ему, принадлежатъ какъ администратору. Въ качествѣ администратора онъ обязанъ прежде всего сберечь довѣренное ему въ управленіе чужое имущество, слѣдовательно, опекунъ можетъ заключать и договоры о наймѣ на срокъ, однако не болѣе 9 лѣтъ. Сюда должно быть отнесено право получать



доходы, платить долги питомца и помѣщать свободные капиталы. (См. Laurent, Cours élém., т. I, стр. 389—375, Colmet de Santerre, Manuel élémentaire de droit civil., т. I, стр. 179—180).

Такого же взгляда на права опекуна держится и италіанское законодательство (ст. 296, 297).

Болѣе важныя обязанности по управленію имуществомъ опекунъ отправляетъ подъ надзоромъ и съ согласія опекунскихъ властей. Низшую изъ такихъ властей по романскимъ законодательствамъ и по нѣкоторымъ германскимъ (прусское, общегерманское) составляетъ опекунъ-блюститель, обязанность котораго, съ одной стороны, надзоръ надъ дѣятельностью опекуна, а съ другой — дача разрѣшенія на совершеніе нѣкоторыхъ сдѣлокъ. Сначала нѣсколько словъ объ опекунѣ-блюстителѣ.

Въ пользу желательности назначенія сверхъ опекуновъ-управителей еще и опекуновъ-блюстителей приводятъ слѣдующія соображенія. Для опекуна весьма важно имѣть вблизи себя лицо, у котораго онъ имѣть бы поддержку и могъ бы попросить въ нужныхъ случаяхъ совѣта.

Съ другой стороны, предоставленіе опекуну-блюстителю права давать въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшеніе на совершеніе опекуномъ сдѣлокъ можетъ облегчить опекунскій судъ и упростить завѣдываніе опекой. И для опекунскаго суда важно, прежде чѣмъ дать опекуну разрѣшеніе на совершеніе извѣстнаго дѣйствія, имѣть мнѣніе опекуна-блюстителя («Мотивы къ Общегерманскому улож.» т. IV, стр. 1031).

Но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя не сказать, что опекунъ-блюститель можетъ оказаться тормозомъ для опекуна-управителя, и вообще многочисленность контролеровъ нерѣдко только способствуетъ уменьшенію дѣйствительнаго надзора. Одно изъ двухъ: или опекунъ заслуживаетъ довѣрія—тогда ему не нужна нянька; или же не заслуживаетъ—тогда онъ долженъ быть смѣщенъ.

По прусскому праву для силы всѣхъ распоряженій опекуна, которыя могутъ повлечь за собою уменьшеніе капитальной стоимости имущества малолѣтняго, требуется согласіе опекуна-блюстителя, въ особенности для отчужденія цѣнныхъ бумагъ, полученія капиталовъ, для снятія или умень-



шенія обезпеченія требованія по обязательству (Dernburg, стр. 240). По общегерманскому праву (которое требует назначенія опекуна-блюстителя при сложномъ управленіи опекаемыхъ имуществъ) помѣщать деньги малолѣтняго указаннымъ въ законѣ способомъ (о которомъ была рѣчь выше), а равно требовать обратно опекунъ можетъ лишь съ согласія опекуна-блюстителя (§§ 1792, 1809, 1810). Такое-же согласіе необходимо для распоряженія правомъ по обязательству или другимъ правомъ, въ силу котораго опекаемый можетъ требовать удовлетворенія, и также цѣнными бумагами опекаемаго. Если опекунъ-блюститель не назначенъ, то его согласіе замѣняется разрѣшеніемъ опекунаго суда (§ 1812).

Саксонское и Австрійское уложенія опекуновъ-блюстителей не знаютъ, а по Французскому и Италіанскому уложеніямъ опекуны-блюстители суть органы надзора и въ управленіи имуществомъ не вмѣшиваются.

Для болѣе важныхъ распоряженій, касающихся капитальной стоимости имущества малолѣтняго и вообще для распоряженій, выходящихъ изъ обычнаго теченія хозяйственныхъ дѣлъ, необходимо разрѣшеніе опекунаго суда.

По Общегерманскому уложенію сюда причисляются: всѣ распоряженія относительно поземельныхъ участковъ или правъ на недвижимости, распоряженія, имѣющія предметомъ своимъ имущество въ цѣломъ, или открывшееся наслѣдство, или пріобрѣтеніе, открытіе, закрытіе, либо отчужденіе промышленнаго предпріятія, договоры объ отдачѣ питомца въ обученіе или въ услуженіе болѣе чѣмъ на годъ, заемъ, заключеніе мировой сдѣлки, если предметъ сдѣлки стоитъ болѣе 300 марокъ, снятіе или уменьшеніе обезпеченія по сдѣлкѣ, назначеніе прокуриста (§§ 1821—1823). Почти тождественныя постановленія даютъ по этому предмету и законодательства: прусское (Dernburg, стр. 241—243), австрійское (§§ 232—233), саксонское (§§ 1931, 1932, 1939, 1941, 1942).

Французское и Италіанское уложенія держатся въ общемъ такого же воззрѣнія въ данномъ случаѣ, какъ и германскія, но только распредѣляютъ сдѣлки, требующія разрѣшенія опекунской власти, между семейнымъ совѣтомъ и судомъ.



Согласія семейнаго совѣта требуютъ слѣдующіе юридическіе акты: принятіе или отказъ отъ наслѣдства или дара, возбужденіе или отказъ отъ недвижимаго иска (т. е. иска, касающагося права на недвижимость), возбужденіе иска о раздѣлѣ имущества, отчужденіе безтѣлесной движимости, стоимость которой не превосходитъ 1,500 франковъ, превращеніе въ бумаги на предъявителя именныхъ бумагъ малолѣтняго такой же стоимости, ходатайство о заключеніи малолѣтняго съ цѣлью исправленія (ст. 461—468).

Италіанское уложеніе требуетъ разрѣшенія семейнаго совѣта для слѣдующихъ юридическихъ актовъ: для полученія капиталовъ или отдачи ихъ въ ростъ, для согласія на залогъ или ипотеку, для отчужденія недвижимости или движимости (исключая плодовъ и предметовъ, подверженныхъ скорой порчѣ); для пріобрѣтенія этихъ имуществъ, кромѣ предметовъ, необходимыхъ для домашняго хозяйства или для управленія имѣніемъ, для заключенія договоровъ объ отдачѣ имущества малолѣтняго въ наймы болѣе чѣмъ на девять лѣтъ, для уступки или передачи долга, для принятія или отказа отъ наслѣдства, для совершенія раздѣла, для заключенія мировой сдѣлки и для возбужденія исковъ въ судѣ (кромѣ посессорныхъ). Но для актовъ о продажѣ, залогѣ, ипотекѣ имущества малолѣтняго, о мировой сдѣлкѣ, раздѣлѣ, а равно о продолженіи дѣйствія промышленнаго заведенія требуется, сверхъ заключенія семейнаго совѣта, еще утвержденіе суда (ст. 296, 299, 301). Постановленія Швейцарскаго уложенія по этому предмету въ общемъ сходны съ выше изложенными постановленіями другихъ законодательствъ. Первая обязанность: храненіе въ надежномъ мѣстѣ цѣнныхъ вещей, другія движимыя вещи, если того требуетъ интересъ опекаемаго, подлежатъ продажѣ. Деньги или помѣщаются въ указанный правительственный банкъ или обращаются въ цѣнныя бумаги, одобренныя опекунскимъ учрежденіемъ. Для совершенія важнѣйшихъ хозяйственныхъ операцій и юридическихъ актовъ требуется согласіе опекунскихъ учрежденій, какъ-то: для продажи, купли и залога недвижимости, для тѣхъ-же сдѣлокъ относительно другихъ имущественныхъ цѣнностей, если это не входитъ въ кругъ обычнаго теченія хозяйства, для заключенія договора аренды



на срокъ свыше года, для заключенія займа, для выдачи векселя, для веденія судебного процесса, при раздѣлѣ наследства, при объявленіи несостоятельности, при помѣщеніи опекаемаго въ учебное или лечебное заведеніе (ст. 421). Сверхъ этого требуется согласіе органа опекунскаго надзора: для усыновленія опекаемаго, для принятія наследства или отказа отъ него, для объявленія опекаемаго совершеннолѣтнимъ (ст. 422).

Къ правамъ и обязанностямъ опекуна принадлежитъ также представительство за малолѣтняго не только въ сдѣлкахъ, но и въ процессѣ. (Прусск. *Depburg*, т. III, стр. 236, общегерм. § 1793, австр. §§ 243, 244, саксон. § 1910, франц. ст. 450, итал. ст. 277, швейц. ст. 407).

Обращаемся къ нашему законодательству. Наше законодательство, какъ и разсмотрѣнныя, требуетъ прежде всего отъ опекуна приведенія въ извѣстность наличнаго состава поручаемаго ему имущества, т.-е. описи его, которая совершается вмѣстѣ съ членомъ опекунскаго учрежденія и одинъ экземпляръ ея вносится въ это учрежденіе, а другой остается у опекуна (ст. 266). Опись необходима въ виду будущей сдачи имущества, при окончаніи опеки.

Засимъ другія обязанности опекуна, что касается завѣдыванія имуществомъ питомца, относятся или къ управленію этимъ имуществомъ или къ распоряженію имъ. Управление требуетъ прежде всего сбереженія имѣющагося. Поэтому движимыя вещи должны храниться въ мѣстахъ удобныхъ и безопасныхъ (ст. 268, но страховка имущества не обязательна), а строенія («нужныя и полезныя») должны быть своевременно исправляемы (ст. 270, п. 2).

Что касается собственно управленія, то оно должно быть ведено такъ, какъ ведется хорошимъ хозяиномъ: «чтобы доходы малолѣтняго собираемы были въ надлежащее время, а расходы производились безъ излишества», (ст. 273), или: «чтобы доходы получались сполна, а государственные сборы были выплачиваемы въ свое время бездоимочно» (ст. 269). Поэтому опекунъ прилагаетъ попеченіе не только о томъ, чтобы поддержать *status quo*, но чтобы статьи доходовъ



«были распространяемы и чтобы дѣла малолѣтняго приведены были по возможности въ лучшее положеніе (ст. 270, п. 1 и 4). За тѣмъ, насколько опекунъ проявляетъ хозяйственной опытности и усердія и приноситъ ли его опекунство дѣйствительную «пользу, а не гибель и разореніе» малолѣтнему, обязаны слѣдить опекунскія инстанціи и принимать соотвѣтствующія мѣры (ст. 287 и 289).

Къ функціямъ управленія принадлежитъ также и извлеченіе доходовъ съ имущества посредствомъ отдачи его въ наймы. Однако же въ виду того, что по достиженіи 17 лѣтъ, самъ питомецъ вступаетъ въ управленіе своимъ имѣніемъ, опекунъ не имѣетъ права сдать находящееся въ опекѣ имущество на срокъ, который оканчивался бы уже по достиженіи подопечнымъ 17 лѣтъ. Отдача въ наемъ на срокъ болѣе продолжительный возможна только съ разрѣшенія правительствующаго сената, которое испрашивается опекунскими учрежденіями черезъ губернатора (ст. 277, прим. 1 и ст. 1692<sup>1</sup>).

Болѣе стѣсненъ опекунъ въ правѣ распоряженія. Изъ движимыхъ вещей онъ имѣетъ право самостоятельно отчуждать только подверженныя скорой порчѣ. Остальныя могутъ быть отчуждаемы только въ опредѣленно закономъ указанныхъ случаяхъ и опредѣленнымъ порядкомъ: а именно, если это необходимо для уплаты долговъ, лежащихъ на наслѣдствѣ малолѣтняго или для его содержанія, или, если онѣ составляютъ товаръ того лица, отъ котораго перешли къ малолѣтнему и притомъ съ разрѣшенія сената, испрашиваемаго вышеуказаннымъ (относительно аренды) способомъ (ст. 272).

Продажа всякаго имущества малолѣтнихъ совершается опекунами подъ наблюденіемъ дворянскихъ опекуновъ и сиротскихъ судовъ (ст. 277, п. 4).

Иностранныя законодательства, какъ мы упоминали выше, въ общемъ идутъ дальше нашего: нѣкоторыя изъ нихъ предписываютъ продавать всю движимость малолѣтняго, а не только не удобосохраняемую (итал. ст. 290, австр. § 231).

Еще ограниченнѣе право опекуна по отчужденію недвижимости. Оно возможно лишь въ слѣдующихъ положительно указанныхъ въ законѣ случаяхъ: а) при раздѣлѣ между наслѣдниками — совершеннолѣтними или малолѣтними; б) для



платежа доставшихся малолѣтнему вмѣстѣ съ наслѣдственнымъ имѣніемъ долговъ; в) когда имѣніе даетъ убытокъ или строеніе совершенно ветхо. Продажа возможна только съ разрѣшенія сената, которое испрашивается опекунскими учрежденіями черезъ губернатора, обязаннаго дать по этому поводу заключеніе (ст. 277, п. 3).

Относительно отчужденія принадлежащихъ малолѣтнимъ крестьянамъ имуществъ постановлено: вещи, подверженныя порчѣ, отчуждаются опекуномъ, съ разрѣшенія сельскаго схода, прочія движимости и недвижимыя имущества могутъ быть отчуждаемы по приговорамъ сельскихъ обществъ, утвержденнымъ губернскимъ присутствіемъ, а въ мѣстностяхъ, гдѣ не введено Положенія о земскихъ начальникахъ—одобренныхъ мѣстнымъ уѣзднымъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ, а гдѣ эти присутствія не открыты—сѣздомъ мировыхъ посредниковъ и губернскимъ по крестьянскимъ дѣламъ присутствіемъ (ст. 51, п. 4 примѣч. по продолж. 1890 г. особ. прил. къ IX т. Св. Зак.).

При этомъ оказывается, что контроля надъ распоряженіями схода почти не существуетъ, а обычаю дано слишкомъ широкое примѣненіе, что даетъ поводъ къ произвольнымъ, ничѣмъ не оправдываемымъ дѣйствіямъ («Проектъ устава объ опекахъ» стр. 126, 127).

Продажа принадлежащихъ малолѣтнимъ духовнаго званія движимыхъ имуществъ и строеній, возведенныхъ не на собственной землѣ, разрѣшается епархіальнымъ начальствомъ, а на продажу земель и другихъ, кромѣ вышеупомянутыхъ, недвижимыхъ имуществъ (кромѣ случаевъ, перечисленныхъ въ п. 3 ст. 277 зак. гр., т.-е. когда разрѣшается продажа недвижимыхъ имуществъ сиротъ не духовнаго званія) требуется разрѣшеніе св. Синода (уст. дух. конс. изд. 1884 г., ст. 80).

Относительно распоряженія денежными капиталами нашъ законъ предоставляетъ опекуну значительно большую свободу, нежели западно-европейскія законодательства. Такъ, онъ не только можетъ совершать на нихъ всякія хозяйственныя операціи по своему усмотрѣнію («употреблять на торги, промыслы и тому подобное», ст. 267) и отдавать для приращенія процентами въ государственныя кредитныя уста-



новленія или обращать въ государственныя процентныя бумаги, а также облигаціи или долговыя обязательства акціонерныхъ обществъ, уставами которыхъ это дозволено, но и отдавать въ частныя руки подъ вѣрныя залоги или заклады и даже подъ векселя (ст. 268), и все это опекунъ въ правѣ совершать самостоятельно, не испрашивая предварительно разрѣшенія опекунскихъ властей. Если принять во вниманіе, что вексель не даетъ обезпеченія и что и сами опекуны не обязаны представлять имущественнаго обезпеченія, вступая въ управленіе имуществомъ подопечнаго, то нельзя удивляться, что нерѣдко капиталы малолѣтнихъ изъ рукъ опекуна въ руки послѣднихъ не возвращаются.

Нельзя не отмѣтить также замѣчательной непослѣдовательности закона: для отчужденія нѣсколькихъ сажень земли требуется разрѣшеніе сената, а для распоряженія крупными денежными суммами не требуется даже согласія дворянской опеки или сиротскаго суда. На практикѣ дѣло иногда поправляется тѣмъ, что опекунскія учрежденія по собственному почину предписываютъ опекуну распоряжаться деньгами только извѣстнымъ порядкомъ, напримѣръ, отдавать только подъ первую закладную.

Не такъ свободно полученіе денегъ малолѣтняго изъ кредитныхъ установленій. Оно возможно только по требованію опекунскихъ учрежденій, признанному уважительнымъ и утвержденному губернаторомъ (ст. 268).

Опекунъ стѣсненъ также въ правѣ кредитоваться отъ имени малолѣтняго: только въ крайнихъ случаяхъ дворянская опека можетъ разрѣшить опекуну, если онъ представитъ ей уважительныя доказательства о невозможности уплатить изъ доходовъ имѣнія малолѣтняго процентовъ на долговую сумму, выдавать, съ согласія кредиторовъ, новыя не выше сихъ процентовъ, заемныя обязательства (ст. 275, прим.).

Тѣмъ менѣе дозволительны займы подъ залогъ имѣній малолѣтняго. Для заключенія ихъ требуется разрѣшеніе сената. Мы видѣли, что и иностранныя законодательства дозволяютъ опекуну кредитоваться отъ имени малолѣтняго тоже съ предосторожностями — съ разрѣшенія опекунскихъ властей.



По нашимъ гражданскимъ законамъ опекуну принадлежитъ также право изъявлять согласіе или несогласіе на принятіе наслѣдства (ст. 1257), что тоже по западно-европейскимъ законодательствамъ считается, и съ основаніемъ, дѣломъ, превышающимъ его личную компетенцію: принятіе наслѣдства, въ особенности у насъ, при несуществованіи ограниченной отвѣтственности наслѣдниковъ за долги наслѣдодателя—дѣло большой важности и такой вопросъ слѣдовало бы сдѣлать вопросомъ, подлежащимъ обязательному рѣшенію опекунскихъ учреждений. Предоставленный самому себѣ, одинъ опекунъ, чтобы избѣжать отвѣтственности, не уяснивъ точно экономического состава наслѣдственной массы, откажется отъ выгоднаго наслѣдства, другой, напротивъ, неблагоразумно рискуя, приметъ наслѣдство, обремененное долгами. Въ обоихъ случаяхъ пострадаютъ интересы малолѣтняго. Наконецъ, опекуну принадлежитъ право судебного представительства за малолѣтняго (зак. гр. ст. 265, 274, 282; уст. гражд. суд., ст. 19. См. мои «Очерки гражданск. судопр.», стр. 76 — 78).

## § 52.

### дд) Вознагражденіе опекуновъ.

Хотя опекунская обязанность считается общегражданскою, тѣмъ не менѣе большинство законодательствъ признаетъ возможнымъ назначать опекунамъ, въ той или другой мѣрѣ, вознагражденіе (только во французскомъ и итальянскомъ мы не находимъ постановленій по этому поводу). По прусскому праву, хотя исполненіе опекунскихъ обязанностей вообще безвозмездно, но вознагражденіе можетъ быть назначено завѣщателемъ, оставившимъ малолѣтнему имущество или опекунскимъ судомъ, если управленіе имуществомъ слишкомъ сложно (Dernburg, стр. 238, 239). По Саксонскому уложенію, кромѣ случая назначенія гонорара завѣщателемъ, допускается требованіе такового, если опекунъ исполнялъ обязанности повѣреннаго (§§ 1954—1956). По Австрійскому уложенію судъ можетъ назначить старательнымъ опекунамъ изъ чистаго дохода соотвѣтственное ежегодное вознагражде-



ніе, которое, однако-же, не должно превышать пяти процентов чистаго дохода и во всякомъ случаѣ, не свыше четырехъ тысячъ гульденовъ въ годъ. Но если имущество малолѣтняго такъ незначительно, что ежегодныя сбереженія очень малы или ихъ совсѣмъ нѣтъ, то опекуну, сохранившему имущество въ цѣлости или проявившему особенную заботливость по призрѣнію малолѣтняго, судъ можетъ въ концѣ опеки назначить соотвѣтственное вознагражденіе (§§ 266, 267). По Общегерманскому уложенію опекунъ завѣдуетъ опекою безвозмездно. Опекунскій судъ можетъ, однако же, назначить соразмѣрное вознагражденіе опекуну и, по особымъ основаніямъ, также опекуну-блюстителю. Вознагражденіе должно быть назначаемо только тогда, когда это оправдывается размѣрами имущества опекаемаго и сложностью обязанностей опекуна (§ 1836).

По Швейцарскому уложенію опекунскія учрежденія назначаютъ опекуну вознагражденіе за каждый отчетный періодъ, соразмѣрно съ трудомъ опекуна и доходамъ опекаемаго (ст. 416).

По нашему закону за труды свои опекуны получаютъ изъ доходовъ малолѣтняго всѣ вмѣстѣ пять процентовъ ежегодно, а въ Черниговской и Полтавской губерніяхъ изъ дѣйствительно собранныхъ чистыхъ съ того имѣнія доходовъ десять процентовъ (ст. 284, 285). Такимъ образомъ, наше законодательство, въ противоположность западно-европейскимъ, опредѣляетъ вознагражденіе опекуну единообразно, считаясь только съ состояніемъ хозяйства малолѣтняго, а не съ мѣрой усердія опекуна. Такой способъ опредѣленія вознагражденія проще, но едва-ли справедливѣе перваго.

Въ практикѣ нерѣдко являлось сомнѣніе — слѣдуетъ ли 50/0 вычислять съ валоваго или чистаго дохода. Едва ли можно сомнѣваться, что исчисленіе должно идти съ чистаго дохода. Обыкновенно, при словѣ «доходъ» разумѣется доходъ чистый и если идетъ рѣчь о доходѣ съ издержками, то прибавляется валовой доходъ. Впрочемъ, и сенатская практика послѣдняго времени склонна исчислить вознагражденіе опекуновъ съ чистаго дохода. (Кас. рѣш. 80 г. / 45, общ. собр. 88 г. / 10).



## § 53.

**ее) Надзоръ надъ опекунами.**

Надзоръ проявляется прежде всего въ обязанности опекуновъ представлять отчетъ о своей дѣятельности опекунскимъ властямъ. Безотчетныя опеки вообще не допускаются. По Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch опекуны обязаны представлять опекунскому суду ежегодный отчетъ объ управленіи имуществомъ опекаемаго, хотя судъ можетъ разрѣшить представленіе отчетовъ за болѣе продолжительные періоды, впрочемъ, не болѣе трехъ лѣтъ. Въ отчетѣ должны быть показаны доходы и расходы, прибыль и убыль имущества и должны быть приложены оправдательные документы. Если въ составъ имущества входитъ торговое предпріятіе, по которому ведутся торговые книги, то вмѣсто отчета достаточно предьявленія баланса, выведеннаго по этимъ книгамъ. Отчетъ предьявляется сначала опекуну-блюстителю, а отъ него идетъ въ опекунскій судъ, который повѣряетъ отчетъ и по особымъ основаніямъ можетъ предписать опекуну, чтобы онъ обезпечилъ цѣлость подлежащаго его управленію имущества, но опекунъ имѣетъ право просить тогда объ отставкѣ. По требованію опекунскаго суда опекуны во всякое время обязаны доставлять свѣдѣнія о положеніи дѣлъ опеки и о личности опекаемаго. Даже отцу, управляющему дѣтскимъ имуществомъ, опекунскій судъ можетъ предписать дать отчетъ въ управленіи (§§ 1839—1844, 1786, п. 6).

Почти тождественныя постановленія даетъ и прусское законодательство, послужившее здѣсь прототипомъ для Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Dernburg, стр. 245, 246). Подобныя же постановленія даетъ и Австрійское уложеніе. Отъ представленія отчета опекунъ можетъ быть освобожденъ судомъ, наследодателемъ и, наконецъ, пришедшимъ въ совершенный возрастъ питомцемъ. Представленный отчетъ провѣряется судомъ, для чего, если понадобится, приглашаются эксперты. Въ концѣ опеки представляется общій отчетъ и выдается опекуну удостовѣреніе въ томъ, что онъ велъ управленіе честно и добросовѣстно (§§ 238, 239, 262. См. J. Krainz: «System d. Österreichischen Allgem. Privat-



rechts», II В., стр. 458). По Саксонскому уложению назначенъ двоякій отчетъ: годичный и окончательный со сдачей имущества. Родители не могутъ освободить опекуна отъ обязанности представлять отчетъ (§§ 1950—1953). Французскій кодексъ обязываетъ всякаго опекуна сдать окончательный отчетъ, равно представлять свѣдѣнія по опекѣ и въ теченіи опеки, опекуну-блюстителю, отъ послѣдней обязанности освобождаются отецъ и мать. Всякое соглашеніе, касающееся опеки, между опекуномъ и несовершеннолѣтнимъ питомцемъ, по достиженіи имъ совершеннолѣтія, считается недѣйствительнымъ, если, по крайней мѣрѣ, за десять дней передъ соглашеніемъ питомцу не будетъ предоставлено окончательнаго отчета и документовъ, его подкрѣпляющихъ (ст. 469 и сл.), предосторожность съ цѣлью обезпечить представленіе дѣйствительнаго, а не фиктивнаго отчета со стороны опекуна. Подобныя-же постановленія даетъ и Италіанскій кодексъ: каждый опекунъ обязанъ представлять ежегодный отчетъ, который, по разсмотрѣніи его однимъ изъ членовъ семейнаго совѣта, препровождается претору. Только дѣды съ отцовской и материнской стороны освобождаются отъ представленія отчетовъ ежегодныхъ, но отчеты окончательные обязательны для всѣхъ опекуновъ и всякое соглашеніе объ освобожденіи отъ отчетности недѣйствительно (ст. 302 и сл.).

По Швейцарскому кодексу опекунъ долженъ вести отчетъ о своемъ управленіи и представлять его опекунскому учрежденію въ указанные имъ сроки или по крайней мѣрѣ каждые два года (ст. 413).

Въ связи съ отчетностью стоитъ и отвѣтственность опекуна, какъ общепризнанное законодательствами требованіе. По прусскому праву опекунъ долженъ проявлять, при завѣдываніи опекой, заботливость хорошаго хозяина и въ этихъ предѣлахъ несетъ отвѣтственность. Если же онъ не исполнилъ особенной возложенной на него обязанности, то онъ отвѣчаетъ даже и за случайный вредъ. Специально упоминается о воспрещеніи опекуну вступать въ сдѣлки съ малолѣтнимъ безъ замѣны перваго другимъ лицомъ (Dernburg, стр. 238—240). По Общегерманскому уложенію опекунъ отвѣчаетъ передъ опекаемымъ за вредъ, причиненный нарушеніемъ своихъ обязанностей, если съ его стороны была допущена



вина. Это правило относится и къ опекуну-блюстителю. Въ случаѣ затраты опекуномъ въ свою пользу денегъ, принадлежащихъ опекаемому, онъ обязанъ исчислять на нихъ проценты со времени ихъ затраты (§§ 1833—1834). По Саксонскому уложенію опекунъ отвѣчаетъ за умышленную вину и за отсутствіе той заботливости, какую онъ обыкновенно прилагаетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ (§ 1949). Напротивъ, по Австрійскому уложенію онъ отвѣчаетъ за отсутствіе внимательности честнаго и дѣятельнаго хозяина, а также за неудачный выборъ завѣдомо неспособныхъ исполнителей его хозяйственныхъ распоряженій (§§ 228, 264). Французскій кодексъ говоритъ: опекунъ долженъ управлять имуществомъ малолѣтняго какъ подобаетъ хорошему хозяину и отвѣчаетъ за вредъ и убытки, которые могутъ произойти отъ плохого управленія (ст. 450). Эта отвѣтственность обеспечивается легальной ипотекой, которую имѣетъ малолѣтній на имуществѣ опекуна. Аналогичныя постановленія даетъ и Италіанскій кодексъ (ст. 277, 292).

По Швейцарскому уложенію опекунъ и члены опекунскихъ учрежденій обязаны соблюдать правила заботливаго управленія и отвѣчаютъ за причиненный ими умышленный или по небрежности убытокъ (ст. 426), а если они не покрыли убытки, то отвѣчаетъ кантонъ (ст. 427).

Нашъ законъ представленіе отчета тоже считаетъ непремѣннымъ условіемъ всякой опеки, даже и въ лицѣ родителей (родители управляютъ имуществомъ несовершеннолѣтнихъ дѣтей на правѣ опекунскомъ, ст. 180, 294). По законамъ Черниговской и Полтавской губ., гдѣ родители пользуются бѣльшими правами, и тамъ отецъ управляетъ дѣтскимъ имуществомъ на правѣ опекунскомъ и лишь не даетъ отчета въ вырученныхъ доходахъ. Слѣдовательно, обязанъ представлять таковой, что касается сохраненія капитальной стоимости, мать же подчиняется общимъ правиламъ объ отчетности (ст. 295).

Нашъ Сводъ требуетъ двухъ видовъ отчетовъ—періодическихъ по прошествіи каждаго года (непремѣнно въ январѣ мѣсяцѣ) и общаго по окончаніи опеки, т.-е. когда несовершеннолѣтній придетъ въ возрастъ или умретъ (ст. 286). Отчеты (разумѣется, съ оправдательными документами) пред-



ставляются въ порядкѣ подчиненности дворянской опеки или сиротскому суду (попечительству о бѣдныхъ духовнаго званія), которымъ принадлежитъ ревизія отчетовъ. Жалобы на дѣйствія и постановленія дворянскихъ опеки и сиротскихъ судовъ приносятся окружному суду. По поданной жалобѣ окружный судъ можетъ приостановить исполненіе обжалованнаго опредѣленія. Жалобы на постановленія окружныхъ судовъ приносятся судебной палатѣ (Зак. гр. ст. 286, т. II, ч. I ст. 1158, 1160, 1167, 1169, 1182, п. 4, 1185).

Нашъ законъ не знаетъ, такимъ образомъ, отчетовъ не срочныхъ по требованію опекунской власти, а между тѣмъ такіе отчеты иногда могутъ лучше гарантировать цѣлость имущества малолѣтняго, если, напримѣръ, опекунъ быстро его растрчиваетъ, и пока придетъ время отчета, убытки уже будутъ непоправимы. Законъ нашъ не говоритъ также о повѣркѣ имущества малолѣтняго въ натурѣ, а лишь «о бумажной» ревизіи, чего также не всегда достаточно.

Послѣдствіемъ ревизіи отчетовъ будетъ либо утвержденіе ихъ, либо требованіе дополнительныхъ свѣдѣній, либо начеть на опекуна, если сдѣланные имъ расходы будутъ признаны неправильными, либо, наконецъ, удаленіе опекуна. Ближайшаго руководства опекунскимъ учрежденіямъ по этому предмету законъ не даетъ и, слѣдовательно, при обсужденіи отчета, предоставляетъ имъ широкій просторъ. Указанія даются лишь общаго характера, чтобы «имѣніе малолѣтняго было управляемо какъ слѣдуетъ», чтобы для особы и имѣнія малолѣтняго была «польза, а не гибель и разореніе» (ст. 287). Строго говоря, при такихъ указаніяхъ опекунъ находится въ самой полной зависимости отъ взгляда опекунскаго мѣста и единственная гарантія для опекуна — право жалобы въ окружный судъ. Осторожный опекунъ, чтобы избѣжать отвѣтственности, воспользуется предоставляемымъ ему правомъ, «нужные и сомнительные случаи представлять опекунскимъ мѣстамъ съ своимъ мнѣніемъ и ожидать ихъ наставленія» (ст. 286, п. 1). Но, конечно, отъ такихъ мѣръ осторожности можетъ возникнуть и убыточность для малолѣтняго, если интересы послѣдняго требуютъ немедленнаго дѣйствія.

Съ отчетностью связана и отвѣтственность: опекуны въ случаѣ нерадѣнія или умысла отвѣчаютъ собственнымъ сво-



имъ имуществомъ (ст. 290). Какова должна быть мѣра радѣнія — нашъ законъ, въ отличіе отъ иностранныхъ законодательствъ, этого не опредѣляетъ, предоставляя, такимъ образомъ, рѣшеніе и этого вопроса усмотрѣнію опекунскихъ инстанцій и при переходѣ дѣла въ судъ,—суду, что, съ одной стороны, ставитъ опекуна въ неопредѣленное положеніе, а съ другой стороны,—въ затруднительное положеніе опекунскія и судебныя учрежденія. Есть два только относящіяся къ этому предмету точныя постановленія: если впадетъ въ несостоятельность лицо, которому отданы были въ займы капиталы малолѣтнихъ, то капиталы эти поступаютъ въ конкурсную массу, а передъ малолѣтними въ убыткахъ отвѣчаютъ опекуны (ст. 291), постановленіе, впрочемъ, являющееся слѣдствіемъ общаго правила объ отвѣтственности опекуновъ за нерадѣніе по опеку, и другое болѣе специальное, если такой капиталъ или имущество возьметъ самъ опекунъ и сдѣлается несостоятельнымъ, то взятое имъ въ конкурсную массу не поступаетъ, но сохраняется малолѣтнимъ сполна (Зак. гр., ст. 292; уст. суд. торг., ст. 560, 561 и ср. ст. 599).

Въ свою очередь, члены дворянскихъ опеку и сиротскихъ судовъ отвѣчаютъ за вредъ, причиненный ихъ нерадѣніемъ, неосмотрительностью и медленностью и иски на нихъ предъявляются въ судебной палатѣ по мѣсту нахожденія опеки (т. II, ст. 1170, 1185).

## *II. Прекращеніе опеки.*

Прекращеніе опеки возможно въ двухъ видахъ: въ видѣ прекращенія полнаго, безусловнаго или въ видѣ прекращенія относительнаго, условнаго. Вполнѣ опека прекращается вслѣдствіе наступленія извѣстныхъ причинъ на сторонѣ опекаемаго. А именно: 1) вслѣдствіе достиженія совершеннолѣтія или объявленія совершеннолѣтнимъ (прусс., общегерм., сакс., швейц., франц., итал., а по австрійскому праву и при дозволеніи малолѣтнему самостоятельнаго веденія извѣстнаго промысла; это же право допускаетъ возможность продленія опеки и послѣ достиженія совершеннолѣтія); 2) въ случаѣ смерти (тѣ-же законодательства) или объявленія умершимъ по



безвѣстному отсутствію (прусс., общегерм.); 3) вслѣдствіе поступленія подъ отцовскую власть—по случаю узаконенія, усыновленія или возстановленія этой власти (прусс., австр., сакс., общегерм.).

Относительно, вслѣдствіе прекращенія обязанностей опекуна, опека прекращается: 1) въ случаѣ смерти опекуна (прусс., австр., общегерм., сакс., швейц., франц., итал.); 2) признанія его недѣеспособнымъ (тѣ-же закон.); 3) отставки или увольненія (тѣ-же закон.), что можетъ наступить или по винѣ опекуна (небрежности, неспособности, австр. § 254, сакс. §§ 1974, 1978, общегерм. § 1886), или помимо вины (вслѣдствіе наступленія причинъ, оправдывающихъ ходатайство опекуна объ отставкѣ—австр. § 257, сакс. § 1976, общегерм. § 1889); 3) выхода замужъ подопечной (австр. § 175, сакс. § 1969); 4) выхода замужъ опекунши (матери—австр. § 255, сакс.—матери и бабки § 1977).

Слѣдствія прекращенія опеки: прекращеніе права заступать малолѣтняго и управлять его имѣніемъ, представленіе окончательнаго отчета, сдача имѣнія, возвращеніе уполномочія, выдача опекуну удостовѣренія въ исполненіи имъ своихъ обязанностей, возвращеніе залоговъ его, если они были представлены (Dernburg, стр. 248—251, австр. §§ 249—263, сакс. §§ 1964—1980, общегерм. §§ 1882—1895, швейц. ст. 451—456. См. также Krainz, II, 463 и сл., Laurent, I, 400, 401. Gianturco, Istit. di dir. civile, 84).

По нашему законодательству опека прекращается вполнѣ: въ случаѣ смерти опекаемого или достиженія имъ совершеннолѣтія, т. е. 17 лѣтъ (ст. 220). Хотя, по достиженіи 14-лѣтняго возраста, малолѣтній можетъ испросить себѣ попечителя, но такъ какъ этотъ попечитель остается «съ такими же качествами, какъ объ опекунахъ предписано» (ст. 219), то здѣсь въ дѣйствительности прекращенія опеки нѣтъ. Эмансипаціи нашъ законъ не знаетъ, равно и вступленіе подопечнаго въ бракъ не увеличиваетъ его имущественной дѣеспособности.

Что касается усыновленія несовершеннолѣтнихъ сиротъ, состоящихъ подъ опекою, то усыновитель, пріобрѣтая право родителя, получаетъ право и на управленіе имуществомъ усыновленнаго на правѣ опекунскомъ (ст. 156<sup>1</sup>, 180).



Относительно, т. е. на сторонѣ опекуна опека прекращается: въ случаѣ смерти его, сумасшествія, безвѣстнаго отсутствія или въ случаѣ увольненія по распоряженію опекунской власти. Здѣсь, кромѣ обнаруженной виновности опекуна въ недостаточности попеченія или не надлежащемъ попеченіи о лицѣ и объ имуществѣ малолѣтняго, могутъ быть приняты во вниманіе и тѣ измѣненія въ личномъ положеніи опекуна, которыя законъ ставитъ препятствіемъ для назначенія въ опекуны: объявленіе несостоятельнымъ, признаніе расточителемъ или лишеніе, либо ограниченіе правъ (ст. 256).

Прекращеніе опеки влечетъ за собою представленіе окончательнаго отчета и сдачу имущества согласно описи, составленной при назначеніи опекуна. Конечно, такая сдача не мыслима въ случаѣ прекращенія опеки вслѣдствіе смерти, сумасшествія и безвѣстнаго отсутствія опекуна, вѣрнѣе, тогда обязанность эта переходитъ на наслѣдниковъ его и на опекуновъ его самого.

## § 54.

### Б. Попечительство.

Попечительство (сига) построено не на одинаковыхъ началахъ въ законодательствахъ романскихъ и германскихъ.

Попечительство у романскихъ народовъ не есть институтъ, чрезъ который долженъ обязательно пройти всякій подопечный, какъ то установлено нашимъ закономъ. По романскимъ кодексамъ попечительство имѣетъ, въ извѣстной мѣрѣ, случайный характеръ. Попечитель назначается только эмансипированному несовершеннолѣтнему (франц., ст. 480, итал., ст. 314), а эмансипація наступаетъ только или по желанію родителей (по достиженіи малолѣтнимъ 15 л. Франц. код., ст. 477), или по усмотрѣнію семейнаго совѣта (въ 18 л.; по италіанскому кодексу въ обоихъ случаяхъ въ 18 л., ст. 311). Въ силу закона эмансипація имѣетъ мѣсто, лишь при вступленіи въ бракъ несовершеннолѣтняго (франц., ст. 476, итал., ст. 310).

Эмансипированный въ личномъ отношеніи признается самостоятельнымъ, въ имущественномъ—онъ ведетъ самъ



свое хозяйство, а попечитель только вспомоществуетъ ему, даетъ согласіе въ указанныхъ закономъ случаяхъ, и въ предѣлахъ этой авторизаціи попечитель отвѣчаетъ за свои дѣйствія. Въ имущественныхъ дѣлахъ эмансипированному доступны всѣ акты, касающіеся исключительно управленія (*puce administration*, франц., ст. 481, итал., ст. 317), а именно: онъ можетъ сдавать въ наймы свое имущество срокомъ до 9 лѣтъ, нанимать у другихъ, получать доходы, возбуждать движимые иски (тѣ-же ст.).

Съ согласія попечителя онъ имѣетъ право: принять отчетъ по опеку, выступать на судѣ въ искахъ о недвижимости, получать капиталы, за надлежащимъ помѣщеніемъ которыхъ обязанъ слѣдить попечитель (франц., ст. 482, итал., ст. 318).

Кромѣ согласія попечителя, требуется еще согласіе семейнаго совѣта и утвержденіе суда для актовъ распоряженія: для совершенія займа, установленія ипотеки, отчужденія недвижимости, заключенія мировой сдѣлки, принятія наслѣдства по описи и отказа отъ него (франц., ст. 483, 484, итал., ст. 319, 301).

По Швейцарскому улож. опекаемому можетъ быть разрѣшено опекунскимъ учрежденіемъ (открыто или молчаливо) заниматься самостоятельно опредѣленной профессіей или ремесломъ. Въ такомъ случаѣ онъ можетъ совершать необходимыя для этого сдѣлки и отвѣчаетъ по нимъ всѣмъ своимъ имуществомъ (ст. 412). Опекаемый можетъ съ согласія опекуна управлять имуществомъ, предоставленнымъ въ его распоряженіе или пріобрѣтеннымъ имъ собственнымъ трудомъ (ст. 414).

Попечительство прекращается на сторонѣ попечителя: въ случаѣ смерти, неспособности, удаленія или освобожденія по правиламъ, даннымъ для опекуна. На сторонѣ эмансипированнаго: въ случаѣ смерти, достиженія совершеннолѣтія и кромѣ того, по обнаруженной неспособности несовершеннолѣтняго къ самостоятельному управленію (франц., ст. 485, итал., ст. 321. См. *Gianturco*, стр. 85—87).

Въ германскихъ законодательствахъ попечительства въ римскомъ смыслѣ, какъ института, продолжающаго дѣло опе-



ки надъ несовершеннолѣтними, не сохранилось. Попечительство назначается по многообразнымъ случаямъ, какъ-то: при невозможности по фактическимъ или юридическимъ причинамъ отцу или опекуну представлять за несовершеннолѣтняго, при столкновѣніи интересовъ между послѣднимъ и первыми, вслѣдствіе тѣлеснаго недуга несовершеннолѣтняго, вслѣдствіе безвѣстнаго отсутствія, душевной болѣзни совершеннолѣтнихъ, для охраненія будущихъ правъ зачатого ребенка, въ случаѣ, когда собрано путемъ пожертвованій имущество для опредѣленной цѣли, но не возникло еще учрежденіе, которое должно осуществлять эту цѣль, или когда неизвѣстно, кто при данныхъ обстоятельствахъ является заинтересованнымъ лицомъ, напримѣръ, когда отъ наступленія будущаго событія зависитъ опредѣленіе, кто долженъ быть наслѣдникомъ и т. п. (Dernburg, стр. 251—254; австр. ул., §§ 269 и слѣд., общегерм. ул., §§ 1909 и слѣд., швейц., 392—394).

По своей основной мысли постановленія нашего законодательства о попечительствѣ ближе всего къ римскому праву: попечительство дополняетъ опеку. Въ отдѣльныхъ постановленіяхъ узаконенія Свода о попечительствѣ напоминаютъ правила Французскаго кодекса. И по нашему закону попечительство касается только охраны имущества несовершеннолѣтняго, а не его лица (ср. ст. 225). Поэтому попечитель не заступаетъ малолѣтняго, при совершеніи юридическихъ актовъ, а только восполняетъ его волю своей. Опека переходитъ въ попечительство по достиженіи несовершеннолѣтнимъ 17 лѣтъ. Съ этого времени онъ пріобрѣтаетъ право самостоятельнаго управленія имуществомъ (ст. 220) и, слѣдовательно, право на совершеніе всѣхъ сдѣлокъ, связанныхъ съ управленіемъ. Наоборотъ, всѣ акты распорядительные онъ можетъ совершать только съ согласія попечителя (ст. 221). Въ отдѣльности законъ указываетъ на такіа дѣйствія малолѣтняго, которыя могутъ повлечь за собою уменьшеніе капитальной стоимости его имущества: кредитованіе, распоряженіе капиталами, въ обращеніи находящимися и полученіе ихъ обратно изъ кредитныхъ установленій; на все это должно быть разрѣшеніе попечителя (ст. 220)—запрещеніе, весьма близко напоминающее французскій законъ, въ



томъ числѣ и что касается распоряженія полученными капиталами.

Этой вразумительности и ясности постановленій нашего закона препятствуетъ воспрещеніе несовершеннолѣтнему «совершать акты и сдѣлки какого-либо рода» (ст. 220) и ограниченіе «свободы вступать въ обязательства» до достиженія совершеннолѣтія (ст. 221). Право управленія, предоставленное 17-лѣтнему, безъ права заключать «какія-либо сдѣлки» — немыслимо. Поэтому надо это запрещеніе толковать въ связи съ основной мыслью закона: въ границахъ управленія заключеніе сдѣлокъ дозволено несовершеннолѣтнему безъ участія попечителя; за этими предѣлами — только съ согласія попечителя.

Эта спутанность закона влечетъ за собою неустойчивость и практики. Такъ нельзя сказать, чтобы наша сенатская практика въ вопросѣ о правахъ несовершеннолѣтняго стояла на принципиальной точкѣ, позволяя ему, на примѣръ, отдавать свои вещи въ залогъ (74/670), тогда какъ это актъ не управленія, а распоряженія.

Вообще законы наши о попечительствѣ и неясны, и неполны. Такъ они не говорятъ, примѣнимы-ли къ попечителямъ постановленія о недопущеніи извѣстныхъ лицъ къ опекамъ (ст. 256). Впрочемъ, принимая во вниманіе, что общая цѣль попечительства, въ существѣ, та-же, что и опеки — охрана интересовъ малолѣтняго, что хранитель этихъ интересовъ въ обоихъ случаяхъ долженъ удовлетворять однимъ и тѣмъ-же условіямъ, расточитель, несостоятельный должникъ, осужденный за преступленіе, влекущее за собою наказаніе, сопряженное съ лишеніемъ правъ, едва ли можетъ быть хорошимъ совѣтникомъ и руководителемъ несовершеннолѣтняго, какъ и заступникомъ и представителемъ малолѣтняго.

Попечитель, какъ и опекунъ, доведшій несовершеннолѣтняго до убытковъ не надлежащимъ исполненіемъ своихъ обязанностей, отвѣчаетъ за причиненный вредъ своимъ имуществомъ, въ томъ числѣ и за потерю капитала, отданнаго несовершеннолѣтнимъ съ согласія попечителя лицу, ставшему въ послѣдствіи несостоятельнымъ. Равно, капиталъ, данный несовершеннолѣтнимъ попечителю, впавшему потомъ въ не-



состоятельность, какъ и при опеѣ, въ конкурсную массу не поступаетъ (ст. 290—292).

Такъ какъ попечитель не управляетъ имуществомъ несовершеннолѣтняго, а управляетъ этотъ послѣдній, то на попечителя не лежитъ обязанность представленія отчетовъ.

Попечители назначаются опекунской властью. Законнаго попечительства Сводъ не знаетъ. Только по законамъ Черниговской и Полтавской губ. отецъ удерживаетъ въ своемъ управленіи имущество своихъ дѣтей до совершеннолѣтія послѣднихъ (ст. 295).

Но едва-ли можно сомнѣваться въ томъ, что собственникъ, даря или завѣщая несовершеннолѣтнему имущество, можетъ постановить, чтобы въ качествѣ попечителя по отношенію къ этому имуществу, было указанное имъ лицо (ст. 975, 1010, 1011).

Прекращается попечительство достиженіемъ совершеннолѣтія или смертью питомца,—смертью, отказомъ или смѣщеніемъ попечителя по распоряженію опекунскихъ властей, а равно присужденіемъ его къ наказанію, влекущему за собою лишеніе или ограниченіе правъ (ст. 256).

Постановленія нашего Свода о попечительствѣ едва ли еще не слабѣе постановленій объ опеѣ: послѣднія все же даютъ извѣстную охрану интересовъ малолѣтняго, а первыя лишаютъ ихъ этой охраны. Съ 17 лѣтъ законъ нашъ находитъ возможнымъ освободить сироту-юношу отъ всякаго надзора надъ его лицомъ и допустить къ управленію своимъ имуществомъ. Но развѣ это пора зрѣлости: въ 17 лѣтъ еще нѣтъ ни самостоятельности сужденія, ни стойкости воли. Какъ въ личномъ, такъ и въ имущественномъ отношеніи въ этомъ возрастѣ (обыкновенно совпадающемъ со временемъ ученія) полезно и необходимо разумное и авторитетное руководство. За отсутствіемъ легальнаго руководства, наступить фактическое, случайное и опытъ жизни показываетъ, что это руководство нерѣдко ведетъ къ порчѣ нравовъ малолѣтняго и къ растратѣ его имущества. Ни одно законодательство не допускаетъ такой ранней самостоятельности для несовершеннолѣтнихъ, какъ наше, и нѣтъ никакихъ достаточныхъ причинъ, которыя оправдывали бы точку зрѣнія нашего закона. Поэтому надо желать, чтобы, при измѣненіи



постановленій объ этомъ предметѣ, опека сохранялась бы, какъ и на Западѣ, до достиженіи полнаго совершеннолѣтія, и чтобы расширеніе правъ несовершеннолѣтняго до этого времени было бы не общимъ правиломъ, а вопросомъ отдѣльнаго случая, подлежащаго обсужденію опекунскихъ властей на основаніи данныхъ закономъ указаній (Ср. «Проектъ устава объ опекахъ 1890 г.», стр. 58 и сл., 160 и сл.).

---

Изложенное показываетъ, что общій ходъ развитія постановленій объ опекѣ надъ малолѣтними былъ таковъ. Въ древнее время побудительной причиной для учрежденія опеки были не столько интересы подопечнаго, сколько интересы семьи—забота о сохраненіи семейнаго имущества. Отсюда попеченіе о лицѣ малолѣтняго отходило на второй планъ, отсюда же порученіе опеки ближайшимъ родственникамъ—наслѣдникамъ малолѣтняго.

Но, съ ослабленіемъ политическаго значенія семьи въ государствѣ и съ развитіемъ сознанія, что на государствѣ лежитъ обязанность заботиться о призрѣніи сиротъ—гражданъ, опека становится учрежденіемъ правительственнымъ, находящимся подъ контролемъ и въ вѣдѣніи государства. Изъ права на опеку она переходитъ на обязанность, отъ исполненія которой можно освободиться только по указаннымъ въ законѣ причинамъ. вмѣстѣ съ тѣмъ она является цѣльнымъ институтомъ, объемлющимъ собою какъ правила попеченія объ имуществѣ малолѣтняго, такъ и объ его лицѣ.

Въ современныхъ законодательствахъ опека организована по одному изъ двухъ типовъ: или какъ учрежденіе семейно-родственное, находящееся подъ надзоромъ правительственной власти или же какъ учрежденіе правительственное. Въ новѣйшихъ кодексахъ (общегерманскомъ и швейцарскомъ), замѣчается стремленіе въ извѣстной мѣрѣ объединить оба эти начала — допустить въ правительственной опекѣ участіе родственнаго элемента и сверхъ того содѣйствіе общины. Во всякомъ случаѣ во всѣхъ законодательствахъ при законной опекѣ преимущественное право на занятіе опекунской должности принадлежитъ ближайшимъ родственникамъ



малолѣтняго. Исключеніе представляетъ нашъ законъ, который, вопреки нашему древнему праву, уравниваетъ въ этомъ случаѣ родственниковъ съ чужими.

Развившійся на римской почвѣ институтъ попечительства, служившій средствомъ восполненія не зрѣлой воли несовершеннолѣтняго, цѣльный характеръ въ современномъ правѣ (кромѣ нашего) потерялъ и является только въ исключительныхъ, закономъ указанныхъ, случаяхъ средствомъ правозаступничества не только несовершеннолѣтнихъ но и другихъ лицъ, лишенныхъ возможности самостоятельно дѣйствовать въ гражданскихъ отношеніяхъ.

