

ИСТОРИЧЕСКІЯ АНАЛОГІИ

И ТОЧКИ СОПРІКОСНОВЕНІЯ НОВЫХЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЪ

СЪ ДРЕВНИМЪ ПРАВОМЪ.

(Этюдъ по исторіи законодательства).

Профессоръ А. Н. Стояновскій.

Постановка вопроса объ историческихъ аналогіяхъ въ положительномъ правѣ двухъ совершенно различныхъ формаций есть дѣло величайшаго интереса и вмѣстѣ немалой трудности. Для многихъ, если не для всѣхъ, подобный вопросъ можетъ показаться ученою натяжкой и парадоксальнымъ положеніемъ. Тѣмъ не менѣе мы думаемъ, что въ настоящее время можно и должно намѣчать именно такіа задачи для изслѣдованія. Давно уже высказывалось мнѣніе, что науки, самыя различныя по методу и направленію, испытываютъ сходныя судьбы и переживаютъ тождественныя моменты въ своемъ развитіи. И намъ кажется, что, въ-частности, замѣчаніе это приложимо къ позднѣйшимъ судьбамъ наукъ естественныхъ и общественныхъ. Одна изъ современныхъ задачъ естествознанія заключается въ томъ, чтобы по ископаемымъ остаткамъ человѣка рѣшить: кто были прародители человѣческаго рода? Одна изъ важнѣйшихъ цѣлей современнаго обществовѣдѣнія состоитъ въ томъ, чтобы опредѣлить: изъ какихъ зачатковъ, при какихъ причинахъ и условіяхъ возникли юридическія и государственныя учрежденія, на которыхъ до

сихъ поръ держится вся новѣйшая цивилизація? Однимъ словомъ — современная наука хочетъ, съ наибольшею точностью и полнотою, опредѣлить такъ-называемые «начальные моменты» въ развитіи права и государства, восходя путемъ изслѣдованія къ первичнымъ формамъ человѣческаго общежитія. Глубоко вникая въ измѣнчивыя состоянія людей на всѣхъ ступеняхъ культурнаго ихъ развитія, обращаа серіозное вниманіе на малѣйшія подробности и даже на самыя неправильности въ общественныхъ отношеніяхъ, современное изслѣдованіе надъ прикладно-этнографическимъ матеріаломъ чуждо, по духу своему, археологической мертвенности. Едва-ли здѣсь уместны какіе-либо упреки въ любви къ произвольнымъ формуламъ и къ микрологіи, коль-скоро единственною цѣлью знанія ставится уясненіе высшихъ законовъ и условій для всей прошедшей и для всей настоящей жизни цѣлаго человечества. «Полное пониманіе общественныхъ и семейныхъ отношеній невозможно безъ изученія ихъ генезиса», замѣчаетъ Спенсеръ. И действительно, современный строй любого учрежденія (напр. брака и семьи) не дастъ возможности заключать съ вѣрностію о томъ — чѣмъ именно было то или другое учрежденіе въ своемъ прошломъ? Но за-то историческое изученіе даннаго учрежденія, въ теченіе всей его долговременной эволюціи, всегда можетъ разъяснить очень многое и въ юридическомъ строѣ, и въ социальномъ значеніи нынѣ существующаго правового института.

Но гдѣ матеріалъ для заключеній и выводовъ объ историческихъ аналогіяхъ въ положительномъ правѣ новыхъ и примитивныхъ народовъ? Какіе факты можно представить въ защиту такого тезиса?

Ищемъ же этихъ фактовъ; сведемъ ихъ, если это окажется возможнымъ, въ одну цѣльную картину. А за-тѣмъ предоставимъ каждому читателю свободу — допустить или отвергнуть то, что можно, по нашему крайнему разумію, признать за историческимъ

аналогію въ юридическомъ быту людей, которые отдѣлены другъ отъ друга коренными особенностями культуры, громадными пространствами мѣста и времени. Сосредоточимъ при этомъ вниманіе наше на нѣкоторыхъ фактахъ изъ области семейныхъ отношеній, такъ-какъ здѣсь юридическій бытъ повсюду оказывается и наиболее консервативнымъ, и наименѣе способнымъ ослаблять упругую силу переживанія стариннаго обычнаго права.

Странно было бы ошаривать у Франціи и Англіи титулъ цивилизованныхъ странъ новаго европейскаго міра. Безплоднымъ трудомъ оказалось бы усиліе отвергнуть успѣхи ихъ въ прогрессивномъ устроеніи многихъ отношеній и сторонъ какъ общественной, такъ и частной жизни. Но позволяемъ себѣ думать, что отыщутся и здѣсь въ юридическомъ быту такія черты, которыя точно выхвачены изъ какой-то чуждой культуры и вставлены искусственно въ рамку новой цивилизаціи, какъ аномалія, сближающая между собою на отдѣльныхъ пунктахъ положительное право древняго и новаго типа. А между-тѣмъ, въ данномъ случаѣ, нѣтъ и не можетъ быть никакой искусственности, никакой случайности, никакого произвола. Прошла давно уже та пора, когда на общественныя явленія смотрѣли съ точки зрѣнія внѣшняго или механическаго ихъ возникновенія изъ какой-нибудь одной, болѣе или менѣе посторонней, причины. Особенно трудно стало примѣнять къ возникновенію нормъ и учрежденій положительнаго права иную теорію, кромѣ теоріи постепеннаго, органическаго ихъ роста изъ цѣлой совокупности причинъ и условій. Не безъ остроумія кто-то замѣтилъ, что «учрежденія челоуѣческаго общежитія складываются руками людей какъ рифы изъ коралловъ, постепенно и самопроизвольно, но въ полномъ согласіи съ основными началами природы и съ потребностями существованія».

Какъ-же, спрашивается, доказать и чѣмъ объяснить намѣченныя уклопенія юридическаго быта Англіи и Франціи въ сторону,

отжившаго свой вѣкъ, примитивнаго права? Доказать такія уклоненія легче, чѣмъ можетъ показаться это съ перваго взгляда. Стоитъ только припомнить прежде всего хотя-бы нѣкоторыя частности изъ англійскаго и французскаго законодательства: разводъ. Такъ, въ Англіи, до недавнихъ и незначительныхъ измѣненій при королевѣ Викторіи, существовало во всей своей безусловной силѣ то правило, что легальнымъ основаніемъ къ разводу считается «простое нарушеніе супружеской вѣрности» со стороны жены и только квалифицированное прелюбодѣяніе со стороны мужа». Самый статутъ 1857 года, установившій, въ видахъ реформы дѣйствующаго законодательства, новую юрисдикцію для бракоразводныхъ дѣлъ, носитъ на себѣ несомнѣнные признаки древне-обычнаго неравенства супруговъ передъ закономъ, къ ущербу интересовъ жены и къ выгодѣ мужа. Въ англійскихъ правилахъ объ исковыхъ прошеніяхъ по дѣламъ о разводѣ на жену возлагается тягость доказывать, что прелюбодѣяніе мужа ея сопровождалось особенными обстоятельствами: кровосмѣшеніемъ, двоеженствомъ, бестіадностью или такою жестокостью, которая сама по себѣ можетъ служить поводомъ къ прекращенію сожитія. Между-тѣмъ для мужа достаточно указать и подтвердить доказательствами простой, неквалифицированный фактъ прелюбодѣянія жены послѣ заключенія брака¹.

¹ Въ изданіяхъ правилъ для юристовъ-практиковъ (1862 г.) читаемъ: «Any husband may present a petition to the court, praying that his marriage may be dissolved on the ground that his wife, since the celebration of it, has been guilty of adultery; or the wife may present a petition to the court, praying that her marriage may be dissolved on the ground that, since the celebration of it, the husband has been guilty of incestuous adultery, or of bigamy with adultery, or of sodomy, bestiality, or of adultery coupled with such cruelty as, without adultery, would have entitled her to divorce à mensa et thoro etc.». Въ юридическихъ статьяхъ и замѣткахъ самихъ англійскихъ правовѣдовъ можно встрѣтить, въ концѣ 70-хъ годовъ, такія сужденія: «In English law, wives may be divorced by their husbands for simple adultery, but husbands by their wives at the lowest for adulte

Такова была въ Англіи съ давнихъ поръ сущность развода—института, лишь отчасти измѣненнаго новѣйшими законоположеніями королевскихъ статутовъ. Подобный строй одного изъ важнѣйшихъ юридическихъ учрежденій Англіи представляетъ собою несомнѣнную аномалію для современной культуры; но аномалія эта возникла ничуть не искусственно или случайно. Напротивъ, это есть своего рода «коралловый наростъ на громадномъ рифѣ юридическаго быта Англіи», — быта, который удержалъ до сихъ поръ, въ качествѣ переживанія стариннаго обычнаго права, — слѣды примитивнаго и патріархальнаго неравенства мужчины и женщины передъ закономъ.

Но что найдемъ мы по данному вопросу въ Франціи, — въ странѣ, гдѣ старинное обычное право потеряло, почти цѣлое столѣтіе тому назадъ, свое прежнее формальное значеніе, гдѣ произошло кодификаціоннымъ путемъ объединеніе, или, точнѣе, гдѣ установился компромиссъ обычая съ писаннымъ правомъ въ уложеніи 1804 года? Какъ извѣстно, во французскомъ гражданскомъ кодексѣ причины прекращенія брачнаго сожитія посредствомъ развода сводятся къ тремъ главнымъ категоріямъ (*Exces, sévices, injures graves*), среди которыхъ легко отыскать прелюбодѣіе (*adultère*), какъ видовое понятіе «тяжкой обиды» (*injure grave*) для стороны пострадавшей отъ невѣрности другого супруга. Значить, во Франціи — какъ въ Англіи и повсюду въ Европѣ — сущность развода въ значительной долѣ обусловливается взглядомъ законодателя и народнымъ возрѣніемъ на прелюбодѣіе, какъ на специфическую причину для прекращенія супружескаго сожитія. Тѣмъ не менѣе, хотя въ основу французскаго кодекса положено начало равенства всѣхъ природныхъ французовъ передъ закономъ, здѣсь — въ частномъ случаѣ при-

coupled with cruelty». Мнѣнія и взгляды эти интересуютъ насъ именно потому что представляютъ характеристику англійскаго законодательства о разводѣ послѣ статута 1857 года.

дическаго построения развода — знаменитое 'начало' это оказывается невыдержаннымъ. Оказывается, что и во Франціи, отрекшейся отъ своего стариннаго аристократизма и феодализма со всѣми крайностями принципа неравенства, простое прелюбодѣяніе жены составляетъ законную причину для мужа искать развода; но лишь квалифицированное прелюбодѣяніе мужа¹ можетъ дать поводъ и законную силу иску о разводѣ со стороны жены. Мало этого: простое прелюбодѣяніе жены можетъ повлечь за собою, по заключенію лица прокурорскаго надзора, наказаніе виновной лишеніемъ свободы отъ трехъ мѣсяцевъ до одного года. И на-оборотъ: вполне доказанное и квалифицированное прелюбодѣяніе мужа ни въ какомъ случаѣ не подвергаетъ его наказанію. Наконецъ, по французскому гражданскому уложенію, мужу предоставляется своего рода право помилованія (*droit de grâces*) относительно виновной жены, если онъ заявитъ подлежащимъ властямъ о своемъ желаніи принять ее обратно въ домъ свой. Здѣсь выражается съ особенною рѣзкостью такое юридическое различіе между двумя контрагентами брачнаго договора, въ которомъ (различіи) не отыщутъ слѣдовъ принципа равенства мужа и жены передъ закономъ: наиболѣе упрямые оптимисты между юристами самой Франціи. Напротивъ, въ данномъ случаѣ усматривается полная аналогія, по принципу, между англійскимъ и французскимъ законодательствомъ, хотя въ последнемъ нѣсколько труднѣе, чѣмъ въ англійскомъ законодательствѣ, указать непосредственную связь между нынѣ дѣйствующимъ правиломъ и постановленіями средневѣковаго обычнаго права. По-видимому, составители французскаго кодекса руководились не одними только историческими вліяніями, когда отстранились, въ редакціи уложенія, отъ начала равенства между мужемъ и женою по отношенію къ раз-

¹ Когда мужъ содержитъ въ своемъ собственномъ домѣ *милкубиню*.

муду. Во всякомъ случаѣ, конечный результатъ является въ французскому подающъ несомнѣнное отклоненіе отъ культурныхъ требованій и философскихъ воззрѣній немого времени, при столь же несомнѣнномъ укоренѣніи въ удоржаніи юридическихъ понятій древнѣе тѣмъ. Здѣсь, конечно, нѣтъ тождества; но замѣчательна за-то близость, на извѣстномъ пунктѣ, законодательства современныхъ нашей эпохѣ съ системами обычнаго и писанаго права у примитивныхъ и патриархальныхъ народовъ.

Въ самомъ дѣлѣ, обычай поощряетъ воишь дисгармоніи различныхъ частей свѣта понимаятъ прелюбодѣянiя лишь въ одностороннемъ смыслѣ строго-наказуемого преступленія. Женѣ онъ не опредѣляетъ никакой ответственности за нарушение супружеской вѣрности какою-либо мужемъ. Въ такому случаю приводитъ изученіе обширнаго матеріала, собраннаго и провѣреннаго многими предшественниками новейшей школы этнографовъ, историковъ культуры и социологовъ. Тамъ, не говоря уже о политическомъ и колониальномъ племенихъ средней Азии, Африки и Америки, однородное воззрѣніе на прелюбодѣянiя и на послѣдствія его относительно прекращенія брака господствуетъ даже въ Шиндзи, т. е. въ странѣ обычнаго права съ остатками феодализма и кочевничества въ институтѣ земли и наслѣдованія. Въ связи съ основаніемъ воззрѣніемъ на прелюбодѣянiя какъ проступокъ, имѣемый въ виду лишь отецъ, какій разводъ получаютъ характеръ единоличнаго акта (или точнѣе — есть дѣло полного произвола) со стороны мужа въ цѣломъ длинномъ ряду примитивныхъ системъ обычнаго права въ Азии, Африкѣ, Америкѣ и Австраліи. Кельтическіе, скандинавскіе и древне-германскіе обычай стоятъ, въ этомъ пунктѣ, на одномъ и томъ-же уровнѣ съ обычнымъ правомъ примитивныхъ народовъ и племенъ всѣхъ прочихъ расъ на земномъ шарѣ: прелюбодѣянiе есть преступленіе, имѣемое въ вину одной женѣ; разводъ имѣетъ типическія свойства репудіаціи (*repudium*) въ самой грубой формѣ.

Переживаніе такого обычнаго права встрѣчается въ писанныхъ статьяхъ германскихъ «правдъ» (*Leges Barbarorum*) V и VI ст.¹. Только въ эпоху карловинговъ съ опредѣленностью обозначается стремленіе германско-романскихъ законодательствъ ограничить репудіацію извѣстными условіями: имущественнымъ обезпеченіемъ, композиціею, возвратомъ брачной цѣны и даже (у вестъ-готовъ) угрозою ссѣлки противъ мужа. Здѣсь, конечно, можно предположить культурное вліяніе церкви и каноническаго права, которое постоянно шло въ разрѣзъ съ идеями и обычаями въ пользу развода, относясь, въ частности, съ особенною строгостію къ репудіаціи. Любопытно однако-же, что были въ западной Европѣ канонисты, которые подчинялись силѣ юридическихъ понятій примитивнаго права, защищая тезисъ «о ненаказуемости прелюбодѣяннаго мужа»².

Отсюда становится понятнѣе, почему тѣмъ-же точку зрѣнія на занимающій насъ вопросъ удержали системы писанаго права у культурныхъ народовъ Востока. Извѣстна чрезвычайная легкость поводовъ къ разводу въ формѣ репудіаціи даже въ древне-еврейскомъ законодательствѣ, которое однако-же выработало наиболѣе нравственную и правильную систему семейныхъ отношеній сравнительно со многими другими народами древняго міра. Возлѣ подобнаго взгляда на сущность развода удерживается параллельно и у евреевъ примитивное и суровое вѣнчаніе женѣ всякаго нарушенія супружеской вѣрности къ мужу, который, на-оборотъ, самъ можетъ носелать наложницъ у своего домашняго очага — безъ всякихъ уголовныхъ послѣдствій. И если

¹ Мы напомнимъ здѣсь, между прочимъ, постановленіе бургундскаго закона по которому жена, бросившая своего мужа, должна быть утоплена въ грязь (*In luto necetur*).

² Мы разумѣемъ, въ данномъ случаѣ, общезнаменитыя въ современной литературе положенія изъ такъ-наз. *Summa Cardinalis Hostiensis*, Lib. V. De adulteriis.

«болтливость» или «наклонность къ злорѣчю» жены служили законнымъ поводомъ къ репудіаціи по кодексамъ Индіи и Китая, то немногимъ серіознѣе представляются тѣ основанія для развода по односторонней волѣ мужа, на которыя (основанія) указываютъ достовѣрные свидѣтели въ обычномъ правѣ древнихъ грековъ и римлянъ. Законная власть афинскаго мужа убивать свою жену *in flagrante delicto* при нарушеніи ею супружеской вѣрности и гетеризмъ, получавшій значеніе всеобщаго обычая и почти — что государственнаго учрежденія: вотъ тѣ вопіющія противорѣчія, которыя характеризуютъ съ особенною наглядностію основы или устои для личныхъ и семейныхъ отношеній между людьми обоого пола по началамъ древняго права.

Однимъ словомъ, *mutatis mutandis*, во всѣхъ системахъ древняго и въ нѣкоторыхъ системахъ новаго права намъ представляется одно сходное явленіе: принципъ неравенства между супругами по отношенію къ важному моменту прекращенія брака разводомъ. Въ явленіи этомъ есть прямая связь съ идеей о подчиненномъ и второстепенномъ положеніи женщины въ обществѣ. При всемъ различіи по духу цѣлыхъ системъ и по многимъ частностямъ, слѣды древнихъ принциповъ общежитія и примитивныхъ понятій не потерялись окончательно даже въ положительномъ правѣ современной намъ эпохи, весьма ясно выдѣляясь среди началъ и воззрѣній совершенно иного свойства въ самыхъ законодательствахъ Англіи и Франціи. Оказывается, что ни римская цивилизація съ ея стоическимъ космополитизмомъ, ни христіанство, ни развитіе философской мысли — эти міровые факторы, давшіе культурѣ человѣческой обильные и великіе плоды — не могли до сей поры уничтожить всѣхъ остатковъ отдаленнаго прошедшаго въ юридическомъ быту европейскихъ народовъ. И въ данномъ случаѣ, какъ въ нѣкоторыхъ другихъ, прогрессъ не былъ ни всеобщимъ, ни равномѣрнымъ явленіемъ въ исторіи человѣчества.

Впрочемъ, не одинъ институтъ развода можетъ, для проста-историка, подтвердить собою эту истину. Къ такому-же заключенію приводятъ разсмотрѣніе и другихъ данныхъ изъ области правовыхъ и общественныхъ отношеній. И опять-таки въ исторіи англійской культуры отыщутся поразительные факты переживанія идей и обычаевъ самаго первобытнаго характера. Запрещеніе при Генрихѣ VIII «женщинамъ, подонщикамъ и другимъ лицамъ низшаго разряда» читать библію на англійскомъ языкѣ, запрещеніе неотвергнутое парламентомъ того времени — можетъ быть смѣло поставлено вождѣ статей индусскаго свода Ману, по смыслу которыхъ не дозволяется, подѣ страхомъ наказанія, читать и толковать священныя книги Ведъ для женщинъ и для членовъ низшей касты въ браминскомъ государствѣ¹. «Отъ идей, внушившихъ такія предписанія — говорятъ теперь сами англичане — недалеко до магометанскаго понятія о томъ, что женщина лишена души». Замѣчаніе это совершенно вѣрно, какъ справедливо и то, что лишь переживаніемъ восточно-клерикальныхъ идей о соблазнѣ можно объяснить обычай, по которому женщины высшаго класса въ Англіи и Шотландіи, почти до конца прошлаго столѣтія, не смѣли показываться безъ маски или безъ покрывала внѣ домовъ своихъ. Невольно приходитъ здѣсь на память такой обычай въ Тибетѣ, что подлежитъ наказанію женщина, которая выйдетъ на-улицу не покрывши темнымъ лакомъ лица своего.

Думаемъ, что нельзя отрицать во всемъ этомъ аналогіи между отдѣльными бытовыми явленіями далекаго Востока и близкаго въ намъ Запада, подобно тому какъ нельзя не признать аналогіи между нѣкоторыми частностями ново-европейскаго и примитивнаго права.

¹ И въ наше время чтеніе слова Божія — Священнаго писанія католику — мірянину не дозволяется. (*Михайловскій*, «О римско-католической церкви». Спб. 1867. стр. 32).

Возьмемъ, для окончательнаго разъясненія нашего тезиса, кодексъ древней Индіи и прочтемъ тѣ статьи, въ которыхъ предписываются правила древняго обычая касательно правоспособности женщинъ. «Отецъ долженъ охранять ее (женщину) какъ дѣвушку; мужъ — какъ жену; сыновья — какъ вдову; когда нѣтъ въ живыхъ отца, мужа, сыновей, охраняютъ женщину родичи; но никогда не можетъ быть женщина самостоятельной» (Ману, V, 145; IX, 3. — Яджнавалькя, I, 85). «Ни молодая дѣвушка, ни замужняя женщина, ни старуха не можетъ никогда распоряжаться по своему усмотрѣнію даже въ собственномъ домѣ своемъ», говорятъ моральсты-практики въ той-же самой Индіи. — «Замужняя женщина не имѣетъ права вступать въ договоры и обязательства» — учитъ юриспруденція индусовъ, допуская лишь немногія исключенія изъ этого правила¹. «Контроль мужа простирается даже на особое (личное) имущество жены» (такъ наз. *Стридхана*, *Stridhana*).

Ясно, что здѣсь мы встрѣчаемся съ институтомъ «законной опеки надъ женщиною» въ самой древней, общеарійской формѣ этого учрежденія. Ясно также, что послѣдующими ступенями историческаго его развитія будетъ, съ различными отбѣнками и особенностями, опека надъ женщинами въ римскомъ, германскомъ, французскомъ и англійскомъ законодательствахъ отъ закона XII таблицъ до нѣвѣйшаго времени. Законный опекунъ женщины въ Римѣ даетъ, какъ такое-же лицо въ Индіи, разрѣшеніе на совершеніе ею извѣстныхъ сдѣлокъ². Римскій мужъ, входя въ роль законнаго опекуна жены своей, представляетъ и защищаетъ ее на судѣ, даже не получивъ на то особой довѣренности. Германскій мужъ, считаясь *de jure* законнымъ опекуномъ жены и дѣтей своихъ, несетъ обязанности и осуществ-

¹ Colebrooke, *Oblig. and Contr.* P. I; B. II; §§ 57, 58.

² *Mulierum autem tutores auctoritatem interponunt.*

даетъ права для охраны личныхъ и имущественныхъ интересовъ членовъ семьи своей. Согласіе мужа обязательно для отчужденія женою имущества ея посредствомъ купли - продажи, даренія и передачи (въ формѣ инвеституры, *Auflassung*). Статью эту, словно воспроизводящую индусское положеніе — «замужняя женщина не имѣетъ права вступать въ договоры и обязательства», можно отыскать въ одномъ изъ извѣстнѣйшихъ памятниковъ германскаго права¹. Обычное право средневѣковой Франціи приводитъ то-же самое начало, только еще съ большою послѣдовательностію, чѣмъ дѣлается это въ Германіи, потому что въ нѣкоторыхъ провинціяхъ (Ниверне, Нормандія, Бургундія) обычаи требуютъ формальнаго разрѣшенія отъ мужа, какъ законнаго опекуна, даже для завѣщательныхъ распоряженій жены. «*Les femmes ne peuvent faire aucun acte valable... si leurs maris n'y donnent leur consentement*» — читаемъ мы на языкѣ Дюмулена, Кюжаса и Потье какъ-бы отзвучіе пресловутой сентенціи о гражданской правоспособности женщинъ въ трактатахъ ученыхъ правовѣдовъ (пундитовъ) бенгальскоѣ или бенаресской школы. Правда, новое законодательство Франціи не позаимствовало изъ источниковъ обычнаго своего права столь строгаго ограниченія самой завѣщательной дѣеспособности замужней женщины. «*Une femme, говоритъ уложеніе 1804 г., peut tester sans l'autorisation de son mari*». Но статьи 215 и 217 наполеоновскаго кодекса, требуя разрѣшенія со стороны мужа для веденія женою гражданскихъ дѣлъ на судѣ и для заключенія ею имущественныхъ и договорныхъ сдѣлокъ, удерживаютъ, въ главномъ его существѣ, основной принципъ древняго обычнаго права. Аналогичность этихъ статей съ нормами средневѣкового *Droit coutumier*,

¹ Саксонское Зерцало. См. изд. Вейске, I, 45. § 2. «Ein Wib en mag ouch an (ohne) ires Mannes gelob (Erlaubniß) nicht ihres gutes vergebn, noch eigen verkoufen, noch Libzucht, (Quarium?) uf lazen (auflassen), durch daz Her (Er) mit Jr in den Geveren sizzet» etc.

съ саксонскимъ Верцадомъ и съ постановленіями древне-индусскаго свода не можетъ быть предметомъ какихъ-либо сомнѣній.

«Принимая титулъ супруги—разсуждаютъ, излагая принципъ своего положительнаго права, даже современные намъ французскіе юристы—женщина становится неправопособною; неправопособность эта начинается и оканчивается вмѣстѣ съ бракомъ»¹. «Существуетъ общее правило, по которому брачное состояніе дѣлаетъ женщину неспособною къ заключенію договоровъ и обязательствъ» — говоритъ извѣстный индологъ Уильсонъ, комментируя основныя начала древне-индусской юриспруденціи². И едва ли нужно долго и усиленно доказывать, что аналогія древняго права и современныхъ законодательствъ по этому вопросу достигаетъ особенной наглядности въ обычномъ правѣ Англіи. «Бракъ, по опредѣленію англійскихъ юристовъ, есть гражданскій договоръ, въ которомъ женщина, по отношенію къ собственности и другимъ интересамъ своимъ, теряетъ свою юридическую индивидуальность и, какъ-бы сливаясь съ личностью мужа, подчиняется его волѣ».

Отсюда слѣдуетъ цѣлый рядъ логически выведенныхъ положеній, а именно: 1) замужняя женщина въ Англіи не вступаетъ ни въ какіе договоры и обязательства безъ согласія — явнаго или подразумеваемаго — своего мужа (т. е. и здѣсь повторяется основное воззрѣніе индусскаго законодательства и средневѣковаго французскаго права). 2) Замужняя женщина не осуществляетъ фактически права полной собственности, со включеніемъ *jus alienandi*, ни относительно недвижимаго своего имущества, ни относительно посессій съ консолидированными и пожизненными рентами (т. е. относительно цѣлаго содержанія

¹ Ср. Glasson, *Eléments du dr. fr.* I, 143; также Бернара, Валетта, Цахаріа и друг. комментаторовъ франц. гражд. кодекса.

² «It is a general rule that coverture incapacitates a woman from all contracts». (Ср. Macnaghten, *Principles of Hindu and Mohammedan Law.*)

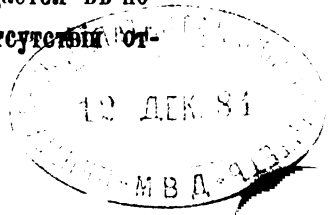
трудно опредѣлимаго юридическаго понятія — «Property in real estate» въ англійскомъ законодательствѣ). 3) Только со времени статута королевы Викторіи 1870 г. (такъ-наз. Married Women's Property Act) женѣ англичанкѣ предоставлено личное право на ренты и доходы отъ свободныхъ, аллодіальныхъ (freehold) и несвободныхъ, феодализированныхъ (copyhold) имущества, которыя достались ей — или какъ единственной наслѣдницѣ, или какъ сонаслѣдницѣ, въ порядкѣ наслѣдованія по закону (as heiress or coheiress of an intestate). 4) До изданія вышеназваннаго статута, мужу въ Англіи было предоставлено безусловное право собственности на все движимое имущество жены, со включеніемъ того, что называется въ англійскомъ правѣ римско-византійскимъ терминомъ «Paraphernalia» (куда, между прочимъ, входятъ такія вещи, какъ бѣлье, платья, драгоценныя уборы ихъ). 5) Только на судахъ совѣсти (in equity) допускалось и допускается, какъ общее правило, личное и независимое право замужней женщины на различные виды принадлежащаго ей имущества — real estate, personal property — съ властью дарить, завѣщать и вообще отчуждать свою собственность или владѣніе, и устраняется обязанность жены безпримѣльно обращать свои цѣнности и денежныя капиталы на уплату долговъ мужа. 6) По англійскому Common Law, мужу предоставляется такое-же право ограничивать, въ извѣстныхъ случаяхъ, личную свободу жены, какое дано во Франціи родителямъ относительно дѣтей ихъ. 7) Наконецъ, въ Англіи дочери не наслѣдуютъ, при сыновьяхъ, въ недвижимыхъ и родовыхъ имуществахъ или посессіяхъ (in real property), хотя онѣ и дѣлятъ между собою по-ровну наслѣдство, которое дошло къ нимъ за смертью или за неимѣніемъ братьевъ, какъ привилегированныхъ наслѣдниковъ.

На послѣднемъ пунктѣ, положительное право Англіи пошло гораздо послѣдовательнѣе, чѣмъ Droit coutumier средневѣковой

Франціи, въ сторону самыхъ сильныхъ ограниченій гражданской правоспособности женщинъ. За-то, въ данномъ случаѣ, существуетъ полная аналогія въ обычаяхъ и законахъ Англіи съ постановленіями прижитивнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, допуская майоратъ въ пользу старшаго сына, нѣкоторые провинціальныя общины Франціи (Ponthieu, Paris, Angoulême, Touraine) не отнимали привилегій майората у старшей дочери. Но ни одно изъ древнихъ законодательствъ, допускавшихъ первородство или увеличенную долю наслѣдства въ пользу сыновей, не дозволило распространить эту привилегію на наслѣдниковъ женскаго пола. Столь-же и даже болѣе строгая логика выдерживается въ англійской юриспруденціи. Говоримъ — «болѣе строгая логика», потому что даже индусское правовѣдѣніе и законодательство уравнивали бы невгоды юридическаго положенія женщинъ на одномъ пунктѣ нѣкоторыми льготами на другомъ, а именно: когда рѣчь идетъ объ особомъ порядкѣ наслѣдованія по женской линіи (дочерей отъ матери).

Выводъ объ аналогіяхъ въ древнемъ и новомъ правѣ складывается въ головѣ изслѣдователя и тогда, когда онъ коснется другихъ, не менѣе важныхъ, сторонъ современнаго юридическаго быта Европы. Возьмемъ, въ качествѣ послѣднихъ примѣровъ, право родителей назначать опекуновъ надъ своими дѣтьми и право ихъ дѣлать завѣщательныя распоряженія своимъ имуществомъ на-случай смерти.

Что касается перваго пункта, то многія законодательства Европы и Америки сдѣлали замѣтные шаги приравненія гражданской правоспособности обоихъ родителей. Такъ, въ Испаніи допущено исключеніе въ пользу матери и бабушки изъ общаго запрещенія касательно личнаго несенія женщинами опекунскихъ обязанностей, а также — касательно назначенія ими опекуномъ лица посторонняго. — Однородное смягченіе наблюдается въ новомъ законодательствѣ Австріи, а именно: при отсутствіи от-



повсѣкаго распоряженія о назначеніи опекуна, обязанности опеки переходять *de jure* въ матери и бабѣ малолѣтнихъ дѣтей. Въ Германіи, развитіе института правительственной опеки (*Obrigkeitsliche Vormundschaft*), въ связи съ ограниченіемъ сферы опеки родовой или семейной, нѣсколько видоизмѣнили значеніе вопроса о правахъ родителей конкурировать въ назначеніи опекуновъ и въ личномъ несеніи обязанностей опеки. Но намъ кажется, что едва-ли въ современныхъ кодексахъ Германіи и нѣмецкой Швейцаріи можетъ быть открыто стремленіе устранить мать отъ опекунскихъ функцій воспитанія дѣтей. Между прочимъ саксонскій кодексъ не отнимаетъ такихъ обязанностей у матери относительно дѣтей отъ перваго брака даже въ томъ случаѣ, если она вступила во второе супружество. Такое правило получаетъ особенную важность, если мы припомнимъ изъ исторіи законодательства цѣлый рядъ ограниченій материнскихъ правъ именно на основаніи тѣхъ сомнѣній, которыя постоянно внушала юристамъ и правителямъ вторичный бракъ матери. — Во Франціи, конкуренція обоихъ родителей и въ личномъ несеніи и въ установленіи опеки надъ дѣтьми составляетъ основное и ясное начало законодательства.

Въ Соединенныхъ штатахъ Америки, напримѣръ въ Нью-іоркскомъ кодексѣ 1866 года, отецъ не можетъ назначить опекуномъ постороннее лицо, минуя мать дѣтей своихъ и безъ письменнаго ея согласія. — Только въ Англіи и въ Шотландіи дѣйствуетъ до сихъ поръ по этому предмету такое обычное право, которое носитъ на себѣ самыя рѣзкіе слѣды суровой первобытности, въ смыслѣ полного юридическаго неравенства между супругами. Отецъ есть опекунъ своихъ дѣтей по преимуществу; отецъ управляетъ безотчетно и неограниченно ихъ имуществами. До 1873 года, когда сдѣлано было измѣненіе особымъ статутомъ королевы Викторіи, отецъ безусловно и съ полнымъ устраненіемъ матери завѣдывалъ воспитаніемъ дѣтей послѣ дости-

женія или 7-лѣтняго возраста. Наконецъ, отецъ въ Англіи единолично назначаетъ опекуна актомъ завѣщательнаго распоряженія (By will or deed). Напротивъ, мать никогда не можетъ, въ Англіи и въ Шотландіи, установить опеку надъ дѣтьми своими. Все, къ чему сводятся права матери, можетъ быть выражено въ слѣдующихъ немногихъ словахъ: при отсутствіи завѣщательнаго распоряженія со стороны отца, мать становится de jure опекуномъ дѣтей своихъ. — Вотъ какъ настоячиво удерживаетъ Англія правила своего Common Law, на каждомъ шагѣ сталкиваясь съ современными понятіями и ученіями (талантливыми и смѣлыми выразителями которыхъ былъ, между прочимъ, Джонъ-Стюартъ Милль) о гражданскомъ равенствѣ и одинаковой правоспособности людей, безъ различія пола и возраста.

Въ заключеніе, послѣ всего сказаннаго, мы дозволимъ себѣ лишь самое краткое замѣчаніе о томъ, что проявляется въ Англіи равная послѣдовательность въ проведеніи начала неравенства и по вопросу о завѣщательной дѣеспособности мужчинъ и женщинъ (Testamenti factio activa). Пользуясь безусловною свободою testamentарнаго распоряженія всѣмъ своимъ имуществомъ, — стоя въ какихъ-либо ограниченіяхъ этой свободы законными или указными долями наслѣдниковъ, англійскій отецъ семье-владѣца можетъ кассировать завѣщаніе жены своей даже въ тѣхъ скромныхъ предѣлахъ, въ какихъ предоставляется завѣщательная правоспособность англійской супругѣ и матери по смыслу статута королевы Викторіи 1870 года.

Вотъ какою представляется намъ та общая картина, цѣлостное впечатлѣніе которой должно дать намъ основаніе — или отвергнуть, или допустить извѣстную долю аналогіи между юридическими учрежденіями и правовыми нормами современной и примитивной эпохи. Въ свою очередь, мы думаемъ, что такая аналогія — результатъ ультра-охранительной силы переживанія — есть на самомъ дѣлѣ въ извѣстныхъ пунктахъ положи-

тельного права европейских народовъ, не смотря на многія коренныя отличія по условіямъ культуры, мѣста и времени между людьми и учрежденіями древняго и новаго типа. Намъ кажется несомнѣннымъ тотъ, неразъ уже отмѣченный, фактъ, что, среди цивилизаціи XIX вѣка, задержалось въ области права и правственности гораздо болѣе остатковъ изъ первобытной эпохи, чѣмъ представляется это многимъ мудрецамъ.

Въ концѣ-концовъ, едва-ли кто станетъ спорить теперь противъ того положенія, что въ наукахъ правовѣдѣнія и обществовѣдѣнія понятіе древности, или примитивности, относится не только къ времени, но и къ извѣстному строю того или другого учрежденія. Примитивнымъ, или древнимъ, можетъ быть признаваемо все то, что болѣе близко къ первымъ и слабымъ зачаткамъ культурнаго развитія, когда человѣкъ приравнивался къ вещи, соединяя отсутствіе или даже ничтожный минимумъ правоспособности съ массою обязанностей и повинностей, ничуть не въ интересахъ общаго блага. Новымъ, въ духѣ христіанства и высокаго умственнаго развитія человѣческой личности, можетъ быть названо лишь все то, что болѣе близко къ условіямъ истиннаго прогресса согласно высшимъ идеаламъ правды, достоинства и наибольшаго счастья людей, безъ различія пола, возраста, племени и т. д.—Вотъ почему усматриваемъ мы черты древняго, такъ-сказать зачаточнаго, типа во всякой культурѣ, гдѣ не признается и не охраняется личность человѣческая, которая теряется или въ безразличіи стадныхъ соединеній, или въ деспотическомъ гнетѣ племенныхъ, родовыхъ, семейныхъ и иныхъ общественныхъ союзовъ. Такая грубая культура не знаетъ и не понимаетъ ни отдѣльнаго человѣка какъ единичнаго субъекта неприкосновенныхъ правъ, ни контракта какъ свободнаго юридическаго проявленія воли двухъ правоспособныхъ и равноправныхъ индивидовъ. Волѣ отдѣльнаго человѣка, даже въ частныхъ отношеніяхъ и личныхъ дѣлахъ его, ежеминутно и повсюду

ставятся препоны и препятствія или въ произволѣ и привилегіи какого-либо другого лица, или — во вѣшательствѣ коллективной силы цѣлаго общественнаго союза.

Исторія законодательствъ, въ цѣломъ содержаніи своемъ, представляетъ намъ болѣе или менѣе длинный рядъ фактовъ или явленій, въ различной степени подходящихъ къ типическому выраженію начала «примитивности» въ общественной жизни людей. И между этими фактами должно быть отведено видное мѣсто всѣмъ тѣмъ формамъ семейнаго союза, при господствѣ которыхъ юридическая личность супруги-матери и дѣтей слишкомъ стѣсняется и какъ-бы упраздняется иногда одною личностью отца домовладѣнны, а иногда союзомъ агнатовъ.

Въ англійской и французской семьѣ вообще — но въ-особенности въ семьѣ англійской — остались еще до сихъ поръ слѣды такихъ примитивныхъ стѣсненій одного сочлена семейнаго союза, одного контрагента брачнаго договора другимъ сочленомъ и контрагентомъ. Какъ мы видѣли выше, средствами для достиженія подобной общественной цѣли служатъ законодательство и обычное право, ограничивая, въ очень сильныхъ доляхъ, гражданскую правоспособность, юридическую свободу и правовое равенство людей. — Вредъ и опасность отъ такихъ остатковъ «старинны глубокой» для личнаго счастья людей и для общаго блага едва-ли могутъ быть предметомъ спора. Сторонникамъ «примитивности во что бы то ни стало» можно указать только на современную агитацію по такъ-наз. «женскому вопросу» въ Англіи, Америкѣ и Германіи. — Отрицательныя стороны тѣхъ аналогій съ древними правами, которыя указаны въ настоящемъ небольшомъ этюдѣ, по-видимому давно уже признаются не только теоретиками, но и практиками. Въ самомъ дѣлѣ, какой иной смыслъ, кромѣ желанія постепенно устранить изъ общественнаго оборота слѣды вредныхъ переживаній въ области права, могутъ имѣть всѣ совершившіяся уже реформы, въ духѣ равно-

правности и свободы, въ законодательствахъ Франціи, Германіи, Швейцаріи, Австріи, Даніи, Голландіи, Бельгіи, Испаніи, Италіи, Америки и отчасти самой Англіи? Что такое, какъ не протестъ противъ остатковъ древняго права, въ видѣ неравенства и не-свободы людей передъ лицомъ гражданскаго закона въ Англіи, выражаютъ собою вышеприведенные статуты королевы Викторіи 1856, 1870 и 1873 гг.? — И не служитъ ли очень яснымъ примѣромъ непрерывной борьбы новыхъ началъ съ старыми, въ области европейскаго права, цѣлый рядъ недавнихъ проектовъ объ измѣненіи нынѣ дѣйствующаго законодательства о разводѣ во Франціи?

Думаемъ, что мы не погрѣшимъ противъ истины, когда дадимъ утвердительный отвѣтъ на эти вопросы, а за-тѣмъ выскажемъ еще одно и послѣднее замѣчаніе. — Если Англія, гдѣ задержалось въ семейныхъ и социальныхъ отношеніяхъ особенно много того, что мы позволили себѣ называть «аналогіями съ древнимъ правомъ», совершить, въ болѣе или менѣе близкомъ будущемъ, какія-либо реформы своего законодательства: то, по всему вѣроятію, значительная часть этихъ преобразованій выпадетъ на-долю семейнаго права. — Желательно сближеніе англійскаго гражданскаго права съ обще-европейскимъ по такой синтетической формулѣ: установить большую имущественную независимость супруговъ; — допустить большую свободу для жены въ совершеніи юридическихъ сдѣлокъ и завѣщательныхъ актовъ, при установленіи законныхъ или указныхъ частей для остающагося въ живыхъ супруга и для дѣтей; — приложить начало личной отвѣтственности къ долговымъ обязательствамъ обоихъ супруговъ; — признать начало взаимности и допустить конкуренцію между отцомъ и матерью по отношенію къ несенію и установленію опеки; — уравнивать въ процессуальномъ отношеніи мужа съ женою по дѣламъ бракоразводнымъ, уравнивать дѣтей обоего пола въ отношеніи наследственной правоспособности; —

дозволить конкуренцію, на началахъ равенства, для обоихъ родителей, отца и матери, въ наслѣдованіи послѣ дѣтей, умершихъ безъ потомства и безъ завѣщанія.

Не знаемъ, скоро-ли станетъ дѣйствительнымъ фактомъ осуществленіе всѣхъ этихъ пожеланій и требованій отъ общевропейскаго права, со включеніемъ законодательства Англіи. Но извѣстно, что значительная часть вышеприведенныхъ desiderata отъ преобразованій гражданскаго права признается возможнымъ и цѣлесообразнымъ дѣломъ со стороны многихъ представителей государственной мудрости, житейской опытности и высшаго теоретическаго образованія и Англіи, и всей западной Европы.
