

ФОРМЫ ПРЕКРАЩЕНИЯ БРАКА В РИМСКОМ ПРАВЕ АНТИЧНОЙ ЭПОХИ

Л. В. ДЯЧУК*

В статье исследуется проблематика института развода в римском праве от архаического до конца классического периода. Становление правил развода осуществлялось в русле древней сакральной традиции, охраняемой жрецами, которая впоследствии развивается первыми правителями Древнего Рима и понтификами. Так, основатель и первый правитель Рима Ромул на основании сакрального права формально определил нормы о разводе, указав его причины. С давних времен существовала форма прекращения брака, отразившаяся в Законах XII таблиц; а также при разводе применялась совещательная функция консилиума близких родственников. Игнорирование консилиума или беспричинный развод мужа обуславливали имущественные штрафы в пользу жены и богини плодородия Цереры, а также публичные ограничения, налагаемые цензором (с 443 г. до н. э.). Жена, пребывая в браке *cum manu*, не имела права на развод, но могла вступить в повторный брак после смерти, осуждения или плена мужа, выдержав одногодичный траур или по истечении определенного срока. Первые существенные изменения в вопросах прекращения брака связаны с появлением в предклассический период брака *sine manu* и развода по консенсусу супругов. Основными факторами, повлиявшими на эволюцию института развода, являются реформа брачного права императора Октавиана Августа (установление процедуры одностороннего развода и материальная ответственность в силу отсутствия его причин), частично рескрипты его последователей, фундаментальные правовые разработки римских юристов классического периода, а также конституции императоров конца принципата и начала домината. Правовые нормы о разводе, начиная с законов Октавиана Августа и до конституций Диоклетиана, созданные на определенных аксиологических основаниях, а также на принципах справедливости и гуманизма и в соответствии с христианскими ценностями, были кодифицированы в Дигестах и Кодексе Юстиниана.

КЛЮЧЕВЫЕ СЛОВА: прекращение брака, римское право, свобода разводов, правовая реформа, императорское законодательство, классическая юриспруденция.

DYACHUK L. V. FORMS OF MARRIAGE DISSOLUTION IN ROMAN LAW

The article studies the institute of divorce in the Roman law from archaic to classical period. The divorce rules have been formed within the framework of an ancient

* Дячук Леонтий Владимирович — кандидат исторических наук, доцент, докторант кафедры истории права и государства Киевского национального университета им. Тараса Шевченко.

Dyachuk Leontiy Vladimirovich — candidate of historical sciences, associate professor, doctoral candidate of the Department of the History of State and Law, Taras Shevchenko National University of Kyiv.

E-mail: dyachuk.leontiy@mail.ru

© Дячук Л. В., 2014

sacral tradition protected by priests which subsequently has been developed by the first rulers of the Ancient Rome and by pontifices. Thus, the founder and the first ruler of Rome Romulus formally defined the divorce rules on the basis of the sacral law having stated its reasons. From the ancient times there has been a form of marriage dissolution reflected in the Laws of the Twelve Tables. Advisory function of the close relatives council has also been applied. Ignoring the council or unreasoned divorce at a husband's initiative determined property penalties in favour of a wife and the fertility goddess Ceres, as well as public restrictions imposed by the censor (beginning from 443 B. C.). The wife in a *cum manu* marriage did not have a right to divorce, to remarry after death, conviction or captivity of the husband having sustained a one year mourning or upon expiration of a certain period. The first significant changes regarding the marriage dissolution are connected with the emergence of the *sine manu* marriage and divorce upon the spouses' agreement in the pre-classical period. The main factors which influenced the evolution of the divorce institute include the reform of the marriage law introduced by the Emperor Octavianus Augustus (procedure of the unilateral divorce and financial liability if there were no reasons for it), partially rescripts of his successors, fundamental legal developments of Roman lawyers of the classical period, as well as constitutions of emperors of the end of the principate and the beginning of the dominate. Legal norms on the divorce beginning from the laws of Octavianus Augustus to the constitutions of Diocletian created upon the certain axiological foundations as well as on the principles of justice and humanism and in accordance with the Christian values were codified in Digests and Code of Justinian.

KEYWORDS: marriage dissolution, Roman Law, freedom of divorces, legal reform, emperor legislation, classical jurisprudence.

Познание таких фундаментальных проблем цивилизаций, как брак и формы его прекращения, всегда вызывало интерес широкого круга мыслителей — от создателей священных книг и древней традиции до исследователей посттрадиционной эпохи (XIX в.) и современного постмодернового общества. Это связано с проблемой жизни и свободы индивида в имманентных и трансцендентных условиях, при известных формах существования определенного социума на основании сакральной системы ценностей и соответствующих социальных практик. Исследование различных форм и видов прекращения брака касается исторических ответов на вызовы эпохи римской цивилизации в связи с укреплением и развитием ее основных, взаимосвязанных структурных элементов, таких как *familia — gens — civitas*.¹ Поэтому, изучая определенные проблемы римского права, кодифицированного Юстинианом и являющегося с начала классического Средневековья постоянным объектом исследований европейских интеллектуалов (глоссаторы, комментаторы, гуманистическое направление в юриспруденции, голландская эlegantная школа, естественно-правовые направления, историческая школа права),² необходимо обратиться к истокам римской сакральной правовой традиции, субъектами сохранения и отчасти развития которой

¹ О социальной и правовой природе римского *gentis (gens)* см.: Ефимов В. В. Очерк по истории древне-римского родства и наследования. СПб., 1885. С. 95–103.

² Покровский И. А. История римского права. Минск, 2002. С. 223–248.

были жрецы и первые правители Рима,³ и проанализировать тенденции изменений изучаемых правовых явлений на протяжении тысячелетней эволюции римского права. Следует заметить, что основным фактором изменений древней сакральной традиции частично стало существующее законодательство, отражающее возникающие, ранее неизвестные проблемы общества, но прежде всего влияние греческой философии, преторского права и активной деятельности римских юристов (II в. до н. э. — III в. н. э.). Вместе с тем изменения правовых аспектов развода в свете сакральной правовой традиции имели свою неповторимую специфику.

Рассматривая вопрос о формах прекращения брака в римском праве, следует учесть разносторонний гносеологическо-юридический опыт классиков романистики XIX–XX вв. в аспекте как истории (Ф. Шулин,⁴ В. В. Ефимов,⁵ В. М. Хвостов,⁶ И. А. Покровский,⁷ А. Д. Колотинский⁸), так и системы римского права (Н. Рождественский,⁹ К. А. Митюков,¹⁰ Л. Н. Загурский,¹¹ И. Б. Новицкий, И. С. Перетерский¹² и др.). При особом внимании к положениям современных исследований (М. Казер,¹³ Ч. Санфилиппо,¹⁴ Д. В. Дождев,¹⁵ Л. Кофанов¹⁶) становится очевидным, что из классического наследия используются правовые концепции, не потерявшие научной ценности. Важное значение при изучении данной проблематики в контексте философии и социологии права имеет раздел о *римской правовой цивилизации* и философское осмысление соотношения религии и права в монографии В. А. Бачинина,¹⁷ а также исследования К. К. Жоль,¹⁸ Ю. И. Гривцова и И. Ю. Козлихина.¹⁹

³ Кофанов Л. Лех и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н. э. М., 2006. С. 54–262.

⁴ Шулин Ф. Учебник истории римского права / пер. с нем. И. И. Щукина; под ред. В. М. Хвостова. М., 1893. С. 226–235.

⁵ Ефимов В. В. Лекции по истории римского права / проф. С.-Петербургского университета В. В. Ефимов. СПб., 1898. С. 279–281.

⁶ Хвостов В. М. История римского права. 5-е изд. М., 1910. С. 94–95, 256.

⁷ Покровский И. А. История римского права. С. 430.

⁸ Колотинский А. Д. История римского права. Пособие к лекциям. Казань, 1912. С. 267.

⁹ Римское гражданское право, изложенное (по Маккельдею) Николаем Рождественским. Т. 1. СПб., 1829. С. 47–53.

¹⁰ Курс римского права К. А. Митюкова, заслуженного ординарного профессора университета Св. Владимира. 3-е изд., с добавл. А. К. Митюкова. Киев, 1912. С. 251–253.

¹¹ Загурский Л. Н. Элементарный учебник римского права. Особенная часть. Семейное право. Вып. I и II. 2-е изд., испр. и доп. Харьков, 1898. С. 57–65.

¹² Римское частное право. Учебник / под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского. М., 2003. С. 137–138.

¹³ Kaser M. Das römische Privatrecht. Abschn. 1. Das altrömische, vorklassische und klassische Recht. München, 1955. S. 72–74 (архаический период), 278–280 (предклассический и классический период).

¹⁴ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. Учебник / под ред. Д. В. Дождева. М., 2000. С. 136–139.

¹⁵ Дождев Д. В. Римское частное право. М., 1997. С. 13–112.

¹⁶ Кофанов Л. Лех и Jus: возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н. э. С. 575.

¹⁷ Бачинин В. А. Философия права и преступления. Харьков, 1999. С. 90–118, 231–238 и др.

¹⁸ Жоль К. К. Философия и социология права. Киев, 2000. С. 17–61.

¹⁹ Гривцов Ю. И., Козлихин И. Ю. Энциклопедия права. Учебное пособие. СПб., 2008.

Появление индивидуальных работ монографического типа после соответствующих эпистолярных митрополита Охриды, канониста, юриста, писателя и судьи Дм. Хоматиана (сер. XII в. — ок. 1236 г.) о традиционных и нестандартных причинах развода²⁰ связано уже с эпохой позднего, послеренессансного гуманизма, когда усилилось агональное противостояние интеллектуалов, творцов идей Реформации и Контрреформации, превратившееся на общественно-политическом уровне в антагонистическую, бескомпромиссную борьбу. Авторами первых монографических исследований о прекращении брака разводом были французский и датский интеллектуалы, гуманисты протестантской среды, профессиональные юристы — кальвинист Теодор Беза (*Theodores de Bèze*) (1519–1605) — «*Tractatio de repudiis et divortiiis*»²¹ и лютеранин Нильс Хеммингсен (*Niels Hemmingsen*, известный по публикациям как *Nicolao Hemmingio*) (1513–1600) — «*Libellus de Coniugio, Repudio & divortio*».²² Произведения обоих ученых возникли как реакция на известное решение Тридентского собора Католической церкви (1545–1563 гг.) об окончательном запрете разводов.

В основу этих исследований в аспекте гуманистического видения проблемы была положена интерпретация норм римского и канонического права при широком использовании практики разводов со времен Гомера и до Реформации. Исследования Теодора Безы и Нильса Хеммингсена о проблемах прекращения брака в римском праве стали образцами соответствующего жанра в научной литературе, создав теоретическо-гносеологические основания дальнейших научных трудов о разводе, в частности в контексте так называемого «*des heutigen (современное) römischen Rechts*»: *J. K. F. von Schlegel, A. F. Binterim, G. Puchta, E. W. Klee, F. Fischer, H. Hoyer, P. K. Zorn* и др.²³ Публикации этих авторов в свете актуальной в XIX в. проблемы свободы разводов преимущественно появились в связи с принятием в Пруссии, а потом в Германской империи нового закона о разводе, что неминуемо вызвало значительный интеллектуальный резонанс в среде немецких юристов (романистов и германистов) и канонистов разных христианских конфессий.²⁴ Прецедентом академического исследования о разводе в римском праве стала монография проф. Университета Св. Владимира Л. Н. Казанцева.²⁵ Его оригинальную работу (несмотря на

²⁰ *Ников П.* Принос към историческото изворознание на България и към историята на българската църква // Списание на Българската академия на науките. Т. 20. София, 1921. С. 43–51; *Медведев И. П.* Правовая культура Византийской империи. СПб., 2001. С. 209–214.

²¹ *Theodores de Beze.* Tractatio de repudiis et divortiiis: in qua pleraeque de causis matrimonialibus (quas vocant) incidentes controversiae ex verbo Dei deciduntur: Additur iuris civilis Romanorum, & veterum his de rebus canonum examen, ad eiusdem Verbi Dei, & aequitatis normam. Genève: Héritiers d'Eustache Vignon, 1591. P. 1–256.

²² *Nicolao Hemmingio* [Niels Hemmingsen]. Libellus de Coniugio, Repudio & divortio: in gratiam fratrum, qui iudices causarum matrimonialium in Regnis Dania & Norvegia constituti sunt. Lipsia, Joh. Steinmann, 1572. P. 1–180.

²³ *Дячук Л.* Дослідження проблем розлучення у римському та греко-римському праві у ранньонову та нову добу // Вісник КНУ ім. Тараса Шевченка. Юридичні науки. Вип. 96. Київ, 2013. С. 51–57.

²⁴ *Die Ehescheidungsfrage vor den Preussischen Kammern: Enthaltend: die Regierungsvorlage nebst Motiven, den Bericht der Justiz-Kommission der I. Kammer und die Plenar-Verhandlungen der I. Kammer.* Т. 1. Berlin, 1855. P. 1–176.

²⁵ *Казанцев Л. Н.* О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. Период языческий. Историко-юридическое исследование. Киев, 1892. P. 1–245.

некоторые неточности в ссылках и отдельные спорные оценки²⁶) отличают такие особеннности, как использование многочисленных древних исторических источников (Плавт, Теренций, Цицерон, Светоний, Плутарх, Валерий Макс, Тацит, Фест), своеобразие гносеологических средств исследователя, оригинальность научного дискурса, соответствующая концептуальность содержания и системность изложения историко-правового материала.

Из современных изданий XX–XXI вв., кроме упомянутых выше, авторы которых, при своеобразии методологических подходов и новеллистических оценок, в значительной степени опираются на гносеологический опыт предшественников, следует назвать лаконичную, но оригинальную публикацию *Siro Solazzi* о разводе по взаимному согласию супругов (*divortium communi consensu*),²⁷ англоязычное исследование *Mireille Corbier* о разводе и усыновлении,²⁸ научную работу об основных понятиях института развода (*divortium* и *repudium*) испанской исследовательницы *Maria-Eva Fernandez Baquero*,²⁹ а также работу итальянской исследовательницы *Carla Fayer*, в которой анализируются такие институты римского права, как *конкубинат*, *развод* и *адюльтер*, на протяжении известных периодов истории римского права, от Ромула до Юстиниана.³⁰ Таким образом, приняв во внимание гносеологический опыт юридической науки XIX–XX вв., проблемы института развода в римском праве античной эпохи необходимо исследовать в контексте современных аналитических методов системы, философии и социологии права с учетом духовных и материальных условий развития римского общества.

Начиная с древнейших времен у исторических народов мира существовали различные виды и формы прекращения брака, отвечающие ценностным основаниям определенных религиозно-правовых традиций. В Древнем Риме они сводились к трем видам, которые можно определить, с учетом источников и юридической литературы XIX–XX вв.,³¹ следующим образом: 1) естественный вид — смерть субъекта брачно-семейных отношений; 2) юридическо-судебный вид — гражданская смерть (с соответствующими последствиями), т. е. объективное прекращение брака, без волеизъявления супругов, вытекающее из решений судебных органов в силу правонарушений субъекта брака, что, как правило, сопровождалось *capitis deminutio media* или *maxima*; а также в связи с тем, что один из супругов терял гражданство и, как правило, статус свободы, пребывая во вражеском плену; 3) правовой вид (без публичного суда, но при консилиуме родственников) — прекращение брака путем развода при волеизъявлении тех лиц, которые на определенном этапе истории по существующей правовой доктрине обладают известным правом, при возникновении соответствующей

²⁶ Там же. С. 137–139.

²⁷ *Solazzi S.* Divortium bona gratia. U. Hoepli, 1938. P. 1–14.

²⁸ *Corbier M.* Divorce and Adoption as Roman Familial Strategies // Marriage, Divorce, and Children in Ancient Rome, eds. Beryl Rawson. Oxford, 1991. P. 47–78.

²⁹ *Baquero F. M.-E.* Repudium — Divortium (origen y configuracion juridica hasta la legislacion matrimonial de Augusto) // Facultad de derecho. Universidad de Granada. Departamento de derecho romano y derecho mercantile (Area de derecho romano). Granada, 1987. P. 1–155.

³⁰ *Fayer C.* La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Parte III. Concubinato, divorzio, adulterio. Roma: L'Erma di Bretschneider, 2005. P. 1–452.

³¹ *Римское гражданское право*, изложенное (по Маккельдею) Николаем Рождественским. С. 47; *Хвостов В.* История римского права. С. 94; *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. С. 136–139.

щих легитимных оснований, по правилам традиционной, а позже законной процедуры развода. Безосновательные разводы или развод по согласию сторон длительное время воспринимали как *jus nudus* (голое, необеспеченное право), что в моральном плане ставило человека в неприятное, осуждаемое обществом положение.

В связи с этим следует заметить, что уже во времена основателя Рима и первого его правителя Ромула были предусмотрены причины, ведущие к законному разводу.³² По традиции, на что указывает Плутарх, *primus rex Romae Romulus* установил или, скорее, признал определенные правила развода, устранив те, которые не соответствовали тогдашнему пониманию *aequitas* (справедливость). Такой подход Ромула по существующей мифо-исторической традиции обуславливался тем, что на момент, когда возникла *civitas Romana*, патриархальная семья уже была вполне самостоятельным организмом, обладавшим семейным *jus non scriptum*, которое существовало, хранилось и развивалось на основе родовой сакральной традиции.³³ Древние семейные правила, очевидно, были частью общей правовой традиции и коррелировали с существующими нормативно-правовыми положениями обычного сакрального права — *mores maiorum*, *consuetudo* и *mos regionis*,³⁴ прародиной которых был древний *Latium* (Лация). Тем не менее Закон Ромула определил следующие причины разводов, которые тогда были редкостью: 1) прелюбодеяние жены; 2) отравление мужа или покушение на него; 3) подделка ключей; 4) подлог ребенка (Plut. Rom. 22).

Следует отметить, что одной из принципиальных особенностей древнеримского права (по крайней мере архаического и предклассического периодов) было отсутствие прямой зависимости развода от бесплодия женщины или импотенции мужчины. То есть развод был очевидно возможным, поскольку для этого имелись естественные основания, но существующая традиция затрудняла такой процесс. Например, только после того как римский гражданин, консул *Spurius Carullius* заверил цензора в том, что он желает расстаться с бесплодной, но любимой женой ради того, чтобы следующая жена родила ему ребенка, право на развод было получено (Val. Max. 2.1.4; Gell. Att. 4.3.2; Dionys. 2.25.7; Plut. Quaest. Rom. 59). Однако сам факт развода вызвал, как пишут древние историки, общественное неодобрение. Возможно, такой резонанс в определенной степени обусловлен тем, что проблема бесплодия в римском обществе нивелировалась путем усыновления. Такое решение проблемы вполне соответствовало существующей традиции, поскольку ни в одной стране мира усыновление не получило такого размаха, как в Древнем Риме, когда свободнорожденные лица усыновляли других, независимо от их возраста и семейного статуса. Усыновление, кстати, могло привести даже к разводу (не ранее предклассического периода) в том случае, если, например, отец жены усыновил ее мужа. В целом же правовая традиция усыновления, кроме прочего, очевидно, сдерживала семейные пары от игнорирования брака.

Наконец, исследователи римского права считают, что развод в Древнем Риме был явлением редким.³⁵ Это можно объяснить, кроме сказанного, следующими причинами и обстоятельствами: 1) в условиях становления римской общины патриархальная семья была уже вполне самостоятельным

³² Загурский Л. Н. Элементарный учебник римского права. С. 59.

³³ Ефимов В. В. Лекции по истории римского права. С. 273.

³⁴ Дождев Д. В. Римское частное право. С. 77–82.

³⁵ Митюков К. А. Курс римского права. С. 252; Хвостов В. История римского права. С. 94–95.

общественным организмом, с абсолютной властью *pater familias*, в которой жена была неразрывной частью брачно-семейной организации. Потеряв все предыдущие семейные связи, она, согласно традиции, поддерживала культ новой семьи, став физиологическим средством ее продолжения. Поэтому развод, очевидно, воспринимался как явление исключительное, которое наносило моральный и материальный ущерб семье, подрывало ее престиж как основного субъекта частных и публичных правоотношений в римском социуме, нарушало священную традицию рода (*gens*) и семьи (*familia*); 2) правовое положение женщины в браке *cum manu* не допускало возможности ее инициативы относительно развода. Лишь по причине природных и юридическо-судебных обстоятельств брак, независимо от ее воли, прекращался, а она по истечении определенного срока приобретала право на *secundae nuptiae*; 3) муж также не был заинтересован в разводе, поскольку, если это происходило без уважительной причины, он нес известные материальные потери в пользу жены и богини плодородия Цереры (Plut. Rom. 22); 4) женатые, но подвластные дети, по существующей традиции, личного права на развод не имели: обладая статусом свободы и статусом гражданства, они были ограничены в правах по семейному статусу. Реализация их стремлений к расторжению брака зависела от двух взаимосвязанных факторов: волеизъявления *pater familias* и возникновения традиционных юридических оснований для развода; 5) патриции, как правило, заключали сакральный брак *confarreatio*, не предусматривающий длительное время возможность развода (Gell. 10, 15). Лишь только во времена императора Домициана (85–92 гг.), когда в обществе существовала даже мода на развод, последнее коснулось в форме *difarreatio* существующего до христианских времен брака *confarreatio* (Plut. Quaest. Rom. 50). В этом случае сработало общее правило, известное по Домицию Ульпиану: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est* [Нет ничего более естественного, чем прекратить что-либо таким же образом, каким оно было заключено] (D. 50.17.35); 6) в архаический и частично предклассический периоды определенную роль в ограничении своеволия мужа в его стремлении к разводу играл *consilium* когнатов жены или друзей мужа, с которыми он перед осуществлением одностороннего развода, как правило, советовался, но решение принимал самостоятельно. С давних времен легитимность такой процедуры гарантировалась правовой сакральной традицией; 7) после появления магистратуры цензора в 443 г. до н. э. возникает административная ответственность мужчины за нарушение процедуры развода и за его безосновательность. Так, некий Л. Антоний в 307 г. до н. э., проигнорировав мнение родового консилиума относительно развода, был исключен цензором из числа сенаторов.³⁶

Тем не менее право на развод существовало еще с незапамятных времен и регулировалось обычаем,³⁷ очевидно, *mores majorum* (заветы предков) в соответствии с положениями (принципами) понтификального права, а позже с законодательством Ромула. Впоследствии, в условиях противостояния патрициев и плебеев, оно нашло свое отражение в Законах XII таблиц (Lex. XII tab. IV. 3). Впрочем, норма Законов о разводе сохранилась лишь в произведении Цицерона — *Philippicae orationes*, в частности в том фрагменте, где он описывает процедуру развода известного персонажа

³⁶ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 229.

³⁷ Kaser M. Das römische Privatrecht. Abschn.1. Das altrömische, vorklassische und klassische Recht. S. 72.

римской истории и художественной литературы Марка Антония: «[Пользуясь] постановлением XII таблиц, — писал Цицерон, — он приказал своей жене взять принадлежащие ей вещи и, отняв ключ, изгнал [ее]» (Cicero, Philipp. III.8.19). Упоминание Марка Антония говорит о том, что такая норма в соответствующей форме применялась во второй половине I в. до н. э., т. е. во времена деятельности его будущего соперника Юлия Октавиана Августа. В связи с этим следует заметить, что римляне, по определению Тита Ливия, считали *Lex XII tabularum* основным «источником всего публичного и частного права» (*fons omnis publici privatique juris*) (Liv. 3.34). Поэтому не случайно Законы стали объектом многочисленных комментариев как «создателей гражданского римского права» (по определению Помпония — D. 1.2.39) — Публия Муция Сцевола, Юния Брута, Мания Манилия (сер. II в. до н. э.), так и творцов юриспруденции — Публия Рутилия Руфа, Квинта Элия Туберона, Квинта Муция Сцевола (понтифик), Сервия Суспильция Руфа, Алфена Вара, Авла Офилия и др.³⁸ Но со времени появления этого творения децемвиров (451 г. до н. э.) и до «брачного законодательства» Октавиана Августа никаких правовых источников или материалов научного содержания по проблеме развода не сохранилось.

В то же время исторические источники свидетельствуют о том, что в римском обществе предклассического периода возникали явления, которые не были урегулированы на уровне законодательства и противоречили существующему правопорядку и правовой традиции. Как отмечал Гелий Авл (II в.) и другие античные историки, в 235 г. до н. э. впервые состоялось прекращение брака по взаимному согласию с бесплодной женой, что вызвало широкий общественный резонанс скандального характера (Gell. N. A. 4, 3). Такая практика появилась, по мнению Л. Казанцева, еще до 235 г. до н. э.,³⁹ но была легитимизирована не юридическими средствами, а путем спонтанного массового распространения (II–I вв. до н. э.). Это не только дало возможность гражданам Рима беспрепятственно выражать волеизъявление к прекращению брака, реализуя таким образом право на личную свободу, но и, вместе с тем, обусловило негативные общественные последствия: падение престижа семьи и рождаемости, распространение адюльтера и разврата, неограниченное право на развод по консенсусу, различные спекуляции с брачным имуществом в связи с беспрепятственными разводами. Все это ярко демонстрировало то, что «семейная жизнь переживала особенно острый кризис» (И. Покровский). Этому существенно способствовало, на наш взгляд, совпадение двух правовых явлений: брак *sine manu* и *divortium communi consensu*. Эти правовые феномены, видимо, не были известны до середины III в. до н. э., но уже во времена поздней Республики (II–I вв. до н. э.) стали обычными явлениями.

В связи с усилением аморальных тенденций первый римский принцепс-император Гай Юлий Октавиан Август (Юлий с 44 г. (в титулатуре также Цезарь) и Август с 27 г. до н. э.) пытался исправить ситуацию на законодательном уровне. Об обстоятельствах реализации политики принцепса в сфере брака и общественной морали известный римский историк Светоний (II в.) писал: «Он (Октавиан Август. — Л. Д.) пересмотрел старые законы и ввел некоторые новые: например, о роскоши, о прелюбодеянии и разврате, о подкупе, о порядке брака для всех сословий. Этот последний

³⁸ Дождев Д. В. Римское частное право. С. 27–32.

³⁹ Казанцев Л. Н. О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. С. 181.

закон он хотел сделать еще строже других, но бурное сопротивление вынудило его отменить или смягчить наказания» (Suet. 2.34). Действительно, сначала Октавиан Август создал более радикальный законопроект (18 г. до н. э.) для борьбы с аморальными явлениями, но, поддержанный сенатом, *Lex Julia de maritandis ordinibus* был ветирован трибунным собранием.⁴⁰ Лишь после того как отдельные правовые требования *Lex Julia de maritandis ordinibus* были несколько раз смягчены и в такой форме этот акт объединили с законом сенаторов (или консулов) *M. Papia* и *Q. Poppaea*, новосозданный законодательный акт *Lex Julia et Papia Poppaea* получил в 9 г. н. э. юридическую силу.⁴¹

Основная идея Закона заключается в необходимости увеличения количества законных браков и рождения законных детей, а также в борьбе против прелюбодеяния (*adulter*) и разврата (*stuprum*). Правовые нормы *Lex Julia et Papia Poppaea* ограничивали наследственные права тех лиц, кто больше трех лет находился вне брака или заключал брачный союз с проститутками, своднями, а также с их вольноотпущенницами, с женщинами, застигнутыми в прелюбодеянии, а также с актрисами и женщинами, осужденными за уголовные преступления. Такие же ограничения касались сенаторов, которые брали в жены, кроме упомянутых категорий женщин, вольноотпущенниц, актрис, а также их дочерей (D. 23.2.44 pr.). Закон не мог запретить гражданину Рима заключать брак с женщиной, имеющей право на брак (*jus connubii*), но Октавиан Август предусмотрел, что брак с известными категориями женщин не имел юридической силы. В связи с этим такие лица считались внебрачными, и на них накладывались определенные ограничения: как на тех граждан Рима, кто не вступал в брак и не имел законных детей, так и на тех, кто после развода оставался вне брака.

В Законе также говорилось, как заметил Светоний, об ограничении разводов (Suet. 2.34). Но такое ограничение, очевидно, было не прямым, а опосредованным. Итак: 1) закон предусматривал штрафы за безбрачие и бездетность, а массовые разводы этому способствовали; 2) ограничение разводов было связано с усилением процессуальных и материальных правовых требований к инициаторам одностороннего расторжения брака; 3) односторонние разводы без оснований, в отличие от разводов по консенсусу сторон, считались незаконными (D. 38.11.1.1).

В *Lex Julia et Papia Poppaea* также присутствует правовая норма о незаконности развода вольноотпущенницы по ее волеизъявлению против воли законного мужа-патрона, освободившего ее из рабского состояния; т. е. при указанных обстоятельствах вольноотпущенница не имела права на развод независимо от фактических отношений с патроном (*Divortium faciendi potestas libertae, quae nupta est patron, ne esto.* — D. 24.2.11 pr.; D. 38.11.1.1). Очевидно, здесь речь идет не столько о традиционных услугах вольноотпущенников в пользу патрона, а, прежде всего, о самом виде брака — *cum manu*, поскольку трудно представить ситуацию, когда после *manumissio* из рабства вольноотпущенница, получив свободу и гражданство благодаря своему патрону, приобрела, кроме этого, неподвластный семейный статус. Кроме того, причиной незаконности данного развода было то, что он был оформлен ненадлежащим образом, без необходимых оснований и в соответствии с предусмотренной Октавианом Августом юридической процедурой (D. 38.11.1.1).

⁴⁰ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 101.

⁴¹ Покровский И. А. История римского права. С. 428.

Именно новая процедура одностороннего развода, созданная юристами Октавиана Августа, появилась также в известном акте *Lex Julia de adulteriis* с целью борьбы против спекуляций свободой разводов и злоупотреблений правом в связи с различными махинациями для незаконного материального обогащения (типичная гипотеза: подкуп прелюбодея для создания оснований развода с женой — D. 48.5.15.1). Процедура одностороннего прекращения брака разводом была следующей: 1) развод обозначался лексемой *divortium*) предусматривал заявление, оглашенное вольноотпущенником от имени патрона при семи достойных свидетелей (D. 24.2.9); 2) законное решение мужа о разводе выражалось, как заметил Гай, ритуальной фразой — *tuas res tibi habeto* [возит с собой твои вещи] (D. 24.2.2), происходившей от известной нормы *Lex XII tabularum* (Tit. IV. 3); 3) развод считается недействительным, если он не был оформлен надлежащим образом (D. 24.2.9; D. 38.11.1.1); 4) развод без наличия причины (*sine justa causa*) считался незаконным, но свершившимся. На лицо, нарушившее закон, т. е. ставшее безосновательно инициатором развода, накладывалась материальная ответственность: виновный муж, как считает И. Покровский, терял право на *donatio propter nuptia* в пользу жены, а виновная супруга — брачное приданое (*dos*).⁴² Здесь, очевидно, ошибка, потому что предбрачный дар как *правовой институт* появился в постклассическом римском праве под влиянием греческой правовой традиции.

Главной причиной развода был *adulter* (прелюбодеяние) и *stuprum* (разврат мужа с незамужней девушкой). *Lex Julia de adulteriis coercendis et de pudicitia* впервые определил прелюбодеяние жены как публичный деликт.⁴³ Дело рассматривал *Judicium publicum de moribus* (общественный совет по вопросам нравственности)⁴⁴ или обычный суд. В качестве санкции за прелюбодеяние предусматривалось следующее: 1) потеря семьи; 2) отчуждение прав на брачное имущество; 3) возможная ссылка на острова (Suet. Tib. 11). Игнорирование развода с прелюбодейкой влекло обвинение мужа в сводничестве (D. 48.5.2.2). Мужчина отвечал за прелюбодеяние собственной жизнью, но только по обычаю мести за оскорбление, если совпадали три фактора: родственный статус мстителя (муж или отец женщины), место прелюбодеяния (дом потерпевшего мужа) и фактор времени (внезапность засвидетельствования прелюбодеяния). Другие обстоятельства лишения жизни прелюбодея, очевидно, считались обычным убийством по закону Корнелия (D. 48.8); 4) мужчина мог отвечать за прелюбодеяние взысканиями с брачного имущества при разводе, что зависело от волеизъявления жены; 5) такая же материальная ответственность полагалась за *stuprum*, но муж наказывался за это же деяние посредством *multae irrogatio* (имущественный приговор) (Liv. 10, 31).

Следует заметить, что *брачное законодательство* Октавиана Августа, и особенно *Lex Julia et Papia Poppaea*, вызвало большой общественный резонанс как среди юристов классического периода, так и в различных слоях населения (например, у всадников). Если юристы, особенно конца классического периода, относились к личности Октавиана Августа и его брачному законодательству с большим пиететом (например: «Этот закон (*De adulteriis*) принят *божественным* Августом» — D. 48.5.1), посвятив его труду многочисленные комментарии, касающиеся брачного права

⁴² Там же. С. 430.

⁴³ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 145.

⁴⁴ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. С. 138.

и особенно его нарушения (благодаря чему основные положения законов сохранились) (D. 48.5.1–45 и др.), то в общественном восприятии его современников известные юридические изменения вызвали большое смятение и отрицательное к ним отношение.⁴⁵ Например, Тацит в своих мрачных взглядах на римскую историю, особенно критически относившийся к императорам из числа Юлиев-Клавдиев, не сказал ни одного доброго слова о реформах первого принцепса-императора (Tac. Ann. 3.25). Несмотря на такую интеллектуальную обструкцию, *Lex Julia et Papia Poppaea* никогда юридически не отменялся. Более того, значительная часть норм Октавиана Августа, особенно те, что касались юридической ответственности за прелюбодеяние, вошли в Дигесты Юстиниана, поскольку отвечали его правопониманию (D. 48.4–7; D. 48.5.1–45). Следует обратить внимание на то, что сама идея свободы расторжения браков, как замечает проф. И. А. Покровский, никогда не подвергалась сомнению и просуществовала до времен *христианизации римского права*.⁴⁶ Вместе с тем ряд норм, которые не упоминаются в законодательстве ранневизантийских императоров, обусловили формирование определенных ценностей правового идеала брака первого императора эпохи принципата. Поэтому истоки норм христианизированного римского права можно найти не только в самых важных первоисточниках христианской правовой доктрины (Старый и Новый Завет, Послания Апостолов, Апостольские правила и др.), но и среди тех идей, которые существовали в формально чуждой для христиан ценностной парадигме. В связи с этим Г. Д. Гурвич писал: «Всякая норма, даже целиком автономная моральная норма, основывается на предшествующей этой норме ценности».⁴⁷ Поэтому не только нормативно-правовое содержание, но и ценностная природа *брачного законодательства* Октавиана Августа существенно повлияла на эволюцию института развода.

Усиливающееся вмешательство государственной власти в частные, прежде всего брачные, правоотношения римлян стало заметной тенденцией классического периода римского права, когда в условиях принципата изменился институт принцепса (первого из сенаторов). Полномочия таких лиц выходили за пределы сената, но все же законодательные функции стали их прерогативой в процессе эволюционных изменений. Тем не менее принцепсы-императоры через рескрипты реагировали на острые проблемы, угрожающие существующему правопорядку и касающиеся, в частности, конкретных вопросов брачно-семейных отношений. Таким образом, нарушение неприкосновенности частной жизни субъектов семейных правоотношений с позиций древней правовой традиции, например домовладыки, в условиях взаимоотношений с подвластными детьми, касающихся их развода, как правило, имело в соответствии с рескриптом императора справедливые и гуманные последствия (D. 43.30.1). Нетрадиционная правовая политика первого принцепса-императора и его идейных последователей объясняется, как известно, кризисом семейных ценностей, который углубился в I в. н. э.,⁴⁸ особенно во время пребывания у власти так называемых Юлиев-Клавдиев (Калигула, Клавдий, Нерон) (Sen. 3.16.2). Однако появление подобных правовых актов стало возможным только в период принципата, когда император-принцепс с позиций

⁴⁵ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 101.

⁴⁶ Покровский И. А. История римского права. С. 430.

⁴⁷ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. Избранные сочинения / пер. М. В. Антонова, Л. В. Ворониной. СПб., 2004. С. 268.

⁴⁸ Хвостов В. История римского права. С. 256.

новой правовой доктрины постепенно приобретает черты основного субъекта правообразования (D. 1.4.1). Не случайно проблема развода вызвала положительную реакцию на соответствующую политику Октавиана Августа среди императоров эпохи принципата (Адриана, Антонина Пия, Марка Аврелия, Александра Севера, Валериана и Галлиена), но часть их актов не сохранилась, а другие известны лишь по фрагментам исследований римских юристов классического периода, систематизированных в Дигестах Юстиниана (D. 24.2.8; 24.2.9; 38.11.1; 43.30.1; 48.5.2.2). Сохранились в полном объеме лишь конституции Александра Севера (C. 5.17.1) и Валериана-Галлиена (Ibid.).

Император Адриан (*Publius Aelius Traianus Hadrianus*, 117–138 гг.), как знаковая фигура римской истории и права, известный, в частности, как инициатор кодификации преторских эдиктов юристом Юлианом в *Edictum perpetuum*,⁴⁹ в своих конституциях уделял особое внимание актуальным брачно-семейным проблемам (D. 24.1.7.2), таким, к примеру, как взаимоотношения родителей и детей (D. 48.5.6.2; 48.9.5). *Divus Hadrianus*, как известно из труда *De adulteriis* Эмилия Папиниана, решительно вмешался в процесс незаконного расторжения брака и сослал виновника на три года в ссылку (очевидно, на острова) в случае, когда неженатый мужчина привел с улицы в свой дом чужую жену, послав ее мужу заявление о разводе (*repudium*) (D. 24.2.8). Дальнейшие действия мужа, очевидно *pater familias*, получившего незаконное письмо о разводе, зависели от следующих обстоятельств: 1) семейное положение женщины (*persona sui juris* или *persona alieni juris*); 2) форма заключенного брака (*confarreatio*, *coemptio* или *usus*); 3) наличие или отсутствие адюльтера; 4) и, самое главное, а) психологическое волевое отношение жены к расторжению законного брака с целью заключить второй брак; б) или желание жертвы насилия сохранить брак.

В условиях, когда под влиянием философии стоиков постепенно улучшалось положение всех членов *familiae* за счет *patria potestas* домовладыки, законодательство императоров эпохи принципата не могло обойти такую актуальную в обществе проблему, как развод подвластных детей. Так, «божественный Антонин» Пий запретил отцу *separare bene concordans matrimonium* [разрывать добропорядочное соглашение о законном браке] (D. 43.30.1.1, 5; C. 5.17.12). Вместе с тем, в своем рескрипте он советует отцу не пользоваться жестоким образом *своим* правом.⁵⁰

Перед императорами-принцесами этого периода возникли проблемы, решение которых не имело исторических аналогий. Тем не менее, несмотря на спорадичность появления таких правовых феноменов, начинается постепенное ограничение архаических прав главы семейства в сфере прекращения брака подвластных детей. Таким образом, отдельные новеллистические подходы императоров эпохи принципата, требовавшие теоретических обоснований и дальнейшего развития, объективно создавали определенные коллизии с традиционными положениями *jus civile*. В целом же для последовательных и системных изменений, очевидно, еще не сложились общественные условия и соответствующий юридический опыт (Тас. App. 3.25). Первые нововведения императоров эпохи принципата относительно разводов встречали сопротивление со стороны части римского общества, поскольку в условиях устойчивых ментально-психологических стереотипов изменения в сфере брака и развода воспринимались как

⁴⁹ Дождев Д. В. Римское частное право. С. 112.

⁵⁰ Колотинский А. Д. История римского права. С. 287.

угроза традиционным устоям.⁵¹ В соответствии с этим конституции императоров эпохи принципата (преимущественно в виде рескриптов) еще не стали доминирующей формой римского права, благодаря которой можно было бы прибегнуть к более решительным законодательным мерам.

Проблему разводов еще только начали разрабатывать римские юристы классического периода, *prudentes* Октавиана Августа, а также их последователи, прежде всего Юлиан и Гай (D. 24.2.2; 24.2.6; 24.2.4). Таинственный (по происхождению и жизненным обстоятельствам) юрист Гай, в частности, обратился к определению процедуры развода и его основных понятий — *divortium* и *repudium*, что само по себе свидетельствует о началах фундаментального исследования данной проблематики. Это в известной степени подтверждается тем, что до Юлиана и Гая как в императорских конституциях, так и в юриспруденции отсутствовал один из двух главных терминов института развода — *repudium*, известный со времен римского комедиографа Плавта (III в. до н. э.), обозначающий отказ от помолвки (Plaut. Aularia. 4.10.53). Впервые употребляет термин *repudium* в качестве *разводного послания* жене известный римский историк Светоний (прибл. 70–122 гг.): «*repudiumque... remissum*» (Suet. Tib. 11) и «*repudium misit*» (Suet. Calig. 36).

Конечно, юридическая практика разводов требовала обобщений, экспертных оценок и соответствующих *resposa prudentium*. Эти задачи встали перед такими известными юристами, членами императорских канцелярий конца II — начала III в., как Папиниан, Марциан, Павел, Ульпиан и Модестин. Именно императорская канцелярия, по замечанию Д. В. Дождева, разрешает многие старые контроверзы, часто опережая *prudentes* в логичности решений и во внимании к волевой стороне правоотношений.⁵² Не случайно в Дигесты Юстиниана по вопросам развода вошли, кроме отрывков из произведений авторитетных юристов Юлиана и Гая, фрагменты работ позднеклассических юристов *Emilius Papinianus, Paulus, Domicius Ulpianus et Gerenius Modestinus* (D. 24.2.1–11), которые завершили историю классического права неизвестными ранее новеллистическими правовыми положениями в духе справедливости и гуманизма.

Именно эти юристы, начиная с Юлиана и Гая, опираясь на юридический опыт предшественников,⁵³ разработали методику определения подлинности и законности разводов, смысл которой можно выразить следующим образом: 1) брак по римскому праву прекращается разводом, смертью, пленением или другим случаем рабства одного из супругов (Павел) (D. 24.2.1); 2) законный развод осуществляется обязательно в присутствии семи свидетелей, в противном случае он не имеет юридической силы (Павел) (D. 24.2.9); 3) незаконные действия третьего лица — введение в свой дом замужней женщины «с улицы» и отправление ее мужу заявления о разводе — не могут быть формой прекращения брака разводом и предусматривают привлечение инициатора таких действий к юридической (криминальной) ответственности (Папиниан) (D. 24.2.8); 4) прекращение брака разводом не считается окончательным в следующих случаях: а) если нет подтверждения серьезности намерений (Павел) (D. 24.2.3); б) кратковременный уход от мужа и возвращение жены не является разводом, очевидно, если муж будет считать возможным продолжение супружеской

⁵¹ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 101.

⁵² Дождев Д. В. Римское частное право. С. 43.

⁵³ Kaser M. Das römische Privatrecht. Abschn.1. Das altrömische, vorklassische und klassische Recht. S. 280.

жизни (Ibid.); в) раскаяние пославшего необходимо при одностороннем прекращении брака письмо является основанием для продления действительности супружества, если в соответствии с *repudii* последнего вторая сторона не откажется от примирения (Папиниан) (D. 24.2.7); 5) брак с сумасшедшей женой прекращается только по волеизъявлению мужа или отца больной жены. В целом же безумие не являлось абсолютным и обязательным основанием для развода, если болезнь возникла уже в процессе совместной жизни и отсутствует волеизъявление лиц, имеющих право при данных обстоятельствах прекратить законный брак (Ульпиан) (D. 24.2.4); 6) фиктивный брак и развод не являются основанием для его законных материальных последствий, поскольку есть только фиктивная, а не законная претензия *quasi* потерпевшей стороны (Ульпиан) (D. 24.2.5); 7) по мнению Юлиана (вопреки древней традиции) (D. 24.2.6): а) плен не является основанием для развода, поскольку жена плененного рассматривается как замужняя женщина и не имеет права на *secundae nuptiae*; б) такое положение сохраняется до тех пор, пока есть свидетельства, что муж-пленник остается живым, а если их нет на протяжении пяти лет, женщина приобретает право на второй брак (Ibid.); в) по мнению Куяция (*Cujacius*) (Жак Кюжа, XVI в.), интерполяция Юстиниана распространила такое положение на женщину,⁵⁴ 8) развод вольноотпущенницы с патроном по ее волеизъявлению против воли последнего Модестин считает незаконным, за исключением случая, когда она была отпущена из рабства патроном в силу *фидеикомисса* (третьего лица) (D. 24.2.10). В целом же римская юриспруденция в лице Ульпиана на основании *Lex Julia et Papia* Октавиана Августа («у вольноотпущенницы, которая вышла замуж за патрона, нет права на развод») изобрела *незаконченную* форму развода, когда вольноотпущенница считалась уже незамужней, но права на второй брак не приобретала (D. 24.2.11). Если мужчина уже не является патроном вольноотпущенницы или не желает находиться с ней в браке, тогда прекращается его юридическая сила, переходящая уже на законный развод. Таким образом, римскими юристами классического периода были созданы гносеологическо-юридические основы и различные правовые механизмы предполагаемых гипотез о разводе, что в значительной мере отобразилось в законодательстве начала домината, а также в формально иной ценностной парадигме в императорском праве постклассического и юстиниановского периодов.

Перед тем как перейти к законодательству начала домината, обратимся к известным конституциям, приобретшим к тому времени юридическую силу закона (D. 1.4.1), императоров Александр Севера и Валериана и Галлиена. Так, конституция императоров Валериана и Галлиена (259 г.) предусматривала защиту права на брак, очевидно, подвластной дочери, которая три года ожидала жениха и потеряла всяческую надежду на предполагаемый брачный союз, получив, таким образом, возможность договора о другом браке, в то время как предыдущая договоренность теряла юридическую силу (C. 5.17.2). Император Александр Север в конституции 229 г. внес существенные изменения в нормативно-правовой механизм регулирования одного из трех видов прекращения брака — развода по решению судебных органов в силу правонарушения одного или обоих супругов. Вопреки этому император предусмотрел следующие правила: *Matrimonium quidem deportatione vel aqua et igni interdictione non solvitur, si casus, in*

⁵⁴ *Дигесты* Юстиниана / пер. с лат.; отв. ред. Л. Л. Кофанов. Т. IV. М., 2004. С. 447 (прим. 77).

quem maritus incidit, non mutet uxoris adfectionem [Брак не разрывается ни ссылкой, ни изгнанием, если положение, в которое попал муж, не меняет привязанности к нему жены] (С. 5.17.1). То есть конституция Александра Севера 229 г. предусматривала, что *deportatione* или *aqua et igni* не ведут к прекращению брака, если со стороны жены к осужденному мужу сохранилась супружеская привязанность (*adfectio=affectio*) (С. 5.17.1). Так, брак сохраняется при указанных условиях, когда супруги сохранили, как замечает Д. В. Дождев, *affectio maritalis* (любовь).⁵⁵ Следует заметить, что в нормативно-правовом акте императора заложен правовой механизм, который опровергает традиционное основание развода при соответствующем волеизъявлении жены осужденного. Таким образом, законодатель выразил в данном случае, вопреки противоположной тенденции периода принципата, приоритет частного права над публичным. Такое положение не только соответствует идеям законодательства о разводе императора Диоклетиана (С. 5.17.3–6), но и коррелирует с конституциями о разводе императоров Ромейской империи от Константина до Юстиниана. Конституции о разводе императоров Александра Севера, а также Валериана и Галлиена соответствовали представлениям юристов юстиниановского периода о *должном* в праве и вошли в *повторный* Кодекс Юстиниана (С. 5.17.1–2). Благодаря особенностям правопонимания авторов этих конституций, проявлению гуманистических тенденций в санкциях правовых норм, они отразили черты права, характерные для конституций о разводе императора Диоклетиана.

Императорское законодательство в начале эпохи домината в качестве аксиологической основы имело сложный комплекс идей, в котором заметно присутствие позднестойческой философии с ее гуманистическими ориентациями, отражение опыта эллинистической философии права, а также потенциальное влияние христианских идей, поскольку именно в это время ценностное влияние христианства распространилось среди различных категорий населения империи, т. е. в среде *humiliores* и *honestiores*.⁵⁶ В этих условиях возникло общественное противоречие, которое выразилось в том, что, несмотря на то что жена и дочь Диоклетиана, а также ряд военачальников были тесно связаны с христианским миром, в конце его правления произошел последний погром христиан.⁵⁷ Вместе с тем, незадолго до этого публикуются его законодательные акты, свидетельствующие о том, что взгляды юристов императора, касающиеся известных норм о разводе, вполне соответствуют христианским ценностям, как, например, определение брака римского юриста Модестина (D. 23.2.1). Это подтверждается, в частности, тем, что Юстиниан, как император Ромейской империи, имеющий особый статус в Христианской церкви, а также как инициатор издания ряда новелл, непосредственно касающихся проблематики канонического права (например, Nov. 123.1–44), не мог допустить кодификацию норм институтов брака и развода, противоречащих христианской правовой доктрине.

Не имея формальных связей с источниками стоической философии и христианского учения, нормы конституций Диоклетиана регулируют правовые отношения родителей и детей в связи с разводом последних на

⁵⁵ Дождев Д. В. Римское частное право. С. 292.

⁵⁶ Казаков М. М. Реформы Диоклетиана и предпосылки христианизации // Христианизация Римской империи в IV веке. Смоленск, 2002 (www.biblicalstudies.ru/Books/Kazak2.html).

⁵⁷ Лебедев А. П. Эпоха гонений на христиан и утверждение христианства в греко-римском мире при Константине Великом. М., 1994. С. 163–244.

основании принципа справедливости (С. 5.17.3). Конституция Диоклетиана 290 г. имеет принципиальное значение для установления законности развода и предотвращения его от нарушений в свете двух соответствующих гипотез: 1) в первом случае предполагается прекращение брака из-за смерти жены и попытка второй стороны (мужа или его *pater familias*) немедленно оформить развод, представив дело таким образом, будто акт расторжения брака по ее вине был совершен до ее смерти и поэтому дотальное имущество жены должно остаться у мужа или его *pater familias*. Конституция незаконность такого развода, император уверяет, что *moderatorem provinciae*, понимая, что все, что было сделано вопреки справедливости в пользу тех, кто прибег к хитрости, чтобы обойти закон, противоречит воле императора, т. е. указанный чиновник должен обеспечить возвращение приданого (*dos*) тому, кто его предоставил, заключая брак со стороны жены; 2) Диоклетиан, ссылаясь на древнюю традицию, которой противоречат действия злоумышленников, предупреждает семейные или помолвленные пары, которые фиктивно пытаются расторгнуть брак или помолвку, о том, что такие действия не являются основанием для расторжения соответствующего союза. Конституция Диоклетиана возникла, очевидно, не без влияния положений Ульпиана (D. 24.2.5), где злоупотребления в связи с браком и смертью жены вошли в одну гипотезу, которую Диоклетиан в соответствующей форме разделил на две (С. 5.17.3). Таким образом, источником императорской конституции в содержательном и отчасти юридическо-техническом смысле являются правовые нормы новеллистического содержания, разработанные юристами конца классического периода.

Особое внимание Диоклетиан обращает в двух последующих конституциях на взаимоотношения родителей и детей в связи с законным разводом последних, поставив задачу ограничить своеволие *pater familias*, а также его жены. Так, в конституции 294 г. император лаконично констатирует, что *filiae divortium in potestate matris non est* [Развод дочери не во власти матери], очевидно, имея в виду, что такая практика была известна в начале домината. Таким образом, нормативно-правовой акт устанавливает отсутствие права матери (вероятно, вдовы) вмешиваться в брачные отношения или развод своей дочери (С. 5.17.4). Ситуацию изменили нормативно-правовые положения Эклоги (законодательного сборника императоров-«иконоборцев» 726 г.), согласно которым после прекращения брака в связи со смертью мужа перед вдовой стояла альтернатива: остаться с детьми в качестве *главы семейства*, с определенными правами и обязательствами, или вступить во второй брак (Есл. II.6; 8; 12–13).

В третьей конституции Диоклетиана о разводе (также 294 г.) из четырех, вошедших в Кодекс Юстиниана, регулируются, как уже подчеркивалось, отношения домовладыки и семьи его подвластной и неподвластной дочери (С. 5.17.5). Опираясь на традицию, император констатирует, что *pater familias* владеет правом расторгать брак подвластной дочери, но только если для этого имеются *существенные и справедливые* основания; при их отсутствии такое условное право главы семьи теряет легитимность. В данном случае император не использует конкретное нормативно-правовое положение, но апеллирует к общепринятому пониманию *существенного и справедливого*, не лишая отца жены формального права иметь условные прерогативы в осуществлении акта развода. В случае судебного рассмотрения проблемы судья, очевидно, опираясь на общее положение закона императора, принимает решение в соответствии с существующим в правовом сознании общества понятием «существенные основания» и общепринятым пониманием справедливости. Относительно

эмансипированных детей Диоклетиан однозначно определяет, что *pater divortium in arbitrio suo non habet* (С. 5.17.5.2). Такое отчасти нетрадиционное решение в начале домината было результатом долговременной правовой эволюции: начиная с Марка Аврелия (на него ссылается Диоклетиан) через известную конституцию Антонина Пия (D. 43.30.1.5), что коррелирует с положением императора Адриана («отеческая власть должна основываться на родственной любви, а не на жестокости»), вошедшим в фрагмент Марциана (D. 48.9.5), и заканчивая правовой нормой Ульпиана (D. 43.30.1). После Диоклетиана известные претензии и действия домовладыки в сложившейся ситуации были окончательно дезавуированы во времена юриста Гермогениана (начало IV в.).⁵⁸

И наконец, в последней (из кодифицированных в 17-м титуле — *De repudii* 5-й книги Кодекса Юстиниана) конституции Диоклетиана (также 294 г.) речь идет об уточнении юридического механизма *repudium* (одностороннего расторжения брака в связи с доставленным письмом с заявлением о разводе): *Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium* (С. 5.17.6). В данной конституции, как видим, император обращает внимание на принципиальную деталь: брак считается расторгнутым с того момента, когда получено письмо с принципиальным заявлением о расторжении брака (*repudii libellus*) (С. 5.17.6). Эта норма императора вполне соответствует позиции Юлиана-Ульпиана (D. 24.2.4), которая, по существу, означает, что воля человека, выраженная в письме с заявлением о разводе, при наличии соответствующих оснований является необходимым и достаточным условием законности юридической процедуры одностороннего развода (D. 24.2.4). В то же время конституция устанавливает юридическую силу развода именно посредством процедуры *repudii libellus* (письмо с заявлением о разводе), которая, правда, в иной форме известна из фрагментов работ упоминаемых юристов (например, D. 24.2.4; 24.2.7).

В связи с новизной предлагаемой Диоклетианом процедуры развода — *repudii libellus* в среде немецких юристов и создателей «современного римского права» возникла следующая дискуссия. Известный немецкий романист и один из ярких представителей *исторической школы права* Г. Пухта заявил, что император Диоклетиан первым после принцепса Октавиана Августа предусмотрел новую процедуру одностороннего расторжения брака: *libellus repudiis*.⁵⁹ В то же время другой немецкий ученый, историк права *Schlesinger* возразил ему, апеллируя к употреблению терминов указанной процедуры в работах римских юристов конца классического периода.⁶⁰ Соглашаясь с аргументами последнего, проф. Университета Св. Владимира Л. Н. Казанцев ссылается на известный фрагмент Папиниана из Дигест Юстиниана (D. 24.2.7).⁶¹ На самом деле в фрагменте последнего, так же как и в работах Юлиана, Ульпиана, Павла и Модестина, речь действительно идет о послании письма о разводе, но при этом используется иная по форме правовая терминология: «*voluit matrimonium dissolvere*», «*solvitur matrimonium*», «*...libellum tradendum divortium*» (D. 24.2.7). Поэтому все же первенство употребления категории *libellus repudiis* принадлежит исключительно императору Диоклетиану (С. 5.17.6). Целью его конституций

⁵⁸ Шулин Ф. Учебник истории римского права. С. 226–227.

⁵⁹ Казанцев Л. Н. О разводе по римскому праву в связи с историческими формами римского брака. С. 240.

⁶⁰ Там же.

⁶¹ Там же.

было стремление с помощью регулятивно-правовых средств побудить *pater familias* к справедливости, не нанося ему морального ущерба, поскольку императорский акт определил принципы и нормы, обозначающие пределы свободы его правосудия в определенных семейно-родственных обстоятельствах.

В заключение следует отметить, что сакральное древнее право появилось до возникновения римской общины и сохранялось в определенных формах обычного права. Впоследствии оно охранялось и вместе с тем развивалось благодаря деятельности жрецов и первых правителей Рима. Именно основатель и первый *rex Romae* Ромул на основании сакральной традиции установил общие положения о причинах развода. Тем не менее, очевидно, длительное время не было общественной необходимости в существенных изменениях положений о разводе. Поэтому, кроме лаконичной формы развода в Законах XII таблиц (IV. 3), несмотря на возникновение преторского эдикта (367 г. до н. э.) как неизвестной ранее формы права, а также на становление системы римского права и формирование римской юриспруденции, никаких правовых материалов периода от Ромула до Октавиана Августа о разводе не сохранилось. Уникальным явлением в истории римского права стали радикальные («революционные») меры первого принцепса-императора Октавиана Августа, касающиеся брака, адюльтера и развода. Относительно одностороннего развода впервые была установлена известная юридическая процедура, соблюдение которой подтверждало законность расторжения брака. В то же время развод по консенсусу оставался неотъемлемым правом римского гражданина.

Первые императорские конституции (после Октавиана Августа) в виде рескриптов не могли претендовать на общее положение о разводе, а возникли лишь как реакция на проявление несправедливости со стороны домовладыки в отношении законного развода его детей и незаконные деяния третьих лиц в связи с разводом и др. Впоследствии эти рескрипты были разработаны римскими юристами и вошли в Дигесты Юстиниана. В то же время в правовой науке классического периода определены основные понятия развода, создана методика установления его действительности, разработана форма расторжения брака, предполагающая письмо с заявлением о разводе; изменена также традиционная форма развода в связи с попавшим в плен супругом: установлено, что факт пребывания мужа в плену не является основанием для немедленного развода ввиду потери им статуса свободы, поскольку жены пленных (вопреки традиции) считаются замужними женщинами. Вместе с тем, для законности развода в случае плена мужа относительно права жены на повторный брак предусмотрен необходимый правовой механизм. Разработанные аспекты одностороннего развода имели существенное влияние на императорское законодательство конца принципата, а также в период постклассического римского права.

Начиная с конституции Александра Севера проблема развода регулируется в императорских конституциях в виде эдиктов, уже имеющих в то время юридическую силу закона. Особенности этих конституций было проявление гуманности в вопросах развода; например в конституции Александра Севера в ситуации с разводом в связи с осужденным мужем предусмотрено преимущество частного волеизъявления жены о сохранении брака перед публичным решением суда.

Значение конституций Диоклетиана и его предшественников заключается в том, что их авторы приняли во внимание существенные изменения периода от начала принципата до первых лет домината в правах тех,

кто обычно находился под абсолютной властью главы семьи. Император Диоклетиан не только предусмотрел в известных гипотезах развода правовые механизмы, защищающие права подвластных детей, но и пытался их согласовать с легальным положением *pater familias* в правовой традиции Древнего Рима. Уникальность законодательства Диоклетиана в том, что, сохраняя тесную связь с правовой сакральной традицией, используя известные преторские методы корреляции традиции и новеллистики, император предусмотрел нормативно-правовые средства защиты интересов подвластных или зависимых лиц, защищая авторитет главы семейства, в условиях признания личных прав и достоинства каждого субъекта семейно-правовых отношений.

Общей закономерностью истории института развода является то, что в эпоху конца принципата и начала домината, в условиях принадлежности законодательной власти императору, исследование проблемы брака и развода (с учетом соответствующих разработок римских юристов классического периода) получило более динамичное и эффективное развитие в контексте справедливости и гуманизма правовой парадигмы той эпохи.