

## Брак и закон.

До сих пор вопрос о месте, принадлежащем семейственному, а в частности, брачному праву, в общей правовой системе, остается спорным. Должно-ли отнести его в область публичного права или права гражданского,—на этот счет и раньше замечалось большое разномыслие как на Западе, так и у нас <sup>1)</sup>. А новейшая цивилистика все решительнее берет под подозрение семейственное право, поскольку оно служит основанием для личной зависимости и поставлено под специальный надзор и регламентацию государства. Но не только эта сторона проявляется в учреждениях семейного и брачного союзов. Связанное особенно тесно с капиталистическим строем, семейственное право обнаруживает и сторону имущественную, хотя, конечно, базой для последней является личное семейное право <sup>2)</sup>.

Но, может быть, в условиях советской социально-правовой действительности праздным должен показаться вопрос о том, гражданским ли или публичным следует считать семейственное и, в частности, брачное право, когда эти исконные позиции (*hujus studii duae sunt positiones*) до крайности ослаблены. Быть может, приходится признать, что наиболее рационально и логически поступило азербайджанское законодательство, включив в свой гражданский кодекс и право семейное, поскольку в Советском государстве в достаточной мере проведена нивелировка основных отраслей права?

И в самом деле. Нельзя отрицать, что на наших гражданских правах, на гражданских кодексах советских республик лежит ясный отпечаток реалистической концепции Дюги, еще до недавнего времени оказывавшего чарующее влияние на наши законоподготовительные круги. Наделяя лицо гражданскими, т. е. частными имущественными, правами, государство—говорит редактор известного комментария к Гражданскому Кодексу, проф. Малицкий,—смотрит на эти права, как на защиту определенного частного имущественного интереса в использовании частным лицом его имущества, созданного не единичным трудом данного лица, а трудом и усилиями всего коллектива, и не в целях удовлетворения только частного интереса данного лица, но в целях удовлетворения интереса общественного <sup>3)</sup>. Ни о каких прирожденных, неотъемлемых, естественных правах не может быть речи; их нет ни у отдельного человека, ни у совокупности людей. Индивид, рассуждает Дюги, только призван исполнять определенную социальную функцию, осуществляемую в интересах общегития и гарантируемую государ-

<sup>1)</sup> Д. И. Мейер. Русское гражданское право. Изд. проф. Гольмстена. 1915 г. стр. 3. К. Д. Кавелин. Собрание сочин. том IV, стр. 769 след.

<sup>2)</sup> Dernburg. Pandekten. Bd. III стр. 2.

<sup>3)</sup> Малицкий. Гражданский Кодекс Советских Республик. 1925 г. стр. 7.



ством<sup>1)</sup>. А если это так, то и нет принципиальной разницы между правом публичным и правом гражданским; они по существу идентичны, и внешнее несходство их зависит только от различного способа их осуществления. Старательное обезвреживание в советских гражданских кодексах индивидуалистического момента коренным образом отличает их от буржуазных законодательств. И когда Гражданский Кодекс в своей первой статье устанавливает, что гражданские права охраняются за исключением тех случаев, когда они осуществляются в противоречии с их социально-хозяйственным назначением, то этим самым, в сущности, разрушен Гордиев узел, разрешена вечная проблема Ульпиана, стерта граница между публичным и частным правом. Индивидуалистическая концепция заменена реалистической. И вместе с тем нанесен ошеломляющий удар узкому эгоизму, ибо закон охраняет только такое использование гражданских прав, которое не идет в разрез с интересами коллектива и других граждан, участвующих в процессе развития производительных сил страны<sup>2)</sup>. Гражданское право пропиталось свежими, публично правовыми соками, публичное право оперирует в частноправных формах. Положен предел необузданному стремлению ницшеанского *Uebermensch'a*, не встречавшему препятствий в насквозь пропитанном индивидуализмом праве<sup>3)</sup>. Но когда возбуждается вопрос о сущности, общественном и юридическом значении института брака, выдвигается на передний план ряд индивидуалистических моментов, которые должны, де, найти отражение в официальной регламентации этого института.

Однако, здесь требуется сугубая осторожность и законодательный такт, ибо вместе с изменяющимися жизненными отношениями и в меру этих изменений должна изменяться и регламентация. „Сохранение же старых законов в ущерб новым нуждам и потребностям есть, в сущности, нечто иное, как поддержание несвоевременных частных интересов в ущерб интересу общественному“.

\* \* \*

Бесспорно, конечно, что брак составляет своеобразный институт, нелегко поддающийся юридической регламентации. Устанавливаемые браком отношения между двумя субъектами разного пола большей частью даже неуловимы для права. Личные отношения супругов не переносят законодательного вмешательства, а супружеские обязанности допускают только добровольное исполнение. Наивны и практически неосуществимы, поэтому, правила, подобные заключавшемуся в ст. 106 тома X, ч. 1, по которому: муж обязан любить свою жену, как собственное свое тело. Но это еще не значит, что законодатель должен принципиально отказаться от всякой попытки регламентировать брак, как учреждение, связанное с определенными правовыми последствиями. Вопрос только в том, какими средствами и путями для этого он пользуется и соблюдает ли в должной мере необходимый такт и понимание, объявляя, какое именно сожителство мужчины с женщиной может рассчитывать на его покровительство.

Как известно, Советское законодательство по интересующему нас вопросу остановилось на перепутьи, стараясь разрешить проблему, что следует считать „законным порядком заключения брака“, по выражению первоначального проекта народного комиссариата

1) Duguit. Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon. 1912.

2) Срв. ст. ст. 1 и 4 Г. К.

3) М. Грёдингер. Характеристика гражданского права л. кр. 1904; стр. 7, 39.



юстиции РСФСР) 1). Оказывается, что приравнение „законному порядку“ существующих вне официальных рамок брачных отношений не только не облегчает, а существенно осложняет разрешение вопроса. Оказывается, в опасное положение попадает база, на которой зиждется весь культурный мир, моногамия,—а при допущении конкуренции между „законным“ и „внезаконным“ браками охрана интересов женщины, как более слабой стороны, легко могла бы стать призрачной. Отпало-ли, в самом деле, при советском строе основание для принципиального противопоставления юридического брака фактическому, дозрели ли мы уже до т. н. высшей формы брака, ответ на этот вопрос может дать только анализ процесса исторического развития брака на главнейших ступенях его. На них мы и остановимся в дальнейшем изложении.

\* \* \*

Институт брака прошел через длинный и тернистый исторический путь—от коллективного брака до моногамии, к которой теперь переходит большинство даже в мусульманском мире 2). Но если коллективный брак являет собою наглядную картину полного порабощения, бесправия женщин, то нельзя сказать, чтобы при моногамическом браке, по крайней мере на первых порах, дело обстояло лучше. Ведь сопровождающие моногамию похищение и покупка женщины для матриониальных целей, как исторические реминисценции, отражающиеся на разных обрядах еще и позднейшего времени, разве не служат прямым доказательством тому, что и при моногамии женщина могла рассматриваться не как субъект, а как объект, как вещь?! Не даром же существует гипотеза, что первоначальным источником рабства послужили именно похищение и покупка женщин 3). И если обратиться к древней семье, как она, примерно, обрисовывается в сообщениях римских юристов и историков, то она представляется покоящейся на неограниченной, абсолютной власти домовладыки. Здесь все определяется как вещное отношение. Власть домовладыки определяет собою и родство, признаваемое постольку, поскольку имеет общую подчиненность главе семейства. Потому-то при такой структуре семьи кровное происхождение не играет никакой роли, и вместо когнатического принципа выдвигается вперед агнатический. Вместе с тем под ту же власть подпадает и жена, над которой муж юридически приобретает те же, лишь обычаем суживаемые, неограниченные права, какие ему принадлежат над своими детьми.

Однако, в Риме, приблизительно за 450 лет до нашего летосчисления, в эпоху создания XII таблиц, бесправные для женщин браки, браки *sine manu*, начинают конкурировать с свободными браками (*sine manu*), при которых муж не приобретает никаких прав на личность и имущество жены. Последняя юридически числится в своей прежней семье, если живы ее отец или дед; если же нет их уже в живых, то она становится вполне самостоятельным лицом, равноправным с мужем. И именно свободный брак, а не формальный, сопряженный с разными

1) См. проект законов о браке, семье и опеке, с объяснительной запиской Д. И. Курского. 1925 г., ст. 2.

В несколько смягченном виде это положение проведено в ст. 128 проекта нового кодекса законов УССР „о семье, опеке, браке и об актах гражданского состояния“.

2) Проф. С. З. Каценбоген. Спорные вопросы в учении о происхождении брака и семьи. 1923 г., стр. 13.

3) По поводу эволюции формы установления брака посредством покупки в Германии (*Verlobung u Traug* — обручение и передача, вверение—*Selbstverlobung u Selbsttraug*) см. *Sohm, Institutionen*. 1901, стр. 431, прим.



церемониями и обрядностями, привился среди римлян,—отличавшихся, как известно, трезвым умом и рано сумевших освободиться от жреческого дурмана,—и к концу республики стал общим правилом. В связи с этим установилась также свобода бесформального расторжения брака по одностороннему заявлению кого-либо из супругов. Только институт свободного брака встречается в Юстиниановом праве, оказывавшем по мере усиления рецепции его все большее и большее влияние на европейскую культуру. По некоторым германским партикулярным законодательствам руководящая роль в семье, правда, принадлежала мужу, как авторитетному опекуну над женою (*mundium*)<sup>1)</sup>. Но это не касалось формы заключения брака. Идея свободного брака, заключаемого в силу простого соглашения брачующихся и не сопровождаемого никакими официальными формальностями, так укоренилась на Западе, что все усилия церкви принять этот институт в свое исключительное ведение, долгое время оставались безрезультатными. Но чего не удалось ей достичь на Западе, то церковь осуществила в раблепной Византии. Уже со II века она стала требовать, чтобы брачный союз совершался с ведома епископа, при чем изобретен был церемониал этого акта: жених и невеста являлись в церковь, слушали литургию и молитвы всей общины о их благоденствии и мирном житии, после чего приобщались и благословлялись епископом. Забыли при этом, что основатели христианской религии вовсе не установили определенной формы заключения брака. Когда христианская церковь стала государственной, она поспешила провозгласить принцип, согласно которому брак является не только частным союзом, но и таинством. Преобладающее значение по этой теории имеет религиозная сторона, но не соглашение брачующихся, что без обиняков и своеобразно красноречиво отметил бывший учитель права и отец церкви Тертуллиан, признав брак, не более, и не менее, как аппаратом для производства членов церкви. Понятное дело, что при таком направлении и прекращение брака не могло быть предоставлено усмотрению состоящих в нем. Однако, общего распространения требование церковного благословения браков не получило. Для тех христиан, которые пренебрегали этим требованием, и для лиц других исповеданий действительными были греко-римские законы, по которым признавались действительными браки, заключенные на основании простого бесформального согласия брачующихся. Так, напр., по указу Феодосия и Валентина (428) фактические брачные отношения, подтверждаемые взаимным согласием сожителюствующих и удостоверяемые друзьями, признаются юридическим браком со всеми вытекающими из этого последствиями, хотя бы такому союзу и не предшествовали какие бы то ни были церемонии. Правило это воспроизведено в Юстиниановом законодательстве, но вместе с тем установлены были им некоторые формальности в виде составления письменных документов о приданом и брачном даре. Впрочем, это требование впоследствии сохранено было только для лиц высших рангов<sup>2)</sup>.

В 893 г., по указу византийского императора Льва Мудрого, вводится обязательное церковное венчание. Но прошло еще целых два века, пока этот указ при Алексее Комнене был распространен также на крепостных и рабов. Запад, однако, продолжал упорствовать, отрещиваясь от церковного венчания, и смотреть на брак, как на частное дело. Правда, была одна попытка до известной степени

1) Современное германское право этой своеобразной опеки мужа не знает.

2) Nov. CXVII.



унифицировать вступление в брак. Это было распоряжение Карла Великого, поручившего епископам и пресвитерам вместе с старейшинами предварительно исследовать родство желающих бракосочетаться, причем в случае благоприятного результата проверки должно было последовать священническое благословление брака. Но так как это распоряжение не имело вовсе санкции и противоречило взглядам общества, то оно осталось безо всякого эффекта. Церковное благословление так и не привилось на Западе вплоть до второй половины XVI века. В это время Тридентский собор, верный принципам „*reservatio mentalis*“, очень осторожно подошел к установлению обязательной формы заключения брака, объявляемой законною, а потому единственно влекущую за собой правовые последствия. Существовало ярко выраженное стремление создать удобный повод к возвращению в лоно католической церкви заблудших овец в лице приверженцев Лютера и других протестантов. Вот что постановил этот знаменитый собор: Желающие вступить в брак должны выразить свое взаимное согласие в присутствии трех свидетелей, одним из которых обязательно должен быть приходский священник. Но последний фигурирует лишь в качестве достоверного свидетеля, а не в роли совершителя брака. Из этого практика выводила, что священник может присутствовать лишь пассивно; важно только для юридической силы брака, чтобы он воспринял заявления сторон о желании их вступить в брак. Целью всей процедуры выставляется установление публичности, гласности браков; церковное же благословление на брак собором усиленно рекомендуется попутно, под шумок<sup>1)</sup>. Старания Тридентского собора, однако же, в цель не попали. Хотя, по словам Лютера, брак—дело почтенное, святое и имеющее чрезвычайно важное значение в жизни человека, но брак—не таинство, а такое же мирское дело и предмет попечения для государства, как пища, питье, одежда, жилище. И хотя лютеране не шли на регистрацию к католическим священникам, в Германии укрепились обычай пасторского благословления на брак, как акт передачи невесты жениху, вверения ее заботливости будущего мужа (*Trauung*).

Так или иначе, но церковь захватила в свое ведение институт брака, и такая участь постигла также вопрос о разводе. Если в Риме и первоначально у новых народов развод составлял частное дело супругов, допускаясь даже по одностороннему желанию одного из них, то церковь наложила на эту свободу свою тяжелую руку. Греко-католическая церковь ввела пресловутые поводы к разводу, а римско-католическая церковь в этом отношении пошла еще дальше, разрешив только „разлучение от стола и ложа“, раздельное жительство супругов, но без права вступления в другой брак<sup>2)</sup>.

Свободный брак оказался в корне уничтоженным.

\* \* \*

Для монополизации церковью формы заключения брака и расторжения его старались найти надежную опору в разных канонических текстах. Но особенно охотно оперировали иногда для оправдания догмата о таинстве брака, о тайне супружества, как озаглавил свое

1) Если, г. о., центр тяжести лежит в гласности, то и нет нужды повторять церемонию заключения брака по тридентским правилам, раз гласность была соблюдена. Поэтому прав Regnault (*Le mariage*, 1903, стр. 15-17), когда объясняет: „*Lorsque deux protestants ou deux juifs déjà mariés se convertissent au catholicisme, point n'est besoin d'une benediction nuptiale nouvelle.*—Французская теология истолковала тридентские правила в том смысле, что только венчание, как таинство, приобщает браку юридические последствия.

2) *Separatio quoad mensam et thorum.*



исследование проф. М. И. Горчаков, с известным фрагментом Дигест, приписываемым юристу Модестину. Этот источник казался особенно привлекательным, ибо за ним числился авторитет „писанного разума“.

Модестину, „последнему из могикиан“, заключающему собой блестящий список корифеев римской юриспруденции, приписывается знаменитое определение брака, гласящее так: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae; divini et humani juris communicatio*, т. е. „брак есть союз мужчины и женщины и объединение их на всю жизнь; общение по божескому и человеческому праву“.

Приведенное определение, изложенное в *l. 1 D. de ritu nupt. 23, 2*, требует к себе сугубого внимания и тщательного анализа.

Наиболее характерным и в то же время сомнительным местом в указанном фрагменте является последняя часть его, определяющая брак, как общение по божескому и человеческому праву.

Спрашивается: откуда у Модестина, язычника, жившего в III веке по Р. Х., взялась эта специфическая характеристика брачного союза, встречающаяся в учениях отцов церкви? Или сила христианских идей в период жизни этого юриста была так велика, что он незаметно для себя подпал под их влияние?

Обратимся сначала к исследованию этого вопроса. Как известно, христианство с течением времени надолго стало культурным элементом европейского миропонимания. Но это произошло значительно позднее. С другой стороны, мы уже видели, с каким упорством послеримский Запад сопротивлялся стараниям духовенства облечь брак в церковную форму. Для ученого же мира руководящим при этом правилом служил принцип, выраженный в *l. 30 D. de R. I.*, в силу которого: *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, при чем центр тяжести переместился на момент взаимного согласия. Соответственно этому брак стал рассматриваться как устанавливаемый на основании взаимного согласия нравственный союз, в котором физический элемент отступает на задний план и который создается в силу неформального договора.

Таким образом, гипотеза о влиянии на Модестина христианского представления о браке отпадает.

Проблема, содержащаяся в занимающем нас фрагменте, требует для своего разъяснения иного подхода.

Как известно, определение Модестина дословно перешло в каноническое право. Попав первоначально в знаменитую Эклогу Льва Исаврянина и Константина Копронима (*ekloge ton pomon*) VIII века, оно оттуда заимствовано было Кормчей книгою, 49 главу которой и составляет Эклога под названием Главизны Леона, царя премудрого, и Константина, верного царя. „Вот“ и дословный текст фрагмента Модестина, воспроизведенный в Кормчей: „Брак есть мужа и жены сочетание, бытие всей жизни, божественные же и человеческие правды общение!“ Отсюда вытекает, что в VIII веке, т. е. пятьсот лет спустя появления в свет соответствующего сочинения Модестина приписываемое ему определение брака не возбуждало сомнений.

Однако, совершенно ясно, что, если догма о таинстве брака могла утвердиться только в конце IX века и то лишь на Востоке; если весь Запад бережно отстаивал свободное и не связанное никакими стеснительными религиозными обрядами заключение браков, то в период жизни Модестина приписываемый ему взгляд на брак, как на учреждение, основанное на общении по „божескому закону“, отзывается юридическою ересью. И не наводит-ли при том на некоторое размышление то обстоятельство, что в Институциях ничего об этом *divinum jus*



по поводу брака не говорится? В § 1 F. de patr. pot. (1,9) читаем: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens*. Напомним, кстати, что Дигесты и Институции составлены были одновременно. Все это, вместе взятое, дает основание отнести к последней части приведенного Модестиновского фрагмента с некоторым подозрением. Мысль о том, что она внесена была впоследствии каким-либо богобоязненным переписчиком Дигест, напрашивается сама собою. Весьма вероятно, что мы здесь имеем дело с интерполяцией. Но если это так, то ускользает один из главных козырей, которыми подкрепляли обоснованность церковного венчания.

\* \* \*

Итак, свободный брак был в корне уничтожен, уступив место церковной форме заключения брачного союза. Но уже в самой постановке вопроса о венчании, как она выявилась на Тридентском соборе, заключались данные для огосударствления этого института. Ибо главной целью церковной формы тридентское постановление выставило обеспечение публичности, гласности бракосочетаний, конечно, с применением *reservatio mentalis*. Казалось, почва для перехода к светской регистрации была достаточно подготовлена. Но непосредственно введение гражданского брака обусловлено было практическими потребностями и возникновением значительного количества религиозных обществ, отделившихся от господствующей церкви. Начало светской регистрации браков—если не считать скоропреходящего опыта Кромвеля, отмененного реставрированными Стюартами,—делано было в Голландии. Там положение диссидентов было особенно тяжело, так как их, для получения благословения на брак, заставляли обращаться к чуждым им кальвинистским священникам. Решилось придти на помощь протестантам и правительство Людовика XVI, установив для них альтернативу регистрировать брак или у католического священника, или у местного судьи. Но в воздухе уже носились другие идеи. Ж.-Ж. Руссо убежденно и убедительно доказывал, что брак—не более, и не менее, как гражданский договор и что пора оставить догмат о его таинстве. Вскоре вспыхнула великая французская революция, восстановившая до известной степени и свободный брак. Закон 1791 г. провозгласил принцип, по которому брак рассматривается как частное соглашение<sup>1)</sup>. Но вслед затем, в 1792 г., введен был гражданский брак, к которому единственно присваивается способность произвести правовые последствия. Своим острием эта новая форма заключения брачного союза, конечно, направлялась против церковного венчания, которое объявлено было факультативным. Но введением регистрации браков, в сущности, подшивается смысл декларации 1791 г. о том, что брак n'est qu'un contrat civil, так как регистрационный порядок означает установление государственного надзора за совершением брака, который таким образом уже перестает быть только частным делом<sup>2)</sup>. Участие чиновника, ведущего записи гражданского состояния, обеспечивает не только правильность формы совершения брака, но вместе с тем предупреждает юридически недопустимые браки. Для этой цели обращается внимание широкой публики на предстоящий брак посредством своевременного

<sup>1)</sup> La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil.

<sup>2)</sup> Частным делом брак мог считаться по каноническому праву; церковным брак является по постановлению Тридентского собора и по различным протестантским уставам.



оглашения<sup>1)</sup>. Законы 1791 и 1792 г. г. внесли известную двойственность в понятие о брачных документах. Под брачным актом стали понимать запись, вносимую чиновником по ведению актов гражданского состояния в соответствующую книгу и служащую основанием для известных прав. Под брачным же договором подразумевают договор, совершаемый у нотариуса до брака и регулирующий имущественные отношения будущих супругов. Публичность введенной во Франции системы регистрации браков еще усилилась благодаря тому, что она введена была для всех, безотносительно к вероисповеданию брачующихся.

Гражданский брак на протяжении ста лет с небольшим совершил свое победоносное шествие по всей Европе. Только самые отсталые страны не восприняли его. После того, как по биллю лорда Дж. Росселя в Англии в 1836 г. введен был факультативный гражданский брак, голландский кодекс в 1838 г. установил гражданскую форму бракосочетания. Италия последовала этому примеру в 1866 г., в Испании и Португалии брак введен был лишь для некаатоликов<sup>2)</sup>. Но в Германии (1875), Швейцарии (1876) и Венгрии (1894) гражданский брак введен как обязательная для всех форма совершения браков.

Гражданский брак выдвинут также как орудие борьбы государства с церковью. Понятно, поэтому, что прежняя Россия не знала этой формы заключения брака, как общего правила; даже проекту гражданского уложения она неизвестна. Только браки раскольников, впоследствии официально названных старообрядцами, приобретали законную силу посредством внесения записей о них в установленные при полиции метрические книги. Правда, в законе 1874 г. было сказано, что предшествовавшее записи брака исполнение соблюдаемых между раскольниками брачных обрядов ведению полицейских чиновников не подлежит, из чего сенат сделал вывод, что актом, служащим основанием брачного союза раскольников, закон признает религиозный акт венчания, но не запись в метрические книги<sup>3)</sup>. Такое мнение было вызвано заключением А. Ф. Кони по делу Парфенова, судившегося за двоеженство. Кони полагал, что закон 1874 г. гражданского брака не вводил и что запись раскольничьего брака в метрическую книгу лишь удостоверяет предшествовавшее событие венчания. Но так толковать значит насиловать юридическую норму. Как известно, лишь в 1906 г. старообрядческие священники были официально признаны. Спрашивается, каким же образом можно было придавать официально законное значение совершаемым ими религиозным актам, пока раскольничьи священники еще не были оформлены? Совершенно ясно, что приведенное решение страдает противоречием. С другой же стороны, не следует забывать, что и после 1906 г. гражданский брак в России не может считаться вышедшим в тираж. Ведь, остались же еще раскольники-беспоповцы и баптисты, для которых гражданская форма брака сохрани-

<sup>1)</sup> Колер (Kohler). Современное гражданское право Германии (перев. под ред. проф. В. М. Нечаева). 1910 г. стр. 322 (Holtzendorfs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft; Bürgerl. Recht).

<sup>2)</sup> По испанскому кодексу 1887 г. гражданская форма заключения брака для не католиков состоит в том, что оба брачующиеся или один из них в сопровождении специально уполномоченного представителя другого и двух дееспособных свидетелей являются к местному судье, который оглашает относящиеся к правам и обязанностям супругов законы, спрашивает, по взаимному ли согласию заявители хотят вступить в брак и, получив утвердительный ответ, объявляет брак заключенным, при чем акт об этом подписывается всеми перечисленными лицами.

<sup>3)</sup> Решение сената № 69—1902 г. См. у Тютрюмова, Законы гражданские. 2-ое изд. стр. 27 Этот взгляд самым решительным образом был опровергнут Розенблюмом в Журнале юрид. общ., март 1895 г.



лась в полицейской обстановке<sup>1)</sup>. Предоставляя старообрядцам совершать те или другие брачные обряды, закон не придавал им никакого юридического значения, считая их вполне безразличными и, следовательно, в отношении указанных лиц, признавая только гражданскую форму брака<sup>2)</sup>.

\* \* \*

Законы о семье и браке принадлежат к числу первых законодательных актов, изданных Советской властью. Уже в декабре 1917 г. опубликован был декрет о гражданском браке, детях и ведении актов гражданского состояния. К нему примыкает и декрет о расторжении брака. Через год после октябрьской победы, а именно 22 октября 1918 г. (С. Уз. и Расп. Раб. и Крест. Прав. № 76—77, ст. 818), вышел „Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве“, который в общем и целом продолжает действовать и поныне на территории Союза ССР<sup>3)</sup>. Новая власть не могла не начать своей законодательной работы с урегулирования семейственного права, ибо семья есть основная клетка, на которой зиждется общественность, являясь основным атомом организованной социальной жизни<sup>4)</sup>. И немецкий комментатор нашего гражданского кодекса с удовлетворением отмечает, что семейственное право—единственная область частного права, которая не была уничтожена (beseitigt) диктатурою пролетариата<sup>5)</sup>. Но если вспомнить, что рождение, брак и смерть являются предположениями почти всех прав, присваиваемых гражданину, что с моментом появления человека на свет связывается его правоспособность, и что смерть, в свою очередь, становится основанием для прав других лиц, то и понятно, что этот краеугольный камень советского строительства не мог быть заброшен ни на минуту. Не остановился, однако, немецкий комментатор советского права на оценке того исключительного по важности переворота, который совершил Кодекс законов об актах гражданского состояния в брачном праве молодой республики. Между тем, этот Кодекс перевернул вверх дном все основы прежнего брачного права. Если вкратце формулировать социальное значение этого нового законодательства, то его можно выразить в следующих положениях: 1) Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве заменил церковный брак гражданским или светским браком, лишив религиозный акт церковного венчания всякого правового эффекта; 2) Кодекс этот установил принцип полного равноправия обоих супругов в браке и 3) этот Кодекс принял за базу взаимоотношений между родителями и детьми действительное происхождение последних от первых, следовательно, принцип кровной связи.

Эти основные начала категорически проведены в кардинальных статьях кодекса, из которых 52-ая устанавливает, что только гражданский (светский) брак, зарегистрированный в отделе записей актов гражданского состояния, порождает права и обязанности супругов и что брак, совершенный по религиозным обрядам и при содействии

<sup>1)</sup> Проф. А. Г. Гойхбарг. Брачное, семейное и опекунское право Советской Республики. 1920 г., стр. 8.

<sup>2)</sup> Проф. Н. С. Суворов. Гражданский брак. 1896 г., стр. 127.

<sup>3)</sup> Об УССР и Азербайджане см. выше.

<sup>4)</sup> Проф. К. Д. Кавелин. Очерк юридических отношений, возникающих из семейного союза. 1884 г., стр. 9.

<sup>5)</sup> Dr. Heinrich Freund. Das Zivilrecht Sowjetrusslands. 1924, стр. 16.—Что касается отношения Советского законодательства к частному праву, то об этом см. выше.



духовных лиц, не порождает никаких прав и обязанностей для лиц, в него вступивших, если он не зарегистрирован установленным порядком. А ст. 133 провозглашает: Основой семьи признается действительное происхождение. Никакого различия между родством внебрачным и брачным не устанавливается.

Отсюда явствует, что законы о браке и семье преследуют двойную цель: с одной стороны,—они направлены на борьбу с церковным венчанием, а с другой—на обеспечение интересов жен и детей, этих фактически более слабых элементов, несмотря на проведенное равноправие супругов. Достижению указанных целей должна содействовать публичность браков, совершаемых в специально для этого предназначенном помещении <sup>1)</sup>. В силу принципа публичности вступающим в брак и регистрирующим его в отделе записей актов гражданского состояния предоставляется брать с собой своих друзей и приятелей, и даже всякий посторонний гражданин в праве присутствовать при производстве регистрации <sup>2)</sup>.

Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве далек от совершенства. Включение в него множества статей, имеющих лишь делопроизводственное значение, неуместно и без основания увеличивает его объем. Но помимо этих формальных недостатков, Кодекс во многих отношениях себя пережил. Свыше семилетний возраст его при условиях советской действительности уже сам по себе говорит за необходимость его пересмотра. УССР, не в пример другим советским республикам (точнее, именно в пример им) уже выработала проект „Кодекса законов о семье, опеке, браке и об актах гражданского состояния“ (в который, впрочем, попали и законы о праве граждан изменять свои фамилии и имена и о признании лица безвестно отсутствующим или умершим), а в РСФСР ждет своей дальнейшей судьбы „проект кодекса законов о браке, семье и опеке 1925 г.“, снабженный объяснительной запиской Д. И. Курского, одобренный Советом Народных Комиссаров названной республики, но окончательно еще не принятый Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом.

Указанный проект уже подвергся легкому пересмотру, а затем поступил на обсуждение второй сессии ВЦИК, происходившей в октябре минувшего года. Но там справедливо нашли, что проект требует значительно более широкого и более обстоятельного обсуждения и что он не должен быть пропущен под шумок <sup>3)</sup>.

Основным мотивом, руководившим выработкой этого проекта, послужило то соображение, что новый, революционный быт опередил законодательство о семейном праве.

Посмотрим, насколько это соображение соответствует действительности и насколько проект удовлетворяет своему назначению. Согласно поставленной себе задаче, ограничиваемся вопросом о брачном праве.

<sup>1)</sup> Код. зак. об акт. гр. сост., ст. 54. Только в исключительных случаях допускается отступление от этого общего правила. Это имеет место при совершении бракосочетания на судне во время плавания, а также когда медицинским свидетельством удостоверяется, что один из брачующихся по болезни не может явиться в присутственное место.

<sup>2)</sup> Гойхбарх, там-же, стр. 23.

<sup>3)</sup> Бранденбургский. К дискуссии о проекте брачного и семейного кодекса в „Еж. Сов. Юст.“ № 46—1925 г.



\* \* \*

Кажется, ни одна проблема не стала за последнее время у нас так популярна, не вызвала такой массы толков, судов и пересудов, как вопрос о сущности, социальном и юридическом значении брака и связанных с ним отношений. Только XIV-й Съезд временно отвлек внимание от этой темы и заслонил собою жгучий, необыкновенный интерес, с которым относятся к нашему вопросу граждане на всем протяжении территории Союза ССР.

Вот в какой плоскости, в сущности, стоит проблема: а) всякое-ли сожителство мужчины с женщиной, хотя бы и постоянное и добровольное, следует считать супружеством? и б) можно-ли признать, что наше общество уже доросло до высшей формы брака, не нуждающейся ни в какой регистрации?

Дать удовлетворительный ответ на эти вопросы можно только по выяснении самого понятия о браке. Но проект НКЮ РСФСР, ни в своем первоначальном, ни в исправленном СНК виде, и не пытается этого сделать,—в чем его некоторые упрекают. Однако, не следует забывать, что определения понятий и институтов права вообще редко удаются законодателю. А в отношении брака это вдвойне верно. Кажется, до сих пор попытка Модестина еще никем не превзойдена; но и это определение, как показано было выше, требует известных поправок и сужения. Каким, напр., бледным и бессодержательным, по сравнению с ним, представляется определение брака, данное Народным Комиссариатом внутренних дел РСФСР в его проекте, внесенном им в комиссию Совета Народных Комиссаров, рассматривавшую означенный проект кодекса законов о браке, семье и опеке ранее поступления его на обсуждение сессии ВЦИК'а. НКВД считает браком: „Свободный договор мужчины и женщины о признании друг друга супругами“<sup>1)</sup>). Но в таком случае сам собой напрашивается вопрос о том, что же такое супруг, и проект остается в долгу с ответом на него.

Собственно брачного права первоначальный проект НКЮ касается лишь в своем разделе первом, распадающемся на три главы, из которых первая в двух статьях (ст. ст. 1 и 2) излагает общие положения, вторая глава (ст. ст. 3-5) посвящена условиям регистрации брака и, наконец, третья глава, самая обширная (ст. ст. 6-18), трактует о прекращении и расторжении брака. С кодификационной точки зрения, весь указанный раздел проекта заслуживает сплошного порицания. Прежде всего, бросается в глаза полное несоответствие заглавия главы III своему содержанию. Эта глава содержит в себе какое-то попури положений, могущих иметь известное касательство к отношениям, связанным с брачным сожителством: он вовсе не ограничивается регулированием прекращения и расторжения брака. Чтобы в этом убедиться, достаточно будет обратиться, по очереди, к статьям проекта, следующим за ст. 8, а именно, от ст. 9 до ст. 14 включительно. О чем только в них не говорится?! Там изложено, какую фамилию могут носить лица, состоящие в браке (9), о гражданстве брачующихся (10), об имуществе, нажитом супругами в продолжение брака (12), о заключении супругами между собой имущественных сделок (13), о взаимной материальной поддержке супругов (14) и о другом. И весь этот пестрый конгломерат фигурирует под общей рубрикой: прекращение и расторжение брака. Поистине странная кодификация. С внешней стороны нужна была

<sup>1)</sup> Этот проект НКВД уже получил справедливую оценку в печати. См. статью Домбровского в „Еж. Сов. Юстиции, № 30—1925 г.



здесь схематическая чистка с оставлением под этой рубрикой лишь статей 6-8 и 15-18. Не более удачны и другие две главы. Но их несоответствие обнаружится из рассмотрения проектируемой нормировки по существу, к чему мы теперь и переходим. Заметим, однако, что некоторые из указанных крупных недостатков проекта не могли не обратить на себя внимания при обсуждении его в Совнаркоме. Так, прежде всего, выделены в исправленном проекте в отдельную третью главу статьи, трактующие о правах и обязанностях супругов, а в четвертую главу включены статьи, касающиеся вопроса о прекращении брака. Но этим далеко еще не устранены все недостатки проекта.

Центром тяжести его является красной нитью проходящий через него принцип официального признания фактических брачных отношений. А так как фактическое состояние логически противопоставляется состоянию правовому, юридическому, то удивительно-ли, что обывательский ум уже окрестил фактические брачные отношения именем „незаконного брака“ в противоположность браку законному, зарегистрированному? К подобной профанации благой идеи сами составители проекта подали досадный повод. Ведь они заявляют, что „лица, фактически состоящие в брачных отношениях, не зарегистрированных“ „законным порядком“, в праве во всякое время оформить свои отношения путем регистрации, (ст. 2) <sup>1)</sup>. Таким образом, выходит, что, с одной стороны, нельзя не сознаться, что официально допущен фактический брак, а с другой стороны нельзя не признать, что исходным моментом при регулировании брачных отношений считается „законный порядок“ совершения брака, хотя проект и уверяет, что регистрация брака устанавливается только с целью облегчить охрану личных и имущественных прав и интересов супругов и детей (ст. 1). Отсюда проистекает первородный грех всего проекта—невыдержанность положений и старание соединить несоединяемое. Не мудрено, что при такой постановке дела проект мало кого удовлетворяет, о чем красноречиво свидетельствует стенографический отчет второй сессии ВЦИК XII созыва 1925 г. Не удивительно также, что проектируемое официальное уравнение зарегистрированных и незарегистрированных браков не могло не вызвать иронического отношения к сохранению процедуры регистрации браков. В саркастической поэме Демьяна Бедного эта мысль получила особенно яркое выражение. В самом деле, не будет-ли, говорит поэт, все равно:

„Что брак юридический,

„Что нигде незаписанный, вольный, фактический.

— „Так на кой же чорт регистрировать брак,

„Если . . . можно и так?!

Регистрация по проекту, действительно сводится к какой-то скучной, лишней и бесцветной процедуре. Сравнивая регистрацию браков в том виде, в каком она существует по действующему законодательству, с регистрацией, предположенной ко введению проектом, Раевич справедливо замечает, что вся разница между ними аналогична разнице между значением письменной формы для сделок, в отношении которых она предписана под страхом недействительности, и значением этой же формы в тех случаях, когда она избирается сторонами, по закону к тому вовсе не обязанными<sup>2)</sup>. Однако, полного уравнения

<sup>1)</sup> В новом своем виде—после обсуждения в Совнаркоме РСФСР—проект, правда, заменил выражение „законным порядком“ словами „установленным порядком“, но сущность дела этим не меняется.

<sup>2)</sup> С. Раевич. „Проект кодекса законов о браке, семье и опеке РСФСР“ в журнале „Советское право“. № 3 (15)—1925.



между „юридическим“ и „фактическим“ браками все же не проведено. Половинчатость исходных моментов проекта не могла не привести к известным противоречиям. Так, напр., право носить общую фамилию, согласно ст. 9 первоначального и ст. 6 исправленного проекта, принадлежит только лицам, состоящим в зарегистрированном браке. Но если с нераспространением на них этой привилегии фактические супруги еще могут примириться, то значительно серьезнее другое положение, вводимое проектом и низводящее „фактических“ на положение супругов второго разряда. Примечание к ст. 14 первоначального проекта служит блестящей иллюстрацией того самопротиворечия, в которое впали составители проекта. Вот как гласит это примечание: „правом на получение содержания пользуются также и лица, фактически состоящие в брачных отношениях, хотя бы и незарегистрированных, если лицо, обязанное выплачивать содержание, не состоит в зарегистрированном браке, или хотя и состоит, но живет отдельно от лица, состоящего с ним в зарегистрированном браке“.

Значит, фактический супруг не обязан поддерживать нуждающегося другого фактического супруга, раз первый из них числится в зарегистрированном браке. Последний может таким образом служить патентом на полигамию. Но могло ли бы такое положение соответствовать классовому правопониманию? Ведь, в сотнях и тысячах случаев женщина—она в огромном большинстве случаев продолжает быть более слабой стороной—и не подозревает, что лицо, находящееся с ней в фактических брачных отношениях, состоит в зарегистрированном браке. Т. Яхонтов и другие категорически требуют, чтобы супружеские права лиц, вступивших в фактические брачные отношения, не охранялись законом, раз их сожителю состоят с другими лицами в зарегистрированных браках, а т. Крыленко усматривает в этом требовании „какой-то своеобразный юридический фетишизм“, „какое-то своеобразное преклонение перед буквой закона“<sup>1)</sup>. И в самом деле, не следует слишком перегибать дугу. Если дело идет об алиментах, то не может быть сомнения в том, что супруг, состоящий в зарегистрированном и незарегистрированном браке, одинаково принимает на себя обязанность материально поддерживать тех лиц, с коими находится в брачных отношениях, когда наступают предположения, при наличии которых эта обязанность должна быть исполнена. Нельзя материально наказывать женщину за то, что она сошлась с мужчиной, который состоит с другой женщиной в зарегистрированном браке, как это предлагает делать проект.

Но другой вопрос, как формулировать такое двойное (а, может быть, многократное) брачное состояние. Ведь зарегистрировать второй брак, пока не аннулирован значащийся в регистрационных книгах, нельзя. Заявляющий такую просьбу совершает преступление, скрывая, что состоит в зарегистрированном браке. Но тут опять—таки вспоминается мефистофельский вопрос: „На кой-же чорт регистрировать брак, если можно и так?“ Проект же определенно устанавливает, что именно „так можно“, в виду чего т. н. фактический брак любвеобильным субъектам покажется куда привольнее, нежели брак юридический. Чтобы спасти это, уже на первый взгляд рискованное положение, проект украинского кодекса внес существенное ограничение. В силу ст. 128 Кодекса законов о семье, опеке, браке и акт. гражданского сост. УССР, фактический брак при условии, если он продолжался не менее двух лет или сопровождался беременностью женщины или

<sup>1)</sup> См. указанный выше стенографический отчет II сессии ВЦИК XII созыва.



рождением ребенка, влечет за собой, в случае установления его по суду, а в отношении сторон также и взаимным признанием, те же правовые последствия, что и брак зарегистрированный<sup>1)</sup>. В общем и целом точка зрения украинского законодательства правильна. Нельзя лишь согласиться с введенным им „пробным браком“ с его двухлетним искусом. Римляне знали нечто подобное в виде узуса, приобретения прав мужа посредством годичной давности.

Но, ведь, времена изменились.

Впрочем, надобно заметить, что Совнарком РСФСР уже успел исправить злополучное примечание ст. 14 проекта, опустив его последнюю часть. В новом своем виде примечание гласит: „Правом на получение содержания пользуются также и лица, фактически состоящие в брачных отношениях, хотя бы и незарегистрированных“<sup>2)</sup>. Нам, однако, важно было привести и первоначальный текст примечания, несмотря на его логическую и юридическую несостоятельность все еще имеющих приверженцев.

\* \* \*

Мы, наконец, вплотную, подходим к рассмотрению кардинальнейшего вопроса о том: быть или не быть регистрации браков?

Действующий кодекс в своей ст. 52 категорически определяет: „Только гражданский (светский) брак, зарегистрированный в отделе записей актов гражд. состояния, порождает права и обязанности супругов“. По проекту РСФСР значение официального оформления браков существенно ослаблено, так как, согласно ст. 1, его регистрация устанавливается с целью облегчить охрану личных и имущественных интересов супругов и детей, являясь, по словам т. Курского, лишь техническим средством удостоверения определенного факта<sup>3)</sup>. Украинский проект в этом отношении менее радикален, установив, что „брак подлежит регистрации в органах ЗАГС“. Своей первоначальной точке зрения на этот вопрос проект РСФСР не изменил и в своем исправленном виде.

Но, спрашивается: нужна ли регистрация вообще и, если нужна, то следует ли ее признать обязательной или только факультативной?

Раздаются голоса, которые утверждают, что записи браков могут удовлетворять лишь любознательность статуправления. Но есть еще и другая группа противников регистрации, очень многочисленная и очень влиятельная, которая находит, что с падением капиталистического и церковного строя и уничтожением сословий исчезла почва для различия между оформленным браком и браком фактическим, а также что настала уже пора к открытому признанию факта, что мы, де, выросли до высшей формы брака, не нуждающейся ни в каких формальностях, а в частности, регистрации. Однако, было бы наивно утверждать, что с капитализмом уже покончено; кажется, это указание не требует пространного опровержения. Сословия у нас, правда, уничтожены, но не они только обуславливают собой потребность в официальной форме заключения браков. А когда уверяют, что церковный брак—институт, уже окончательно сданный в архив или, по крайней мере, вымирающий, и что регистрация, имевшая своей прямой задачей способствовать искоренению церковного брака, теперь стала уже

<sup>1)</sup> Проф. В. И. Сливницкий, в статье „Кодекс Законов УССР о семье, опеке, браке и актах гражданского состояния“ в журнале „Вестник Советск. Юстиции“, № 22 (56)1925 г.

<sup>2)</sup> В исправленном проекте ст. 11, примеч.

<sup>3)</sup> Объяснительная записка, стр. 4.



излишней, то не слишком-ли смело это сказано? Думается, не время еще сказать регистрации браков: мавр, ты сделал свое дело, теперь можешь удалиться!

Уничтожьте сегодня регистрацию и вы увидите, что длинными вереницами, сотнями, тысячами и более, потянутся под венец желающие бракосочетаться, дабы как-нибудь официально, публично, гласно ознаменовать это важное в их жизни событие. И это верно не только применительно к многомиллионному крестьянству <sup>1)</sup>. Известно, ведь, что ни в одной области жизненных отношений обрядности не сохранились в такой степени, как при вступлении в брак <sup>2)</sup>.

Но самое главное — неправильная постановка вопроса у противников брачной регистрации.

Мы видели выше, что проект РСФСР о браке, семье и опеке, как и украинский проект, не дает определения брака. Мы видели также, что с известными оговорками и поправками характеристика, даваемая браку Модестином, является приемлемой. „Брак есть союз мужчины и женщины и объединение их на всю жизнь“, поскольку не наступят отменяющие его обстоятельства. Но этому определению недостает одного необходимого признака: нет указания на то, что этот союз подживается правом. Поэтому точнее будет определить брак, как признаваемое законом полное жизненное общение мужа и жены. Именно этот момент, признание института брака законом, имеет первенствующее значение. Супружеский союз вовсе не представляет только индивидуальный интерес, как утверждают те, кто полагает, что мы уже досрочно до „высшей формы“ брака. Подобное рассуждение — не более, не менее, как приложение к условиям советской действительности узкой, индивидуалистической точки зрения.

Брак, как основа всего семейственного права, получает ярко выраженный публичноправный интерес и не может не быть нормируемым законодательством. Заявлять же, что в отношении заключения брака нам никаких законов не нужно, значит впасть в рецидив старого естественного права, игнорируя тот огромный прыжок, который совершен, благодаря Октябрьской революции.

Регистрация браков должна быть сохранена, как обязательная мера, не только потому, что государство, как коллектив трудящихся, в ней заинтересовано; она нужна для предупреждения браков, социально вредных и противоречащих классовому правопониманию, особенно крестьянских масс; она нужна также для облегчения способов охраны личных и имущественных прав супругов. Против такой формы заключения брака не может быть приведено никаких серьезных возражений<sup>3)</sup>. С прихотью же, с капризом отдельных граждан Советский строй считаться не должен, ибо не государство существует для гражданина, а гражданин — для государства. А без формы нет права, без

---

<sup>1)</sup> По статистическим данным число церковных венчаний в Москве и теперь составляет 25 проц. всех браков, подлежащих регистрации.

<sup>2)</sup> Ср. проф. М. А. Рейснер. Право: наше право — чужое право — общее право. 1925 г., стр. 88.

<sup>3)</sup> При нашей склонности к разгильдяйству и халатности, (справедливо замечает П. Лебев в статье о революционной законности, в журнале „Революционная законность“, 1926 г. № 1—2), формы особенно важны, приучая к дисциплине и четкости взаимоотношений.



права же нет революционной законности, которая одна только прочно обеспечивает путь к строительству социализма.

„Достоинство формы в том и состоит, что она гарантирует известную свободу действий. Где нет формы, там люди не могут быть уверены в успехе своих действий. Форма есть враг произвола, спутник истинной свободы, школа порядка и дисциплины“ (Иеринг).

Но этим, конечно, еще не сказано, что исключается возможность и необходимость судебной защиты, в определенных случаях, взаимных имущественных и, в частности, алиментных претензий лиц, состоящих или состоявших друг с другом в фактических брачных отношениях.

ЦНБ НАН Беларуси