

И. ПИРО*

IUS GENTIUM И БРАК

1. Оба института, указанных в названии статьи, настолько обширны, что нет никакой надежды охватить (даже в общих чертах) историю их изменения за отведенное нам время; это настолько безнадежно, что может вызвать прямо-таки фрустрацию, если конечной целью исследования станет попытка найти гипотетическую точку пересечения двух прямых, по которым наши институты двигались веками через всю правовую историю Рима.

Доктрина (здесь я имею в виду направление, устойчивое еще в недавнем прошлом) придерживается именно такого мнения — считается, что встреча этих двух феноменов состоялась. Под влиянием этого убеждения ученые обогатили и без того перенасыщенный список римских правовых «категорий» еще одной — категорией «брак по *ius gentium*»: в это понятие входит брачная связь между субъектами, не имеющими *conubium*, не признаваемая, следовательно, по *ius civile*, но все же получившая значение и научно разработанная по *ius gentium*¹.

Сразу оговоримся, что сама по себе эта конструкция логически допустима, хотя, кажется, нет ни одного документального свидетельства, ни одного источника, подкрепляющего эту догадку, в рамках представлений римских юристов о браке.

Взяв на себя роль противника этой укоренившейся конструкции, Вольтерра в середине прошлого века внес большой вклад в опроверже-

* Изабелла Пиро — профессор Университета «Великая Греция» (Катандзаро, Италия). В основе статьи лежит текст лекции, прочитанной для студентов, слушателей италороссийского курса «История *ius gentium* от Пифагора до современности», организованного Л.Л. Кофановым и И. Пиро в рамках сотрудничества Университета «Великая Греция» г. Катандзаро и Российского государственного университета правосудия (Катандзаро, 17–22 ноября 2014 г.). Перевод сделан А.А. Пановым при поддержке РФГФ в рамках гранта «Исследование по истории развития системы римского и европейского государственного права» (проект № 13-01-00093).

¹ Эта проблематика уже была объектом специальных исследований, существуют различные теории. Ср. среди прочего: Orestano 1942, 9 ss.; Robleda 1970, 199 (со ссылками на литературу); Talamanca 1998, 191 ss.; Vaccari 2007, 155 s.; Fiori 2011, 200 ss. (со ссылками на новейшие работы).

ние факта существования наравне с браком по *ius civile* также и брака по *ius gentium*. Это выражение он называет «ошибочным» и создающим «опасную путаницу», когда оно употребляется для обозначения союзов без *conubium*, которых для римских юристов не существовало². Напротив, автор настаивает, что из римского права происходит единственная категория — *matrimonium iustum*, которая как раз встречается с завидной частотой в юридических источниках классического периода.

Достаточно вспомнить знаменитое определение Ульпиана:

Ulp. 5.2: Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

Брак законен, если между теми, кто его заключает, существует право на брак и мужчина достиг возмужалости, и женщина способна к деторождению, и оба, если они правоспособны, дают свое согласие или, если они находятся под властью, (согласие дают) родители.

или:

Gai. I.76: Loquimur autem de his scilicet, inter quos conubium non sit; nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex iis qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit.

То есть мы говорим о тех, между кем нет брака; ведь иначе, если римский гражданин взял бы в жены перегринку, с которой у него есть *conubium*, то, как мы уже сказали выше, он заключает законный брак, и, следовательно, дети, рожденные в этом браке, являются римскими гражданами и находятся под властью отца.

Однако, защищая со свойственной ему неиссякаемой энергией римско-правовое представление о браке, Вольтерра в итоге заходит слишком далеко, доходит до того, что отрицает правовое значение всех брачных союзов, не являющихся *iustum matrimonium*, — они все поэтому сводятся к простому и незначительному факту, тем самым не подпадая под понятие конкубината.

Эта очень жесткая догматическая теория великого ученого при ближайшем рассмотрении «ломается» именно в том «слабом» месте, которое

² Volterra 1975, 773 ss. Ученый проводит тонкое различие между *matrimonium iustum* (римский брак, требующий наличия *conubium*, возраста и непрерывного и взаимного согласия) и браком *iuris peregrini*, который определяется в зависимости от национального права супругов, но не существует для римского права. См. об этом: Volterra 1940, 41 и 51 ss.; Idem 1950, 3 ss.; Idem 1953, 347 ss., 368 ss.; Idem 1972, 443 ss.

приписывалось сторонникам противоположного мнения: попытка удержать феномен «брака» в рамках строгих логических категорий неизбежно приводит к обесцениванию особых специфических черт этого института, который по своей природе, целям, последствиям не может быть втиснут в строго разделенные категории.

Последующая историография о браке не углубляется в эту тему дальше неясных и спорадично встречающихся указаний на категорию «*matrimonium iuris gentium*», которые то скорее признают указанную классификацию, то, наоборот, резко отрицают существование этой категории и соответствующего термина³.

2. В действительности римский брак похож на те неясные (и экстравагантные!) создания, которые можно увидеть, только если в них верить; иными словами, можно и не пытаться запечатлеть их образ, который больше соответствует нашей субъективной оценке и проявляется, только если избавиться от всякого фильтра и непредвзято и терпеливо наблюдать за ними в их естественном и постоянном движении.

В последних работах по этой теме, благодаря «благосклонному» отношению к данному феномену в его различных динамических проявлениях, стало возможным, с одной стороны, уловить существование не «одного» римского брака, но разнородной картины союзов, которые участвуют в создании многообразного феномена брака⁴, а с другой стороны, оценить влияние другого аспекта римской истории брака, а именно распространенного обычая заключать брачные союзы с несовершеннолетними (вплоть до младенцев), укоренение которого в социальной практике настолько значительно, что следует снова поставить под вопрос некоторые догматические точки зрения о действии пары действительность/ничтожность в отношении изучаемого нами института⁵.

Сегодня, если оставить попытки определить свою позицию по вопросу, существует или нет четкая и «заранее определенная» категория брака по *ius gentium*, нам, вероятно, удастся продвинуться в познании нашего многообразного феномена, и мы попробуем понять, могли ли *ius gentium* и *matrimonium* в том виде, какой им придали римские юристы, соединиться в какой-то момент в единое понятие.

Продолжим рассмотрение некоторых знаменитых фрагментов, касающихся сущности римского брака:

³ См.: Vassari 2007, 155 s. (со ссылками на другие исследования).

⁴ См., например: Fiori 2011, 216 ss.; Sanna 2012, 6 ss.

⁵ Более подробно см. в моей работе: Piro 2013.

D. 1.1.1.3 (*Ulp.*): Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.

Естественное право — это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам. Сюда относится сочетание мужчины и женщины, которое мы называем браком, сюда же рождение детей, сюда же воспитание: мы видим, что животные, даже дикие, обладают знанием этого права.

Фрагмент Ульпиана — не случайно он находится в начале Дигест — относит концепцию института брака к первоосновам, инстинктивным формам социальных взаимодействий, автор вписывает его в идейную картину *ius naturale* и рассматривает как *incipit* «упорядоченной» социальной жизни (за ним следуют рождение и воспитание детей)⁶; брак, следовательно, первичен в силу своих целей: он «предвосхищает» право в том смысле, что брак «инстинктивно отвечает» потребностям социальной жизни, основанной на достижении общих целей и регулируемой правилами, т.е. тем же потребностям, для которых право было «искусственно создано» человеком.

Выражения, которые использует Ульпиан, сознательно освобождены от технико-юридических коннотаций. Цель понятна: только нейтральное описание *coniunctio* в состоянии сделать очевидной общность с другими живыми существами и, следовательно, отнесение брака к искусственной категории *ius naturale*.

Продолжим:

D. 23.2.1 (*Modest.*, 1 reg.): Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

Брак есть союз мужа и жены, общность всей жизни, единение божественного и человеческого права.

Inst. I.9.1: Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

Брак или так называемый матримоний — это союз мужчины и женщины, имеющий целью обычай совместной жизни.

⁶ О натуралистической направленности этого фрагмента см. следующие недавние работы (со ссылками на другие исследования): Onida 2002, 95 ss.; Vaccari 2007, 149 ss.; Quadrato 2010, 224 ss.; Sanna 2012, 3 ss. и сноски 7 ss.; Giunti 2013, 81 s.

Оба текста полностью соответствуют модели, описанной во фрагменте Ульпиана: Модестин, ученик Ульпиана, использует ключевые выражения своего учителя и усиливает их значение; Юстиниан точно так же отводит *coniunctio* роль основополагающего элемента в брачном союзе.

Соответствие проявляется и на уровне лексики: кроме того, что язык этих фрагментов копирует выражения Ульпиана, кажется, что они также мало насыщены смыслом в юридическом отношении. Но на самом деле это так только на первый взгляд.

При более пристальном изучении оказывается, что все три рассматриваемых фрагмента⁷ сознательно выстроены вокруг «объективных индикаторов» римской брачной связи: тех фактических элементов, которые подтверждают ее существование и отличают ее от другого *consortium* или связей, обладающих иной природой⁸. Указание на *coniunctio maris et feminae*, целью которого является рождение и воспитание потомства, в изложении Ульпиана возвращает к идее долговременного согласия, основанного на духовных и материальных ценностях; иными словами, это не какая-нибудь связь, а «идеальные» узы, то, что Модестин определяет как *consortium vitae* (что Юстиниан подхватил и заключил в убедительном выражении «*consuetudo vitae*»), который внешне выражается через *honor (matrimonii)*, отличающий его проявления.

Итак, возвращаясь к D. 1.1.1.3, можно не обращать внимания на странность, которая становится заметной при сопоставлении понятия брака, предложенного в данном фрагменте, с другим знаменитым текстом того же юриста:

D. 1.1.1.3 (*Ulp.*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censer.*

Естественное право — это то, которому природа научила все живое: ибо это право присуще не только человеческому роду, но и всем животным, которые рождаются на земле и в море, и птицам. Сюда относится сочетание мужчины и женщины, которое мы называем браком, сюда же рождение детей, сюда же воспитание: мы видим, что животные, даже дикие, обладают знанием этого права.

⁷ Как известно, эти фрагменты относятся к наиболее исследованным специалистами и не только. См. подробный обзор: Fayer 2005, 350 ss.

⁸ Среди прочего см.: Gaudemet 1959, 310 ss.; Castello 1979, 271 ss.; Gioffredi 1980, 131 s.; Romano 1996, 3 ss., 8 ss.; из работ последнего времени см.: Cuneo Benatti 2013, 95 ss.

Ulp. 5.2: Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt.

Брак законен, если между теми, кто его заключает, существует право на брак и мужчина достиг возмужалости, и женщина способна к деторождению, и оба, если они правоспособны, дают свое согласие или, если они находятся под властью, (согласие дают) родители.

Институт, который Ульпиан описывает во втором фрагменте, на первый взгляд кажется иным, но, очевидно, что меняется здесь только точка зрения: внимание теперь обращено не на описание сущности брака, а на определение тех критериев, которые «позволят» назвать его *iustum*, признаваемым по *ius civile*.

Он, согласно Ульпиану, требует наличия исключительных и обязывающих условий — *conubium*⁹, совершеннолетие, согласие — для того, чтобы проявился эффект *ius civile*: *patria potestas*, наследование, личные и имущественные отношения между супругами.

Хотя эти три условия унифицированы и учитываются при наследовании, они все же имеют различную правовую значимость: если проверка достижения совершеннолетия и наличия согласия может быть проведена «*intra moenia*», внутри *familia* (которая способна как «удерживать» последствия союзов с несовершеннолетними — так что иногда заключались союзы в том числе и между несовершеннолетними, которые ставились под сомнение, только если «оспаривались» или расторгались до достижения совершеннолетия одним или обоими супругами, — так и разрешить проблему отсутствия согласия), то наличие или отсутствие у брачующихся *conubium* — это обстоятельство, изъятое из-под семейного контроля и регулируемое только правопорядком, по понятным причинам.

В отличие от совершеннолетия и согласия брачующихся, *conubium* — это отличительное свойство принадлежности к общине, «политический»¹⁰ инструмент, последствием которого является способность быть *pater familias* и обладать *patria potestas*. Это исключительная прерогатива *civitas*, которая его то признает, то дарует, то отнимает, то в нем отказывает.

3. В зрелой и устоявшейся версии, как, например, в той, которую можно осознать путем комплексного чтения Институций Гая, пересечение

⁹ Вольтерра (Volterra 1975, 773ss.) подчеркивает природу «позитивного» условия, существенно необходимого для заключения *iustum matrimonium*. См. также: Gaudemet 1959, 312 ss.; Romano 1996, 41 ss.; Humbert 1999, 288 ss.

¹⁰ Casavola 1968, 261 ss. (со ссылками на литературу); Capogrossi Colognesi 2000, 57 ss.; Corbino 2012, 160 s.

функций брака и *conubium* порождает очень интересный сценарий и подводит нас к теме нашей статьи.

Самое важное – название первой книги: «*De iure civili et naturali*». Оно дает нам путеводную нить, угол зрения, под которым можно понять установку Гая. В *incipit* своего учебника Гай делает программное утверждение, что он собирается изучать право исходя из его деления на *ius civile* и *ius gentium*¹¹.

Логическая последовательность этого параграфа следующая:

а) все право состоит из *ius civile* и *ius gentium*; б) римляне пользуются правом, которое состоит *partim* из *ius civile*, *partim* из *ius gentium*; в) что относится к каждому из них, мы увидим дальше *suis locis*.

Gai. I.1 [De iure civili et naturali.]: Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur,

а) *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

б) *Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur.*

в) *Quae singula qualia sint, suis locis proponemus.*

[О гражданском и естественном праве]
Все народы, которые управляются законами и обычаями,

а) пользуются частью своим собственным правом, частью общим правом всех людей: итак, то право, которое каждый народ сам для себя установил, есть его собственное право и называется правом гражданским, как бы собственным правом общины. А то право, которое между всеми людьми установил естественный разум, применяется и защищается одинаково у всех народов и называется правом народов, как бы правом, которым пользуются все народы.

б) Таким образом, и римский народ пользуется отчасти своим собственным правом, отчасти правом, общим всем людям.

в) В своем месте мы укажем на особенности каждого права в отдельности.

Юрист ясно указывает путь: будет достаточно следовать аналогичной схеме¹², чтобы обнаружить следы *ius civile* и (или) *ius gentium* в институтах римского права, в том числе и в институте брака.

¹¹ «Различные окраски», которые получает *ius gentium* в трудах классических юристов (особенно у Ульпиана, упомянутого выше, и Гая, о котором речь пойдет ниже), рассмотрены в исследовании: Maganzani 2002, 21. Интересный анализ сопоставления этих порядков, которое проводит Гай в Институциях, см.: Arnese 2008, 738 ss.

¹² Mainino 2011, 5 ss.

Разделение права, указанное в начале, касается положения *personaе*. Все люди, говорит Гай, являются либо свободными, либо рабами (*Gai. 1.9*), и не случайно институционный *excursus* приводит к тому, что именно в этом контексте появляются первые два *loci*, — в соответствии с предупреждением в параграфе 1, — в которых уточняется природа *ius civile* или *ius gentium* в институтах, соответствующих этому условию: первое упоминание встречается в параграфе 52, где, начиная говорить о положении лиц *in potestate*, в частности о рабах, Гай замечает: *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est*. Второе упоминание мы встречаем немного позже, в параграфе 55, также в вводном к рассказу о свободных лицах, чье положение *in potestate*, напротив, считается исключительным свойством *ius civile*:

Gai. 1.55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.

55. Точно так же под нашею властью состоят наши дети, рожденные в законном браке; право это есть исключительная особенность римских граждан, ибо нет почти других народов, которые имели бы над детьми такую власть, какую мы имеем. Это и высказал император Адриан в своем эдикте, объявленном тем, которые ходатайствовали о признании римского гражданства за ними и их детьми: я, впрочем, хорошо знаю, что народ галатов считает, что их дети находятся под властью родителей.

В скобках следует заметить, как один только ключ к прочтению текста Гая сам по себе делает понятной последнюю фразу этого параграфа: «Я, впрочем, хорошо знаю, что народ галатов считает, что их дети находятся под властью родителей». Это заявление может оказаться уместным только с учетом логики рассказа, который следует за тонкой нитью «особого сосуществования» в системах права институтов *ius civile* и институтов *ius gentium*: в противном случае — я имею в виду, в случае дидактической установки, не основанной на таком различии, — прямое упоминание исключения, которое представляет в рассматриваемом контексте народ галатов, было бы совершенно непонятным отступлением от темы.

Вернемся к началу параграфа 55, а именно к тексту: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus*.

Именно здесь впервые упоминается брак (*iustae nuptiae*), но далее сразу становится понятной инструментальная роль, которую этот институт играет в построении рассказа.

Прочитаем далее параграф 56:

Gai. I.56. Iustas autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere cives Romani ita intelleguntur, si cives Romanas uxores duxerint vel etiam Latinas peregrinasve, cum quibus conubium habeant: cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, evenit, ut non solum cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint.

56. Римские граждане тогда вступают в законный и действительный брак и имеют над родившимися у них детьми власть, когда они женаты на римских гражданках, или даже латинках и иностранках, с которыми существовало *jus connubii* (т.е. признанная за лицом способность к вступлению в римское супружество со всеми юридическими последствиями); а так как *conubium* дает право детям наследовать состояние своего отца, то они не только делаются римскими гражданами, но состоят также во власти отца.

Логика Гая становится понятной и последовательной: в начале он заявляет (I.55), что условием возникновения *patria potestas* является рождение детей в браке (*nuptiae*), квалифицированном как «*iustae*», значит, далее следует уточнить, каким требованиям должно соответствовать такое «качество»: *conubium* передает детям правовое положение отца, и если он является *civis romanus*, то и они становятся *cives* и попадают под его *potestas*.

Интересно заметить, как инструментальная роль сохраняется на протяжении всего произведения. Юрист никогда не прибегает к поучительной трактовке брака и не упоминает два других условия, которые мы встретили в тексте Ульпиана (совершеннолетие, согласие); установка автора требует, чтобы представлен был только *conubium* — которым можно обладать (римляне/римлянки) или который может быть предоставлен (пегрины/пегринки) — как возможное связующее звено для *patria potestas*, которая с дихотомичной точки зрения *ius civile/ius gentium* составляет перво-степенный элемент *ius civile*¹³.

Продолжение рассказа проясняет это еще лучше. Гай углубляется в долгое и внимательное исследование различных категорий субъектов, которые *nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est* (параграфы 57–65), но это всегда делается с точки зрения последствий для отцовской власти.

Если брак (*nuptiae*) все равно заключается, то *neque uxorem habere videtur neque liberos* (I.64): такой брак не ведет к получению статуса жены, и рожденные в нем дети не могут называться *in potestate*, а имеют связь только

¹³ Capogrossi Colognesi 2000, 62 ss.

с матерью и становятся *ulgo concepti*. И далее исследуя положение детей, Гай продолжает (I.65–75) рассмотрение возможных казусов, когда они не рождаются *in potestate patris*, а приобретают такое положение после того, как будет доказана ошибка (о наличии гражданства у мужа или у жены), допущенная при заключении *nuptiae*; и здесь тоже значимым оказывается тот факт, что автор рассматривает восстановительные меры только по отдельности: относящиеся к гражданству супруга или ребенка; относящиеся к установлению (или неустановлению) *patria potestas* над ребенком¹⁴.

¹⁴ *Gai.* I.65–71: 65. Aliquando autem evenit, ut liberi, qui statim ut nati sunt, parentum in potestatem non fiant, ii postea tamen redigantur in potestatem. 66. Velut si Latinus ex lege Aelia Sentia uxore ducta filium procreaverit aut Latinum ex Latina aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate; sed si postea causa probata civitatem Romanam consecutus fuerit, simul eum in potestate sua habere incipit. 67. Item si civis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam civem Romanam esse crederet, et filium procreaverit, hic non est in potestate eius, quia ne quidem civis Romanus est, sed aut Latinus aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisque ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit: sed ex senatus consulto permittitur causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad civitatem Romanam perveniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. 68. Item si civis Romana per errorem nupta sit peregrino tamquam civi Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque eius et maritus ad civitatem Romanam perveniunt, et aequae simul incipit filius in potestate patris esse [...]; nisi quod scilicet qui dediticiorum numero est, in sua condicione permanet, et ideo filius, quamvis fiat civis Romanus, in potestatem patris non redigitur. 69. Item si Latina peregrino, cum eum Latinum esse crederet, e lege Aelia Sentia nupsit, potest ex senatus consulto filio nato causam erroris probare: et ita omnes fiunt cives Romani, et filius in potestate patris esse incipit. [...] 71. Item his, qui cum cives Romani essent, peregrinos se esse credidissent et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex senatus consulto filio nato causam erroris probare. Quo facto fiet uxor civis Romana, et filius non solum ad civitatem Romanam pervenit, sed etiam in potestatem patris redigitur. (Иногда случается, что дети, которые с момента рождения не состоят под властью родителей, впоследствии приводятся под отцовскую власть. 66. Если, например, латинянин, женившийся по закону Элия Сенция, приживет с женою, латинской гражданкой, сына — латинского гражданина, или с римской гражданкой — сына — римского гражданина, то он не будет иметь его в своей власти; но если впоследствии этот латинянин доказал основание и получил квирическое право, то сын с этого момента переходит под власть отца. 67. Точно так же, если римский гражданин по неведению вступил в супружество с латинской гражданкой или с иностранкой, считая ее римскою гражданкою, то он не имеет над родившимся от этого брака сыном прав отеческой власти, так как сын этот не считается даже римским гражданином, только латинянином или иностранцем, т.е. следует состоянию матери: сын ведь лишь в том случае наследует состояние отца, когда между отцом и его матерью состояло сопубийум. Но по сенатскому постановлению разрешается судебным путем обнаружить ошибку: тогда мать и сын приобретают права римского гражданства, и с этого времени сын находится под властью отца. 68. Равным образом, если римская гражданка по ошибке выйдет замуж за иностранца, считая его римлянином, то ей разрешается судебным порядком доказать и поправить ошибку: тогда сын и супруг приобретают римское гражданство, и, конечно, сын вместе с тем переходит под власть отца. То же самое постановил закон на тот случай, когда римская гражданка вступила в брак по правилам закона Элия Сенция, с тою разницей, что покоренный остается в том же состоянии, а вследствие этого сын, хотя и считается римским гражданином, не переходит под власть отца. 69. Точно так же, если латинянка выйдет по закону Элия Сенция замуж за иностранца, принимая его за латина, то может, в силу сенатского постановления, после рождения сына доказать и поправить ошибку, а тогда все приобретают права римского

Проследим за последовательными рассуждениями юриста по двойному пути: по пути первичного интереса (на который ориентировано его изложение в учебнике), т.е. установления правового положения *in potestate*¹⁵; по пути «служебному», касающемуся влияния *conubium* на то, возникнет рассматриваемая ситуация или нет.

В этот момент рассказа, исчерпав случаи союзов *sine conubio*, юрист переходит к возможным комбинациям, где брачный союз происходит между лицами (в том числе неримлянами), имеющими *conubium*:

Gai. I.76. Loquimur autem de his scilicet, inter quos conubium non sit; nam alioquin si civis Romanus peregrinam, cum qua ei conubium est, uxorem duxerit, sicut supra quoque diximus, iustum matrimonium contrahitur, et tunc ex iis qui nascitur, civis Romanus est et in potestate patris erit.

Gai. I.77. Item si civis Romana peregrino, cum quo ei conubium est, nupserit, peregrinus sane procreatur et is iustus patris filius est, tamquam si ex peregrina eum procreasset. Ноc tamen tempore e senatus consulto, quod auctore divo Hadriano sacratissimo factum est, etiamsi non fuerit conubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur, iustus patris filius est.

76. Очевидно, что мы говорим о тех, кто не имеет *conubium*. Ведь не подлежит сомнению, что брак, заключенный между римским гражданином и такой иностранкой, с которой существовало *jus connubii*, как мы это и прежде сказали, считался законным, и тогда дитя от этого брака было римским гражданином и находилось во власти отца.

77. Точно так же, если римлянка выйдет замуж за иностранца, то сын от этого брака, если состоялось *jus connubii* по праву иностранцев, остается иностранцем и законным сыном отца, как если бы отец прижил его от брака с иностранкою. В настоящее время в силу сенатского постановления, изданного по почину блаженной памяти Адриана, сын считается законным сыном отца, хотя между римской гражданкой и иностранцем не было *jus connubii*.

Если римлянин женится на перегринке с *conubium*, то брак считается *iustum*, ребенок становится *civis*, и *pater* имеет над ним *potestas*: как мы видим, здесь опять появляется различная оценка последствий этого союза с двух точек зрения — назовем их публичной и частной. Если же рим-

гражданства, и сын переходит под власть отца... 71. Точно так же и те, которые, будучи римскими гражданами, считали себя иностранцами и вступили в брак с иностранками, в силу того же сенатского постановления по рождении сына могут доказать и исправить ошибку; после этого жена получает права римского гражданства, сын же не только делается римским гражданином, но и переходит под власть отца.)

¹⁵ Archi 1981, 151 ss.

лянка выходит замуж за перегриня, имеющего *conubium*, то она рождает иностранца — из-за принципа взаимности в этих отношениях, — который признается «законным» (*iustus*) сыном своего отца. *Conubium* также и в этом случае повлиял на правовые взаимоотношения *filius* и его отца, сделав эту связь законной. Гай заканчивает это рассуждение напоминанием, скорее эмоциональным, что положение *filius iustus* отца-перегриня было расширительно распространено — благодаря сенатусконсульту божественного Адриана — также и на случай сына перегриня и римской гражданки, заключивших *nuptiae*, но уже без *conubium*.

Чтобы понять причины того, что Гай выделяет этот момент, надо перейти к следующему параграфу, к сожалению, частично утраченному, где юрист сообщает нам о принятой законодателем ограничительной мере в отношении гражданства:

Gai. I.78: Quod autem diximus inter civem Romanam peregrinum-que nisi conubium sit, qui nascitur, peregrinum esse, lege Minicia cavetur <qua lege effectum> est, ut si matrimonium inter cives Romanos peregrinosque non interveniente conubio contrahatur, is qui nascitur peregrini parentis condicionem sequatur. Eadem lege autem ex diverso cavetur, ut si peregrinam, cum qua ei conubium non sit, uxorem duxerit civis Romanus, peregrinus ex eo coitu nascatur. Sed hoc maxime casu necessaria lex Minicia; nam remota ea lege diversam condicionem sequi debebat, quia ex eis, inter quos non est conubium, qui nascitur, iure gentium matris condicioni accedit. Qua parte autem iubet lex ex cive Romano et peregrina peregrinum nasci, supervacua videtur; nam et remota ea lege hoc utique iure gentium futurum erat.

78. Мы сказали выше, что сын римской гражданки и иностранца рождается иностранцем, хотя бы между ними и было *jus connubii*. Это уже было прежде постановлено законом Миниция, который сверх того определяет, что сын от брака между римским гражданином и иностранкой рождается иностранцем, хотя бы не существовало *conubium*. В первом случае закон Миниция был необходим, ибо иначе всегда тот, который рождается от родителей, между которыми не было *jus connubii*, по общеправу наследовал положение матери, а не отца. С другой стороны, та часть закона, которая определяет, что от римского гражданина и иностранки рождается иностранец, не представляет ничего нового и совсем лишняя, ибо даже без этого закона будет то же самое по началам общечеловеческого права.

Мера была введена по *lex Minicia* (датировка неизвестна и спорна¹⁶, примерно I в. до н.э.) и была вызвана — в отличие от следующего вме-

¹⁶ Современное состояние вопроса см.: Barbati 2012, 40 ss.

шательства божественного Адриана – желанием ввести наказание, связанное с предоставлением прав римского гражданства: этот закон ввел норму, согласно которой ребенок, рожденный в союзе *sine conubium* от матери-римлянки и отца-паломника, следует (в отношении гражданства) положению того из родителей, у кого оно хуже, т.е. положению супруга-паломника¹⁷. Юрист поясняет, что это предписание ухудшило правило, действовавшее до этого, т.е. правило *ius gentium*, согласно которому рожденный в союзе лиц, не имеющих *conubium*, обычно следует положению матери (что должно было бы сделать ребенка от такого союза римлянином, а не паломником). Далее, продолжает Гай, этим же законом было предусмотрено, что если, напротив, римский гражданин возьмет в жены паломнику, тоже *sine conubio*, то рожденный от этой связи ребенок становится иностранцем, теперь уже в соответствии с правилом *ius gentium*.

Комментарий Гая логичен: в первом случае закон повлиял на международное право, изменив его норму (без этого закона пришлось бы предоставить такому *filiius* римское, а не иностранное гражданство), тогда как в части, где он закрепил принцип, согласно которому от римского гражданина и иностранки рождается иностранец, закон «совершенно пустой», бесполезный, потому что он прямо воспроизводит уже существующее правило *ius gentium*.

Этот текст представляет чрезвычайный интерес для наших целей в силу целой серии причин: он первый из длинного списка до сих пор рассмотренных фрагментов, в котором, наконец, появляется ссылка на работу *ius gentium* в области брака, работу, которая, однако, при ближайшем рассмотрении касается только правового статуса людей, рожденных во внебрачных отношениях (*sine conubio*), которые если устанавливаются, то требуют признания статуса матери. И не только это; текст показывает нам, и доказательно, что угол зрения, под которым *ius gentium* смотрит на брачный союз, тот же самый, какой до сих пор использовался *ius civile*: в обоих случаях внимание *ius* было направлено не на «факт» брака, но на его результаты с точки зрения частного права, обусловленные процессом определения правового статуса потомства.

Это еще раз демонстрирует значимость соотношения в рассматриваемой сфере между *lex civilis* и *ius gentium*, подчеркивает, как *lex Minicia*

¹⁷ Tit. *Ulp.* 5.8: *Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur: non interveniente conubio matris conditioni accedunt, excepto eo, quod ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi iubet. (Если имеется право на брак, дети всегда следуют за отцом, если же права на брак нет, они получают то же положение, что мать, за исключением того, что от паломника и римской гражданки рождается паломник, ибо закон Миниция предписывает, чтобы тот, кто родился от одного из родителей – паломника, следовал за тем родителем, положение которого хуже.)* О *lex Minicia* см.: Fayer 2005, 408 ss., где приводится обзор библиографии и текстологии.

отразился, *in reius*, на норме *ius gentium*, модифицируя ее (и включая в категорию перегринов, расширяя ее, также и латинов¹⁸), в то время как в противоположном случае закон оказывается очевидно бесполезным, так как копирует правило, ранее существовавшее и свойственное только *ius gentium*. Отношения между *lex* и *ius*, к которым Гай особым образом чувствителен и внимателен, особенно в дальнейших рассуждениях, где несколько раз подчеркивается, и всегда вовремя, полное принятие божественным Адрианом в его сенатусконсульте правила *ius gentium* в данной области¹⁹ (а где необходимо, и с усилением принципа *favor civitatis*, как в случае, предусмотренном в параграфе 80 относительно союза между латином и римской гражданкой – союза, который из-за наличия *conubium* между латинами и римлянами должен был сделать родившегося в нем сына латином и который, наоборот, как подчеркивает Гай, приводится императором в рамки *ius gentium*: «Мы пользуемся этим решением [правило *ius gentium*] в соответствии с сенатусконсультом, вышедшим по инициативе Адриана, где разъясняется, что рожденный от латина и римской гражданки в любом случае рождается римским гражданином»). Как очень точно

¹⁸ *Gai. I.79: Adeo autem hoc ita est, ut ex cive Romano et Latina qui nascitur, matris conditioni accedat; nam in lege Minicia quidem peregrinorum nomine comprehenduntur non solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui Latini nominantur; sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero. (Это до того установилось, что даже сын от брака между римским гражданином и латинянкой следует состоянию матери, хотя к этому случаю закон Минция не относится; упомянутый закон обнимает собою ведь не только иностранцев, но даже тех, которые хотя и имели собственные области и собственное управление, но причислялись к иностранцам.)*

¹⁹ *Gai. I.80: Eadem ratione ex contrario ex Latino et cive Romana sive ex lege Aelia Sentia sive aliter contractum fuerit matrimonium, civis Romanus nascitur. Fuerunt tamen, qui putaverunt ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, quia videtur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubium inter eos dari, et semper conubium efficit, ut qui nascitur, patris conditioni accedat; aliter vero contracto matrimonio eum, qui nascitur, iure gentium matris condicionem sequi et ob id esse civem Romanum. Sed hoc iure utimur ex senatus consulto, quod auctore divo Hadriano significat, ut quoquomodo ex Latino et cive Romana natus civis Romanus nascatur. 81. His convenienter et illud senatus consultum divo Hadriano auctore significavit, ut ex Latino et peregrina, item contra ex peregrino et Latina qui nascitur, is matris condicionem sequatur. (Наоборот, на том же основании от латина и римской гражданки, будет ли заключен брак по закону Элия Сенция или иначе, происходил римский гражданин. Однако некоторые думали, что от брака, заключенного по закону Элия Сенция, рождается латинянин, так как, по-видимому, в этом случае предполагалось существование *conubii* по закону Элия Сенция и Юния, а *conubium* имеет всегда последствием то, что дитя наследует состояние отца, в браке же, заключенном иначе, рождающийся следует по общеправовому праву состоянию матери, и потому он римский гражданин. Но мы пользуемся тем правом в силу сенатского постановления, изданного по почину блаженной памяти Адриана, именно чтобы рождающийся от латинянина и римской гражданки родился во всяком случае римлянином. 81. Сообразно с этим сенатское постановление, изданное по почину божественного Адриана, определяет, что дитя латина и иностранки, равным образом иностранца и латинянки, наследует состояние матери.)*

отметил Казавола, «сенатусконсульт Адриана, переводя в *ius civile* нормы из *ius gentium*, дает историческое подтверждение правильности ключа ко всей системе Гая: как и все народы (*omnes populi*), так же и римский народ *partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur*²⁰.

И наконец, это еще раз подтверждает, благодаря отношениям, которые позволяют работать между мерами законодательными и коррективами, внесенными сенатусконсультом Адриана, очевидную концептуальную дистанцию между двумя гранями, которые составляют сложный институт римского брака: об этом свидетельствует то обстоятельство, что Адриан движется в кильватере ситуации, созданной законом Миниция — который, глядя на явление с точки зрения прав гражданства, отодвигал в положение перегриня ребенка, рожденного от союза с римлянкой *sine conubio*, — приглушая ограничительный его эффект, мерами, которые оставляли без изменений вопросы *status civitatis*, а благоприятно повлияли только на частноправовой аспект легитимности сына, признанного законным (*iustus*)²¹.

Пора подводить итоги.

Разнообразная и сложная система, которая продемонстрирована в этом, хотя и ограниченном, текстовом анализе, более четко воспроизводит нам картину изменений, чем та, с которой мы начинали, и заставляет нас склониться к отрицательному ответу на вопрос, который мы первоначально поставили, о возможности выделить в определенных границах особенности, соответствующие категории «*matrimonium iuris gentium*». Мы могли бы даже сделать следующий шаг и прийти к осознанию того, что это был плохо поставленный вопрос, потому что он сформулирован вслед за догматической и классификационной точкой зрения, соответствующей современным категориям, но не свойственной римскому менталитету.

В допустимых рамках следования логике, принятой в юриспруденции, от нас была скрыта и другая перспектива, следуя которой, мы можем заключить, что римские классические юристы оказались внимательными не к квалификации «совершенного» брака (будь то по *ius civile* или по *ius gentium*), но к правовым последствиям, определенным свободным комбинированием их предпосылок; даже с точки зрения чисто правовой, природе этого многогранного и многомерного явления невозможно объять посредством единого и всеохватывающего определения. Это явление:

²⁰ Casavola 1968, 262.

²¹ См. об этом: Casavola 1968, 263, а также Volterra 1950, 10.

– суть и социальные функции которого, онтологически осмысленные, должны преодолеть область как позитивного, так и международного права и спроецировать наш институт в область *ius naturale* (D. 1.1.1.3; 23.2.1; Inst. 1.9.1);

– чуткое к импульсам «публичной» природы, как показало постоянное фокусирование внимания на наличии или отсутствии *conubium* для признания гражданства супругов и, следовательно, для их политической и юридической принадлежности к *civitas*;

– разрушительно воздействующее на *ius privatum*, поскольку от качества связи (*cum* или *sine conubio*) следует и применение правила (нормы *ius gentium* или *ius civile*) о личном правовом статусе потомства, инициирующее признание или непризнание *potestas* (и ее личных и имущественных последствий)²².

Литература

1. *Archi G.A.* 1981: «Lex» e «Natura» nelle Istituzioni di Gaio // *Scritti di Diritto romano I*. Milano.
2. *Arnese A.* 2008: Osservatorio: tra diritto romano e diritto attuale // *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto 1*. Bari.
3. *Baccari M.P.* 2007: Matrimonio e diritto naturale secondo la giurisprudenza romana // *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*. Napoli.
4. *Barbati S.* 2012: Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi // *Rivista di diritto romano XII*.
5. *Capogrossi Colognesi L.* 2000: Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione della «civitas Romana». Roma.
6. *Casavola F.P.* 1968: Potere imperiale e stato delle persone tra Adriano e Antonino Pio // *Labeo 14*.
7. *Castello C.* 1979: La definizione di matrimonio secondo Modestino // *Utrumque Ius IV*.
8. *Corbino A.* 2012: Il matrimonio romano in età arcaica e repubblicana // *Index 40*.
9. *Cuneo Benatti P.O.* 2013: Ricerche sul matrimonio romano in età imperiale (I–V sec. d.C.). Roma.
10. *Fayer C.* 2005: La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari. *Sponsalia. Matrimonio. Dote. Parte seconda*. Roma.
11. *Fiori R.* 2011: La struttura del matrimonio romano // *BIDR 105*.
12. *Gaudemet J.* 1959: *Justum matrimonium* // *RIDA 2* (= *Mélanges De Visscher I*).

²² Corbino 2012, 163 s.

13. *Gioffredi C.* 1980: Per la storia del matrimonio romano // Nuovi studi di diritto greco e romano. Roma.
14. *Giunti P.* 2013: Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione // Iura 61.
15. *Humbert M.* 1999: Le conubium des patriciens et des plébéiens: une hypothèse // Mélanges en Hommage a J. Gaudemet. Paris.
16. *Maganzani L.* 2002: Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus iuris nella cultura del giurista europeo. Torino.
17. *Mainino G.* 2011: Le matrici retoriche del «proemium» delle Istituzioni di Gaio // Rivista di diritto romano I.
18. *Onida P.P.* 2002: Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano. Torino.
19. *Orestano R.* 1942: La dote nei matrimoni «contra mandata» // Studi di Storia e Diritto in Memoria di Guido Bonolis I. Milano.
20. *Piro I.* 2013: Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica. Milano.
21. *Quadrato R.* 2010: «Maris atque feminae coniunctio»: «matrimonium» e unioni di fatto // Index 38.
22. *Robleda O.* 1970: El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad. Roma.
23. *Romano A.* 1996: Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio. Napoli.
24. *Sanna M.V.* 2012: Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico. Matrimonium iustum – Matrimonium iniustum. Napoli.
25. *Talamanca M.* 1998: Ius gentium da Adriano ai Severi // La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Napoli.
26. *Volterra E.* 1940: La conception du mariage d'après les juristes romains. Padova.
27. *Volterra E.* 1950: L'acquisto della cittadinanza romana e il matrimonio del peregrino // St. Redenti II. Milano.
28. *Volterra E.* 1953: La nozione giuridica del conubium // St. Albertario II. Milano.
29. *Volterra E.* 1972: Iniustum matrimonium // St. Scherillo II. Milano.
30. *Volterra E.* 1975: v. Matrimonio // ED. 25. Milano.

Ключевые слова: *ius gentium, брак, favor civitatis, ius naturale, lex Minicia.*

Key Words: *ius gentium, marriage, favor civitatis, ius naturale, lex Minicia.*

I. PIRO

IUS GENTIUM E MATRIMONIO

(RIASSUNTO)

L'individuazione, da parte di un tradizionale orientamento dottrinario, della categoria del «matrimonio *iuris gentium*» discende da una visione dogmatica e classificatoria che non trova rispondenza nella concezione che la giurisprudenza romana classica ebbe dell'istituto matrimoniale. Seguendo il filo logico svolto dalla giurisprudenza – e massimamente da Gaio nel lungo squarcio contenuto nel primo libro delle Istituzioni (par. 1–80) – si evince

come i giuristi romani di età classica siano stati attenti non già alla qualificazione del «fatto» matrimonio (se di *ius civile*, se di *ius gentium*), quanto piuttosto agli esiti giuridici determinati dal libero combinarsi dei suoi presupposti, tra i quali riveste una speciale importanza il *conubium*, come dimostrato la costante attenzione ad esso rivolta al fine del riconoscimento della cittadinanza dei coniugi, e dunque della loro appartenenza politica e giuridica alla *civitas* romana.