ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

ANDRÉ MANDELSTAM.

TROISIEME DROGMAN DE L'AMBASSADE IMPÉRIALE DE RUSSIE A CONSTANTINOPLE

LES CONFÉRENCES DE LA HAYE

RELATIVES

AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

TOME I.

LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

ST. PÉTERSBOURG.
1900.

А. Н. Мандельштамъ.

Третій Драгоманъ ИМПЕРАТОРСКАГО Россійскаго Посольства въ Константинополѣ.

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

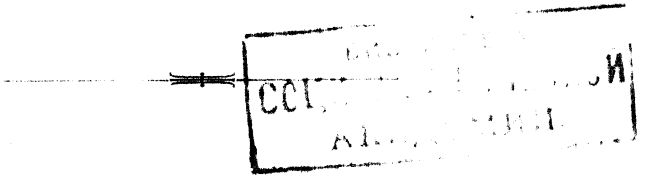
МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

Πάντα ῥεῖ

169878

Томъ I.

КОДИФИКАЦІЯ МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.



Ух
6088

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1900.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго университета печатать разрѣшается 14 Февраля 1900 года.

Деканъ *В. Лебедевъ.*

Типографія А. Бенке, Новый переулокъ № 2.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Авторъ настоящаго труда глубоко убѣжденъ въ томъ, что идея универсальнаго, общечеловѣческаго гражданскаго права—утопія, и притомъ крайне непривлекательнаго характера. Идея эта, какъ и родственныя ей идеи всемірнаго государства и всемірнаго языка, основана на полномъ отрицаніи одного изъ существенныхъ элементовъ всякаго прогресса—начала разнообразія. Нѣтъ сомнѣнія, что человѣческому духу глубоко врождено стремленіе къ единству, но это единство не предполагаетъ вовсе нивеллировки всего существующаго богатства формъ общественной жизни. Исчезновеніе какого нибудь культурнаго народа, гибель какого нибудь культурнаго языка есть чувствительная потеря для всего человѣчества. Представимъ себѣ исчезновеніе русской культуры до произнесенія слова Льва Толстого, порабощеніе Германіи до появленія Гетевскаго Фауста, гибель Англіи до расцвѣта генія Шекспира.

Но на каждой націи лежитъ не только культурная, но и юридико-политическая миссія—обезпечить миръ и правду какъ внутри государства, такъ и въ международныхъ отношеніяхъ. И для достиженія этой священной цѣли, каждое государство нуждается въ защитѣ со стороны публичнаго и частнаго международнаго права.

Публичное международное право обезпечиваетъ каждому, самому маленькому государству независимость, т. е. свободу проявлять свою политическую индивидуальность. Частное международное право обезпечиваетъ законамъ каждой страны сферу вліянія, требуемую интересами международнаго общенія.

Борьба за существованіе кипитъ на всемъ земномъ шарѣ, но далеко не всюду и всегда съ одинаковой силою. Поэтому право, регулирующее эту борьбу, должно быть различно по времени и по мѣсту. Государства не могутъ развиваться съ одинаковою быстротою и силою, и очень часто одно отстаетъ отъ другого. Было бы, поэтому, безполезно навязать всѣмъ одно и то же гражданское право; черезъ нѣкоторое время возникло бы то же различіе, такъ какъ чуждые юридическіе наносы были бы отброшены какъ несвоевременные или неумѣстные. Правовыя воззрѣнія народовъ конечно, во многомъ сходятся; все же въ нихъ, какъ и въ языкѣ, выражается народная самобытность; желаніе заковать всѣхъ въ одинаковую правовую броню, коренится въ деспотическомъ и шовинистическомъ мечтаніи размѣстить всѣ народы по казармамъ всемірнаго государства, которое (смотря по національности мечтателя) будетъ ничѣмъ инымъ, какъ расширеніемъ того или другого конкретнаго политическаго организма.

Не къ такому мертвящему единству ведетъ международное частное право. Оно не уничтожаетъ законовъ отдѣльныхъ странъ, но, наоборотъ, обезпечиваетъ имъ полноту дѣйствія. Не препятствуя дифференціаціи гражданскихъ законовъ, оно служитъ въ то же время ихъ интеграціи.

Такая интеграція предполагаетъ, конечно, что международное частное право возвышается, какъ единая цѣльная система надъ разнообразіемъ частныхъ законовъ. Не то мы

видимъ пока въ дѣйствительности. Каждое государство имѣетъ не только свои особенные матеріальные законы, но и свой особый ключъ для разрѣшенія конфликтовъ его законовъ съ иностранными; другими словами, существуютъ не только русское, французское, англійское частное право, но также русское французское, англійское международное частное право.

Такой порядокъ вноситъ разладъ и сумятицу въ международныя отношенія индивидовъ. Бракъ, законный въ одной странѣ, считается недѣйствительнымъ въ другой, такъ какъ въ первой бракоспособность опредѣляется по національному закону, а во второй по закону мѣста жительства; а потому и дѣти считаются законными въ одной странѣ, незаконными въ другой. Одинъ и тотъ же договоръ обсуждается у насъ по закону страны возникновенія, за границей — по закону страны исполненія. Недвижимость иностранца по однимъ законамъ переходитъ къ наслѣдникамъ согласно закону мѣста ея нахожденія, по другимъ — сообразно національному закону наслѣдодателя и т. д. и т. д.

Очевидно, что такое неустойчивое положеніе вещей не можетъ болѣе продолжаться. Между всѣми государствами совершается безпрерывный обмѣнъ людей, необходимый для преуспѣянія всего международнаго общенія. Необходимо, чтобы эти люди знали точно, какимъ законамъ они подчинены въ своихъ международныхъ оборотахъ. Необходимо, чтобы эти люди считались всѣми государствами или женатыми или холостыми; или законными наслѣдниками даннаго лица, или нѣтъ; или связанными даннымъ договоромъ или нѣтъ. Невозможно и ненормально допустить, чтобы гражданскія права и обязанности индивида безпрестанно мѣнялись бы, въ зависимости отъ переѣзда его черезъ границу, или отъ мѣста суда.

Но какъ достигнуть желательнаго единства международнаго частнаго права? — На этотъ вопросъ отвѣчаетъ первый томъ настоящаго труда.

Мы обратились сначала къ анализу всѣхъ старыхъ и новыхъ теорій международнаго частнаго права, начавъ съ подробнаго изслѣдованія теоріи статутовъ. Результатъ этого анализа оказался чисто-отрицательнымъ. Всѣ эти теоріи ищутъ матеріальнаго метафизическаго принципа для разрѣшенія конфликтовъ законовъ, и вслѣдствіе этого постоянно сбиваются на опредѣленіе и удовлетвореніе цѣлей отдѣльныхъ государствъ, т. е впадаютъ въ субъективизмъ. Даже идея международнаго общенія не оказалась тѣмъ магическимъ принципомъ, изъ котораго могли бы быть дедуцированы всѣ нормы разграниченія и конфликтовъ законовъ. И это вполнѣ естественно. Идея международнаго общенія должна служить только путеводной звѣздой для законодателя, ведущаго свой народъ по пути прогресса, но она не можетъ служить для практическаго разрѣшенія всѣхъ вопросовъ международнаго частнаго права, какъ равно нѣтъ такого всеобъемлющаго принципа и въ области гражданскаго права.

Мы вывели отсюда, что методъ международнаго частнаго права долженъ быть не метафизическимъ, не дедуктивнымъ, а индуктивнымъ. Общіе принципы международнаго частнаго права должны быть получены на основаніи обстоятельнаго изслѣдованія его источниковъ — международныхъ обычаевъ и договоровъ.

Такой выводъ нисколько не умаляетъ значенія науки. Наука должна воздвигать свое зданіе не на блестящей метафизической пыли, а на твердой почвѣ положительнаго права. Констатировавъ существующее международное частное право.

изучивъ также степень развитія современныхъ международныхъ отношеній, наука прилагаетъ критику разума къ существующему порядку вещей и требуетъ соотвѣтствующихъ измѣненій. То, что вчера признавалось наукой, сегодня можетъ быть ею подвержено сомнѣнію, а завтра измѣнено по ея указаніямъ. Жизнь постоянно мѣняется, а съ нею должно мѣняться и право. Право должно направлять международную жизнь къ все большей дифференціаціи и интеграціи, и если оно останавливается, не слѣдитъ за жизнью, — тогда оно становится вреднымъ тормазомъ, и тутъ уже священный долгъ науки сказать свое вѣское слово Вотъ какъ намъ кажется, слѣдуетъ понимать слова Бинкерсгука: „Ratio, inquam, ipsa ratio juris gentium est anima“. Поэтому позитивность нашего метода не означаетъ вовсе низведенія науки на степень регистратора всемірной исторіи. Наука—не право, но она оказываетъ огромное вліяніе на его развитіе и потому мы старались внимательно прислушаться къ голосу всѣхъ ея представителей въ нашей области.

Но дать желательное единство международнаго частнаго права наука столь же безсильна, сколько и отдѣльныя территоріальныя законодательства. Наука дѣйствительно, всегда старалась построить единую теорію международнаго права, но такъ какъ она шла дедуктивнымъ путемъ, то теорія эта оказывалась лишенной объективности и примѣнимости къ жизни. Отдѣльные территоріальные законодатели, наоборотъ, создавали иногда путемъ индукціи позитивныя системы международнаго частнаго права, но при этомъ ни мало не заботились о соотвѣтствіи этихъ системъ системамъ сосѣдей. Поэтому, единства не было достигнуто ни здѣсь, ни тамъ.

Изъ этого положенія есть только одинъ выходъ — это

кодификація международнаго частнаго права. Только международный кодификаторъ можетъ обладать тѣмъ авторитетомъ, который необходимъ для примиренія конфликтовъ территоріальныхъ законовъ; онъ одинъ можетъ принудить территоріальныя законодательства къ взаимнымъ уступкамъ, руководствуясь при этомъ не отвлеченными естественноправовыми теоріями, а реальными потребностями международнаго общенія; и ему легче всего прислушаться къ голосу науки и внять ея разумнымъ совѣтамъ. Безплодные и неразрѣшимые метафизическіе споры о томъ, долженъ ли территоріальный принципъ уступить національному, или наоборотъ, международный законодатель разрѣшаетъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ иначе, примѣняясь къ обстоятельствамъ, времени и мѣсту.

Цивилизованный міръ понялъ необходимость кодификаціи международнаго частнаго права, и въ концѣ XIX вѣка, въ 1893 и 1894 гг. въ Гаагѣ засѣдалъ международный парламентъ, труды котораго увѣнчаются, по всѣмъ вѣроятіямъ, образованіемъ международнаго союза, въ предѣлахъ котораго будетъ дѣйствовать единое международное частное право.

Настоящій трудъ вызванъ Гаагскими конференціями. Выяснивъ въ первомъ томѣ ихъ общее значеніе, мы посвятили второй томъ международному брачному праву, кодифицированному первымъ протоколомъ конференціи. Согласно нашему методу, мы изучили сперва, насколько это оказалось возможнымъ, положительное международное частное право отдѣльныхъ странъ; при этомъ мы, конечно, обратили главное вниманіе на Россію. Затѣмъ мы ознакомились съ воззрѣніями ученыхъ и уже потомъ приступили къ критикѣ Гаагскаго протокола. Результатомъ нашего изслѣдованія является проектъ, нѣсколько отступающій отъ упомянутаго протокола.

Наукѣ международнаго частнаго права до сихъ поръ не особенно посчастливилось въ Россіи. Можно даже сказать, что для нея у насъ почти ничего не сдѣлано, а между тѣмъ жизнь не ждетъ, а идетъ своимъ чередомъ. Сотни тысячъ иностранцевъ пребываютъ временно или постоянно въ предѣлахъ Россіи, а гражданскія правообязанности ихъ, неясно очерченныя закономъ, практикою подчиняются почти всегда территоріальному праву. Правообязанности нашихъ подданныхъ за границей тоже далеко не безспорны. Неужели Россія, идущая во главѣ всѣхъ народовъ въ области публичнаго международнаго права, отстанетъ отъ нихъ въ области частнаго? Неужели признаніе правъ иностранныхъ гражданъ менѣе священно, чѣмъ признаніе правъ иностранныхъ государствъ? Вспомнимъ слова Цицерона: Qui autem civium rationem dicunt habendam, externorum negant, ii dirimunt communem humani generis societatem!“.

Наше правительство уже отвѣтило на этотъ вопросъ и вскорѣ Россія будетъ слѣдовать общеевропейскому международному частному праву, о которомъ нынѣ наши суды, къ сожалѣнію, имѣютъ весьма смутное понятіе. Оно и не удивительно. Тогда какъ на Западѣ существуютъ особыя каѳедры и особая наука международнаго частнаго права, отличныя отъ каѳедръ и науки публичнаго jus gentium, у насъ частное международное право всецѣло поглощено публичнымъ и въ литературѣ и въ преподаваніи.

Настоящій трудъ, насколько автору извѣстно, первое сочиненіе въ нашей литературѣ, посвященное разработкѣ международнаго гражданскаго права. Отдавая его на судъ читателя, мы позволимъ себѣ выразить надежду, что онъ вынесетъ изъ него убѣжденіе, что авторъ, если и очень часто

ошибался, то, по крайней мѣрѣ, всегда оставался вѣрнымъ своему девизу „Πάντα ῥεῖ“, который велитъ ему видѣть счастіе общества не въ безобразномъ и безотрадномъ состояніи покоя, а въ постоянномъ движеніи впередъ по пути прогресса и цивилизаціи.

Въ заключеніе приношу свою глубокую благодарность всѣмъ лицамъ, способствовавшимъ полезными совѣтами и указаніями появленію этого труда, а также Министерствамъ Иностранныхъ Дѣлъ, Внутреннихъ Дѣлъ и Юстиціи, и Вѣдомству Православнаго Исповѣданія —за разрѣшеніе воспользоваться богатымъ архивнымъ матеріаломъ по вопросамъ международнаго брачнаго права.

Андрей Мандельштамъ.

Константинополь,
24 Декабря 1899 года.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

Исторія основныхъ идей международнаго частнаго права

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Стр.
Отсутствіе международнаго частнаго права въ древности . 1

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Принципъ справедливости въ итальянской теоріи статутовъ.

§ 1. Возникновеніе теоріи статутовъ . . 6
§ 2 Предшественники Бартола . 10
§ 3. Бартолъ . . . 13
§ 4. Бальдъ . . . 18
§ 5. Салицетъ . . . 21
§ 6. Александръ . . . 25
§ 7. Мазюэ, Шасснэ, Тирако . . . 27
§ 8. Дюмуленъ . . . 30
§ 9. Гюи-Кокиллъ . 36
§ 10. Критика итальянской доктрины 37

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Дѣленіе законовъ по объекту во французской теоріи статутовъ.

I. **Теорія Д'Аржантрэ** 40
II. **Ближайшіе преемники Д'Аржантрэ во Франціи** . 47
§ 1. Шаронда, Буво 47
§ 2. Ренюссонъ. 47
§ 3. Лебренъ 48
§ 4. Шаллинъ. 49
III. **Теорія Д'Аржантрэ въ Нидерландахъ** 53
§ 1. Бургундусъ 53
§ 2. Роденбургъ 57
§ 3. Стокмансъ 61

IV. Теорія Д'Аржантрэ въ Германіи. Стр
§ 1. Гайллъ и Минзингеръ . . . 62
§ 2. Мевіусъ 63
§ 3. Герціусъ . 64
V. Французскіе статутаріи XVIII вѣка . . . 65
§ 1. Фроланъ 65
§ 2. Луи Буллнуа. . . . 68
§ 3. Бугіе 74
VI. Критика французской теоріи статутовъ 79

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ

Принципъ территоріальности.

I. Идея Comitas въ Голландской теоріи статутовъ:
§ 1. Павелъ Вутъ 85
§ 2. Іоаннъ Вутъ . 86
§ 3. Губеръ. . . 89
II. Идея Comitas въ XIX вѣкѣ:
§ 1. Стори 92
§ 2. Берджъ 94
§ 3. Уитонъ 94
§ 4. Кальво. . 95
§ 5. Феликсъ 95
§ 6. Рокко . 96
§ 7. Графъ Варель-Соммьеръ 97
III. Современная англійская доктрина:
§ 1. Филлиморъ 101
§ 2. Бичъ-Лоренсъ 103
§ 3. Лорнмеръ 104
§ 4. Вестлэкъ. . 105
§ 5. Гаррисонъ 105
§ 6. Дайси 105
§ 7. Уортонъ . 111
IV. Территоріальный принципъ въ Германіи:
§ 1. Вехтеръ 114
§ 2. Рейнгольдъ Шмидъ. 116
V. Критика принципа территоріальности. 118

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Принципъ національности.

I. Предшественники новой итальянской школы:
§ 1. Тибо. 122
§ 2. Эйхгорнъ. 122
§ 3. Майлье-де-Шасса. . . . 123

II. Новѣйшая итальянская школа. Стр
§ 1. Манчини 126
§ 2. Эспepсонъ 129
§ 3. Фіоре 132
III Послѣдователи новѣйшей итальянской школы во Франціи:
§ 1. Андрэ Вейссъ . 136
§ 2. Дюранъ 140
§ 3. Сюрвиль и Артюисъ 140
§ 4. Одинэ 140
IV. Итальянская школа въ Бельгіи
§ 1. Лоранъ 141
§ 2. Роллэнъ 148
V. Критика новѣйшей итальянской теоріи 150

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

I Идея международнаго общенія:
§ 1. Шеффнеръ. 154
§ 2. Савиньи 157
§ 3. Баръ 162
§ 4. Броше 171
§ 5. Деспанье 173
§ 6. Ассеръ 175
§ 7. Вульси 176
§ 8. Геффтеръ 177
§ 9. Бруза 177
§ 10. Ф. Ф. Мартенсъ 178
§ 11. Пиллье 182
§ 12. Цительманъ. 192
II. Критика идеи международнаго общенія. 202

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Источники международнаго частнаго права.

§ 1. Положительный характеръ международнаго частнаго права . 206
§ 2. Источники международнаго частнаго права . . . 212

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Методъ международнаго частнаго права 216

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Кодификація международнаго частнаго права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Кодификація международнаго права вообще 221

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Стр.

Кодификація международнаго частнаго права 228

Раздѣлъ первый.

Внѣшнія столкновенія законовъ:
a) положительныя 229
b) отрицательныя. 230

Раздѣлъ второй.

Внутреннія столкновенія законовъ:
I. Коллизія опредѣляющихъ моментовъ 239
II. Коллизія опредѣляемыхъ отношеній и понятій:
1. Конфликты опредѣляемыхъ отношеній 241
2. Конфликты опредѣляемыхъ понятій 243
3. Значеніе разобранныхъ конфликтовъ для кодификаціи международнаго частнаго права 244

Раздѣлъ третій.

Идея публичнаго порядка въ международномъ частномъ правѣ . . 246

Раздѣлъ четвертый.

Принципъ свободы воли сторонъ 252

Раздѣлъ пятый.

Заключеніе 252

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Гаагскія конференціи.

§ 1. Предвѣстники конференцій. 253
§ 2. Гаагская конференція 1893 года 257
§ 3. Гаагская конференція 1894 года 268

Отдѣлъ первый.

Исторія основныхъ идей международнаго частнаго права.

Глава первая.

Отсутствіе международнаго частнаго права въ древности.

Международное частное право не могло возникнуть въ древности. Не говоря уже о народахъ теократическихъ — Египтянахъ, Индусахъ, Евреяхъ, ни Греки, ни даже Римляне не возвысились до признанія личности иностранца. Въ законахъ Ману (XII, 43) иностранецъ на общественной лѣстницѣ стоитъ ниже слоновъ, лошадей и судра; онъ только выше дикихъ животныхъ. Евреи — избранный народъ — считаютъ богоугоднымъ дѣломъ истребленіе другихъ народностей. Ненависть Египтянъ ко всему иностранному или нечистому и стараніе предохранить себя отъ всякаго соприкосновенія съ этимъ элементомъ — общеизвѣстный фактъ. Война и рабство — иностранцамъ, вотъ лозунгъ древняго теократическаго міра, да и такъ называемые торговые народы, Финикіяне и Карѳагеняне, были не столько носителями идеи мирнаго обмѣна, сколько пиратами и работорговцами. У грековъ можно замѣтить нѣкоторые зачатки, если не международнаго, то „междугородоваго“ права — тому свидѣтельства „изополитіи“ и

институтъ проксеновъ [1]). Что же касается иностранцевъ, заклейменныхъ позорнымъ прозвищемъ варваровъ, то они, по мнѣнію Эллиновъ, уже по самой своей природѣ были рождены для рабства, которое защищалось даже Аристотелемъ.

На XII таблицахъ народа, завѣщавшаго намъ дивную систему гражданскаго права, было начертано: Adversus hostem aeterna auctoritas esto. Однако политика Рима, которая не довольствовалась отрицаніемъ иностраннаго элемента, а стремилась къ его подчиненію, не могла не привести къ смягченію этой формулы. Все новые и новые народы входили въ составъ или сферу вліянія Римской республики, сохраняя извѣстную долю автономіи и юрисдикціи, и съ теченіемъ времени, иностранцы изъ hostes превратились въ peregrini.

Подъ перегринами Римляне разумѣли какъ всѣхъ римскихъ подданныхъ, не пользующихся всѣми гражданскими правами, такъ и дѣйствительныхъ иностранцевъ. Сюда относятся латиняне, лишенные j. connubii; перегрины въ тѣсномъ смыслѣ (жители провинціи, подчинившіеся на основаніи договора), которые не имѣли ни j. connubii, ни j. commercii; dediticii, подчинившіеся безъ договора; варвары.

Римскіе cives нигдѣ и никогда не подпадали иностранному праву. Дѣла между гражданами и перегринами (въ тѣсномъ смыслѣ) и перегриновъ между собою въ Римѣ разбиралъ Praetor Peregrinus, который руководствовался jus gentium, т. е. правомъ, „quod apud omnes gentes peraeque custoditur“; j. gentium, по самому опредѣленію не могло противорѣчить juri civili. Положеніе перегриновъ регулировалось однако не только j. gentium, но и спеціальными законами, а въ области семейнаго и наслѣдственнаго права они подлежали своимъ

[1]) Но это были только отступленія отъ общаго закона древности — права сильнаго, которое съ необыкновенною циничностью формулировано Аѳинянами во время Пелопонесской войны (Ѳукидидъ V, 89, 105): „Люди рѣшаютъ дѣла между собою по законамъ справедливости только тогда, когда одинаковая необходимость ихъ принуждаетъ къ этому, но тѣ, кто сильнѣе, дѣлаютъ то, что могутъ, а слабые должны подчиниться“. (Laurent I, 107).

національнымъ законамъ [1]). Dediticii же считались не имѣющими отечества и посему во всѣхъ отношеніяхъ подчинялись juri gentium [2]).

Изъ сказаннаго слѣдуетъ, что „Римляне не обладали даже намекомъ на международное гражданское право“ [3]). Граждане подчинялись квиритскому праву, перегрины своему національному; когда эти права сталкивались, выступало j. gentium. Поэтому Римское государство скорѣе представляло въ зародышѣ систему личныхъ правъ, въ родѣ Германской въ началѣ среднихъ вѣковъ [4]).

Конституція Каракаллы распространила право гражданства на всѣхъ подданныхъ Имперіи; такимъ образомъ перегринами остались одни варвары, положеніе которыхъ очень трудно выяснить [5]). Правда, Савиньи [6]) думаетъ, что Constitutio Antonina имѣла только политическое значеніе, но Баръ [7]) правильно указываетъ, что самая цѣль конституціи,— распространеніе налога на наслѣдства перегриновъ — исключаетъ такое толкованіе.

Во всякомъ случаѣ въ Юстиніановомъ законодательствѣ не сохранилось, согласно компетентному мнѣнію того же Савиньи, никакихъ указаній, относящихся къ разрѣшенію случаевъ столкновенія законовъ. Точно также и Вехтеръ [8]) находитъ, что изъ римскаго права нельзя вывести никакого иного положенія, кромѣ подчиненія иностранцевъ naturali rationi, а Баръ [9]) доказываетъ, что всѣ мѣста источниковъ,

[1]) По мнѣнію Лорана, въ Римѣ перегрины подлежали juri gentium, а въ провинціяхъ своимъ національнымъ законамъ (I, № 110).

[2]) Лоранъ приравниваетъ къ dediticii и настоящихъ иностранцевъ-варваровъ (I, p. 166). Но положеніе послѣднихъ вообще трудно опредѣлить, и мнѣнія спорны (Bar, Theorie und Praxis I p. 20; Weiss, Traité élémentaire, p. 16).

[3]) Laurent, l. c. I, p. 160.

[4]) Bar, l. c. I, 22.

[5]) Laurent, l. c., I, № 108—111.

[6]) System des heutigen Romischen Rechts, VIII S. 88.

[7]) I, 21, примѣчаніе.

[8]) I, 246—252 [9]) I, 23.

обыкновенно относимыя къ столкновенію законовъ, въ дѣйствительности имѣютъ совсѣмъ другое значеніе. Ассеръ и Ривье [1]) замѣчаютъ: въ настоящее время признано, что Римскіе тексты не содержатъ международнаго гражданскаго права.

Въ началѣ среднихъ вѣковъ крайній индивидуализмъ германскихъ варваровъ привелъ къ системѣ личныхъ правъ. Во франкской монархіи каждый жилъ по закону своего племени. Эта система отличается отъ Римской только тѣмъ, что здѣсь нѣтъ различія j. civile и j. gentium. Всѣ свободные люди одинаково правоспособны. Иностранцы же (warganei) внѣ закона, если не находятся подъ покровительствомъ германца [2]).

Система личныхъ правъ къ концу X вѣка смѣнилась территоріальной. По выраженію Минье [3]), земля какъ бы владѣла человѣкомъ; феодальная система сдѣлалась какъ бы религіей земли (Мишле). Положеніе иностранцевъ отъ этого, конечно, не улучшилось. Droit d'aubaine и береговое право краснорѣчиво показываютъ, что кулакъ царствовалъ въ средніе вѣка не только въ области публичныхъ международныхъ отношеній.

Знаменитый бельгійскій ученый Лоранъ, горячій поклонникъ германскаго индивидуализма, объясняетъ зарожденіе международнаго частнаго права совокупнымъ вліяніемъ системы личныхъ правъ и феодализма [4]). Лэне [5]) обвиняетъ Лорана въ томъ, что онъ смѣшиваетъ личный и потому экстратерриторіальный характеръ, который современная наука придаетъ правамъ иностранца, съ тѣмъ порядкомъ вещей.

---

[1]) Eléments de Droit International Privé (p. 6).

[2]) Weiss, l. c., 17 ссылается, между прочимъ, на Meginhard. Traslatio sancti Viti, c 13: Peregrinum qui patronum non habebat vendebant Saxones.

[3]) Mignet, De la féodalité, 1 partie, ch. 3: L'homme est en quelque sorte possédé par la terre.

[4]) Laurent, Droit Civil International, I, 219—273; въ особенности см. № 177: Le germe du droit international privé se trouve dans le système de la personnalité du droit.

[5]) Lainé, Introduction au Droit International Privé, I, 56 и слѣд.).

когда подданные одного и того же государства подчинены во всѣхъ отношеніяхъ своему инородческому закону. Система личныхъ правъ въ томъ видѣ, въ какомъ она господствовала у германцевъ, господствуетъ отчасти еще теперь въ Турціи, въ Алжирѣ и въ Россіи, т. е. инородцы управляются своими гражданскими законами. Что же общаго между этой системой и опредѣленіемъ личныхъ правъ иностранца по закону его отечества или мѣстожительства? Обѣ системы даже иногда сосуществуютъ.

Правда, Лоранъ сознаетъ самъ это различіе [1]) и даже согласенъ, что „нѣтъ ничего общаго между личнымъ правомъ варваровъ и международнымъ частнымъ правомъ, если держаться фактовъ и законовъ [2]), но всетаки видитъ зародышъ международнаго частнаго права въ системѣ личныхъ правъ“ [3]). Это противорѣчіе можно было бы еще толковать такъ, что германскій духъ косвенно повліялъ на систему личныхъ статутовъ. Однако и такое толкованіе устраняется дальнѣйшей аргументаціей Лорана. То же проявленіе Германскаго духа онъ видитъ въ феодализмѣ: идея независимости просто была перенесена съ лица на землю и такимъ образомъ возникъ принципъ территоріальности [4]). Это, конечно, вѣрно. Но разъ уже германскій геній вылился въ форму феодализма, нельзя на него ссылаться для объясненія того личнаго начала, которому впослѣдствіи феодализмъ долженъ былъ сдѣлать уступки; нельзя отождествлять принципъ международнаго частнаго права съ принципомъ германскаго индивидуализма [5]).

---

[1]) Laurent, l. c. I, № 171, 172.
[2]) l. c. № 177
[3]) l. c. № 177.
[4]) l. c. № 198.
[5]) Laurent (l. c. p. 248); Lainé l c. I, p. 70 et 71.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Принципъ справедливости въ итальянской теоріи статутовъ [1]).

§ 1. Возникновеніе теоріи статутовъ.

Вопросы, порождаемые столкновеніемъ законовъ, впервые подверглись обсужденію въ знаменитой теоріи статутовъ, родина которой въ Сѣверной Италіи. Ломбардскіе города рано достигли такого блеска и могущества, который позволилъ имъ уже въ XII вѣкѣ лишить сюзеренитетъ германскаго императора всякой реальности; каждый городъ представлялъ изъ себя особую политическую и соціальную единицу, съ особыми законами или статутами. Но въ то же время во всей Ломбардіи дѣйствовало какъ „jus commune“ право римское, которое съ XII вѣка пріобрѣло вновь огромный авторитетъ и стало преподаваться въ многочисленныхъ школахъ. Такимъ образомъ легко объясняется появленіе школы постглоссаторовъ (или комментаторовъ глоссъ), которые старались разграничить сферы вліянія римскаго и статутарнаго права, а также статутовъ между собою.

Итальянскіе постглоссаторы были ослѣплены величіемъ римскаго права и питали къ нему почти суевѣрное уваженіе. На статутарное же право они смотрѣли съ презрѣніемъ, надѣляя его нелестнымъ прозвищемъ ослинаго права (jus asinorum) [2]). Они даже разсматриваютъ вопросъ о дѣйствительности статутовъ, противорѣчащихъ римскому праву. И если самый духъ справедливости этого права не позволяетъ постглоссаторамъ объявить такіе статуты ничтожными, они зато лишаютъ ихъ всякаго экстратерриторіальнаго дѣйствія.

---

[1]) Мартенсъ, Международное Право, II, § 66. Laurent, Droit Civil International I, pp. 273—335; Lainé, Introduction, I, pp. 45—56 и 92—115. Bar, Theorie und Praxis I, §§ 17, 18. Barde, Théorie Traditionelle des Statuts, Bordeaux 1880, passim, особенно pp 1—50.

[2]) Laurent, l. c I, 276.

Итальянскіе авторы излагаютъ обыкновенно свое ученіе о столкновеніи законовъ при объясненіи Lex „Cunctos Populos quos clementiae nostrae regit imperium“, т. е. перваго закона титула „De Summa Trinitate“ кодекса Юстиніана. Этимъ закономъ императоры Граціанъ, Валентиніанъ и Ѳеодосій объявляютъ обязательность для своихъ подданныхъ догмата Св. Троицы. Глоссаторъ Accursus сдѣлалъ знаменитую глоссу: „Если противъ жителя Болоньи вчинается искъ въ Моденѣ, онъ не долженъ судиться по законамъ Модены, которымъ онъ не подчиненъ; такъ какъ сказано: тѣ, коими управляетъ власть нашей милости“ (Quod si Bononiensis conveniatur Mutinae, non debet judicari secundum statuta Mutinae, quibus non subest; cum dicat quos nostrae clementiae regit imperium). Эта глосса сдѣлалась отправнымъ пунктомъ итальянской доктрины статутовъ. Текстъ, къ которому она относится, конечно, не имѣетъ ничего общаго съ международнымъ частнымъ правомъ, и многіе высмѣиваютъ за это итальянскихъ легистовъ, думавшихъ, что все и вся предусмотрѣно въ римскомъ правѣ. Нельзя однако отрицать, что слова „Cunctos populos“ могли навести на мысль о границахъ власти [1]).

Статутарная теорія, основанная постглоссаторами, изъ Италіи проникла во Францію, Германію, Бельгію и Голландію. Во Франціи эта доктрина господствовала до составленія Code Civil; голландскіе статутаріи оказали огромное вліяніе на англійскую и американскую юриспруденцію. Но, конечно, теорія статутовъ не оставалась всегда и всюду одной и той же; въ каждой странѣ и въ каждую эпоху она проявляется своеобразно. Между тѣмъ многіе (напр. Foelix) смотрятъ на эту теорію, какъ на нѣчто цѣльное, и готовы ссылаться, для подкрѣпленія одного и того же положенія, на Бартола и Бугіе. на Дюмулена и Д'Аржантрэ.

По классификаціи Лэне [2]) слѣдуетъ строго различать три школы: итальянскую, представителемъ которой является Бар-

[1]) Lainé, l. c. I, 105—108.

[2]) Lainé, l. c. pp. 50—54.

толъ, господствовавшую до XVI вѣка и оказавшую вліяніе на югъ Франціи; эта теорія отличается своимъ духомъ справедливости, замѣняющимъ для нея всякій методъ. Только во второй теоріи — французской — возникаетъ принципіальное дѣленіе статутовъ на личные, реальные и смѣшанные; эта доктрина, дожившая до Code Civil, основана Д'Аржантрэ. Наконецъ, съ конца XVII вѣка голландская школа провозглашаетъ начало строгой территоріальности, смягчаемой только во имя такъ называемой международной вѣжливости, или comitas.

Крылья итальянской мысли были спутаны двумя фикціями: о ненарушимости римскихъ текстовъ и о главенствѣ германскаго императора надъ всѣмъ міромъ. Это главенство находилось въ вопіющемъ противорѣчіи съ дѣйствительностью, а юстиніаново законодательство, какъ уже было сказано, не содержитъ вовсе началъ нашей науки. Тѣмъ болѣе слѣдуетъ удивляться тѣмъ замѣчательнымъ правиламъ, которыми мы обязаны постглоссаторамъ.

Итальянской доктринѣ не посчастливилось у позднѣйшихъ писателей. Находясь подъ ея незамѣтнымъ, но несомнѣннымъ вліяніемъ, они считали ее схоластичной и безполезной. Такъ напримѣръ Д'Аржантрэ считаетъ ее недостойной маленькихъ дѣтей, Фроланъ—противной здравому смыслу [1]). Между тѣмъ такое отношеніе въ высшей степени несправедливо; оно, какъ мы увидимъ ниже, имѣетъ въ виду толкованіе по буквѣ закона, рекомендованное Бартоломъ въ частномъ случаѣ, толкованіе, ошибочно возведенное въ основной принципъ итальянской школы.

Лоранъ не раздѣляетъ общаго мнѣнія о постглоссаторахъ [2]). Онъ признаетъ за ними тенденцію считать всѣ статуты личными, тенденцію, составляющую, по его мнѣнію, ихъ славу [3])

---

[1]) Laurent, Droit Civil International, I, p. 300

[2]) l. c. № 216.

[3]) l. c. p. 281.

и восторжествовавшую въ современной итальянской школѣ Врожденные враги феодализма — юристы ломбардскихъ городовъ, сдѣлались защитниками личнаго статута, который они потомъ, конечно, пытались основать на римскомъ правѣ, источникѣ всякой истины [1]).

Не таково мнѣніе новѣйшаго поборника итальянской теоріи статутовъ, парижскаго профессора Армана Лэне. [2]) Указавъ, въ свою очередь, какъ некстати итальянскіе юристы ссылаются на Corpus juris, онъ утверждаетъ, что они, собственно говоря, не имѣли никакой системы. Каждый отдѣльный случай они разрѣшали согласно природѣ вещей [3]), и различіе личныхъ и реальныхъ статутовъ было для нихъ только однимъ изъ многихъ другихъ подраздѣленій.

Итальянская теорія статутовъ до послѣдняго времени изслѣдована весьма мало. Лоранъ говоритъ о статутаріяхъ въ первомъ параграфѣ своей главы, посвященной доктринѣ статутовъ, называя ихъ глоссаторами [4]); страницы эти содержатъ лишь общую картину. Но въ самое послѣднее время появились первые два тома капитальнаго сочиненія Лэне, которое мы уже цитировали и въ которомъ впервые итальянская и другія теоріи статутовъ подробно проанализированы и освѣщены лучемъ современной науки [5]).

---

[1]) Laurent, l. c, I, № 236: Chez les glossateurs c'est la personnalité qui domine.

[2]) Armand Lainé, Introduction au Droit International Privé, pp. 108—115.

[3]) Lainé l. c. I, p. 113.

[4]) l. c. I, pp. 273—335.

[5]) Мы считаемъ, однако, нужнымъ обратиться къ изученію самихъ статутаріевъ. Самый выводъ Лэне, приписывающаго итальянской школѣ примѣненіе метода, составляющаго славу Вехтера, Савиньи и Бара, не позволяетъ ограничиться воспроизведеніемъ тонкихъ наблюденій парижскаго ученаго. Мы позволимъ себѣ слѣдовать ему лишь въ порядкѣ изложенія доктринъ по времени и заимствовать у него содержаніе менѣе важныхъ ученій.

§ 2. Предшественники Бартола [1]).

Итальянская теорія статутовъ возникла во второй половинѣ XIII вѣка, когда вмѣсто коротенькихъ отрывочныхъ замѣчаній на поляхъ Corpus Iuris (т. наз глоссъ), стали появляться болѣе подробные комментаріи постглоссаторовъ.

У Бартола были предшественники и современники въ Италіи и въ южной Франціи, находившейся въ тѣсномъ духовномъ общеніи со своей сосѣдкой. Изъ нихъ нѣкоторые имѣютъ значеніе въ особенности для исторіи международнаго наслѣдственнаго права.

Такъ, знаменитый Дюранъ (1237—1296), прозванный Спекуляторомъ, въ своемъ „Зерцалѣ Права“ (Speculum Iuris, Editio Augustae Taurinorum 1578) приводитъ мнѣнія, по которымъ форма завѣщанія, отступающая отъ римской, иногда можетъ быть признана за предѣлами установившаго ее статута [2]). А подъ рубрикой „De sententia“ [3]) Дюранъ утверждаетъ, что способность быть наслѣдникомъ обсуждается по закону страны происхожденія наслѣдника; фламандка, говоритъ онъ, можетъ наслѣдовать мужу въ странѣ, гдѣ женщины не наслѣдуютъ мужьямъ, такъ какъ законы Фландріи допускаютъ такое наслѣдованіе (Pone quidam Flandrensis obiit Januae et ibi in testamento suo uxorem heredem instituit; sed ecce, secundum consuetudinem Januae non potest uxor succedere viro, ex quo possessor bonorum se tuetur: in Flandria vero est contraria consuetudo, ex quo mulier replicat. Dic, quod mulier secundum consuetudinem Flandriae, ubi litigatur, potior est in adeunda hereditate).

Международное наслѣдственное право занимаетъ также Белльперша (Petrus a Bella-Pertica, 1308; Repetitiones in aliquot divi Justiniani Imperatoris leges, Editio Francofurti ad

[1]) Lainé, Introduction I, pp. 115—131; Laurent, Droit Civil International, I, pp. 273—335; Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, Bd. IV.

[2]) Durant l c. lib. II, part 2, § 12, № 15—16.

[3]) Lib. II Part III, § 5, № 2.

Maenum 1571). Белльпершъ находитъ, что англійскій законъ, лишающій жену или младшихъ сыновей всякаго права на наслѣдство, не примѣнимъ къ имуществу, находящемуся во Франціи, такъ какъ въ этомъ отношеніи французскій обычай реаленъ. (Ubi est consuetudo realis: nam cum sit realis, non inspecta persona ligat res gallicanas, non personas, cum onera realia ligant res secundum consuetudinem et statutum; l. c., lex Cunctos Populos, § 16).

Для того чтобы завѣщаніе могло оказать свое дѣйствіе и на имущество, находящееся заграницей, форма его должна соотвѣтствовать, по мнѣнію Белльперша, не l. loci actus, a lex rei sitae. Если кто либо составитъ завѣщаніе во Франціи при семи свидѣтеляхъ, оно недѣйствительно въ Англіи, гдѣ требуется 10 свидѣтелей.

Въ этомъ послѣднемъ вопросѣ (о формѣ завѣщанія) Белльпершъ расходится съ Цинусомъ (Cynus a Pistoria, 1270—1336; Super Codice et Digesto Lectura, Lugduni 1574), который высказывается за повсемѣстное признаніе legis loci actus (Quidam moderniores dicunt quod institutus habebit omnia bona; quia debet attendi locus ubi fit testamentum et dispositio haereditatis, licet bona sint alibi... et hoc credo verius (l. c., Lex C. P. § 5 in fine) [1]).

Мнѣніе Белльперша о переходѣ наслѣдства по закону принимается Цинусомъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ статутъ не косвенно, а непосредственно касается имущества (nam in hac quaestione consuetudo directe et indirecte disponit de bonis.... sed in precedente quaestione non directe sed per consequens disponit de bonis; Cynus, l. c. § 6 in fine).

Самымъ замѣчательнымъ предшественникомъ Бартола слѣдуетъ, конечно, считать Альберика-де-Розате (Albericus de Rosate 1354; In primam Codicis Partem Commentaria, Ed. Venetiis 1586)

---

[1]) Должно, однако, замѣтить, что случай, разбираемый Цинусомъ, имѣетъ въ виду завѣщаніе, составленное по общему римскому праву, что нѣсколько умаляетъ значеніе его рѣшенія. (Ср. Lainé, l. c. I, p. 124).

Вопросы о формѣ завѣщанія и о наслѣдствахъ Альберикъ называетъ „прекрасными“ (pulchrae quaestiones). Первый вопросъ онъ рѣшаетъ въ пользу l. loci actus, хотя и не мотивируетъ своего мнѣнія; онъ указываетъ лишь римскіе законы, на которые ссылаются противники [1]), а въ подкрѣпленіе своего тезиса приводитъ другіе (l. c. § 26).

Но слава Альберика де Розате зиждется на его разрѣшеніи второго „прекраснаго“ вопроса (l. c. § 25). Наслѣдство ab intestato, говоритъ онъ, должно переходить не по l. rei sitae и не по закону мѣста, гдѣ наслѣдодатель умеръ, а по lex originis, по закону страны его происхожденія. Правда, Альберикъ мотивируетъ свое рѣшеніе очень странно, уподобляя наслѣдника кредитору, требованіе котораго погашается вслѣдствіе сліянія его личности съ личностью должника-наслѣдодателя (quia confunditur obligatio per successionem, quasi sit factus creditor idem cum persona debitoris). Но изъ этого только слѣдуетъ, что постглоссаторы сначала рѣшали вопросъ согласно природѣ вещей и потребностямъ жизни, а потомъ искали себѣ оправданія въ отдаленныхъ аналогіяхъ римскихъ текстовъ. И Лэне правъ, находя, что теорія Розате могла появиться только въ странѣ, свободной отъ узъ феодализма [2]).

Слѣдуетъ также упомянуть о Жанѣ Фабрѣ (Johannes Faber), жившемъ во второй половинѣ XIV вѣка: въ своемъ Breviarium in Codicem [3]) онъ высказывается въ пользу l. loci actus относительно формы завѣщанія, подчиняя за то порядокъ наслѣдованія legi rei sitae. (Quid ergo de illo qui testatur in loco, ubi est bona consuetudo, de rebus alibi positis, ubi est alia. Dicas, si sint diversae consuetudines in modo testandi, ut circa solennitates, quod attenditur consuetudo loci

---

[1]) Напримѣръ, что житель Бергама, составившій завѣщаніе въ Венеціи, находился тамъ лишь физически—corporaliter, et mente alienus, ut ff. de capti. et postliminis; или, что только деревенскіе жители могутъ составлять завѣщанія, противныя общему праву.

[2]) Lainé, l. c. I p. 127.

[3]) Editio Genevae 1594.

ubi testatur.... Si vero circa divisiones rerum et modos succedendi tunc consuetudo loci ubi res sunt positae spectaturi quia illae concernunt rem) [1]).

§ 3. Бартолъ.

(Bartolus a Sasso ferrato, 1314 — 1357) [2]).

Основателемъ доктрины статутовъ считается обыкновенно Бартолъ, и ему же приписывается схоластическое дѣленіе всѣхъ статутовъ на личные и реальные, по буквѣ текста.

Мы уже видѣли, что первое положеніе неточно; стоитъ бросить только бѣглый взглядъ на диссертацію Бартола, чтобы убѣдиться въ ложности второго [3]). Въ самомъ дѣлѣ. Бартолъ разбиваетъ матерію на 9 вопросовъ, трактуя послѣдовательно: 1) о договорахъ; 2) о деликтахъ; 3) о завѣщаніяхъ; 4) о матеріяхъ, которыя ни договоры, ни деликты, ни завѣщанія; 5) о примѣненіи статутовъ къ духовенству; 6) о дѣйствіи запретительныхъ статутовъ внѣ территоріи; 7) о распространеніи за предѣлы территоріи статутовъ дозволительныхъ; 8) и 9) пункты касаются международнаго уголовнаго права.

Такимъ образомъ Бартолъ считаетъ нужнымъ разсматривать отдѣльно каждый вопросъ международнаго частнаго права. Мало того, въ каждую изъ перечисленныхъ рубрикъ онъ вноситъ новыя подраздѣленія. Такъ въ отдѣлѣ, посвященномъ контрактамъ, Бартолъ различаетъ форму договора (ipsius contractus sollemnitatem), которая подчиняется lex loci contractus, отъ его содержанія, которая обсуждается по этому закону лишь относительно своихъ естественныхъ элементовъ (de his quae oriuntur secundum ipsius contractus naturam); тѣ же послѣдствія договора, которыя являются непредвидѣнными, вслѣдствіе небрежности или просрочки, обсуждаются или по

---

[1]) Breviarium in Cod. Libr. I, Lex Cunctos Populos, § 19.

[2]) Срав. Lainé, Introduction I, pp. 131 — 164, Laurent Droit Civil International, I, pp 273 — 335 passim, Bar, Theorie und Praxis I, pp. 37 — 40.

[3]) Bartolus, In Codicem Justinianeum, Ad primum Librum, Tit. de Summa Trinitate, Lex Cunctos Populos. Lugduni 1563.

lex loci solutionis или по lex fori. Тутъ же мы находимъ различеніе между матеріальнымъ правомъ (ipsius litis decisio) и процессуальнымъ (litis ordinatio); послѣднее всегда подчиняется закону суда (Bartolus, l. c. §§ 14 — 18).

Методъ Бартола такимъ образомъ ничѣмъ не отличается отъ метода современной германской школы. Но и матеріальный критерій, которымъ руководствуется знаменитый постглоссаторъ, представляетъ намъ любопытныя аналогіи съ названнымъ направленіемъ. Бартолъ старается, какъ и Савиньи, найти рѣшеніе, наиболѣе соотвѣтствующее требованіямъ разума и справедливости. Пресловутая „Natur der Sache“ несомнѣнно вдохновляла родоначальника итальянской школы статутовъ.

Принципъ естественной справедливости въ германской школѣ, какъ мы увидимъ ниже, очень часто сливается съ принципомъ цѣли даннаго территоріальнаго законодательства, чѣмъ онъ, очевидно, утрачиваетъ всякое подобіе объективнаго базиса. Уже теорія Бартола наглядно подтверждаетъ истинность этого положенія. Авторъ дѣлаетъ попытку раціональной конструкціи личнаго статута. Личныя права иностранцевъ, говоритъ онъ, не могутъ обсуждаться по нашему статуту, такъ какъ лицо не мѣняется въ своей сущности вмѣстѣ съ перемѣною мѣстонахожденія, а сущность эта другая въ разныхъ странахъ (Sed ubicunque persona non est uniformis, Bartolus, l. c. § 26). Поэтому, напримѣръ, законъ, запрещающій мужу назначить наслѣдницей жену, не касается иностранцевъ (l. c. § 26, s), какъ не касается ихъ и статутъ, разрѣшающій составить завѣщаніе сыну семейства (l. c. § 25). Отъ этихъ разсужденій одинъ шагъ до объективнаго обоснованія экстратерриторіальности личнаго статута потребностями международной жизни. Но Бартолъ не дѣлаетъ этого шага. Установляя, что территоріальный законъ о личныхъ правахъ не касается иностранцевъ, онъ ограничивается этой отрицательной формулой и не говоритъ, какому же закону подчинены эти иностранцы. Можно, конечно,

думать, что здѣсь примѣнимы тѣ же принципы, которые выставляются при обсужденіи положенія туземцевъ за границей. Но если мы обратимся къ этимъ послѣднимъ, то окажется, что положительное дѣйствіе личнаго статута построено Бартоломъ только отчасти на соображеніяхъ отвлеченной справедливости.

Говоря о положеніи туземцевъ заграницей, Бартолъ различаетъ статуты запретительные (statuta prohibitoria), т. е. запрещающіе что либо, разрѣшенное римскимъ правомъ, и дозволительные (statuta permissoria), расширяющіе свободу лица уничтоженіемъ какого либо стѣсненія (tollentia obstaculum qualitatis personae, Bart. l. c. § 40). Запретительный статутъ, изданный въ виду лица (in personam) имѣетъ внѣземельную силу лишь тогда, когда его запретъ имѣетъ льготный (favorabilis), а не стѣснительный (odiosa) характеръ. Такъ, запрещеніе легатовъ между супругами слѣдуетъ считать льготнымъ, потому что оно имѣетъ цѣлью предупредить взаимную эксплоатацію (ne mutuo amore se ad invicem spolient vel decipiant, l. c. § 32, c.); напротивъ того, исключеніе дочери изъ наслѣдства есть prohibitio odiosa и не распространяется на иностранную недвижимость (Bart. l. c. § 33). Что же касается дозволительныхъ статутовъ, то ихъ внѣземельная сила обусловлена согласіемъ съ римскимъ правомъ. Такъ напр., filius familias (Bart. l. c. § 40), обладающій способностью завѣщать по нашему статуту, не только не можетъ составить завѣщанія за границей, но даже завѣщаніе, составленное имъ у насъ, недѣйствительно въ странахъ римскаго права (Bart. l. c. § 41). Но тутъ Бартолъ считаетъ нужнымъ привести также аргументъ, имѣющій болѣе объективное значеніе вещей. Расширеніе личныхъ правъ подданныхъ можетъ повредить третьимъ лицамъ въ странахъ, гдѣ это расширеніе не признано (faceret alteri prejudicium, l. c. § 41, s).

Очевидно, что схоластическое различеніе запретительныхъ и дозволительныхъ, стѣснительныхъ и льготныхъ статутовъ по самой своей искусственности и произвольности не можетъ

претендовать на значеніе научнаго критерія. Но эта теорія даже не послѣдовательна: аргументъ, приводимый въ пользу территоріальности дозволительныхъ статутовъ, можно обратить и противъ экстратерриторіальности льготныхъ запретительныхъ законовъ. Интересы третьихъ лицъ могутъ пострадать отъ распространительнаго дѣйствія любого закона, и если руководиться ими, то дѣленіе Бартола теряетъ всякое значеніе.

О реальномъ статутѣ Бартолъ говоритъ вообще мало и очень неопредѣленно. Иностранецъ, владѣющій домомъ на нашей территоріи, подчиняется нашимъ законамъ относительно этого дома, такъ какъ его право вытекаетъ изъ самой вещи (cum est quaestio de aliquo jure descendente ex re ipsa, Bart. l. c. § 26, s). Единственный мотивъ—ссылка на законъ 3, de aedificiis privatis, Cod. Just., и Лэне справедливо замѣчаетъ, что Бартолъ принимаетъ реальный статутъ за нѣчто данное, само собою разумѣющееся и не нуждающееся въ особомъ доказательствѣ [1]). Онъ не даетъ критерія реальности и тогда, когда различаетъ запретительные статуты respectu rei отъ изданныхъ in personam. Такой критерій предлагается лишь въ видѣ вспомогательнаго средства, при разборѣ столкновенія наслѣдственныхъ законовъ (l. c. §§ 42—43). Разбирая столкновеніе англійскаго закона, по которому наслѣдуетъ одинъ старшій сынъ, съ законами странъ римскаго права, Бартолъ даетъ то знаменитое правило, которое, по выраженію Лэне, одно уцѣлѣло въ памяти его хулителей. „Я думаю“, говоритъ онъ, „что слѣдуетъ обратить вниманіе на расположеніе словъ въ текстѣ статута“ (Mihi videtur, quod verba statuti sunt diligenter intuenda, l. c. § 42). Если сказано: „имущество умершихъ переходитъ къ перворожденному“ (Bona decedentium veniunt in primogenitum), то имущество переходитъ по l. rei sitae, такъ какъ „право относится къ самому имуществу“ (quia jus afficit res ipsas). Если же статутъ имѣетъ въ виду лицъ, напримѣръ, говоря: „Перворожденный на-

[1]) Il lui suffit d'obéir à une sorte d'évidence, Lainé, l. c I, p. 143.

слѣдуетъ и т. д. (Primogenitus succedat...), тогда слѣдуетъ различать два случая. Наслѣдники покойнаго иностранца могутъ наслѣдовать его имущество въ Англіи по его праву, такъ какъ статутъ, касающійся лицъ, связываетъ лишь подданныхъ. Если же покойный былъ англичанинъ, то въ Англіи ему наслѣдуетъ одинъ старшій сынъ, а въ другихъ странахъ всѣ сыновья, такъ какъ англійскій статутъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть экстратерриторіальнымъ, считать ли его дозволительнымъ (изданнымъ въ пользу старшаго брата) или запретительнымъ (ограничивающимъ права младшихъ): въ первомъ случаѣ статутъ окажется противнымъ римскому праву, во второмъ—стѣснительнаго свойства (prohibitio odiosa).

Лоранъ [1]) думаетъ, что буквальное толкованіе текста введено Бартоломъ съ цѣлью увеличить объемъ дѣйствія личнаго статута. Правильнѣе однако принять мнѣніе Лэне [2]), который видитъ въ системѣ Бартола желаніе узнать волю законодателя, отъ котораго вѣдь зависитъ сдѣлать статутъ личнымъ или реальнымъ; и въ настоящее время законодательства различно относятся къ вопросу о единствѣ наслѣдства. А волю законодателя, по мнѣнію Бартола, можно узнать, между прочимъ, и изъ расположенія словъ.

Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что всѣ рѣшенія Бартола формально мотивированы обильными ссылками на римскіе законы; но эти ссылки представляютъ только туманныя аналогіи и производятъ впечатлѣніе, будто онѣ пріисканы уже послѣ рѣшенія даннаго вопроса, для очищенія автора отъ упрека въ ереси, въ несогласіи съ римскимъ правомъ. Такъ напримѣръ, форма завѣщанія подчиняется Бартоломъ во всѣхъ случаяхъ legi loci actus. Чтобы оправдать это рѣшеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда завѣщаніе касается иностранной недвижимости, авторъ ссылается на римское testamentum in jure и на положеніе Acta facta coram uno judice faciunt fidem coram alio (Bartolus, l. c. § 37). Но въ другомъ мѣстѣ ясно выра-

[1]) Laurent, l. c. I, № 26.

[2]) l. c. I, pp. 156 — 161.

жена дѣйствительная причина, побудившая Бартола отдать предпочтеніе loci actus. Статутъ, уменьшающій число свидѣтелей при завѣщаніи, называется имъ „полезнымъ, хорошимъ и льготнымъ“ (consuetudo utilis et bona et favorabilis, Bartolus, l. c. § 23 m.) [1]).

На основаніи всего вышесказаннаго нельзя не признать, что главная заслуга Бартола заключается въ его методѣ, весьма далекомъ отъ приписываемаго ему обыкновенно дѣленія всѣхъ статутовъ на личные и реальные. Матеріальный же принципъ, изъ котораго обыкновенно исходитъ авторъ, принципъ цѣли закона, не позволяетъ ему возвыситься до объективнаго воззрѣнія на вопросы международнаго частнаго права.

§ 4. Бальдъ.

Достоинства и недостатки теоріи Бартола выясняются особенно при сравненіи ея съ ученіемъ Бальда [2]) (Baldus de Ubbaldis, 1327 — 1400) [3]).

Бальдъ прямо заявляетъ, что римская классификація лицъ, вещей и дѣйствій неясна (Considerandum est quod omne statutum aut disponit de personis, aut de rebus aut de actionibus: ut l. prima ff. de statu hominum. Sed ut clarius habeas, ego aliter procedo; Baldus, l. c. § 57). Затѣмъ онъ разсматриваетъ отдѣльно: 1) статуты, касающіеся правъ лицъ (§§ 57 — 93), включая сюда наслѣдственное право; 2) формальное право (jus formae et sollennitatis, §§ 93 — 95) и 3) преступленія (§§ 95 — 103).

Бальдъ, какъ и Бартолъ, различаетъ положеніе иностранцевъ въ предѣлахъ статута и туземцевъ заграницей. Нашъ статутъ не можетъ расширить дѣеспособности иностранца вопреки римскому праву (habilitare inhabiles, Baldus, l. c.

---

[1]) Ср. также у Lainé, I, p. 141.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I. pp. 166 — 178; Laurent, l. c. I. pp. 297 — 337, passim, особенно NN 218 и 240.

[3]) См. Baldi Ubbaldi Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum, De Summe Trinitate L I, §§ 57 — 103.

§ 58); чтобы воспользоваться нашими законами, иностранецъ долженъ основать у насъ свое мѣстожительство; домицилированный дѣлается какъ бы гражданиномъ (Nam ratione domicilii est effectus sub illa lege: quia quasi civis est, Baldus, l. c. § 59). Однако Бальдъ, какъ и Бартолъ, не говоритъ опредѣленно, какимъ же статутомъ управляются иностранцы. Приходится принять гипотезу Лэне [1]), что въ силу аналогіи иностранцы подчиняются въ каждомъ городѣ тому режиму, который установленъ для горожанъ, пребывающихъ заграницей.

Относительно послѣднихъ Бальдъ принимаетъ въ принципѣ дѣленіе статутовъ, касающихся лицъ, на дозволительные и запретительные (Baldus, l c. § 62), какъ и положеніе, что первые не имѣютъ внѣземельной силы, если противны римскому праву, а вторые, въ случаѣ своего стѣснительнаго (odiosa) характера. Но здѣсь и выступаетъ вся шаткость и произвольность такого дѣленія личныхъ правъ. Бальдъ согласенъ съ Бартоломъ, что статутъ, дозволяющій filius familias'у составлять завѣщанія, не касается иностранной недвижимости (l. c. § 80); но, вопреки Бартолу, этотъ сынъ семейства можетъ составить завѣщаніе и въ странахъ римскаго права. Что же касается различія стѣснительныхъ и льготныхъ статутовъ, то здѣсь разногласіе выступаетъ еще ярче. Мы видѣли, почему Бартолъ считаетъ запрещеніе легатовъ между супругами льготнымъ, а исключеніе дочери изъ наслѣдства стѣснительнымъ „Бартолъ неправъ", восклицаетъ Бальдъ по поводу перваго случая: „развѣ можно считать за льготу то, чѣмъ отнимается свобода завѣщаній?" (Nec est verum quod dicit Bartolus quod istud statutum est favorabile. Quomodo enim est favorabile id per quod adimitur libera testamenti factis? l. c. § 88). Наоборотъ, статутъ, устраняющій женщинъ отъ наслѣдованія, у Бальда является „преимущественно льготнымъ" (principaliter favorabile), такъ какъ имѣетъ цѣлью

[1]) Lainé, l, c. I, p. 174.

поддержать блескъ семей (statutum est factum propter conservandam dignitatem familiarum, quam conservare interest rei publicae. Baldus, l. c. § 90), что важно для государства. Поэтому у Бартола запрещеніе легатовъ между супругами имѣетъ внѣземельную силу, а отрѣшеніе дочери отъ наслѣдства территоріально; у Бальда же какъ разъ наоборотъ.

Въ основаніи разбираемаго дѣленія статутовъ лежитъ вѣрная мысль, что нѣкоторые законы должны обладать непремѣнно экстратерриторіальной силой, другіе, наоборотъ, только территоріальной. Но группировка этихъ законовъ можетъ быть сдѣлана только при наличности объективнаго базиса, т. е. исходя изъ идеи международнаго общенія. Иначе одинъ и тотъ же законъ можетъ считаться территоріальнымъ въ одномъ и экстратерриторіальнымъ въ другомъ государствѣ. Или говоря языкомъ Бартола, государство *A* — можетъ считать данный институтъ стѣснительнымъ, а государство *B* — льготнымъ. Какъ разрѣшить это столкновеніе? Бартолъ и Бальдъ его не разрѣшаютъ; имъ льготные и стѣснительные статуты представляются въ видѣ параллельныхъ рядовъ, никогда не встрѣчающихся. Между тѣмъ встрѣча неизбѣжна, какъ только распространительная сила закона ставится въ зависимость отъ субъективныхъ взглядовъ отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ.

Реальному статуту у Бальда отведено весьма скромное мѣсто. Наслѣдованіе недвижимостей по закону подчиняется lex rei sitae, такъ какъ здѣсь рѣчь идетъ не о лицахъ, а о пріобрѣтеніи, и стало быть нужно соображаться съ мѣстонахожденіемъ пріобрѣтаемаго имущества (quia hic non agitur de persona, sed de acquisitione: ideo debet inspici locus rerum acquirendarum, Baldus, l. c. § 86). За то наслѣдство по завѣщанію подчиняется и относительно недвижимостей l. domicilii наслѣдодателя. Для обоснованія своей теоріи Бальдъ утверждаетъ, что завѣщаніе какъ нераздѣльный актъ должно имѣть однообразное дѣйствіе (tamen veritas est, quod ex quo valet testamentum porrigitur ad omnia, nam cum effec-

tus insit suae causae et titulo, et tunc sicut titulus est utilis. ita effectus est indivisibilis. Baldus. l. c. § 83); наслѣдованіе же по закону нельзя приравнивать къ молчаливому завѣщанію — это фикція. (Non obstat quod videtur non testando testari, nam id est quaedam fictio, quae non confert titulum testati, Baldus, l. c. § 86 in fine). Отсюда видно, что Бальдъ вовсе не думаетъ подчинять недвижимости всегда l. rei. sitae. Онъ руководствуется обстоятельствами дѣла; о знаменитомъ буквальномъ толкованіи своего учителя Бартола онъ умалчиваетъ, доказывая этимъ лишній разъ, что оно было преподано не какъ правило, а какъ практическій совѣтъ, которому можно и не слѣдовать [1]). Форма актовъ подчиняется Бальдомъ, какъ и Бартоломъ, всегда l. loci actus.

§ 5. Салицетъ.

Къ итальянской доктринѣ статутовъ принадлежитъ также Бартоломей Салицетъ [2]) (1363 — 1412) [3]), который разсматриваетъ отдѣльно столкновенія законовъ о контрактахъ (§§ 4—6), деликтахъ (§§ 7—8 b) и наслѣдствахъ (§§ 8 c и сл.).

Въ вопросахъ о контрактахъ и завѣщаніяхъ Салицетъ воспроизводитъ съ незначительными отступленіями доктрину Бартола. Зато онъ расходится съ послѣднимъ въ вопросѣ наслѣдованія по закону и выставляетъ теорію, приближающуюся къ ученію Альберика де-Розате. Теорія эта тѣмъ болѣе заслуживаетъ вниманія, что, по словамъ автора, она пользовалась большимъ вѣсомъ у его современниковъ (In hanc opinionem concurrunt valentissimi doctores tam in Bononia quam in Florentia l. c. § 14, b in fine).

Изложеніе этой доктрины Салицетъ пріурочиваетъ къ случаю Лукканца, оставившаго наслѣдство въ Луккѣ и въ Англіи. При этомъ возможны три гипотезы.

---

[1]) Lainé, I, p. 177.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I, pp. 178 — 188.

[3]) См. Bartholomaei a Saliceto, Pars Prima in primum et secundum Codicis libros. L. Cunctos populos, §§ 4 и сл.; Editio Venetiis 1574.

Если Лукканецъ умеръ во время случайнаго пребыванія въ Англіи, то все его имущество переходитъ по Луккскому закону, такъ какъ онъ, очевидно, имѣлъ въ виду и жить и умереть по своему праву. (Si in anglia: aut ut peregrinus et advenas: et tunc statutum, et consuetudo originis a qua non recessit, et cui concessit verae, vel fictae debet attendi et servari: quam secundum illam vivere et mori voluit, l. c. 13, d in fine).

Если же Лукканецъ умретъ въ Англіи „какъ гражданинъ, имѣющій тамъ мѣстожительство“ (ut civis et incola ibi domicilium habens), тогда къ его наслѣдству примѣняется lex rei sitae. Лукканецъ въ данномъ случаѣ считается какъ бы двойнымъ человѣкомъ (homo duplex); оставаясь Лукканцемъ по происхожденію, онъ сталъ англичаниномъ по мѣсту жительства (l. c. § 14). Нужно предполагать, что онъ „молчаливо“ подчинилъ англійское имущество англійскимъ законамъ, а луккское луккскимъ.

По третьей гипотезѣ Салицета, Лукканецъ умеръ въ своемъ родномъ городѣ, не основавъ за границей domicilium, но оставивъ тамъ имущество. Этотъ случай, мало отличающійся отъ перваго, разрѣшается одинаково, но съ приведеніемъ новыхъ подробностей и доказательствъ, которыя мы воспроизводимъ какъ типичный образецъ аргументаціи итальянской школы.

Что касается движимостей, не связанныхъ съ опредѣленнымъ мѣстомъ (non erant ibi perpetuo destinata), то нѣтъ сомнѣнія, что онѣ переходятъ по статуту страны происхожденія; тоже слѣдуетъ сказать о долговыхъ требованіяхъ, (jura et actiones), которыхъ нельзя считать имуществомъ, такъ какъ они не занимаютъ мѣста, а связаны съ лицомъ (sunt jura personae cohaerentia ossibus affixa см. § 14 a); что же касается перехода недвижимаго наслѣдства, то Салицетъ сознается что это спорный и трудный вопросъ (licet hoc dubium sit et arduum). Однако онъ и здѣсь твердо высказывается за законъ страны происхожденія покойнаго, отвергая

lex rei sitae (tamen teneo quod statutum loci originis in quo moritur debeat et in his bonis servari... non secundum consuetudinem loci ubi bona sunt sita l. c. § 14). Такое рѣшеніе обосновывается слѣдующими мотивами. 1) Умершій безъ завѣщанія считается молча подчинившимся законамъ отечества, такъ какъ не избралъ другого мѣстожительства. 2) Если статутъ можетъ обложить налогомъ имущество гражданина, находящееся заграницей, тѣмъ паче онъ опредѣляетъ его переходъ къ наслѣдникамъ—въ первомъ случаѣ налогъ налагается помимо воли гражданина, во второмъ презюмируется его воля (et si hoc in collecta fortius in successionis praelatione cum invitus collectetur et successor et voluntarius spontaneo detur, l. c. § 14, a). Третья и четвертая причины — простыя аналогіи римскаго права: права, данныя опекуну однимъ судомъ, касаются имущества опекаемаго, лежащаго внѣ его юрисдикціи; такую же силу имѣетъ interdictio bonorum. Главной же причиной рѣшенія Салицета является пятый пунктъ. Здѣсь ясно выступаетъ римская идея единства наслѣдства. „Статутъ страны происхожденія дѣйствителенъ и по гражданскому и по каноническому праву, и если этотъ статутъ установляетъ универсальнаго наслѣдника, онъ дѣйствителенъ и относительно всего имущества, находящагося заграницей“ (statutum originis est validum tam auctoritate juris civilis, quam canonici... cum ergo statutum det universalem successorem et haeredem defuncto, sequitur quod eadem auctoritate dat in omnibus bonis ubicunque positis, l. c. § 14, a).

Римскіе законы, которые приводятъ мои противники, говоритъ Салицетъ, касаются главнымъ образомъ (principaliter) имущества (l. c. § 14, a). Въ нашемъ же случаѣ статутъ устанавливаетъ порядокъ наслѣдованія лицъ (disponit de praelatione personarum succedendo). А противъ мнѣнія, не допускающаго распространенія „стѣснительныхъ“ (odiosae dispositiones) статутовъ за предѣлы территоріи, Салицетъ возражаетъ, что главная цѣль наслѣдственныхъ законовъ не повредить кому либо, а сохранить извѣстный семейный или

наслѣдственный порядокъ, и это главное намѣреніе должно быть осуществлено всюду (odiosum non debet judicari, quia principaliter in odium alicujus non est factum, sed ut agnationes, et ordines dignitatu conserventur.. Principalis enim intentio debet extendi... l. c. § 14. a in fine). Поэтому и статутъ исключающій младшихъ братьевъ или дочерей изъ наслѣдованія, имѣетъ экстратерриторіальное значеніе. Противное рѣшеніе нарушаетъ всѣ правила (est contra omnes regulas juris, l. c. § 15), такъ какъ тогда наслѣдодатель не имѣлъ бы универсальнаго наслѣдника (quia si aliter dicatur, defunctus non reperietur aliquem universalem successorem habere (тамъ же).

Система Салицета не совсѣмъ выдержана. Вмѣсто того чтобы дѣлать изъ гражданина, поселившагося на иностранной территоріи, „двойнаго человѣка“, его наслѣдство слѣдовало-бы, по духу теоріи, подчинить закону новаго или стараго отечества [1]). Но несмотря на эту маленькую непослѣдовательность, нельзя не поражаться вмѣстѣ съ Лэне [2]) сходствомъ доктрины Салицета съ ученіемъ Савиньи. Какъ и великій германскій ученый, Салицетъ основывается, главнымъ образомъ. на двухъ аргументахъ: на молчаливомъ подчиненіи покойнаго закону своего отечества и на идеѣ единства наслѣдства. Первый аргументъ совершенно бездоказателенъ [3]): съ одинаковымъ правомъ можно предположить, что покойный имѣлъ въ виду, l. rei sitae, какъ и самъ Салицетъ дѣлаетъ въ частномъ случаѣ. Противъ же идеи универсальной сукцессіи можно привести возраженіе, которое вызываетъ всякая теорія, проводящая какую нибудь территоріальную концепцію: l. rei sitae не обязана принять воззрѣніе legis domicilii на единство наслѣдства. Самъ Салицетъ, критикуя мнѣніе, по которому наслѣдованіе всегда обсуждается по lex rei sitae, замѣчаетъ, что этотъ законъ не обязателенъ для живущаго въ другомъ мѣстѣ (quia consuetudo loci non ligat ibi domicilium non habentem.

---

[1]) Ср Lainé, l. c. I, p. 188.

[2]) l. c. I, p. 187.

[3]) См. противъ него, напр. Bar II, p. 301.

Saliceto l. c. § 13 d). Съ одинаковымъ правомъ можно возразить автору, что и законъ мѣстожительства не заключаетъ въ самомъ себѣ основанія преобладанія надъ закономъ мѣста нахожденія имущества. Это преобладаніе должно вытекать изъ возвышающейся надъ отдѣльными законодательствами идеи.

§ 6. Александръ.

(Alexander Tartagnus 1423—1477)

Итальянская доктрина не пошла по пути, намѣченному Салицетомъ и отчасти Бальдомъ; вліяніе Бартола сдѣлалось скоро преобладающимъ. Такъ Павелъ Кастръ (Paulus de Castro) въ своихъ Consilia отсылаетъ прямо желающихъ ознакомиться съ вопросами столкновенія законовъ къ Бартолу [1]). Точно также громадный авторитетъ Бартола сказывается въ сочиненіяхъ Александра [2]). Въ области наслѣдственнаго права Александръ внесъ однако любопытную поправку къ теоріи учителя. Бартолъ, какъ мы знаемъ, придавалъ экстратерриторіальную силу личному статуту, согласному съ римскимъ правомъ и утверждалъ строгую территоріальность статута, противорѣчащаго этому праву; но при этомъ онъ исходилъ изъ личности покойнаго. Александръ же находитъ, что феррарскій статутъ, противный римскому праву, какъ исключающій когнатовъ изъ наслѣдованія, непримѣнимъ не только къ иностраннымъ наслѣдодателямъ, но и къ иностраннымъ наслѣдникамъ, и это даже въ предѣлахъ территоріи самого статута. Исходя изъ другой точки зрѣнія, Александръ пользуется однако авторитетомъ Бартола и мотивируетъ свое рѣшеніе соображеніемъ, что личный статутъ не обязываетъ иностранцевъ [3]) и что слѣдовательно для дѣйствительности феррар-

[1]) Lainé l. c. p. 188.

[2]) Alexandi Tartagni Imolensis Consilia, Ed. de Francfort 1575, 2 тома.

[3]) Videmus ergo Bartolum concludere quod ubicunque statutum disponit circa personam non comprehendat forensem, Consilium 44, Lib. V, § 5: и далѣе: et sic manifeste concluditur, quod statutum nostrum inhabilitans

скаго статута нужно, чтобы и наслѣдодатель и наслѣдникъ были оба его подданными [1]).

Если такимъ образомъ у Александра статутъ, противный juri communi, и въ предѣлахъ издавшаго его государства касается однихъ подданныхъ, то заграницей онъ не имѣетъ даже этого дѣйствія [2]). Въ этомъ Александръ только воспроизводитъ теорію Бартола.

Наслѣдованіе по завѣщанію подчиняется Александромъ тѣмъ же законамъ, что и наслѣдованіе ab intestato. Относительно формы завѣщаніе признается всюду дѣйствительнымъ, разъ оно соотвѣтствуетъ lex loci actus; внутренняя же его сила зависитъ опять таки отъ соблюденія нормъ римскаго права [3]). По статуту Имолы отецъ можетъ по завѣщанію лишить дочь законной части. Этотъ статутъ не имѣетъ экстратерриторіальной силы.

Теорія Салицета подвергается Александромъ суровой, но далеко не убѣдительной критикѣ [4]). На главный аргументъ Салицета —что наслѣдство есть successio in universum jus — Александръ отвѣчаетъ только аналогіею изъ римскаго права:

---

quo ad succedendum fratrem sororis et sic cum loquatur in personam, non extendit ad Iordanum forensem, etiam quo ad bona sita in territorio statuentium l. c. § 12 in fine.

[1]) Quia requiritur quod tam persona cui succeditur quaeque succedit sit statuentibus supposita ad hoc, ut statutum in personam loquens eos ligare et comprehendere possit, l. c. § 15. Это странное воззрѣніе Александра раздѣляетъ по его свидѣтельству Petrus de Ancharano. Въ Cons XVI lib I приведены слова этого писателя: ubi loqueretur in personam tunc statutum illud non solum non traheretur ad bona alterius loci, sed etiam non traheretur ad bona loci statuentium, quando decedens persona non fuisset subjecta statuentibus.

[2]) Et quia statutum praedictum est contra jus commune ergo restringendum est, ne ad bona aeterius loci trahatur; Alexander Consilia Lib. I Cons. XVI.

[3]) Et sic patet quod non est verum quod si conditum fuisset testamentum per Corneliam Ferrariae, quod servari debuisset statutum Ferrariae, sed solum illud servandum esset quando circa solennitatem disponeret, Alexander, l. c. Lib. V cons. 44.

[4]) Lib I Cons. 128.

аррогированный пупиллъ можетъ имѣть два patrimonia и всетаки распорядиться въ завѣщаніи только однимъ [1]). Удачнѣе опроверженіе мнѣнія Салицета, по которому наслѣдованіе ab intestato уподобляется молчаливому завѣщанію. Александръ, кажется, сознаетъ, что индивидуальная воля не можетъ вліять непосредственно на опредѣленіе компетентнаго закона. Впрочемъ, онъ выражаетъ эту вѣрную мысль опять таки подъ прикрытіемъ своей излюбленной идеи о непротиворѣчіи статута римскому праву. Салицетъ, говоритъ Александръ, забываетъ, что и завѣщаніе имѣетъ лишь тогда повсемѣстную силу, когда не противно juri communi: потому молчаливая воля покойнаго не всегда можетъ быть уважена.

Лишеніе закона, противнаго римскому праву, экстратерриторіальной силы, проводится Александромъ съ какой-то особенной настойчивостью. Мы видѣли, что даже внутри территоріи онъ подвергаетъ этотъ законъ оригинальному ограниченію. Если къ этому прибавить, что авторъ принимаетъ также классъ стѣснительныхъ статутовъ (Lib. I. Cons. 128 § 4 d: statutum est odiosum, ideo non extenditur ad bona alibi sita), то нельзя не согласиться съ Лэне [2]), что консультаціи Александра служатъ доказательствомъ проникновенія ученія Бартола въ итальянскую практику XVI вѣка.

§ 7. Мазюэ, Шасснэ, Тирако.

Мы видѣли, что итальянская доктрина въ самомъ началѣ своего развитія имѣла сторонниковъ во Франціи. Распространяясь все болѣе въ этой феодальной странѣ, теорія Бартола должна была, конечно, встрѣтиться съ принципомъ абсолютной территоріальности и вступить, такимъ образомъ, въ свой боевой періодъ.

---

[1]) Sicut videmus quod pupillus arrogatus propter diversitatem patrimoniorum, quae habet, potest in uno decedere intestatus et in alio testatus.

[2]) Lainé, l c. I. p. 191.

Уже Жанъ Мазюэ (Jean Masuer), французскій юристъ XV вѣка, требуетъ, чтобы форма завѣщанія соотвѣтствовала l. rei sitae и провозглашаетъ строгую территоріальность законовъ, регулирующихъ переходъ наслѣдства [1]).

Его соотечественникъ Шасснэ (Chasseneuz, 1480 — 1541) учился въ Италіи и поэтому находится подъ большимъ вліяніемъ Бартола. Шасснэ признаетъ повсемѣстную силу legis loci actus относительно формы завѣщанія и вообще часто примѣняетъ итальянскую теорію. Но все-таки онъ провозглашаетъ принципіальную территоріальность обычаевъ (contumes) [2]).

Тирако (Tiraqueau) современникъ Шасснэ (1480—1558), касается вопроса столкновенія законовъ въ двухъ диссертаціяхъ. Въ первой [3]) насъ интересуетъ разборъ вопроса о юридическомъ положеніи замужней женщины [4]). Обычай Пуату не позволяетъ женѣ вступать въ договоры безъ согласія мужа; Тирако находитъ, что жена останется недѣеспособной и въ предѣлахъ другихъ кутюмовъ, потому что обычай Пуату касается лица (l. c. § 219). Согласіе мужа нельзя разсматривать какъ формальность, какъ и согласіе отца или куратора. Тирако знаетъ возраженіе, что повсемѣстное опредѣленіе недѣеспособности замужней женщины по закону ея родины можетъ вредить третьимъ лицамъ; но онъ отвѣчаетъ, что иначе женщина всегда бы обходила законы своей родины, которые потеряли бы всякій смыслъ (Denique si aliter diceremus, facile redderetur haec constitutio elusoria essetque ludibrio, quia semper mulier, ut contraheret sine consensu viri, alibi contraheret, quod esset absurdum; l. c. § 219 in fine). Поэтому Тирако устраняетъ также мнѣніе, по которому женщина могла завѣщать безъ согласія родныхъ, внѣ предѣловъ своего статута, если она не имѣла спеціально въ

[1]) Lainé, l. c I, pp 208 — 210.
[2]) Lainé, l. c. pp. 210 — 215.
[3]) De legibus connubialibus et jure maritali, Lugduni 1581.
[4]) Glossa Octava p. 499.

виду обхода его (nisi actus fieret extra locum statuti in fraudem illius, l. c. § 221).

Жительница Пуату не можетъ даже заключать договоровъ, касающихся иностраннаго имущества, потому что статутъ Пуату касается главнымъ образомъ и непосредственно не имущества, а лица (statuit principaliter et directe circa personam sibi subjectam, et tunc statutum extenditur ad bona alibi sita, tanquam accessoria ipsius personae, l. c. § 228).

Разсматривая обратный случай, Тирако склоненъ также признать дѣеспособность жительницы другой провинціи въ предѣлахъ Пуату, если ея статутъ позволяетъ ей заключить договоры безъ согласія мужа (l. c. § 225).

Стоитъ сравнить эти разсужденія Тирако съ доктриной Бартола, чтобы убѣдиться въ громадномъ вліяніи итальянской школы на французскихъ легистовъ.

Тирако возбуждаетъ также вопросъ, не занимавшій спеціально итальянскихъ юристовъ, вопросъ о различіи происхожденія мужа и жены. И онъ твердо рѣшаетъ, что право жены опредѣляется по lex domicilii мужа (hujusmodi mulierem censeri esse ejus provinciae, cujus est maritus, l. c, § 229; и дальше: videtur inspiciendum esse domicilium mariti. l. c. § 230).

Въ другомъ трактатѣ „De jure primigeniorum“ (Lugduni, 1584), Тирако разсматриваетъ классическій случай столкновенія законовъ, допускающихъ и отвергающихъ права первородства въ наслѣдованіи [1]). Тирако подробно излагаетъ мнѣнія своихъ предшественниковъ (§§ 2 — 33) и даже сообщаетъ неизвѣстную теорію Петра de-Ferrariis, который придавалъ личному статуту экстратерриторіальную силу безъ двоякаго ограниченія Бартола (l. c. § 14). Но затѣмъ онъ констатируетъ, что во Франціи твердо установился принципъ строгой территоріальности наслѣдственныхъ законовъ. Зато, завѣщаніе, назначающее старшаго сына единственнымъ

[1]) Quaestio 46, p. 631.

наслѣдникомъ, получаетъ силу и въ странахъ римскаго права.— Это теорія Бальда.

§ 8. Дюмуленъ.

Великій французскій юристъ Шарль Дюмуленъ (Charles Dumoulin иначе Carolus Molinaeus, 1500—1566)[1]) внесъ новый принципъ въ итальянскую теорію контрактовъ. Въ области же личныхъ и семейныхъ правъ онъ, вопреки установившемуся мнѣнію, не только не является новаторомъ, но стоитъ значительно ниже бартолистовъ[2]).

Какъ итальянцы, Дюмуленъ излагаетъ свое ученіе о столкновеніи законовъ при комментированіи Lex Cunctos Populos[3]) въ диссертаціи „Conclusiones de statutis et consuetudinibus localis". Онъ различаетъ прежде всего статуты, опредѣляющіе формы акта, отъ статутовъ касающихся содержанія. Эти послѣдніе относятся къ актамъ, обусловленнымъ или волею сторонъ или однимъ закономъ.

Новшество Дюмулена заключается въ томъ, что воля сторонъ провозглашается господствующей въ области контрактовъ. До этого времени договоры подчинялись обыкновенно закону мѣста заключенія. Дюмуленъ видитъ въ мѣстѣ заключенія только одно изъ обстоятельствъ, которыя могутъ послужить къ выясненію воли сторонъ (inspiciuntur circumstantiae voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur, et domicilii contrahentium antiqui vel recentis et similes circumstantiae). Если Тюбингенецъ во время путешествія въ Италіи продаетъ домъ, находящійся въ его родномъ городѣ, то договоръ долженъ обсуждаться по Тюбингенскому, а не по итальянскому праву. Но если Тюбингенецъ нарочно отправился въ Женеву для того, чтобы продать тамъ находящійся домъ, то нужно предполагать, что онъ подчинился

---

[1]) Ср. Lainé, l. c. I, pp 223 — 248; Bar, l, c. I, pp. 47—48, Laurent l. c. I, pp. 370 — 389.

[2]) Ср Lainé, l. c. I, pp. 223 etc.

[3]) Caroli Molinaei Opera, tome III, pp 554 — 557.

женевскому праву. Словомъ, для опредѣленія компетентнаго права нужно руководствоваться всѣми обстоятельствами, которыя указываютъ справедливость (tunc recurrendum ad alias circumstantias ex bono et aequo). „Право содержится въ молчаливой и вѣроятной волѣ сторонъ" (qui nimmo jus est in tacita et verisimili mente contrahentium).

Эту свою теорію знаменитый ученый прилагаетъ и къ брачнымъ договорамъ, которые подчиняются имъ закону мѣстожительства мужа, притомъ закону перваго мѣстожительства, такъ какъ было бы несправедливо позволить мужу нарушить посредствомъ произвольной перемѣны домициля имущественные интересы жены. Вступая въ бракъ жена молчаливо подчинилась закону перваго брачнаго домициля.

При этомъ замѣчательно, что статутъ перваго домициля распространяетъ свою силу даже на недвижимое имущество супруговъ, находящееся заграницей. Это потому, что въ данномъ случаѣ статутъ получаетъ экстратерриторіальную силу не какъ законъ, а какъ молчаливый договоръ. (Ratio punctualis prima specifica hic procedit in vim taciti pacti ad formam statuti ...Ergo istud lucrum statutarium proprie non est nec legale, sed conventicium seu pactionale).

Второе подраздѣленіе статутовъ, касающихся матеріальнаго права, составляютъ статуты не зависящіе отъ воли сторонъ, а отъ одного закона (a sola potestate legis). Эти статуты дѣлятся въ свою очередь на вещные и личные. Дюмуленъ называетъ критерій Бартола игрою словъ (verbalis est). Однако самъ онъ не только не установилъ другого критерія, но внесъ въ этотъ вопросъ еще большую неопредѣленность.

Если, говоритъ Дюмуленъ, статутъ реаленъ, то, не взирая на расположеніе словъ, слѣдуетъ сообразоваться всегда съ мѣстомъ нахожденія вещи (Aut statutum agit in rem, et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus, ubi res sita est) [1]. Это абсолютное правило можетъ однако быть

[1]) Подчиненіе движимостей lex domicilii только кажущееся исключеніе такъ какъ движимости считаются всегда находящимися въ мѣстѣ жи-

смягчено самимъ законодателемъ, который пожелаетъ отнестись къ однимъ подданнымъ. Такимъ образомъ англійскіе законы наслѣдованія могутъ иногда не примѣняться къ имуществу иностранца, находящемуся въ Англіи. — Какъ справедливо замѣчаетъ Лэне [1]), это весьма недалеко отъ теоріи Бартола.

Теорія Дюмулена о личномъ статутѣ состоитъ изъ сплошныхъ противорѣчій. Статутъ, изданный in personam, не касается иностранцевъ, а только подданныхъ. Если поэтому законъ не позволяетъ несовершеннолѣтнему (minor 25 annis) вступать въ договоры, то этотъ запретъ не касается иностранцевъ, контрагирующихъ на территоріи закона, хотя бы договоръ имѣлъ предметомъ туземную недвижимость. Но въ то же время недѣеспособность туземнаго несовершеннолѣтняго ограничивается предѣлами территоріи статута. Для объясненія такой очевидной непослѣдовательности Дюмуленъ создаетъ какой-то лично-вещный статутъ, дѣйствующій лишь на подданныхъ, посколько онъ личенъ и ограниченный, поскольку онъ вещенъ, предѣлами территоріи. (Quia in quantum agit in personam, restringitur ad suos subditos; et in quantum agit in res, restringitur ad sitas intra suum territorium). Истинное основаніе этой непослѣдовательности кроется, конечно, въ несоотвѣтствіи разбираемаго статута римскому праву и въ его стѣснительномъ характерѣ [2]). Сравнивая недѣеспособность несовершеннолѣтняго (minor 25 annis) съ недѣеспособностью пупилла, которая имѣетъ экстратерриторіальную силу, Дюмуленъ основываетъ эту силу на согласіи съ римскимъ правомъ (quia non est in vim statuti solius, sed in vim juris communis).

Вопросъ о правѣ сына семейства составлять завѣщаніе разрѣшается однако совершенно иначе. Дюмуленъ находитъ,

---

тельства лица, (quia ex quo habet domicilium mobilia censentur hic esse; Dumoulin, sur la Coutume d'Auvergne Chap. II, § 41 y Lainé, l. c. II p. 234).

[1]) Lainé, I, p. 240.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I, p. 243.

что статутъ, установляющій это право, дѣйствуетъ преимущественно (principaliter) на лицо, устраняя стѣсненія личности (impedimentum personale); поэтому онъ касается однихъ подданныхъ и сохраняетъ силу даже для иностранной недвижимости, хотя и противенъ jurі communi. Дюмуленъ, кажется, смотритъ на разбираемый статутъ, какъ на льготный (favorabilis). У Бартола льготный характеръ придавалъ внѣземельную силу только запретительному статуту; Бальдъ признавалъ экстратерриторіальный характеръ льготнаго дозволительнаго статута только относительно лица. Дюмуленъ придаетъ этому послѣднему статуту дѣйствіе и на иностранную недвижимость.

Такимъ образомъ различное отношеніе къ дѣеспособности minor 25 annis и filius familias еще можетъ быть объяснено. Но далѣе Дюмуленъ впадаетъ въ окончательное противорѣчіе. Статутъ, запрещающій даренія между супругами, не влияетъ на заграничное имущество: онъ противенъ jurі communi и не устраняетъ никакихъ личныхъ стѣсненій, т. е. не льготенъ. Такой статутъ абсолютно территоріаленъ, такъ что иностранные супруги не могутъ завѣщать другъ другу земли, лежащія въ сферѣ статута. Но вѣдь и статутъ, лишающій несовершеннолѣтняго (minor 25 annis) права обязываться, стѣснителенъ по мысли Дюмулена: почему же въ такомъ случаѣ иностранные несовершеннолѣтніе могутъ распоряжаться частью нашей территоріи, а иностраннымъ супругамъ это возбраняется? [1]).

Всѣ эти разсужденія Дюмулена не проливаютъ новаго свѣта на вопросъ о свойствахъ и силѣ статутовъ. Тѣмъ неожиданнѣе встрѣтить у него мѣсто, въ которомъ онъ основываетъ экстратерриторіальный характеръ статута на соображеніяхъ общественнаго блага и на причинѣ, опирающейся на естественную справедливость или общее право (in ratione boni universi et in causa habente concursum justitiae natu-

[1]) Ср. Lainé, I, p. 245.

ralis, vel juris communis). И онъ приводитъ въ примѣръ нормандскій статутъ, по которому жены могутъ послѣ смерти мужа революровать продажу своего наслѣдства, совершенную при участіи покойнаго. Этотъ статутъ вызванъ извѣстнымъ подчиненнымъ положеніемъ нормандокъ (in Neustria mulieres sint ut ancillae multum viris suis subditae), и онъ долженъ имѣть повсемѣстную силу. За то статутъ не касается парижанокъ, даже относительно земель лежащихъ въ Нормандіи, такъ какъ онъ теряетъ свое разумное основаніе для неподданныхъ (tum quia non est subdita, tum quia cessat ratio).

Кажется, что Дюмуленъ возвысился здѣсь до современнаго объясненія дѣйствія личнаго статута. Но въ концѣ своего разсужденія онъ окончательно подпадаетъ вліянію территоріальнаго принципа. Онъ утверждаетъ, что статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему завѣщать недвижимости, во всѣхъ отношеніяхъ, реаленъ; этотъ статутъ не изданъ principaliter in personam, а изданъ съ цѣлью сохраненія патримоніума. Это реальный статутъ и потому, что слова „minor non potest testari de immobilibus“ равнозначущи со словами „immobilia non possunt alienari in testamento per minores“. Неизвѣстно только, почему Дюмуленъ думалъ, что этотъ прекрасный аргументъ лучше буквальнаго различенія (verbalis distinctio) столь критикуемаго имъ Бартола?[1]).

Нужно также замѣтить въ заключеніе, что jus commune, о которомъ говоритъ въ своихъ разсужденіяхъ Дюмуленъ, не римское, а французское. Но такъ какъ французское право было другое въ каждой провинціи, то неизвѣстно, что же принимать за jus commune?

Существуетъ совершенно неправильное мнѣніе, будто Дюмуленъ былъ сторонникомъ абсолютной территоріальности. Такъ думаетъ, напр. Гюи Кокиллъ[2]), который неправильно толкуетъ комментарій Дюмулена на Consilium 16, I книги

[1]) Ср. Lainé I, pp 246 — 248.
[2]) Oeuvres, II, Ed. de Paris 1666, p. 266.

Александра [1]). гдѣ Дюмуленъ отвергаетъ буквальное толкованіе текста Бартоломъ и дѣйствительно говоритъ, „что всѣ статуты реальны“ (Haec vera rejecta verbali distinctione Bart, an loquatur in rem vel in personam... Sed teneas indistincte quod statuta vel consuetudines tanquam reales non extenduntur extra sua territoria). Лэне [2]) доказалъ всю неосновательность этого толкованія. Александръ говорилъ только о стѣснительныхъ статутахъ, а Дюмуленъ, идя далѣе, примѣняетъ формулу Александра къ наслѣдственному праву Но это не значитъ, что Дюмуленъ всѣ статуты считаетъ реальными; мы видѣли даже, что онъ позволяетъ самому закону о наслѣдствахъ ограничить свою сферу дѣйствія одними подданными.

Бугіе [3]) и Лоранъ [4]) думаютъ, что Дюмуленъ считалъ реальный статутъ за правило, а личный за исключеніе. Но въ другомъ мѣстѣ Лоранъ самъ признаетъ за Дюмуленомъ склонность „персонализировать статуты“ [5]), а истина заключается, кажется, въ третьемъ мнѣніи знаменитаго бельгійскаго ученаго [6]), что у Дюмулена нѣтъ опредѣленнаго принципа для разрѣшенія столкновенія законовъ. И въ этой нерѣшительности Дюмулена отражается его эпоха. Въ XVI столѣтіи французскіе кутюмы были впервые редактированы и должны были вступить въ ожесточенную борьбу съ итальянскими идеями, все болѣе проникающими во Францію [7]); „феодализмъ, исчезнувшій изъ политическаго строя, остался нетронутымъ во нравахъ и въ правѣ“ [8]). Насколько однако сильно было вліяніе итальянской школы, видно изъ колебаній Дюмулена и изъ системы другого французскаго комментатора, Гюи-Кокилла.

---

[1]) Caroli Molinaei Opera, tome III, p. 884.

[2]) l. c. I, pp. 199 и 294 — 295.

[3]) Observations sur la coutume du duché de Bourgogne. Chap. XXIII, nos 39 и 40.

[4]) Dr. Civil Int. I, № 267.

[5]) l. c. I, p. 347.

[6]) c. I, p. 373.

[7]) Ср. Lainé, l. c. I, p 287 и сл.

[8]) Тамъ же, p. 275.

§ 9. Гюи-Кокиллъ.

(Guy Coquille. 1523 — 1603) [1]). Гюи-Кокиллъ раздѣляетъ мнѣніе, что кутюмы, а не римское право составляютъ обыкновенное право (jus commune) Франціи. Онъ обвиняетъ французскихъ ученыхъ въ рабскомъ подчиненіи итальянскимъ ученымъ. которые, будто стояли за территоріальность статутовъ, противорѣчащихъ римскому праву [2]). Кокиллъ, конечно, ошибается, приписывая французскую тенденцію считать всѣ кутюмы реальными итальянскому вліянію. Зато подъ этимъ вліяніемъ находится онъ самъ.

Кутюмы, говоритъ Кокиллъ (l. c. p. 2), основаны на соглашеніи трехъ сословій, а потому они обязываютъ quasi ex contractu всѣхъ подданныхъ и относительно имущества, находящагося въ другихъ провинціяхъ. Мнѣніе, что всѣ кутюмы реальны, не можетъ быть принято [3]). Не слѣдуетъ также обращать вниманія на „скорлупу словъ“, а на „вѣроятныя мотивы и намѣренія, которыя руководили составителями статута (ce que je n'entens pas pour s'arrester à l'escorce des paroles; mais à l'intention, selon laquelle vraisemblablement les statuans se sont reiglez. c'est à dire pour ne regarder quelles sont les paroles, ny de quel style, ou signifiance: mais à la raison presumée et vraisemblable de ceux qui ont dicté le statut, ou la coustume, l. c. tome II. Quaestiones et Responses, CXXXI, p. 266).

Немного далѣе Кокиллъ утверждаетъ, что если законы имѣютъ въ виду непосредственно благо и честь лицъ, (le bien et l'honneur des personnes), они связываютъ волю (enserrent la volonté) всюду и вездѣ. Такъ запрещеніе даренія между супругами на случай смерти касаются и иностраннаго имущества. Если же законъ не прямо касается лицъ,

---

[1]) Ср. Lainé, l c. I, pp. 297 — 305, Laurent, l. c. I, pp. 408 — 416.

[2]) Coquille, Oeuvres, II, Commentaires sur les Coutumes de Nivernois, Edition de Paris 1666, pp. 1 — 2.

[3]) Coquille, l. c., Institution au Droit des Francais, p 39.

слѣдуетъ сообразоваться съ lex rei sitae. Такъ статутъ Нивернэ, позволяющій дочери, которая получила приданое, требовать законной части наслѣдства отца, недѣйствителенъ въ Бурбонэ, гдѣ это притязаніе не допускается. Въ данномъ случаѣ исключеніе дочери отъ наслѣдованія „основано скорѣе на силѣ закона, чѣмъ волѣ отца: ибо если отецъ и не высказался при бракѣ дочери, законъ исключаетъ ее въ пользу мужескаго поколѣнія" (l. c. p. 267).

Тѣ же мысли развиты въ „Quaestio" CCXVII. (l. c. p. 349), гдѣ разбирается сила завѣщанія со стороны содержанія. Гюи-Кокиллъ находитъ, что размѣръ части наслѣдства, которой завѣщатель можетъ распорядиться по своему усмотрѣнію, опредѣляетъ по l. rei sitae. Здѣсь „право пріобрѣтается не волею лица, а на основаніи самой Coutume", которая не касается непосредственно добрыхъ нравовъ, пользы и чести лицъ, а вещей, не имѣющихъ особо важнаго значенія (comme si elle dispose de choses comme moiennes et indifférentes).

§ 10. Критика итальянской доктрины.

Сдѣланный нами очеркъ вполнѣ подтверждаетъ выводы Лэне о методѣ итальянской школы. Методъ этотъ заключался не въ механическомъ дѣленіи всѣхъ статутовъ на личные и реальные. Эта ходячая сказка должна быть наконецъ оставлена. Напротивъ того, постглоссаторы обращались къ каждому юридическому отношенію въ частности, и опредѣляли такъ или иначе значеніе входящихъ въ него иностранныхъ элементовъ. Личные и реальные статуты итальянской доктрины не желаютъ вовсе обнять все разнообразіе отношеній, вызываемыхъ международной жизнью индивидовъ.

Признавая вмѣстѣ съ Лэне громадное значеніе и достоинство метода итальянской теоріи статутовъ, я не могу зато раздѣлить его увлеченія основнымъ принципомъ, вдохновляющимъ статутаріевъ принципомъ справедливости или природы вещей[1]). Это начало носитъ слишкомъ метафизическій

[1]) Lainé, I, pp. 111 — 115; p. 267.

и субъективный характеръ, для того чтобы лечь въ основаніи системы международнаго частнаго права.

Рѣшенія, которыя выставляютъ итальянскіе постглоссаторы опираются на основанія троякаго рода. Чаще всего, какъ мы видѣли, справедливымъ кажется имъ то, что соотвѣтствуетъ цѣли или воззрѣніямъ даннаго территоріальнаго закона. Теоріи Бартола и Бальда о льготныхъ и стѣснительныхъ статутахъ ярко иллюстрируютъ эту тенденцію. Лэне видитъ въ этомъ ученіи зачатки теоріи о публичномъ порядкѣ [1]). Эту гипотезу можно принять лишь съ оговоркой, что стѣснительные статуты выражаютъ идею только національнаго, субъективнаго публичнаго порядка, а ни въ какомъ случаѣ международнаго. Теорія Салицета о переходѣ наслѣдства, опирающаяся на римскую идею единства наслѣдства, имѣетъ тотъ же субъективный отпечатокъ, который чувствуется въ твореніяхъ всей школы. Гюи Кокиллъ прямо и отчетливо указываетъ на необходимость сообразоваться съ цѣлью территоріальнаго законодателя.

Другія рѣшенія основаны на въ корнѣ невѣрной мысли, что воля частныхъ лицъ можетъ оказать непосредственное вліяніе на опредѣленіе компетентнаго законодательства. Уже Салицетъ говоритъ о „молчаливомъ подчиненіи“ наслѣдодателя закону домициля или родины; Рохъ Курцій основываетъ экстратерриторіальную силу l. loci contractus на молчаливомъ подчиненіи сторонъ [2]); наконецъ, Дюмуленъ освобождаетъ волю сторонъ въ области контрактовъ отъ всякихъ стѣсненій со стороны закона, выводя эту волю изъ обстоятельствъ дѣла.

Въ третьей группѣ рѣшеній можно замѣтить вліяніе потребностей самой международной жизни. Сюда относится знаменитое правило locus regit actum, закрѣпленное Бартоломъ въ итальянской доктринѣ. Но Бартолъ основывается то на римскихъ текстахъ, то на льготномъ характерѣ правила и не даетъ намъ раціональнаго и объективнаго объясненія [3]);

[1]) Lainé, I, pp. 266 — 267

[2]) См. у Lainé, I, p. 205

[3]) Ср Lainé, I, pp. 151 — 152.

такого объясненія мы не находимъ и у другихъ корифеевъ школы. Можно думать, что въ этомъ и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, итальянскіе статутаріи только констатировали установившееся обычное право. Правда, можно указать тексты, въ которыхъ выдвинута объективная точка зрѣнія. Такъ напримѣръ, Бартолъ ограничиваетъ способность сына семейства къ составленію завѣщанія предѣлами территоріи, дабы не вредить интересамъ третьихъ лицъ (ne alteri facerit prejudicium, Bartolus l. c. § 41, s). Но въ громадномъ большинствѣ случаевъ субъективизмъ беретъ верхъ. Тотъ же Бартолъ подчиняетъ неспособность несовершеннолѣтняго къ составленію завѣщанія и заграницей закону мѣстожительства (Bartolus, l. c. § 32), а другой статутарій Рохъ Курціій подтверждаетъ это рѣшеніе доводомъ, что иначе статуты потеряли бы всякій смыслъ [1]). Тирако того же мнѣнія; онъ согласенъ, что опредѣленіе недѣеспособности замужней женщины по закону ея родины можетъ вредить третьимъ лицамъ; но находитъ невозможнымъ дозволить ей обходить отечественные законы. Между тѣмъ экстратерриторіальная сила закона о недѣеспособности болѣе всего способна нарушить интересы международнаго оборота

Такимъ образомъ, мы вправѣ заключить, что мѣрило справедливости, прилагаемое итальянской теоріей статутовъ къ разрѣшенію конфликтовъ законовъ, носитъ субъективный, условный характеръ. Бартолисты не возвысились до объективнаго воззрѣнія на задачи международнаго частнаго права. И можетъ быть главной помѣхой служилъ культъ римскаго права, который не позволялъ имъ давать распространительную силу статутамъ, расходящимся съ jus commune.

---

[1]) Lainé, I, p. 206.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Дѣленіе законовъ по объекту во французской теоріи статутовъ.

I. Теорія Д'Аржантрэ.

Принципъ абсолютной территоріальности глубоко коренился въ феодальномъ строѣ средневѣковой Франціи. Однако итальянская доктрина со временемъ значительно смягчила французскія воззрѣнія, что уже сказывается на Дюмуленѣ и особенно Гюи Кокиллѣ. Но появился человѣкъ, который воскресилъ феодальныя идеи къ новой жизни, возвелъ территоріальность закона въ правило и раздѣлилъ всѣ статуты на личные и реальные. Этотъ человѣкъ назывался Д'Аржантрэ. (D'Argentré или Argentraeus, 1519 — 1590) и его слѣдуетъ считать основателемъ традиціонной теоріи статутовъ [1]).

Теорія Д'Аржантрэ о столкновеніи статутовъ изложена въ его „Commentarii in Patrias Bretonum leges“ (Des Donations, Art 218, Glossa 6; Edition 1614). По Бретанскому обычаю всякій человѣкъ, находящійся въ здравомъ умѣ, можетъ подарить треть своего имущества другимъ лицамъ, кромѣ наслѣдниковъ. Д'Аржантрэ разсматриваетъ въ 6-ой глоссѣ вопросъ, распространяется ли это право на имущество, находящееся на иностранной территоріи.

Авторъ начинаетъ съ суровой критики „схоластической“ итальянской доктрины и ея многочисленныхъ подраздѣленій. „Эти сомнѣвающіеся наставники“ говоритъ Д'Аржантрэ про итальянцевъ, „только увеличиваютъ сомнѣнія читателей“ (incerti magistri incertiores lectores dimittunt l. c. § 1). Затѣмъ онъ твердо установляетъ господство l. rei sitae для недвижимостей (certissima usu observatio est id jus de pluribus spectari, quod loci est, l. c. § 2); провинціальные законы, касающіеся земли, издревле установлены во время независимости провинцій и

[1]) Ср Lainé l. c. I, pp. 310—338, Laurent, l. c. I, pp. 389—408, Bar, Theorie und Praxis, I pp. 48—50.

не потеряли своей силы вслѣдствіе политическаго объединенія всей Франціи.

Того же нельзя сказать о лицахъ и движимостяхъ, которыя подчиняются l. domicilii, такъ какъ судья мѣста жительства имѣетъ власть опредѣлять личныя права, гдѣ бы ни находилось лицо (§§ 3—4). Но какъ же отличить личный статутъ отъ реальнаго? Для этого нужно (чего не сдѣлали итальянцы) ввести третій разрядъ статутовъ — смѣшанные, т. е. такіе, гдѣ, хотя затронуто лицо, но вещный элементъ преобладаетъ (rerum in his consideratio praecipua est, qui casus mixtus est de personis et rebus, l. c. § 5 in fine).

Такимъ образомъ получаются три категоріи (§ 7). Личные статуты — тѣ, которые преимущественно (principaliter) и независимо отъ всякой вещной примѣси (abstracte ab omni materia reali) регулируютъ права и положеніе лицъ, напр. установляютъ возрастъ совершеннолѣтія или касаются положенія подвластныхъ дѣтей. Примѣрами вещныхъ статутовъ (§ 8) служитъ запрещеніе супруговъ легировать другъ другу недвижимости (легированіе движимостей относится къ личному статуту) и порядокъ наслѣдованія. Нѣкоторые вопросы этого послѣдняго относятся, впрочемъ, къ смѣшанному статуту, напр. когда нужно знать, дворяне ли или нѣтъ наслѣдники (§ 8 in fine).

Вещные и смѣшанные статуты одинаково ограничиваются въ своемъ дѣйствіи предѣлами территоріи (§ 9); это слѣдуетъ изъ самаго понятія территоріи (cum extra ea territori nemo possit, § 11). Другое дѣло лица. Лица не связаны съ землею, они могутъ свободно мѣнять свое мѣстожительство; пока же они этого не сдѣлали, а только временно покидаютъ его, они считаются всюду подчиненными l. domicilii (unde evenit, ut affecta quocumque modo persona domicilii lege aut jure, eo perpetuo sic teneatur, ne ulla mutatione loci sese possit exuere. § 13). Слѣдуетъ только помнить, что это справедливо лишь для „общаго состоянія лица (universalis personae status)“ и не впадать въ ошибки итальянскихъ схоластиковъ, не различающихъ общей

и особенной дѣеспособности (nec distinguunt particulares afficientias ab universalibus) и дающихъ такіе критеріи личнаго и реальнаго характера статутовъ, которыхъ должны бы стыдиться дѣти (§ 16). Статуты, запрещающіе дареніе недвижимостей между супругами, установляя недѣеспособность, тѣмъ не менѣе территоріальны, такъ какъ, главнымъ образомъ (potius), касаются наслѣдованія Здѣсь статутъ не просто дѣлаетъ недѣеспособнымъ. а лишаетъ дѣеспособности относительно земли (non simpliciter inhabilitat, sed ratione fundi, § 16 in fine). Точно также не имѣютъ внѣземельной силы статуты, исключающіе убійцу или дочь, получившую приданое, изъ наслѣдованія (§ 18). „Ничто нельзя назвать болѣе личнымъ, чѣмъ узаконеніе“ (§ 20). тѣмъ не менѣе, оно не можетъ дать узаконенному право на наслѣдованіе иностранной недвижимости; хотя этотъ актъ и личенъ, но онъ превращается въ смѣшанный, вслѣдствіе того, что касается вещей (quia hic actus etsi personalis sit; tamen miscetur et habet subjectum de rebus). § 20 in fine). Какъ бы ни близко статуты касались лица, все же они какъ только подверглись вещной примѣси, переходятъ въ реальные, и подчиняются территоріальнымъ законамъ (statuta quantumlibet concepta in personam rerum mixtura evadere in realia et legem capere a statutis situs, § 22). — Этимъ кончается общая часть диссертаціи Д'Аржантрэ.

Переходя къ примѣненію своихъ принциповъ, авторъ сразу обращается къ классическому случаю столкновенія наслѣдственныхъ законовъ, установляющихъ права первородства, съ другими, дѣлящими наслѣдства поровну. Д'Аржантрэ съ большимъ презрѣніемъ отвергаетъ „смѣшную“ теорію Бартола. Какъ ни играть словами, говоритъ онъ, все же ясно, что рѣчь идетъ о наслѣдствѣ (§ 24, E), а не о правахъ лицъ. Если не будетъ наслѣдства, то и правоспособности лицъ не на чемъ будетъ упражняться (nulla inde controversia si in rebus nihil est, in quo se exercere nuda potentia et habilitas possit, etsi haereditatem diffiniunt esse jus merum

juris intellectu, tamen inaniter, si nihil in rebus est, § 24. Е. Итакъ, англійскій наслѣдникъ наслѣдуетъ англійскія земли по англійскому закону, а французскія по французскому. Точно также статутъ, исключающій получившую приданое дочь изъ наслѣдованія, не личенъ, какъ думаетъ Бартолъ. а вещенъ и поэтому территоріаленъ (§ 26). То же самое слѣдуетъ сказать о силѣ завѣщаній (§ 29). Мужъ никакъ не можетъ завѣщать женѣ трети наслѣдства, если эта часть находится въ предѣлахъ статута, не допускающаго такого наслѣдованія жены.

Во всѣхъ приведенныхъ случаяхъ говорится о недвижимостяхъ Движимости же слѣдуютъ совсѣмъ инымъ правиламъ (sed de mobilibus alia censura est, § 30). Вслѣдствіе легкости, съ которою онѣ переносятся съ мѣста на мѣсто. ихъ слѣдуетъ считать связанными. сросшимися не съ мѣстомъ, а съ лицомъ, (Quoniam per omnia ex conditione personarum legem accipiunt, et situm habere negantur, nisi affixa et cohaerentia, nec loco contineri dicuntur propter habilitatem motionis et translationis, l c. § 30). Поэтому статуты, касающіеся движимостей, личны и повсюду подчиняются legi domicilii (quare statutum de bonis mobilibus vere personale est, et loco domicilii judicium sumit, et quodcunque Iudex domicilii de eo statuit. ubique locum obtinet. l. c. § 30).

Характеръ статута, установляющаго общность имущества супруговъ, сдѣлался предметомъ знаменитаго спора между Дюмуленомъ и Д'Аржантрэ. Соглашаясь съ Дюмуленомъ, что брачные договоры объ общности имѣютъ внѣземельную силу, Д'Аржантрэ считалъ статутъ, установляющій общность, реальнымъ и не допускалъ толкованія своего противника, основывавшаго силу этого статута на „молчаливомъ договорѣ“ сторонъ. Нельзя не признать вѣскости аргументовъ Д'Аржантрэ (см. D'Argentré l. c. §§ 31—42), когда онъ доказываетъ, что законъ налагаетъ обязанности, не дожидаясь договора о нихъ частныхъ лицъ и часто вопреки ихъ волѣ (nec legales obligationes ab lege inductae conventionem partium exspectant de eo quod lex constituit, sed ad factum hominis

saepe citra consensum per legem inducuntur l. c. § 33). Разъ стороны не имѣютъ возможности отступить отъ статута, то общность имущества основана на этомъ статутѣ. а не на договорѣ. (Nec enim voluntati tribui debet, quod aliter ut esset, facere non potuerunt si quidem nec nolle potuerunt. l. c. § 33).

Отрицая, такимъ образомъ, всякій „договорный элементъ“ въ статутѣ объ общности брачнаго имущества, Д'Аржантрэ лишаетъ этотъ статутъ экстратерриторіальной силы Можно не соглашаться съ этимъ мнѣніемъ, но оно вполнѣ въ духѣ общей теоріи бретонскаго комментатора. Зато Д'Аржантрэ непослѣдователенъ, когда онъ признаетъ экстратерриторіальную силу выраженной воли частныхъ лицъ (sed quod conventione aut pacto inter contrahentes convenit nullis metis includitur sed personam aeternum sequitur quocumque deferatur persona l. c. § 33). Кажется страннымъ, что его феодальный геній допускаетъ вліяніе иностраннаго *договора* на туземную недвижимость, отрицая въ то же время экстратерриторіальность дѣйствія иностраннаго *закона*, установляющаго ту же общность имущества между супругами. Современная доктрина склонна подчинить брачное имущественное право національному закону супруговъ [1]). Но если уже lex rei sitae отказываетъ иностранному закону объ общности брачнаго имущества въ экстратерриторіальной силѣ, то нѣтъ никакого основанія надѣлять ею договоръ о томъ же предметѣ [2]). Между тѣмъ Д'Аржантрэ ограничиваетъ распространительную силу этого договора только тѣми случаями, когда lex rei sitae содержитъ спеціальное запрещеніе общности имущества между супругами (si statuta locorum ubi siti erunt, non repugnabunt dispositione prohibitiva aut annulativa l. c. § 38).

Теорія Д'Аржантрэ одинаково осуждается Лораномъ и Лэне. Первый видитъ въ итальянскихъ постглоссаторахъ проводниковъ личнаго начала; второй, какъ мы знаемъ, прибли-

[1]) Bar, Theorie et Praxis II, p. 510.

[2]) Ср Asser—Rivier, Éléments, p. 115, которые тоже не допускаютъ такого различія.

жаетъ ихъ ученіе къ теоріямъ германской школы, но оба согласны, что Д'Аржантрэ, разрушая и осмѣивая итальянскую доктрину, весьма часто руководился далеко не убѣдительными аргументами, прикрывающими его феодальныя тенденціи

И дѣйствительно вся теорія Д'Аржантрэ производитъ впечатлѣніе, будто авторъ заранѣе предрасположенъ въ пользу реальнаго статута. Онъ, правда, дѣлитъ всѣ статуты на личные, реальные и смѣшанные, утверждая, что первыя два дѣленія заимствованы у итальянцевъ, которые были, однако, весьма далеки отъ этого (см. выше). Но реальность статута возводится въ правило, личные статуты составляютъ исключеніе.

Д'Аржантрэ отлично сознавалъ причины, по которымъ дѣеспособность лица не должна зависѣть отъ закона страны ихъ временнаго мѣстонахожденія. Такъ въ Tit XXI (de minoribus, Ad rubricam, § 4) онъ указываетъ на различіе развитія у людей, живущихъ въ разныхъ климатахъ. Но какъ только принципъ личности приходитъ въ столкновеніе съ jus soli, съ правомъ земли, онъ уступаетъ мѣсто. Тутъ изобрѣтается новый рядъ статутовъ — смѣшанныхъ, единственная цѣль которыхъ уменьшить кругъ дѣйствія личнаго начала [1]). Въ самомъ дѣлѣ, смѣшанные статуты по своему дѣйствію, ab effectu, совпадаютъ съ реальными, и маска смѣшаннаго статута одѣвается на личный лишь для того, чтобы его лишить внѣземельной силы.

Въ сферѣ вліянія личнаго статута остаются права, касающіяся общей дѣеспособности лица. Но тогда совершенно непонятно, почему права лицъ на движимости не обсуждаются, по l. rei sitae? Наконецъ, общая дѣеспособность всегда можетъ быть разложена на особенныя, изъ суммы которыхъ она состоитъ, и, строго говоря, каждое юридическое положеніе можно выразить въ формѣ дѣеспособности или недѣеспособности лица на совершеніе какого либо акта [2]). Такимъ

---

[1]) Въ этомъ сходятся Laurent, l. c. I, p. 396; и Lainé, l. c. I, p. 326;
[2]) Bar. Theorie und Praxis, I, p. 380.

образомъ, каждый личный статутъ по теоріи Д'Аржантрэ легко можетъ быть превращенъ въ смѣшанный, и слѣдовательно реальный. Отсюда противорѣчіе: способность завѣщать, поскольку касается недвижимостей, относится къ реальному статуту, и поскольку движимостей — къ личному. Послѣднее рѣшеніе основано, конечно, только на соображеніяхъ удобства; подчинять всѣ движимости, входящія въ составъ наслѣдства, разнымъ законамъ, по мѣсту ихъ нахожденія, почти невозможно [1]).

Не Бартолъ, а Д'Аржантрэ является создателемъ традиціонной теоріи статутовъ. Правило Бартола, служащее для разрѣшенія частнаго случая, возведено имъ въ общее начало. Но онъ ничуть не выше осмѣяннаго имъ ученаго, когда старается разграничить личный и реальный статутъ. Какъ справедливо замѣчаетъ Эрнестъ Рогенъ [2]) всѣ законы имѣютъ смѣшанный характеръ, такъ какъ всѣ касаются и лица и вещи. Очевидно, что теорія Д'Аржантрэ, проведенная послѣдовательно, должна привести къ абсолютной территоріальности законовъ.

Но Д'Аржантрэ не только не установилъ твердаго критерія для различенія личнаго или реальнаго характера статутовъ. Онъ даже не попытался провѣрить правильность своего дѣленія примѣненіемъ его ко всѣмъ юридическимъ матеріямъ. По удачному выраженію Лэне [3]) онъ первый способствовалъ объявленію своей доктрины „несостоятельной". Въ самомъ дѣлѣ, онъ опускаетъ многіе важные вопросы, какъ напр. форму актовъ, судопроизводство и др. Содержаніе договоровъ должно имѣть экстратерриторіальное дѣйствіе; но нигдѣ мы не находимъ указанія, что контракты относятся къ области личнаго статута.

---

[1]) Bar., l. c. I, p. 601.
[2]) Ernest Roguin, la Règle de Droit, p 169, № 91).
[3]) Lainé, l. c II, p. 35

II. Ближайшіе преемники Д'Аржантрэ во Франціи.

Замѣчательно, что теорія Д'Аржантрэ не сразу завоевала себѣ всеобщее признаніе въ самой Франціи. Лэне [1]) приводитъ выписки изъ 16 писателей, которые доказываютъ, что въ теченіе почти 150 лѣтъ послѣ появленія комментарія Д'Аржантрэ итальянское вліяніе продолжало бороться съ началомъ абсолютной территоріальности.

§ 1. Шаронда. Буво.

Всѣ эти писатели прибѣгаютъ къ столь ненавистнымъ для Д'Аржантрэ дѣленіямъ и подраздѣленіямъ. Одинъ изъ нихъ Шаронда (1536 — 1617) считаетъ зато безполезнымъ различеніе личныхъ и реальныхъ статутовъ [2]). Буво (Bouvot 1558 — 1636) утверждаетъ, что законъ мѣстожительства лучше другихъ знаетъ про „нравъ и обычай" подвластнаго ему лица, а потому лучшій судья въ вопросѣ о содѣйствіи, которое этому лицу должно быть оказано въ гражданской сферѣ (de quel remède elle a besoin pour l'authorité de sa conduicte en tous actes civils) [3]).

§ 2. Ренюссонъ.

Филиппъ де Ренюссонъ (1632 — 1699) въ своемъ „Traité de la Communauté" [4]) исходитъ, правда, изъ принципа реаль-

---

[1]) Lainé l. c. I. pp. 342—395.

[2]) Charondas le Caron, Memorables Observations du Droit Francais, Paris 1637, p. 34

[3]) См. Bouvot Nouveau Recueil des Arrests de Bourgogne, Genève 1623, Tome I, p. 329.

Итальянскому методу слѣдуютъ также въ большей или меньшей степени Шоппенъ (Choppin, 1537—1606), Луэ (Louet, 1602), Л'Оммо (L'Hommeau, 1614), Бродо (Brodeau † 1653), Анри (Henrys † 1662), Рикаръ (Ricard † 1678), Банажъ (Banage † 1695) Томассіеръ (Thommassière † 1712), Бретоннье (Bretonnier † 1792). Нѣкоторые изъ этихъ авторовъ даже вовсе умалчиваютъ о Д'Аржантрэ (см. Lainé, l. c. I. pp. 314—395).

[4]) Ed. de Paris, 1723.

ности кутюмовъ, однако значительно видоизмѣняетъ теорію Д'Аржантрэ, которая по его мнѣнію, падаетъ сама собою. „Вещи имѣютъ отношеніе къ лицамъ, а лица къ вещамъ.... ихъ нельзя разсматривать отдѣльно (Chapt. XV, § 36)". Самъ Ренюссонъ предлагаетъ различать въ законахъ „нераздѣльныя" и „раздѣльныя" постановленія (dispositions individues et dividues), изъ которыхъ первыя касаются дѣеспособности человѣка по отношенію ко всему его имуществу и потому имѣютъ внѣземельную силу. Благодаря такому измѣненію формулы Д'Аржантрэ, увеличивается количество статутовъ, имѣющихъ внѣземельную силу, куда Ренюссонъ относитъ, напр., способность жены къ составленію завѣщаній. Согласіе мужа вещь нераздѣльная, говоритъ авторъ, а потому если оно не требуется по l. domicilii, жена можетъ завѣщать также земли въ другихъ кутюмахъ. Точно также форма завѣщанія, составленная по l. loci actus, должна быть всюду признана, такъ какъ актъ по формѣ „недѣлимъ". (Chap. XV, § 40). Лэне замѣчаетъ однако совершенно основательно, [1]) что Ренюссонъ доказываетъ лишь необходимость повсемѣстной, однообразной силы извѣстнаго закона, но не объясняетъ, почему именно этотъ законъ долженъ получить распространеніе.

§ 3. Лебренъ.

Сильное вліяніе Д'Аржантрэ сказывается, наоборотъ, на Денисѣ Лебренѣ (Denys Lebrun † 1708). Личный статутъ, говоритъ онъ, долженъ опредѣлять положеніе лица, не упоминая о вещахъ [2]). Реальный статутъ или регулируетъ какое либо особенное дѣйствіе лица, или говоритъ объ имуществѣ (l. c. § 26). Такъ напр., Senatusconsultum Vellejanum относится къ реальному статуту (§ 29) потому, что установляетъ особенную недѣеспособность женщинъ (къ поручительству) (§ 30), не говоря уже о томъ, что онъ запретителенъ (pro-

[1]) L c l, p. 381.

[2]) Lebrun, Traité de la Communauté, Lib II, Chap III, § 24.

hibitif et pas favorable. § 35). Къ реальному же статуту относится опредѣленіе размѣра недвижимостей, которую супруги могутъ подарить другъ другу на случай смерти (§ 29). Но способность женщинъ завѣщать недвижимости безъ согласія мужа относится къ личному статуту (§ 18), что, очевидно, непослѣдовательно и совершенно несогласно съ теоріей Д'Аржантрэ [1]).

§ 4. Шаллинъ.

Ученіе Д'Аржантрэ какъ будто принимается въ XIV правилѣ сочиненія юриста Шаллина [2]), которое озаглавлено: „Постановленія кутюмъ личны, реальны или смѣшаны". Однако Шаллинъ въ предисловіи ссылается и на Дюмулена и на Бальда, и методъ его оказывается весьма противорѣчивымъ.

Такъ, къ личнымъ статутамъ относятся тѣ, которые обращаются главнымъ образомъ къ лицу (qui donnent la loy principalement à la personne, l. c. p. 214). Но только недѣеспособность подчиняется Шаллиномъ во всѣхъ случаяхъ l. domicilii лица. Житель провинціи Санли (Senlis) не можетъ распоряжаться недвижимостью въ Анжу до 25-ти-лѣтняго возраста, хотя въ послѣдней области совершеннолѣтіе наступаетъ въ 20 лѣтъ [3]). Точно также неспособность замужней женщины распоряжаться своимъ имуществомъ безъ согласія мужа подчиняется l. domicilii [4]). Что же касается дѣеспособности, то хотя и она вообще опредѣляется по l. domicilii [5]), но только пока касается движимостей. Дѣеспособность относительно недвижимостей зависитъ отъ lex rei sitae, такъ какъ кутюмы не имѣютъ силы внѣ своихъ предѣловъ (l'exécution

---

[1]) Ср. Lainé, I, pp. 386 — 387.

[2]) Paul Challine, Méthode générale pour l'intelligence des Coustumes de France, Paris 1666.

[3]) Challine, l c. p. 222.

[4]) l. c. pp. 224 — 266.

[5]) l. c. pp. 220, 222 — 228.

des dispositions des personnes à l'égard des heritages depend du lieu de leur situation, car les Coustumes n'ont point de vigueur, ny de force, hors leurs limites, l. c. p. 222). Поэтому житель Анжу не можетъ распоряжаться недвижимостями, находящимися въ Парижѣ, пока не достигнетъ 25-тилѣтняго возраста.

Такое же различіе между дѣе- и недѣеспособностью проводится въ вопросѣ о мѣщанской опекѣ (garde bourgeoise), которая относится къ личному статуту [1]). Опекунъ-родитель изъ города Шартра не можетъ пользоваться доходами съ земель, находящихся въ Парижѣ, такъ какъ такое пользованіе запрещено въ Шартрѣ и права опекуна опредѣляются по закону мѣста учрежденія опеки [2]). А Парижскій родитель-опекунъ не имѣетъ правъ пользованія имѣніемъ своихъ малолѣтнихъ въ Шартрѣ, потому что его права не дѣйствуютъ за предѣлами Парижа [3]). Мѣщанская опека лична, не касаясь лицъ, живущихъ внѣ предѣловъ кутюмы Парижа и не дѣйствуетъ на земли, лежащія въ другихъ кутюмахъ [4]).

Точно также дѣдъ или бабка, жители Шартра, не могутъ пользоваться доходами земель въ Парижѣ, такъ какъ обычай Шартра допускаетъ опеку только отца или матери; наоборотъ, парижскіе дѣдъ и бабка не допускаются къ пользованію плодами въ Шартрѣ [5]).

Права же опеки на движимости всегда опредѣляются по закону страны, гдѣ она учреждена [6]).

Порядокъ наслѣдованія недвижимостей по завѣщанію или по закону всецѣло относится Шаллиномъ къ реальному статуту. Завѣщанія иностранцевъ нисколько не вліяютъ на

---

[1]) l. c. p. 233.

[2]) La coustume du lieu où elle est établie, l. c. p. 236.

[3]) p. 236.

[4]) La garde Bourgeoise est pure personnelle, non extensive aux personnes qui demeurent hors le destroit de la Coustume de Paris, et même elle n'a point d'effet sur les héritages situez aux autres Coutumes, l. c. p. 239.

[5]) l. c. p. 237.

[6]) l. c. p. 237.

французскую недвижимость [1]). Одно и то же лицо можетъ быть одновременно наслѣдникомъ и легатаріемъ въ разныхъ кутюмахъ [2]). Ограниченія воли завѣщателя имѣютъ чисто территоріальное значеніе [3]).

Смѣшанные статуты касаются лицъ и вещей, но имѣютъ преимущественно въ виду послѣднія, равно какъ права на нихъ лицъ [4]). Къ смѣшаннымъ статутамъ Шаллинъ относитъ отрѣшеніе дочери отъ наслѣдства [5]), дареніе или завѣщаніе одного супруга въ пользу другого [6]), и дворянскую опеку [7]). Эти статуты не дѣйствуютъ внѣ предѣловъ территоріи.

Конецъ „XIV правила“ Шаллина служитъ однимъ изъ убѣдительнѣйшихъ доказательствъ несостоятельности теоріи, которая думаетъ заключить всѣ законы въ рамки личныхъ, реальныхъ и смѣшанныхъ статутовъ. Послѣ разобранныхъ нами рубрикъ изумленный читатель наталкивается на четвертую, такъ озаглавленную: „Какихъ законовъ слѣдуетъ держаться въ вопросахъ о формѣ контрактовъ, дареній и процедуры; а также для опредѣленія свойства рентъ, должностей, невещественныхъ правъ и другихъ вещей“ [8]). Трудно найти примѣръ болѣе нагляднаго самоопроверженія. Шаллинъ избавляется такимъ образомъ отъ необходимости согласовать признаваемое имъ [9]) правило locus regit actum съ принципомъ реальности кутюмовъ [10]).

Отношеніе французскихъ писателей XVI и XVII вѣка къ

---

[1]) Le droit civil des etrangers, concernant la confection des testamens ne peut avoir aucun effet en France, p. 258.

[2]) p. 262.

[3]) p. 270.

[4]) Lesquelles sont conceues sous le nom des personnes et des choses tout ensemble, et dont la principale considération n'est pas des personnes, mais des choses, et du droit que les personnes y pretendent (l. c., p. 279)

[5]) p. 281.

[6]) pp. 286 – 287.

[7]) Garde noble non comptable, p. 290.

[8]) Challine, l. c. p. 293.

[9]) l. c. p. 293.

[10]) Эта непослѣдовательность отмѣчена у Lainé, II, p. 36.

Д'Аржантрэ лучше всего характеризуется ихъ взглядами на международное наслѣдственное право. Даже въ этой области — твердынѣ принципа бретонскаго комментатора — они не слѣдуютъ ему безусловно. Правда всѣ они признаютъ территоріальность законовъ, касающихся недвижимаго наслѣдства. Но почти всѣ возстаютъ противъ смѣшанныхъ статутовъ и опредѣляютъ возрастъ завѣщателя, способность жены составлять завѣщаніе, и тому подобные вопросы, по закону мѣстожительства, хотя бы завѣщаніе касалось недвижимостей на иностранной территоріи. Такъ разсуждаютъ наприм. Шаронда [1]), Буво [2]), Анри [3]). Другіе стараются слѣдовать во всемъ теоріи Д'Аржантрэ, однако никогда почти не выдерживаютъ ея и впадаютъ въ противорѣчія, какъ Лебренъ и Шаллинъ. Для всѣхъ этихъ писателей не представляетъ сомнѣнія, что переходъ недвижимости и способъ пользованія ею должны опредѣляться по lex rei sitae, но они не желаютъ вовсе подчинять дѣеспособность лица законамъ земли. „Доктрина Д'Аржантрэ явилась анахронизмомъ" [4]). Шаллинъ, который стоитъ ближе всего къ ней, искусственно различаетъ способность и неспособность завѣщать, для того чтобы по крайней мѣрѣ отнять силу у завѣщанія лица, неспособнаго на составленіе его по своему личному статуту.

Та же судьба постигла теорію Д'Аржантрэ и въ судебной практикѣ. Французскіе суды слѣдовали обыкновенно знаменитому рѣшенію Парижскаго парламента 1600 года, которое подчинило дѣеспособность лицъ во всѣхъ отношеніяхъ закону ихъ мѣстожительства [5]).

---

[1]) Charondas, Memorables observations du Droit Français, Paris 1637, p. 34, подъ словомъ „Coustume".

[2]) Bouvot, Nouveau Recueil des Arrêts de Bourgogne 1623 Genéve, Tome I, p. 329.

[3]) Claude Henrys, Oeuvers, Ed. de Paris 1738, Liv. IV, Chap. VI, Quest. CV, Des Renonciations des filles.

[4]) Lainé, l c. I, p. 394.

[5]) Lainé, l. c. I, p. 346.

III. Теорія Д'Аржантрэ въ Нидерландахъ.

Нигдѣ, пожалуй, феодальныя идеи не пустили такихъ глубокихъ корней, какъ въ Нидерландахъ [1]. Не только бельгійскія и голландскія провинціи, раздѣленныя Утрехтской уніей 1579 года, — каждая область, каждый городъ, входившіе въ составъ этихъ провинцій, имѣли свои привилегіи и вольности, которыя ревниво оберегали отъ всякихъ посягательствъ. Отсюда тенденція считать всѣ законы территоріальными, тенденція, такъ рельефно выразившаяся въ знаменитомъ эдиктѣ 1611 года, дарованномъ бельгійскимъ провинціямъ эрцгерцогами Альбертомъ и Изабеллой, въ которомъ даже форма завѣщанія опредѣляется по lex rei sitae [2].

Понятно, что въ такой странѣ теорія Д'Аржантрэ сразу встрѣтила большое сочувствіе и въ судебной практикѣ и въ доктринѣ, хотя эта послѣдняя и находилась въ XV и XVI вѣкахъ подъ вліяніемъ итальянской [3].

§ 1. Бургундусъ.

Въ высшей степени любопытное видоизмѣненіе теоріи Д'Аржантрэ мы находимъ у Николая Бургундуса (1586—1649) (Nic. Burgundi ad Consuetudines Flandriae aliarumque gentium Tractatus controversiarum. Arnhemii 1646) [4]. Бургундусъ дѣлитъ всѣ статуты на личные и реальные (Burgundus l. c. p. 14) и отвергаетъ категорію смѣшанныхъ, какъ ихъ понималъ Д'Аржантрэ. „Эти смѣшанные статуты совершенно безполезны, такъ какъ на подобіе реальныхъ, ограничены въ своемъ дѣйствіи предѣлами территоріи“ (quidquid sit, ego porro ne usum quidem ejusmodi mixtorum esse putem,

---

[1]) Lainé, I. pp. 395 — 401. Laurent, I, pp. 422 — 442.

[2]) Laurent, I, p. 431; Lainé, I, 400.

[3]) Lainé, I, pp. 396 — 397.

[4]) Ср. Lainé, l. c I, pp. 401 — 403; Laurent. l c I, pp. 442 — 452; Bar. l c. I, pp. 50 — 51

cum haud aliter quam realia concludantur territorii sui limitibus, Burgundus, l. c. p. 18 — 19). Если поэтому авторъ и удерживаетъ терминъ „смѣшанные статуты", то единственно для обозначенія законовъ, содержащихъ и личныя и реальныя постановленія, т.-е. терминъ этотъ получаетъ у него чисто формальный характеръ (ср. Burgundus l. c. p. 19: Ergo rectius mixtum dixeris, quod personae, rebusque in lodem territorio consistentibus jus ponit. Ut puta: minor bona ne alienet [1]).

Итакъ, статуты дѣлятся на личные и реальные. Личные касаются однихъ лицъ, безъ всякаго отношенія къ недвижимостямъ (a rebus plane remotum ad solas personas dirigitur, l. c. p. 16). Движимости раздѣляютъ судьбу лица (mobilia, quae haud alio jure habentur quam persona ipsa, a qua legem, situmque accipiunt, l. c. p. 19) [2]). Вещные статуты касаются недвижимостей безъ отношенія къ лицу (a consideratione personae abstractas, l. c. p. 14). Но затѣмъ Бургундусъ проводитъ оригинальную теорію (заимствованную отчасти у Анри Богика, l. c. p. 22), по которой характеръ статута опредѣляется правами имъ же создаваемыми. Если на основаніи статута возникаетъ обязательственное право, статутъ личенъ; если вещное — онъ реаленъ.

Такимъ образомъ, статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему продажу недвижимости, реаленъ, а статутъ, воспрещающій ему же вступать въ договоръ, личенъ (l. c. p. 22). Въ первомъ случаѣ права несовершеннолѣтняго обсуждаются по lex rei sitae, во второмъ по l. domicilii.

---

[1]) Ср также Lainé, I c. I, p. 402.

[2]) Но это правило (mobilia personam sequuntur) доказывается Бургундусомъ совсѣмъ иначе, чѣмъ Д'Аржантрэ. Авторъ основывается на фикціи, что движимости считаются находящимися въ мѣстожительствѣ лица; поэтому, только избраніе новаго domicilium, а не временныя отлучки лица вліяютъ на юридическое положеніе движимостей (l c. pp. 95 — 97; mobilia ibi esse dicemus, ubi quis instruxit domicilium, l. c. p 96) Лэне замѣчаетъ по этому поводу совершенно правильно, что послѣ такой аргументаціи движимости слѣдовало бы скорѣе отнести къ реальному, а не къ личному статуту. Lainé, Introduction II, p. 237.

Положимъ напримѣръ, что Гентскій несовершеннолѣтній 20-ти лѣтъ продастъ недвижимость въ Геннегауѣ. безъ согласія опекуна. Обязательство его будетъ ничтожно, такъ какъ въ Гентѣ совершеннолѣтіе наступаетъ въ 25 лѣтъ; его нельзя принудить къ исполненію договора. Но разъ недвижимость передана (манципирована), права покупателя ненарушимы, такъ какъ въ Геннегауѣ совершеннолѣтіе наступаетъ въ 20 лѣтъ. (Si tamen ejusmodi feudi mancipationem fecerit venditor. tutum esse emptorem, et quod actum erit valere cottidiana accipimus experientia, quando haec sie aetas et legitima et competens, quae in Hannonicorum feudorum alienatione requiritur Burgundus, l. c. p. 24).

Очевидно, что эта странная теорія имѣетъ цѣлью (какъ и ученіе Д'Аржантрэ) расширить область дѣйствія реальнаго статута. Какъ только лицо приходитъ въ столкновеніе съ землею, интересы его уступаютъ. „Ибо какъ движимости раздѣляютъ судьбу лицъ, такъ, наоборотъ, лица слѣдуютъ природѣ недвижимостей и принимаютъ ихъ свойства". (Nam sicuti res mobiles sequuntur conditionem personae: ita è contra persona, et sequitur naturam, et subinde transit in conditionem rerum immobilium, Burgundus, l. c. p. 148). Поэтому, въ вопросѣ о манципаціи земли, нужно сообразоваться съ l. rei sitae, нимало не взирая на обычаи l. domicilii (sine ulla consideratione quid frequentetur in loco domicilii, тамъ же).

Само собою разумѣется, что и наслѣдованіе недвижимостей подчинено l. rei sitae (l. c. p. 52). Но Бургундусъ идетъ еще далѣе и опредѣляетъ по этому закону даже форму завѣщанія; „формальности завѣщанія не относятся къ личнымъ правамъ, такъ какъ онѣ составляютъ какъ бы свойство присущее самимъ недвижимостямъ" (quia sunt quaedam qualitas bonis ipsis impressa, Burgundus, l. c. p. 165). Lex loci actus, по мнѣнію автора, некомпетентна, такъ какъ не можетъ вліять на переходъ иностранной недвижимости (l. c. p. 167).

Остается только удивляться, вмѣстѣ съ Лораномъ [1]), что авторъ вообще допускаетъ существованіе личныхъ статутовъ. Бургундусъ признаетъ, что всякій предполагается такимъ, какимъ его признаетъ статутъ его отечества (unusquisque talis esse praesumitur, qualis est dispositio statuti suae patriae, Burgundus, l. c. p. 81). Законъ отечества (подъ которымъ разумѣется страна мѣстожительства) до такой степени вліяетъ на лицо, что гдѣ бы оно ни находилось, оно сохраняетъ недѣеспособность, основанную на l. domicilii, „какъ бы рану на тѣлѣ“ (adeo naturam ejus afficit, ut quocumque terrarum sit transitura, incapacitatem domi adeptam, non aliter quam cicatricem in corpore foras circumferat, Burg. l. c. p. 82). Но все это забывается, какъ только рѣчь заходитъ о недвижимостяхъ. Такъ Бургундусъ согласенъ подчинить право замужней женщины на заключеніе договоровъ l. domicilii (l. c. p. 44); но право ея на отчужденіе недвижимости обсуждается по l. rei sitae, такъ какъ „безумно полагать, что недвижимости подчиняются лицу“ (infulse enim existimant ipsa immobilia accedere personae (l. c. p. 45).

Достойно замѣчанія, что Бургундусъ разбираетъ спеціально вопросъ, опредѣлять ли личный статутъ по закону страны мѣстожительства или закону страны происхожденія. (Burgundus, l. c. Tractatus II). Авторъ находитъ, что только въ области публичныхъ правъ и обязанностей (in honoribus obeundis et muneribus suscipiendis) можно принять во вниманіе domicilium originis и отдать ему предпочтеніе передъ domicilium incolatus (Burg. l. c. p. 80). Но въ области гражданскаго права слѣдуетъ руководствоваться lex domicilii incolatus, и это потому, что каждое лицо подсудно суду своего мѣстожительства (l. c. p. 81).

Что касается общей системы Бургундуса, то она, какъ и и у Шаллина, далеко не выдержана. Нѣкоторые вопросы онъ старается подвести подъ принятыя имъ двѣ общія кате-

---

[1]) l. c. I, p 444

горіи; мы видѣли, что онъ даже формальности акта относитъ къ реальному статуту. Но уже съ III трактата своей книги Бургундусъ начинаетъ отыскивать совершенно по итальянскому методу, какой законъ примѣнимъ къ контрактамъ, какой къ квазиконтрактамъ, какой къ завѣщаніямъ [1]).

§ 2. Роденбургъ.

Вторымъ нидерландскимъ юристомъ, спеціально трактующимъ о столкновеніи законовъ, является Христіанъ Роденбургъ, который въ 1643 г. напечаталъ диссертацію „De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum discreptantium conflictu“ (въ трактатѣ De jure conjugum) [2]).

Роденбургъ [3]) предлагаетъ себѣ въ своей II главѣ вопросъ: существуютъ ли смѣшанные статуты (num dentur mixta? l. c. p. 4)? При этомъ онъ констатируетъ, что статутъ можетъ касаться или только вещей, или только лицъ, или и тѣхъ и другихъ вмѣстѣ.

Къ области реальнаго относятся статуты, касающіеся однѣхъ вещей (in solas nudasque res), но не только недвижимыхъ. Въ этомъ отношеніи Роденбургъ послѣдовательнѣе Д'Аржантрэ. Движимости, говоритъ онъ, подчиняются lex domicilii не потому, что носятъ „личный“ характеръ, а потому, что считаются за неимѣніемъ постояннаго мѣстопребыванія, (certo ac fixo situ carentia) находящимися въ мѣстѣ жительства лица. Слѣдовательно, по этой фикціи къ нимъ собственно примѣняется тоже lex rei sitae (Rodenburg l. c. p. 6).

Къ личнымъ относятся законы, касающіеся или общаго правового положенія (status, qualitas aut conditio, cui lex in universum ponitur) лица, или же регулирующія его отдѣль-

[1]) См. объ этомъ замѣчанія Lainé, II, p 36.

[2]) Бельгіецъ Павелъ Христинеусъ (Christinaeus † 1631) и голландецъ Іоаннъ Зандэ (Ioannes a Sande † 1638) не даютъ общей теоріи статутовъ. Христинеусъ во всемъ слѣдуетъ Бургундусу (см. Lainé, l. c. I, p. 403).

[3]) Я цитирую его диссертацію, перепечатанную въ концѣ II тома Boullenois, Traité sur la Personnalité et la Réalité des loix, Paris 1766.

ныя дѣйствія такимъ образомъ, что это можетъ отразиться и на общемъ положеніи.

Если же законъ разрѣшаетъ или запрещаетъ дѣйствіе безотносительно ко всему юридическому положенію лица, то (какъ у Бургундуса) характеръ статута опредѣляется природой разрѣшеннаго или дозволеннаго имъ акта (l. c. p. 5).

Относя, такимъ образомъ, дѣйствія отчасти къ личнымъ. отчасти къ реальнымъ статутамъ, Роденбургъ не видитъ однако никакой надобности въ категоріи смѣшанныхъ законовъ. (Ut evidenter appareat summam statutorum divisionem in duo genera deduci, ut alia personalia, alia realia, nulla mixta sint, Rodenburg, l. c. p. 6).

Опредѣливъ личные и реальные статуты по ихъ объектамъ, Роденбургъ посвящаетъ III главу (l. c. pp. 7 — 9) описанію ихъ дѣйствія (de effectu statuti personalis et realis). Сначала онъ установляетъ принципъ, что власть законодателя ограничена предѣлами его террриторіи. „Ни одинъ законъ не можетъ прямо, непосредственно вліять на вещи, находящіяся на иностранной землѣ“. Но затѣмъ Роденбургъ (§ 4) признаетъ, что сама природа вещей приводитъ къ опредѣленію личныхъ правъ по l. domicilii (Unicum hoc ipsa rei natura ac necessitas invexit, ut, cum de statu ac conditione hominum quaeritur, uni solummodo Iudici, et quidem domicilii, universum in illa Ius sit attributum). Было бы несообразно принимать во вниманіе другой законъ, такъ какъ тогда тоже лицо могло бы считаться одновременно дѣеспособнымъ и недѣеспособнымъ. Поэтому, качество или положеніе лица можетъ косвенно (jam indirecte ac per consequentiam) вліять на акты, заключаемые внѣ территоріи и даже на вещи, тамъ находящіяся (res alterius loci, l. c. § 5). И Роденбургъ доходитъ до того, что не только даетъ внѣземельную силу статуту, разрѣшающему вступать въ договоры, но даже закону, дозволяющему продажу, такъ какъ оба вліяютъ на общую дѣеспособность лица (quod et haec res pertineat ad personae statum eundemque omnino turbet, Rodenburg, l. c. Caput III, § 7).

Это идетъ уже въ разрѣзъ съ теоріей Бургундуса. Во второмъ титулѣ своей диссертаціи Роденбургъ еще энергичнѣе высказывается за опредѣленіе дѣе-и недѣеспособности по lex domicilii. Такъ, ни женщина, ни несовершеннолѣтній, ни расточитель не освобождаются заграницей отъ тяготѣющей надъ ними опеки, учрежденной по l. domicilii, даже по отношенію къ недвижимостямъ (ne quidem in fundorum alibi sitorum mancipatione, Rodenburg. l. c. Tit. II, Cap. I, § 4). Авторъ замѣчаетъ, что вещныя права, возникающія на основаніи дѣеспособности гораздо важнѣе личныхъ, (reales quippe habilitatis effectus caeteris longe sint illustriores, Rodenburgh, l. c. p. 11) и находитъ, что было бы безсмысленно дать женщинѣ право продажи иностранной недвижимости, и считать ее въ тоже время неспособной обязываться, въ силу ея lex domicilii (тамъ же).

Подъ l. domicilii Роденбургъ разумѣетъ, конечно, законъ мѣстожительства, а не родины. Если Утрехтскій совершеннолѣтній 20-ти лѣтъ переселится въ Голландію, онъ опять становится несовершеннолѣтнимъ, такъ какъ тамъ совершеннолѣтіе наступаетъ лишь въ 25 лѣтъ. Это можетъ показаться страннымъ, но вѣдь все положеніе лица опредѣляется законами мѣстожительства и несовершеннолѣтній добровольно подчинился Голландскимъ законамъ (personae conditionem a causa domicilii constat regi totam, Rodenburgh, l. c. Tit. II, Pars Altera, Cap. I, § 5).

Роденбургъ говоритъ языкомъ итальянскихъ постглоссаторовъ. Но какъ только онъ доходитъ до вопросовъ наслѣдственнаго права, онъ забываетъ всѣ свои справедливыя соображенія и слѣдуетъ теоріи того же Бургундуса. Завѣщательная дѣеспособность несовершеннолѣтнихъ должна обсуждаться по l. rei sitae. Здѣсь статутъ не изданъ въ виду право-и дѣеспособности лица, а только съ цѣлью регулировать переходъ вещей, да еще въ частномъ случаѣ завѣщанія; поэтому, такой статутъ реаленъ (adeoque circumscriptive ad istum alienationis actum, cujusmodi statuta realia

esse traditum saepius, Rodenburgh, l. c. Tit. II, Cap. V, § VII), а въ заголовкѣ параграфа: Aetatem testandi metimur ubi bona statuta sint). Точно также реальны статуты, запрещающіе даренія между супругами. Нужно руководствоваться не соображеніемъ, что статутъ изданъ для лицъ, а содержаніемъ запрета: если запрещенъ вещный актъ—дареніе недвижимостей между супругами, то и статутъ реаленъ. И авторъ прибавляетъ, что lex rei sitae старинное и надежнѣйшее правило, которое должно примѣняться какъ только рѣчь заходитъ о землѣ (certissima usu ac observatione regula est, cum de rebus soli agitur ...spectari semper cujusque loci Leges ac Iura ubi bona sita esse proponuntur, Rodenburgh, l, c. Tit. II, Cap. V § I). Такимъ образомъ, теорія Бургундуса, принятая сначала лишь для классификаціи статутовъ по объекту, принимается Роденбургомъ теперь и для опредѣленія дѣйствія законовъ въ пространствѣ. На нелогичности автора излишне настаивать. Почему, въ самомъ дѣлѣ, статутъ, запрещающій несовершеннолѣтнему отчуждать недвижимость, вліяетъ на его общую дѣеспособность и признается внѣземельнымъ, а статутъ, лишающій его права составить завѣщаніе, долженъ считаться не модифицирующимъ его юридическую личность и, стало быть, территоріальнымъ?

Такимъ образомъ, и Роденбургу не удалось послѣдовательно провести разграниченіе личныхъ и реальныхъ статутовъ со стороны ихъ дѣйствія. Но самое слабое мѣсто его диссертаціи конечно то, гдѣ онъ старается подвести формы акта подъ реальный статутъ [1]).

Съ одной стороны, Роденбургъ согласенъ съ Бургундусомъ, что форма завѣщанія должна зависѣть отъ l. rei sitae, такъ какъ законъ не можетъ вліять на иностранную недвижимость даже относительно формы [2]). Но съ другой стороны, и завѣщаніе, составленное по l. loci actus, должно быть признано всюду. Было бы несообразно требовать отъ завѣщателя

[1]) Ср. мѣткія замѣчанія Lainé, l. c. II, pp. 50 — 52 и 365 — 371.

[2]) Rodenburgh, l. c. Tit II, Cap. III § I.

составленія нѣсколькихъ завѣщаній, соотвѣтственно числу странъ, гдѣ лежатъ его помѣстья (тамъ же).

Такимъ образомъ форма завѣщанія по праву должна быть отнесена къ реальному (территоріальному) статуту; но соображенія справедливости заставляютъ Роденбурга исказить самое понятіе территоріальности: l. rei sitae не обязательна, а лишь факультативна и равноправна съ l. loci actus [1]).

§ 3. Стокмансъ.

Такое же колебаніе между принципомъ природы вещей и началомъ безусловной территоріальности замѣчается у Петра Стокманса (Petri Stockmans, Opera Omnia; Decisines Brabantiae etc. Ed. Bruxelles). Въ своей Decisio IX авторъ утверждаетъ, что форма завѣщанія должна обсуждаться по l. loci actus. Въ Decisio I, онъ разсказываетъ, что въ качествѣ судьи высказался за подчиненія брачнаго имущественнаго права l. domicilii, и высмѣиваетъ при этомъ своихъ коллегъ-практиковъ. Это, говоритъ Стокмансъ, люди, которые до того проникнуты реальностью статутовъ, что, кажется, легче вырвать у Геркулеса палицу или у Юпитера молнію, чѣмъ измѣнить ихъ мнѣніе (ut facilius sit Herculi clavem aut Iovi fulmen excutere quam regulas hujusmodi universales quibus semel imbuti sunt, huic hominum genere eximere, l. c., § 1 in fine).

Но въ CXXV Decisio Стокмансъ самъ говоритъ, какъ завзятый „прагматикъ“. Онъ разбираетъ вопросъ, опредѣляется ли несовершеннолѣтіе продавца недвижимости по l. rei sitae или по l. domicilii. Ему извѣстны доводы итальянской школы въ пользу послѣдняго рѣшенія. Тѣмъ не менѣе Стокмансъ соглашается съ теоріей Бургундуса и — съ установившейся практикой. (Jam pridem Pragmaticorum consensu et usu fori invaluit, ut ubicumque agitur de rerum soli alienatione... aliisque translationis et acquisitionis modis, inspici-

[1]) См. о Роденбургѣ Lainé, l c. I, pp. 404 — 405 и II passim; Bar, l. c. I, pp. 51 — 52.

antur leges loci ubi res sitae sunt, Stockmans, Decisio CXXV § 9). Дѣйствительность легатовъ въ пользу супруга, завѣщательная способность сына семейства, права первородства — все это находится въ зависимости отъ l. rei sitae [1]).

IV. Теорія Д'Аржантрэ въ Германіи [2]).

§ 1. Гайллъ и Минзингеръ.

Германскіе современники Д'Аржантрэ, Гайллъ (Andreas Gaill † 1587) и Минзингеръ (Mynsinger † 1588) хорошо знакомы съ итальянской доктриной; однако, какъ справедливо замѣчаетъ Ленэ [3]), у нихъ можно констатировать тенденцію въ пользу реальности статутовъ. Такъ Гайллъ [4]) признаетъ, что формы акта опредѣляются по l. loci actus (l. c., § 2); но затѣмъ, по поводу вопроса о наслѣдованіи супруговъ, утверждаетъ, что статуты не могутъ дѣйствовать внѣ территоріи законодателей [5]); имущество, находящееся внѣ территоріи, подчинено закону мѣстонахожденія [6]); личная дѣеспособность не можетъ имѣть внѣземельнаго дѣйствія [7]). Нужно однако замѣтить, что примѣры, приводимые Гайллемъ, всѣ относятся къ области наслѣдственнаго права, и что онъ различаетъ движимости и недвижимости (l. c., § 16).

Минзингеръ высказывается по поводу столкновенія наслѣдственныхъ законовъ [8]) и стоитъ за ихъ территоріальность.

---

[1]) Stockmans, l. c., § 10.

[2]) Ср. Lainé, l. c. I, pp. 408 — 413.

[3]) l. c. I, p. 403

[4]) Gaill, Practicarum Observationum... Libri Duo, Amstelodami 1603; Liber II, Observatio CXXIII.

[5]) Observ. CXXIV, § 5; Ubi igitur cessat jurisdictio statuentium, ibi statuti dispositio non obtinet.

[6]) Gaill, Observ. CXXIV, § 8.

[7]) l. c., § 11: idemquoque receptum, si consuetudo vel statutum circa personas aliquid disponat, vel statuat, puta habilitando eas, vel prohibendo aliquid, utroque casu extra territorium consuetudinis vel statuti non fit extensio.

[8]) Mynsinger, Singularium Observationum Imperialis Camerae Centins. VI, Coloniae 1697.

§ 2 Мевіусъ.

Сильное вліяніе итальянской школы сказывается еще въ системѣ Давида Мевіуса († 1670)[1]). Авторъ придаетъ большое значеніе выясненію намѣренія законодателя.

Такъ, личный или реальный характеръ статута опредѣляется не тѣмъ, что слова закона обращены къ лицу или къ вещи: а тѣмъ, что дѣйствительно имѣется въ виду (Quam distinctionem ego utilem et sequendam esse existimo, quatenus nimirum apparet de re, vel persona agi principaliter, ita ut alterutri quid impositum, vel demptum esse velit; Secus autem, si statutum in personam, non personae gratia, aut in rem, non rei causa conceptum reperitur. Mevius, l. c.. Prolegomena, Quaestio IV, § 26). По этой же причинѣ согласіе попечителя, требуемое для дѣйствительности договора женщинъ, должно быть отнесено къ формамъ, и слѣдовательно обсуждаться по l. loci actus, такъ какъ статутъ, хотя и говоритъ о лицѣ, но имѣетъ въ виду, главнымъ образомъ, способъ заключенія договоровъ (Nec in hoc tam verbalis forma, seu tenor statuti, quam sensus ejus inspiciendus est: Si enim in personam loqueretur, et non principaliter de persona sed de contrahendi seu disponendi modo et solennitate disponeret, forenses aeque ligabit, Mevius, l. c. Quaestio IV, § 16).

Мевіусъ не принимаетъ двойнаго или тройнаго дѣленія статутовъ и даже не употребляетъ терминовъ personalia, realia et mixta. Разсматривая отдѣльные вопросы (контракты, наслѣдства, завѣщанія), онъ вообще склоненъ съузить область дѣйствія внѣземельныхъ законовъ. Такъ напр., договоры иностранцевъ подчинены всегда l. loci contractus (Mevius, l. c. Quaestio IV, § 10); дѣе-и недѣеспособность лица опредѣляется по закону мѣстонахожденія недвижимостей (Mevius, l. c. Quaestio VI, § 39) Только форма акта не должна непремѣнно соотвѣтствовать l. rei sitae (l. c. § 42).

---

[1]) См. Davidis Mevii Commentarii in Ius Lubecense, Francofurti 1744.

§ 3. Герціусъ.

Французская доктрина окончательно торжествуетъ въ теоріи Герціуса [1]). Герцій выставляетъ три правила для разрѣшенія случаевъ столкновенія законовъ. Первое: когда законъ относится къ лицу, слѣдуетъ сообразоваться съ законами страны, которой принадлежитъ это лицо. (Quando lex in personam dirigitur respiciendum est ad leges illius civitatis, qua personam habet subjectam, Hertius, l. c. p. 175). „Относящимся же къ лицу“ законъ считается лишь тогда, когда касается его непосредственно (primario) [2]). Второе правило: если законъ относится непосредственно къ вещи, то онъ получаетъ силу, гдѣ бы и кѣмъ бы ни былъ заключенъ договоръ (Si lex directo rei imponitur, ea locum habet, ubicunque etiam locorum et a quocunque actus celebretur, Hertius, l. c. p. 177 [3]). Третье: когда законъ касается формы акта, то нужно руководствоваться мѣстомъ совершенія дѣйствія, а не мѣстожительствомъ лица или мѣстонахожденіемъ вещи (Si lex actui formam dat, inspiciendus est locus actus, non domicilii, non rei sitae, Hertius, l. c. p. 179).

Герцій не употребляетъ терминологіи статутаріевъ, но его первыхъ два правила вполнѣ воспроизводятъ традиціонное ученіе; зато его третій классъ законовъ не соотвѣтствуетъ смѣшаннымъ статутамъ ни Д'Аржантрэ, ни Бургундуса.

По свидѣтельству Вехтера [4]) статутарная теорія господствовала въ Германіи въ XVI и XVII столѣтіяхъ, при чемъ

---

[1]) Hertius — 1652 — 1710 — Commentationes atque opuscula de selectis et rarioribus argumentis. Francofurti 1700, томъ I, Dissertatio de collisione legum, Sectio IV.

[2]) Герцій вполнѣ раздѣляетъ воззрѣніе Бургундуса, Hertius, l. c. p. 173, что статутъ minor bona ne alienet нельзя считать личнымъ.

[3]) Подъ res здѣсь, конечно, разумѣются недвижимости ср. Hertius, l c p. 174.

[4]) Wächter, Archiv fur die civilistische Praxis, Bd. 24, статья: Uber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten: p. 274 и сл.

территоріальность законовъ считалась за общее правило. Нѣмцы воздерживались только отъ употребленія терминовъ: personalia, realia и mixta.

V. Французскіе статутаріи XVIII вѣка.

Окончательное свое выраженіе теорія Д'Аржантрэ получила въ сочиненіяхъ трехъ знаменитыхъ французскихъ юристовъ второй половины XVIII вѣка: Фролана, Буллнуа и Бугіе.

§ 1 Фроланъ († 1746)[1].

Сочиненіе парижскаго адвоката Фролана (Louis Froland, Memoires concernans la nature et la qualité des statuts, Paris 1729, 2 tomes) является новымъ доказательствомъ несостоятельности французской доктрины.

Фроланъ признаетъ существованіе личныхъ и реальныхъ статутовъ, но тутъ же сознается въ невозможности точнаго ихъ разграниченія[2]. Нельзя принять мнѣнія Бургундуса, что личный статутъ не долженъ вовсе касаться вещи: имущество только отходитъ на второй планъ[3]. Личный статутъ долженъ обращаться лишь главнымъ образомъ къ лицу, установляя общую или частную его дѣеспособность[4]. Иначе пришлось бы всѣ законы считать реальными[5]. Согласно съ этими принципами, совершеннолѣтіе лица опредѣляется по l. domicilii, даже въ случаѣ отчужденія недвижимости[6]; не зависятъ отъ l. rei sitae ни право жены поручиться за мужа, ни способность ея къ составленію завѣщанія[7]; наконецъ, даже способность несовершеннолѣтняго къ соста-

[1]) Lainé, I, p. 417; II, p. 10—12, 150—154, 386 и passim, Laurent I, pp. 503 — 508.

[2]) Froland, I, p. 54.

[3]) La fortune est comme la seconde vue de la loi, Froland I, p. 100.

[4]) Froland I, p. 98.

[5]) Froland I, 101.

[6]) Froland I, 57.

[7]) Froland I, 58 — 59.

вленію завѣщанія относится Фроланомъ къ личному статуту, и въ этомъ онъ значительно выше Булльнуа [1]).

Сознавая такъ отчетливо невозможность провести рѣзкую грань между личнымъ и реальнымъ статутами, Фроланъ тѣмъ не менѣе продолжаетъ развитіе этой конструкціи. Понятно, что реальнымъ оказывается статутъ, главнымъ образомъ касающійся недвижимости [2]). Сюда относятся, прежде всего, законы, установляющіе порядокъ наслѣдованія [3]), но затѣмъ и законы, запрещающіе даренія между супругами, [4]) а также статуты, касающіеся правъ отца на имущество дѣтей, что уже вовсе не такъ очевидно [5]).

Смѣшанные статуты совершено отвергаются Фроланомъ [6]). Онъ замѣчаетъ, что въ ученіи Д'Аржантрэ они совпадаютъ съ реальными [7]). Если же вмѣстѣ съ Вутомъ понимать подъ смѣшанными статуты, касающіеся формъ актовъ, то въ нихъ нельзя открыть ни личнаго, ни вещнаго элемента [8]); они, конечно, упоминаютъ о лицахъ и вещахъ, но главнымъ образомъ имѣютъ въ виду формы [9]). Послѣ этихъ справедливыхъ замѣчаній Фроланъ такъ и не объясняетъ, куда же собственно отнести формы актовъ, къ личному или реальному статуту?

Идея публичнаго порядка выражена у Фролана въ формѣ „запретительныхъ реальныхъ“ статутовъ (dispositions réeles prohibitives), которые онъ противополагаетъ простымъ реальнымъ (purs réels). Но это понятіе очерчено очень туманно, и авторъ самъ прибавляетъ, что законъ носитъ иногда абсо-

[1]) Froland II, 1594.
[2]) Froland I, 59 et 78.
[3]) Froland I, p. 61, 156; II, p 1285.
[4]) Froland I, pp. 73 — 79; II, p. 847.
[5]) Froland I, p. 69 и II, p. 829
[6]) Froland I, pp. 114 — 154.
[7]) Froland I, p 149.
[8]) Froland I, p. 137.
[9]) Froland I, p. 139: les formalités qu'ils ordonnent ont été leur première vue

лютный характеръ, не будучи выраженъ въ запретительной формѣ [1]). Такъ, напр., общность имущества между супругами, основанная на договорѣ, уступаетъ закону мѣстонахожденія имущества лишь, когда онъ содержитъ прямое ея запрещеніе [2]); но та же общность, основанная на личномъ законѣ, лишена во всякомъ случаѣ внѣземельной силы, такъ какъ предполагается, что супруги имѣли въ виду l. rei sitae [3]). Кромѣ того, понятіе запретительныхъ статутовъ прилагается Фроланомъ не только къ территоріальнымъ законамъ. Такъ напр. женщина не можетъ дерогировать своему личному статуту, подчиняющему ее Senatus consultum Vellejanum [4]), даже внѣ предѣловъ этого статута. Очень важно констатировать, какъ рано теорія „публичнаго порядка“ сливается съ ученіемъ „объ обходѣ законовъ“.

Лэне въ своемъ сочиненіи постоянно противополагаетъ „реализмъ“ Фролана и Буллыуа личнымъ тенденціямъ Бугіе. На основаніи всего вышесказаннаго слѣдуетъ скорѣе согласиться съ мнѣніемъ Лорана. Фроланъ вообще очень робко и осторожно высказываетъ собственныя мнѣнія; къ тому же онъ практикъ, а не теоретикъ. Тѣмъ болѣе нужно цѣнить, что онъ во многихъ отношеніяхъ уклонился отъ французскихъ узко-территоріальныхъ тенденцій [5]). Къ немалой заслугѣ Фролана относится также обстоятельство, что онъ, какъ уже указалъ Лэне [6]), первый опредѣляетъ личный статутъ не по l. domicilii, а по l. originis. Это преобладаніе закона происхожденія, касающееся, впрочемъ, только вопросовъ совершеннолѣтія, мотивируется соображеніемъ неудобствъ, которыя влечетъ за собою противоположная доктрина [7]).

---

[1]) Froland I, 167.
[2]) Froland I, 92 и 223 — 238.
[3]) Froland I, p. 316.
[4]) Froland I, 167.
[5]) Laurent I, 507.
[6]) Lainé, I, 201.
[7]) Froland, II. 1581.

§ 2. Луи Буллыуа (1680 — 1762) [1]).

Буллыуа (Louis Boullenois) разсматриваетъ вопросы столкновенія законовъ въ трехъ своихъ сочиненіяхъ [2]).

---

[1]) Laine, I, 418, II, 12 — 24, 38, 47 — 49, 70, 155 — 165 et passim; Laurent I, 492 — 503

[2]) Въ первомъ (Questions sur les démissions de biens, Paris 1727 Question Sixieme, pp. 81 — 168) авторъ сначала какъ будто бы воспроизводитъ разсужденія Фролана. Реальный статутъ главнымъ образомъ касается имущества, какъ напр. законъ, устраняющій дочерей отъ наслѣдованія или установляющій права первородства (l. c pp. 101 — 102). Личный статутъ главнымъ образомъ касается лица, но имѣетъ, конечно, отношеніе и къ вещи. (Boullenois, l. c. p. 85). Личнымъ оказывается не только статутъ, опредѣляющій общія право- и дѣеспособность, но и законъ, касающійся распоряженія имуществомъ, поскольку онъ вытекаетъ изъ перваго (Boullenois, l. c p. 163: Le statut qui défend ou permet la disposition des biens par la conséquence d'un autre statut qui fixe l'état et la condition d'une personne est un statut personnel). Поэтому, напр., дѣеспособность несовершеннолѣтняго относится къ личному статуту, даже когда дѣло идетъ объ иностранной недвижимости (l. c p. 92). Но эта теорія не выдержана. Чтобы оправдать отнесеніе способности жены завѣщать къ личному статуту (p. 99), Буллыуа считаетъ уже нужнымъ выводить ее изъ общей дѣеспособности женщины, существующей независимо отъ ея брака (mais celui qui permet de disposer de ses biens immeubles dans certains cas, quoique l'état et la condition de la personne lui interdisent la disposition de ces mêms biens immeubles dans tout autre cas, est néanmois un statut personnel si cette permission dérive d'une faculté personnelle et générale qu'elle avait avant d'être d'un tel l'état et d'une telle condition, et qu'elle aurait encore cessant cet état et cette condition, Boullenois, l c. pp. 163—164). И наконецъ теорія нашего автора совершенно подрывается замѣчаніемъ, что статутъ, ограничивающій только въ нѣкоторыхъ случаяхъ право распоряженія недвижимостью, реаленъ. (Le statut qui en laissant à un homme la liberté générale et actuelle de disposer de ses biens immeubles, limite cette faculté pour quelques cas seulement, est un statut réel dans la partie qui limite, Boullenois, l. c. p. 163). Эта непослѣдовательность автора намъ кажется отголоскомъ итальянскаго ученія, различавшаго запретительные и дозволительные статуты.

Столь же нестройной представляется конструкція статутовъ со стороны ихъ дѣйствія. Личный статутъ получаетъ внѣземельную силу только тогда, когда не сталкивается съ реальнымъ. Правда, дѣеспособность несовершеннолѣтняго (l. c. pp 92 — 93 et 124) всегда обсуждается по l. domicilii, какъ и способность женщины къ составленію завѣщанія (l c. pp. 99 — 100), но это лишь вслѣдствіе странной аргументаціи, что

Въ окончательномъ своемъ видѣ доктрина Булльнуа представляется въ третьемъ его сочиненіи: „Трактатъ о личности и реальности законовъ“ (Boullenois, Traité de la Personnalité et de la Réalité des Loix, Coutumes, ou Statuts, Paris

---

здѣсь сталкиваются только личные законы (l dom и lex rei sitae оба регулируютъ дѣеспособность). Насколько произвольно такое построеніе, видно уже изъ того, что право жены поручиться за мужа, основанное на l. domicilii, уступаетъ закону мѣстонахожденія недвижимости (l. c. p. 125), такъ какъ здѣсь, по мнѣнію Булльнуа, личный статутъ сталкивается съ реальнымъ. Но очевидно, что и въ этомъ случаѣ можно было бы противополагать личный статутъ мѣстожительства жены личному статуту мѣстонахожденія недвижимости.

Территоріальность реальнаго статута обосновывается, впрочемъ, и другими мотивами. Такъ Булльнуа признаетъ итальянское правило, заключающее въ предѣлы территоріи статуты, противные общему праву (Or en fait de statuts singuliers et exhorbitans, la régle est effectivement de les renfermer dans leur territoire, Boullenois, p. 109). Въ одномъ любопытномъ мѣстѣ авторъ ссылается даже на цѣль закона: Если дареніе между супругами запрещены безусловно, то законъ хотѣлъ очевидно повліять на права состоянія супруговъ и будетъ личенъ, если же запрещеніе поставлено въ зависимость отъ наличности дѣтей, законъ, очевидно, имѣлъ въ виду переходъ имущества и реаленъ (l. c. p. 121).

Такимъ образомъ Булльнуа, подъ незамѣтнымъ вліяніемъ итальянской доктрины, старается смягчить принципы Д'Аржантрэ. Но основнымъ принципомъ все-таки является территоріальность, въ случаяхъ сомнѣнія статутъ долженъ быть признанъ реальнымъ. (Quand la nature du statut ne se développe pas bien clairement, il faut le croire réel plûtot qui personnel et le renfermer dans son territoire, Boullenois, l. c. p. 164).

Въ этомъ своемъ первомъ сочиненіи Булльнуа отвергаетъ категорію смѣшанныхъ статутовъ въ пониманіяхъ какъ Д'Аржантрэ, такъ и Бургундуса (l. c. p. 132). Онъ не упоминаетъ о голландской теоріи, относящей къ смѣшаннымъ статутамъ форму актовъ и основываетъ господство l. loci contractus на общественной пользѣ (bien et utilité publique). Вопросъ, къ какимъ статутамъ относятся формы актовъ, остается открытымъ (Boullenois, Questions sur les demission, des Biens, p. 140 — 141).

Мы не останавливаемся на разборѣ второго по времени сочиненія Булльнуа (Dissertations sur des Questions qui naissent de la contrarieté des Soûx Paris, 1732), такъ какъ взгляды, высказанные въ немъ основаны на ошибочномъ толкованіи Роденбурга, отъ котораго Булльнуа затѣмъ отказался. (Онъ думалъ, что Роденбургъ относилъ частную дѣеи недѣеспособность всегда къ реальному статуту). Переходимъ къ третьему сочиненію Булльнуа, въ которомъ его доктрина представляется въ своихъ окончательныхъ выводахъ.

1766). Постараемся выяснить существенныя черты этой теоріи, теряющіяся въ массѣ нагроможденныхъ цитатъ и схоластическихъ повтореній.

Личные статуты дѣлятся на общіе (universels) и частные (particuliers): оба эти вида имѣютъ свои подраздѣленія.

Общіе личные статуты, очерчивающіе всю гражданскую сферу лица, называются неопредѣленными (indéfinis). Сюда относятся нормы, установляющія возрастъ совершеннолѣтія или несовершеннолѣтія, касающіяся попечительства надъ безумными и расточительными, и тому подобныя [1]). Эти статуты могутъ установлять отношеніе и къ имуществу [2]).

Другой видъ общихъ личныхъ статутовъ касается только части юридической сферы лица, но въ этой части дѣйствуетъ на все его имущество. Таковы напр. статуты, эманципирующіе несовершеннолѣтняго и дающіе ему право управленія всѣмъ его имѣніемъ [3]).

Частные личные статуты распадаются на чисто-личные (purs personnels) и лично-реальные (personnels réels).

Чисто-личный частный статутъ видоизмѣняетъ общую дѣе- или недѣеспособность относительно какого-нибудь личнаго акта [4]). Сюда относится, напр., неспособность женщины быть поручительницей.

Лично-вещный частный статутъ касается лица лишь по отношенію къ извѣстной недвижимости. Этотъ статутъ иначе можетъ быть названъ смѣшаннымъ, такъ какъ онъ одинаково имѣетъ въ виду и лицо и имущество. Примѣромъ можетъ служить законъ, разрѣшающій даренія между несовершеннолѣтнимъ супругомъ и его женою: этотъ законъ вліяетъ на состояніе лица, но лишь относительно имущества, находящагося на территоріи [5]).

---

[1]) Boullenois I, p 46; 52—74; 78, 182.
[2]) I, 45, 77.
[3]) Boullenois I, p. 46.
[4]) Boullenois I, 47, 50.
[5]) I. p. 139.

Наконецъ чисто-реальный статутъ имѣетъ въ виду главнымъ образомъ недвижимости; онъ, конечно, относится и къ лицамъ, но не касается ихъ общей право- и дѣеспособности, Таковъ напримѣръ статутъ, запрещающій отчужденіе $^2/_3$ недвижимаго имущества [1]).

Сознавая туманность своей конструкціи, Булльнуа даетъ слѣдующее указаніе для легчайшаго распознаванія характера статутовъ.

Если законъ дозволяетъ что-нибудь лицу дѣеспособному, онъ, конечно, личенъ, такъ какъ частное разрѣшеніе только подтверждаетъ общія права лица. Если законъ запрещаетъ дѣеспособному отдѣльный личный актъ, онъ опять таки личнаго характера; но когда запретъ вещнаго свойства, законъ слѣдуетъ считать чисто-реальнымъ [2]): въ послѣднемъ случаѣ онъ только пріостанавливаетъ дѣеспособность относительно даннаго имущества, а не вообще аффицируетъ ея [3]). Если исходить изъ недѣеспособности, то статуты, подтверждающіе ее частными запретами, во всякомъ случаѣ личны. Тѣ же, которые разрѣшаютъ отдѣльные недозволенные акты, личны лишь когда и самые акты личнаго свойства; въ противномъ случаѣ такіе статуты обращаются въ лично-вещные или смѣшанные [4]). Такимъ образомъ, чисто-вещный статутъ имѣетъ всегда отрицательное содержаніе, а лично-вещный положительное.

Какая же практическая цѣль этого искусственнаго дѣленія?

Общіе личные статуты обоихъ видовъ имѣютъ внѣземельную силу, однако лишь до тѣхъ поръ, пока не сталкиваются съ реальными законами [5]). Поэтому, напр., право несовершеннолѣтняго отчуждать недвижимости обсуждается по l. domicilii [6]): въ этомъ случаѣ имѣется лишь столкновеніе личнаго статута мѣстожительства съ личнымъ же статутомъ мѣсто-

[1]) I, p. 50, 83, 114
[2]) I, p. 101.
[3]) I, p. 80, 98.
[4]) I, 102.
[5]) I, 103, 182.
[6]) I, 99 и 126 — 136.

нахожденія недвижимости. Но право распоряжаться всѣмъ своимъ имуществомъ по завѣщанію, основанное на l. domicilii, пріостанавливается ограничительнымъ мѣстнымъ закономъ, какъ реальнымъ [1]). Другой примѣръ: общность имущества между супругами сохраняетъ силу въ предѣлахъ статутовъ, ее отвергающихъ вообще, какъ состояніе. Но эта общность пріостанавливается въ своемъ дѣйствіи статутомъ, не допускающимъ ея относительно извѣстнаго рода имущества, такъ какъ такой статутъ реаленъ [2]).

Частные личные статуты надѣляются тою же силою, что и общіе [3]). Реальные — абсолютно территоріальны [4]). Наконецъ, лично-вещные статуты дѣйствуютъ только въ предѣлахъ территоріи и по отношенію къ однимъ домицилированнымъ [5]). Таковъ напр. статутъ, установляющій способность [6]) къ составленію завѣщанія.

Во всей системѣ Булльнуа лицо противополагается только недвижимости, такъ какъ движимости, согласно традиціи, подчиняются имъ l. domicilii [7]).

Въ своемъ второмъ сочиненіи Булльнуа во многихъ отношеніяхъ отдавалъ предпочтеніе закону перваго мѣстожительства. И теперь онъ подчиняетъ ему вопросы совершеннолѣтія, отеческой власти, эманципаціи. Но онъ гораздо сильнѣе напираетъ на то, что это только исключенія изъ правила, опредѣляющаго личный статутъ по настоящему мѣстожительству лица [8]).

Система Булльнуа въ высшей степени схоластична и произвольна; границы между личными, реальными, лично-вещными статутами легко стираются. Послѣдній видъ ста-

[1]) I, 98.
[2]) I, 751.
[3]) I, 183.
[4]) I, 189.
[5]) I, 183.
[6]) I, 714, 715.
[7]) Observatio XIX, I, 338 — 348.
[8]) Boullenois, II, pp 7 — 58; ср. Lainé, II, 203 — 216

тутовъ изобрѣтенъ очевидно для того, чтобы маскировать явно территоріальныя тенденціи автора. Такъ, способность несовершеннолѣтняго къ отчужденію недвижимостей считается общимъ личнымъ статутомъ, а способность къ составленію завѣщанія того же несовершеннолѣтняго — частнымъ и вещноличнымъ. Чѣмъ однако мотивировать это различіе, если не желаніемъ ограничить внѣземельную силу способности къ составленію завѣщаній? Еще чаще самъ вещно-личный статутъ переходитъ въ реальный. Такъ, право жены на отчужденіе приданаго объявляется не лично-вещнымъ, какъ бы слѣдовало ожидать, а чисто-реальнымъ [1]), и тоже рѣшается относительно дареній между супругами [2]). А статутъ, устраняющій дочерей отъ наслѣдованія, называется то реальнымъ [3]), то лично-вещнымъ [4]).

Правда, идея международнаго общенія проглядываетъ иногда сквозь туманныя конструкціи автора. Въ знаменитомъ своемъ введеніи Буллэнуа замѣчательно вѣрно опредѣляетъ задачу международнаго частнаго права [5]). Онъ признаетъ, что извѣстная общественная необходимость (une certaine necessité publique) заставляетъ отступить отъ принципа абсолютной территоріальности [6]), что интересы торговли и общенія приводятъ къ извѣстному взаимному проникновенію законовъ (droit de parcours et entrecours, I, 152). Замѣчательно, что иногда и лично-вещные статуты получаютъ внѣземельную силу, именно, если они тождественны съ законами мѣстонахожденія недвижимости, хотя не по праву, а „по братству“ [7]).

[1]) I, 222.

[2]) II, 131 — 132.

[3]) I, 295.

[4]) I, 337.

[5]) Boullenois, Préface, p. XXVIII: Je me représentai toutes les différentes Loix qui regnent parmi les Nations, comme des Maîtres et des Souverains dont je ne devais pas blesser l'autorité; mais aussi je considérai le monde entier comme une grande République où il fallait mettre la paix et la bonne intelligence.

[6]) I, 156.

[7]) A titre de fraternité, I, 101 et 717.

Наконецъ, мы встрѣчаемъ у Булльнуа даже отголоски итальянской доктрины. Онъ допускаетъ, что иногда не объектъ, а мотивъ закона опредѣляетъ его территоріальный или внѣземельный характеръ. Но это только въ исключительныхъ случаяхъ, именно, когда законъ ясно выражаетъ свою цѣль, напр. запрещаетъ дареніе между супругами для предупрежденія взаимной эксплоатаціи, а не въ интересахъ недвижимости; въ такомъ случаѣ законъ будетъ личенъ и экстратерриторіаленъ [1]).

Потребности международной жизни заставляютъ Булльнуа дѣлать иногда уступки личному началу даже въ области наслѣдственнаго права [2]). Все же нужно сказать, что это личное начало въ теоріи Булльнуа является лишь исключеніемъ. Это ясно выражается самимъ авторомъ въ слѣдующемъ правилѣ, устраняющемъ всякія недоразумѣнія на счетъ духа его теоріи: „Въ случаѣ сомнѣнія, когда статутъ говоритъ о лицахъ и имуществѣ и когда его сущность не достаточно выясняется— естественнѣе считать его реальнымъ, такъ какъ, разъ дѣло касается недвижимостей, правильнѣе подчинить ихъ закону мѣстонахожденія, чѣмъ иностранному закону, который не имѣетъ никакой прямой и непосредственной власти надъ ними“ [3]).

§ 3. Бугіе.

(Jean Bouhier 1673 — 1746) [4]).

Прямою противоположностью доктринѣ Булльнуа является ученіе президента Дижонскаго парламента Бугіе, изложенное въ его комментаріяхъ на Бургундскіе обычаи [5]).

---

[1]) I, 105.

[2]) Примѣры приведены у Лэне II, pp. 303 — 328.

[3]) Donc dans le doute, lorsqu'un Statut dispose de la personne et des biens, et qu'il ne se développe pas suffisamment, il est plus naturel de le présumer réel, parce que dès qu'il s'agit de choses qui ont leur situation, il est plus naturel de les laisser gouverner à la Loi où elles sont situées, qu'à une Loi étrangère qui n'a nulle autorité sur elles directe et principale, Boullenois, I, p. 113.

[4]) Lainé, 1, 419—20; II 53—68 et passim; Laurent I, 508—521.

[5]) Les Coutumes du Duché de Bourgogne, Édition de Dijon 1742, tome I; Observations Chap XXI — XXXVI.

Разобравъ теоріи своихъ предшественниковъ, Бугіе пришелъ къ убѣжденію, что разграниченіе личныхъ и реальныхъ статутовъ со стороны содержанія невозможно [1]). Онъ опредѣляетъ поэтому статуты только со стороны ихъ дѣйствія [2]), ab effectu, т. е. подъ личными разумѣетъ экстратерриторіальные, а подъ реальными — территоріальные законы.

Личные статуты Бугіе дѣлитъ на 4 класса. Къ первому онъ относитъ законы, касающіеся недѣлимыхъ и невещественныхъ правъ [3]) (droits incorporels et indivisibles), другими словами [4]) законы, регулирующіе права состоянія лицъ. Частная дѣеспособность имѣетъ ту же внѣземельную силу, что и общая [5]). Опека [6]), отцовская власть [7]), способность несовершеннолѣтнихъ [8]) сыновей семейства (l. c. § 119) и замужнихъ женщинъ (l. c. § 118 и сл.) къ составленію завѣщаній, относятся авторомъ безъ колебанія къ личному статуту, и это по требованіямъ разума и общественной пользы (la raison et l'utilité publique, Chap. XXIII, § 64). Бугіе находитъ прямо абсурднымъ, чтобы кто либо считался въ предѣлахъ одного обычая дѣеспособнымъ, а въ сферѣ другого недѣеспособнымъ; это внесло бы, къ тому же, великую путаницу въ имущественныя отношенія (l. c. § 66).—Движимости всегда раздѣляютъ судьбу лицъ (Chap. XXV, § 2 и сл.).

Второй классъ личныхъ законовъ составляютъ статуты, основанные на предполагаемой волѣ сторонъ. Всякій договоръ создаетъ личный искъ противъ обязаннаго лица, распространяющійся на все его имѣніе, гдѣ бы оно ни находилось; очевидно, что статутъ, предполагающій молчаливый договоръ, надѣленъ тою же внѣземельной силою (Chap. XXIII, §§ 69—71);

---

[1]) Chap. XXIII, § 58.
[2]) Chap. XXIII, § 59.
[3]) Chap. XXIII, § 64.
[4]) l. c. § 68.
[5]) Chap. XXIV, § 99.
[6]) Chap. XXIV, § 2 и сл.
[7]) l. c. § 37 и сл.
[8]) l. c. § 21 и сл.

сюда относятся прежде всего законы, установляющіе общность имущества между супругами (Chap. XXVI, § 3 и сл.). Однако, главнымъ аргументомъ, приводимымъ Бугіе въ защиту личнаго характера этого статута, является „великій принципъ“, что въ сомнительныхъ случаяхъ слѣдуетъ стараться проникнуться духомъ законодателя, его предполагаемыми цѣлями (§ 26); Бугіе находитъ, что общность имущества разрѣшается или запрещается не въ интересахъ недвижимости, а въ интересахъ лицъ (§§ 27—30). Слѣдовательно, этотъ статутъ личенъ. Личными же объявляются законы, касающіеся исключенія изъ наслѣдованія дочерей, получившихъ приданое (Chap. XXVI, § 175 и сл.).

Третій классъ личныхъ статутовъ составляется изъ законовъ, которые обращаются къ подчиненнымъ имъ лицамъ съ запрещеніями, основанными на причинахъ публичнаго свойства (causes publiques, Chap. XXVII). Таковы статуты: запрещающіе вѣрить въ долгъ сыну семейства (Senatusconsultum Macedonianum l. c. § 3); недопускающіе поручительства замужнихъ женщинъ (§ 5); установляющіе неотчуждаемость дотальнаго имущества (§ 14). Бугіе и здѣсь особенно настаиваетъ на томъ, что внѣземельность этихъ законовъ слѣдуетъ изъ намѣреній законодателя (Chap. XXIII, § 75). Такъ, напр., статутъ, запрещающій даренія между супругами, личенъ, потому что изданъ въ интересахъ самихъ лицъ, а не ради имущества (l. c. § 60).

Наконецъ, четвертый классъ личныхъ (или внѣземельныхъ) статутовъ составляютъ законы, касающіеся формы актовъ (Chap. XXVIII). Единственнымъ исключеніемъ изъ правила „locus regit actum“ является случай, когда l. domicilii требуетъ отъ своихъ подданныхъ соблюденія извѣстной формы заграницей (l. c. §§ 10—12). Бугіе чувствуетъ однако все неудобство относить формы къ личному статуту. Онъ утверждаетъ поэтому, что законы, требующіе соблюденія извѣстныхъ формальностей, обращаются къ должностнымъ лицамъ, ихъ примѣняющимъ (l. c. §§ 13—14).

Къ реальнымъ статутамъ авторъ относитъ:

1) статуты, регулирующіе свойство и качество недвижимостей (Chap. XXIX);

2) статуты, касающіеся наслѣдованія по закону (Chap. XXX). Главнымъ мотивомъ реальности этихъ законовъ является интересъ сохраненія имущества въ семьяхъ. Лэне [1]) отмѣтилъ непослѣдовательность Бугіе: относя исключеніе дочерей изъ наслѣдства къ личному статуту, нашъ авторъ раньше говорилъ, что „наслѣдованіе невещественное и универсальное право, которое распространяется на все имущество“ [2]);

3) статуты, устанавливающіе мѣры предосторожности въ интересахъ третьихъ лицъ (Chap. XXXI), напр. требующіе традиціи при дареніи (l. c. § 3 и сл.) или публикаціи при субституціяхъ (l. c. § 7);

4) статуты, касающіеся исполненія договоровъ и судебныхъ рѣшеній касательно недвижимостей (Chap. XXXII);

5) законы, касающіеся полиціи (Chap. XXXIII);

6) уголовные законы (Chap. XXXIV);

7) законы „противные общему праву, или явно несправедливые“ (Chap. XXXV). Сюда относятся сроки давности (l. c. § 3), ограниченія свободы, распоряженія извѣстнаго рода имуществами, право первородства и т. п. (§ 6).

Въ послѣдней главѣ своихъ „Observations“ Бугіе выставляетъ правило, вполнѣ характеризующее отношеніе его системы къ ученію Булльнуа. „Въ случаѣ сомнѣній, статутъ слѣдуетъ считать скорѣе личнымъ чѣмъ реальнымъ (Chap. XXXVI, § 6). Этого требуетъ общественная польза, такъ какъ принципъ реальности кутюмовъ источникъ неурядицы въ гражданскихъ отношеніяхъ (l. c. § 7).

Въ своихъ критикахъ труда президента Бугіе, какъ Лоранъ, такъ и Лэне, почти не касаются его теоріи публичнаго порядка. Между тѣмъ, ей посвящена обширная глава

---

[1]) Lainé II, 64.

[2]) Bouhier, Chap. XXVI: Mais qui ne sait, qu'une succession est un droit incorpurel et universel?. sa nature est de s'étendre sur tous les biens.

(Chap XXI: Par quelles Coutumes ou Statuts sont liées les personnes ou les biens et si l'on y peut déroger), имѣющая огромное значеніе для исторіи идей международнаго частнаго права.

Во первыхъ, замѣчательно уже то, что Бугіе считаетъ нужнымъ разсматривать вопросы „публичнаго порядка“ совершенно независимо отъ своего дѣленія статутовъ. Такимъ образомъ, съ одной стороны, получаются статуты экстратерриторіальные и территоріальные, съ другой, законы публичнаго и непубличнаго порядка.

Статуты публичнаго порядка называются авторомъ „запретительными“ (statuts prohibitifs, Chap. XXI и § 49). Отличительной чертой ихъ является абсолютная невозможность имъ дерогировать, которая выводится не только изъ текста, но изъ самаго духа законовъ (l. c. § 57). Затѣмъ, что особенно важно, понятіе запретительныхъ статутовъ не пріурочивается къ территоріальнымъ законамъ. Запретительные статуты прямо дѣлятся на личные и вещные (§ 74), смотря по цѣли закона (§ 78). Къ территоріальнымъ запретительнымъ законамъ относятся, напр.: ограниченіе права распоряженія всѣмъ имуществомъ по завѣщанію, запрещеніе неравномѣрнаго дѣлежа наслѣдства, такъ какъ эти нормы издаются въ интересахъ третьихъ лицъ (§ 65). Къ личнымъ (внѣземельнымъ) запретительнымъ статутамъ авторъ причисляетъ законы, касающіеся согласія родителей на женитьбу сыновей, регулирующіе участіе мужа въ договорахъ жены, или вводящіе извѣстную обязательную форму завѣщанія и пр. (§ 64). Вообще говоря, домицилированные въ предѣлахъ одного обычая не могутъ обходить своихъ законовъ заграницей; нельзя допустить такой явной насмѣшки надъ этими законами [1]). Мы

[1]) On doit même dire en général, que tous ceux, à qui la Coutume de leur domicile défend de faire une chose tenteraient inutilement d'éluder cette prohibition, en allant faire hors de l'étendue de cette coutume un acte, qu'elle aurait prohibé. Car ce serait se jouer des Loix: ce qui ne doit jamais être souffert, l. c. § 48

еще вернемся къ этой теоріи Бугіе. Теперь ограничимся замѣчаніемъ, что ученіе о публичномъ порядкѣ вполнѣ сливается въ ней съ ученіемъ объ обходѣ законовъ (in fraudem legis).

Замѣтимъ, наконецъ, что въ вопросѣ объ опредѣленіи закона, регулирующаго личный статутъ, Бугіе идетъ дальше Фролана и Буллнуа, и примѣняетъ l. originis даже къ положенію замужней женщины и къ способности завѣщать. Но его ученіе въ этомъ отношеніи очень сбивчиво и противорѣчиво [1]).

VI. Критика французской теоріи статутовъ.

Въ своемъ блестящемъ и остроумномъ резюмэ французской доктрины статутовъ проф. Арманъ Лэне отмѣчаетъ три характерныя ея черты: 1) всѣ законы раздѣлены на два класса; 2) реальность законовъ общее правило; 3) въ основаніи этой реальности лежитъ идея суверенитета законовъ, тогда какъ личное начало коренится въ идеѣ справедливости [2]).

Ошибка французскихъ статутаріевъ, по мнѣнію парижскаго профессора, заключалась въ томъ, что они стремились къ подведенію всѣхъ законовъ подъ двѣ категоріи личныхъ и реальныхъ статутовъ, что, конечно, невозможно. Одни отказываются, поэтому, отъ примѣненія своей теоріи ко всѣмъ вопросамъ, особенно къ формамъ актовъ; другіе изобрѣтаютъ смѣшанные статуты, понятіе которыхъ со стороны содержанія и дѣйствія крайне измѣнчиво и произвольно; третьи, въ особенности Бугіе, искажаютъ самое понятіе личныхъ и реальныхъ статутовъ, отождествляя ихъ съ внѣземельными и территоріальными.

Идея классификаціи законовъ по объекту оказывается недостаточной для разрѣшенія всѣхъ вопросовъ международнаго частнаго права. Однако, по мнѣнію Лэне, эта идея безусловно вѣрна для извѣстной группы юридическихъ отношеній. Нѣкоторые законы издаются безъ всякаго отношенія къ имуществу (напр. опредѣляютъ условія дѣйствительности брака,

[1]) Ср. объ этомъ Lainé II, pp. 199 — 217.

[2]) Lainé II, pp. 6 — 93.

узаконенія), другіе, наоборотъ, не имѣютъ вовсе въ виду лица (различеніе движимостей и недвижимостей). Кромѣ того, во многихъ законахъ, упоминающихъ одновременно о лицахъ и вещахъ, цѣли законодателя выясняются съ такою очевидностью, что относительно личнаго или реальнаго характера ихъ не можетъ быть сомнѣнія Законъ, запрещающій несовершеннолѣтнему продажу имѣнія, очевидно личенъ, какъ равно не можетъ быть спора на счетъ реальности статута, установляющаго сервитутъ въ пользу какого нибудь имѣнія [1]).

Мы не находимъ однако возможнымъ принять даже это сокращенное изданіе французской теоріи статутовъ. По нашему мнѣнію, замѣчательная книга Эрнеста Рогена [2]) нанесла этому ученію смертельный ударъ.

Нельзя, говоритъ Рогенъ, представить себѣ законъ, касающійся только лица, безъ отношенія къ какому нибудь объекту. Такъ называемыя юридическія свойства (qualités juridiques): несовершеннолѣтіе, подданство, дѣеспособность, и т. п., всегда разложимы на рядъ простѣйшихъ правоотношеній, характеризуемыхъ присутствіемъ явленія внѣшняго міра (phénomène extérieur) или вещи въ широкомъ смыслѣ слова. Такъ, напр., быть несовершеннолѣтнимъ, значитъ быть тѣлесно въ чьей либо власти, или быть неспособнымъ къ совершенію того или другого акта, имѣющаго всегда отношеніе къ вещи (въ широкомъ смыслѣ слова).

По мнѣнію Рогена, не существуетъ особеннаго состоянія ни лицъ, ни вещей. Существуетъ только извѣстная группировка отношеній тѣхъ и другихъ. Иногда законодатель распредѣляетъ лица на извѣстные классы (по возрасту, полу, происхожденію и пр.) и установляетъ различныя отношенія этихъ классовъ ко всякаго рода имуществу. Или же законъ группируетъ имущества, опредѣляя отношенія отдѣльныхъ видовъ вещей ко всякаго рода лицамъ. Но всѣ юридическія

---

[1]) Lainé II, pp. 27—33.

[2]) Ernest Roguin, La règle de Droit, Lausainne, 1880.

отношенія касаются и вещей и лицъ. Ренюссонъ былъ правъ, считая всѣ законы смѣшанными [1]).

Намъ кажется, что вся исторія французской доктрины статутовъ оправдываетъ мнѣніе Эрнеста Рогэна. Достаточно вспомнить всю пестроту опредѣленій личнаго и реальнаго статутовъ, данныхъ учениками Д'Аржантрэ, чтобы убѣдиться въ ложности критерія, предложеннаго учителемъ. Бретонскій комментаторъ требовалъ, чтобы личный статутъ касался всего состоянія лица (universaliter), и безъ всякой вещной примѣси (abstracte ab omni materia reali). Относить къ личному статуту одну общую дѣеспособность оказалось совершенно невозможнымъ. Шаллинъ подчиняетъ недѣеспособность во всѣхъ случаяхъ l. domicilii. Бургундусъ считаетъ личнымъ всякій статутъ, имѣющій своимъ объектомъ личный актъ. Роденбургъ, правда, требуетъ, чтобы личный статутъ или касался общаго положенія лица, или „вліялъ“ на него (turbet); но затѣмъ для особенной дѣеспособности различаетъ какъ Бургундусъ, личные и вещные акты, относя только послѣдніе къ реальному статуту. Фроланъ не считаетъ необходимымъ, чтобы личный статутъ касался общей дѣеспособности, и для того, чтобы прикрыть свое противорѣчіе доктринѣ Д'Аржантрэ, придумываетъ особенное толкованіе слова „universaliter“, которое отождествляетъ съ „primario“ [2]); другими словами, онъ сливаетъ совершенно произвольно оба требованія Д'Аржантрэ. Схоластическая система Буллыуа въ сущности только новое изданіе теоріи Роденбурга.

Та же участь постигла второе требованіе Д'Аржантрэ, по которому личный статутъ не долженъ вовсе касаться недвижимости. Мы видѣли, что ближайшіе его преемники: Шаронда, Буво, Анри, Рикаръ не рѣшаются опредѣлять способность завѣщать по l. rei sitae; Шаллинъ и Лебренъ впадаютъ въ противорѣчія; Ренюссонъ предлагаетъ даже характернымъ признакомъ личнаго статута, что онъ относится ко всему

[1]) Roguin, La règle de Droit, pp. 160—173.
[2]) Froland, I, 98.

имуществу. Роденбургъ опредѣляетъ дѣеспособность несовершеннолѣтняго къ отчужденію недвижимости по l. domicilii, а способность его къ составленію завѣщанія по l. rei sitae. Другіе смягчаютъ правило Д'Аржантрэ въ томъ смыслѣ, что личный статутъ касается только главнымъ образомъ лица. Но это вноситъ, конечно, еще большую произвольность въ разрѣшеніе частныхъ случаевъ. Такъ у Фролана способность жены къ составленію завѣщанія относится „главнымъ образомъ" къ лицу, но права отца на имущество дѣтей почему то реальны. Наконецъ, въ системѣ Буллнуа границы между личнымъ и реальнымъ закономъ передвигаются съ поразительною быстротою, благодаря измышленію гибкихъ вещно-личныхъ статутовъ. И только Бургундусъ проводитъ послѣдовательно мысль, что личный статутъ не долженъ касаться недвижимости; но именно онъ своею послѣдовательностью и довелъ это требованіе ad absurdum.

Намъ кажется, что въ основаніи французской доктрины лежитъ вѣрная мысль. Но это не дѣленіе статутовъ на реальные и личные, непригодное даже для случаевъ приводимыхъ Лэне. Заслуга Д'Аржантрэ, на нашъ взглядъ, заключается въ томъ, что онъ старался обнять все разнообразіе международныхъ отношеній частныхъ лицъ одной общею идеею. Если бы можно было провести точную грань между личными и вещными законами, мы имѣли бы для разрѣшенія конфликтовъ одинъ общій критерій, который могъ бы быть принятъ всѣми государствами, какъ не основанный на отдѣльномъ территоріальномъ воззрѣніи. Но это оказалось невозможнымъ. Ученики Д'Аржантрэ тщетно изощряются въ подновленіи красокъ, положенныхъ на картину учителемъ: цвѣта одного статута постоянно переходятъ въ цвѣта другого. Наконецъ, статутаріи останавливаются на формулѣ, что нужно сообразоваться съ тѣмъ, что законодатель имѣлъ главнымъ образомъ въ виду. Но этимъ французская школа уже возвращается къ итальянскому субъективизму и окончательно измѣняетъ идеѣ объективнаго надгосударственнаго начала. Между

тѣмъ цѣль территоріальнаго закона никогда не можетъ оправдать его распространенія за предѣлы установившей его власти.

Лучшей иллюстраціею всего этого ученія является теорія Бугіе. Въ тотъ моментъ, когда всѣ средства искусной діалектики его современника Буллнуа направлены на прикрытіе логическихъ прорѣхъ ученія, въ тотъ самый моментъ эти прорѣхи обнаруживаются съ такою очевидностью, что Бугіе принужденъ вовсе отказаться отъ опредѣленія статутовъ по содержанію.

Бугіе, однако, новаторъ только съ внѣшней стороны. И до него, личный или вещный характеръ статутовъ не могъ служить достаточнымъ объясненіемъ ихъ территоріальности или внѣземельности. Какъ справедливо указываетъ Лэне, территоріальность статутовъ коренится въ феодальномъ суверенитетѣ кутюмовъ. Неудивительно поэтому, что внѣземельность законовъ является исключеніемъ; напротивъ, замѣчательно, что это исключеніе тоже основано на правѣ. Д'Аржантрэ указываетъ на различіе развитія людей въ разныхъ климатахъ. Бургундусъ утверждаетъ, что „всякъ предполагается такимъ, какимъ его считаетъ отечественный законъ". Роденбургъ находитъ, что сама природа вещей (ipsa rei natura) указываетъ на опредѣленіе личныхъ правъ по lex domicilii. Эти доводы основаны на естественномъ правѣ. Но у Буллнуа и Бугіе мы находимъ даже проблески сознанія идеи международнаго общенія; они говорятъ объ „общественной необходимости", объ „общей пользѣ" и „братствѣ между законами". Другая мало замѣченная идея подкапывается съ самаго возникновенія французской теоріи подъ начало абсолютной территоріальности. Это идея, по которой воля частныхъ лицъ получаетъ иногда внѣземельную силу, которой лишенъ иностранный законъ.

Мы видѣли, что самъ Д'Аржантрэ допускалъ экстратерриторіальность общности брачнаго имущества, основанной на договорѣ. То же самое различіе между закономъ и договоромъ мы встрѣчаемъ у Фролана. Наконецъ, Бугіе создаетъ изъ

выраженныхъ и даже молчаливыхъ договоровъ особый классъ внѣземельныхъ статутовъ.

Такимъ образомъ, французская доктрина постепенно уходила отъ принципа абсолютной территоріальности, и Бугіе могъ въ концѣ концовъ противопоставить Буллыуа свой знаменитый парадоксъ: „Въ сомнительныхъ случаяхъ статутъ не реаленъ, а личенъ“. На самомъ дѣлѣ, оба начала, территоріальность и внѣземельность, оказались въ концѣ концовъ равноправными, но не примиренными, не объединенными одной высшей идеей. Бугіе, создавъ теорію публичнаго порядка, особенно рѣзко выяснилъ возможность столкновенія „запретительныхъ“ территоріальныхъ и экстратерриторіальныхъ законовъ. Но и онъ не далъ ключа къ разрѣшенію этого столкновенія.

Мы позволимъ себѣ формулировать свои выводы о французской теоріи статутовъ въ слѣдующихъ положеніяхъ:

1) Дѣленіе статутовъ по содержанію, на личные и вещные, основано на глубоко вѣрной идеѣ, что при разрѣшеніи вопросовъ международнаго частнаго права нужно руководствоваться объективнымъ методомъ. Д'Аржантрэ впервые помѣстилъ исходный пунктъ своей теоріи внѣ условной сферы отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ. Но онъ ошибся въ выборѣ самой отправной идеи.

2) Территоріальность законовъ во французской системѣ дѣлаетъ постепенно все большія уступки личному началу. Но уступки эти основаны не столько на лишь смутно сознаваемой идеѣ международнаго общенія, сколько на идеѣ естественнаго права.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Принципъ территоріальности.

I. Идея Comitas въ Голландской теоріи статутовъ.

§ 1. Павелъ Вутъ.

Первые зародыши голландской доктрины мы находимъ у Павла Вута (1619—1677) [1]).

Павелъ Вутъ раздѣляетъ статуты со стороны содержанія на личные и вещные, смотря потому, что они имѣютъ въ виду главнымъ образомъ (potissimum. P. Voet, l. c. Sect. IV. Cap. II, § 5). Дѣленіе это однако не имѣетъ большого значенія, такъ какъ со стороны эффекта оба вида законовъ совпадаютъ.

По мнѣнію Павла Вута, никакой статутъ, касается-ли онъ лица или вещи, по праву не долженъ дѣйствовать внѣ территоріи (Paul Voet, l. c. Sectio IV, Cap. II, § 7: quia nullum statutum, sive in rem, sive in personam, si de ratione juris civilis sermo instituatur sese extendit ultra statuentis territorium). Внѣземельная сила статутовъ основана исключительно на соображеніяхъ вѣжливости, удобства или интереса, на томъ, что называется однимъ словомъ „comitas“, (denique nonnunquam, dum populus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspectos effectu, solent egredi, P. Voet, l. c. Sect. IV, Cap. II, § 17).

Эта „comitas“ не заставляетъ автора дѣлать значительныя уступки идеѣ международнаго общенія. Личный статутъ въ его теоріи постоянно уступаетъ закону мѣстонахожденія недвижимости, напр. въ вопросахъ совершеннолѣтія (Cap. III, §§ 3—4), способности завѣщать (l. c. §§ 11—12) узаконенія (l. c. § 15). Если движимости подпадаютъ l. domicilii,

[1]) Paul Voet, De Statutis eorumque concursu, Bruxellis 1715. Ср. Lainé II, pp. 97—99 и 172; Laurent I, 452—457.

то только потому, что онѣ считаются находящимися въ мѣстѣ жительства лица (cap. II, § 8).

Вутъ отступаетъ, однако, отъ принципа территоріальности въ двухъ случаяхъ, не прибѣгая къ пресловутой Comitas. Во-первыхъ, онъ признаетъ, что законы, касающіеся формы, отчасти территоріальны, отчасти внѣземельны, почему онъ считаетъ ихъ смѣшанными ab effectu (l. c. Cap. II, § 4). Во-вторыхъ, мы находимъ у него старинное заблужденіе, будто воля иностранныхъ частныхъ лицъ можетъ дерогировать территоріальнымъ законамъ (l. c. sect. IV, Cap. II, § 15: ut etiam, si statuto in uno territorio, contractus accesserit, seu partium conventio, etiam si in rem sit conceptum, sese extendet ad bona, extra jurisdictionem statuentium sita). Поэтому общность брачнаго имущества, основанная на договорѣ, сохраняетъ силу въ государствѣ, ея не признающемъ (Cap. II, § 16), тогда какъ та же общность, основанная на личномъ законѣ, лишена внѣземельной силы (l. c. Cap. III, § 9).

§ 2. Іоаннъ Вутъ.

(Iohannes Voet) [1]).

Теорія Іоанна Вута (сына Павла) изложена въ его комментаріи Пандектнаго права [2]), въ отдѣлѣ, озаглавленномъ de statutis. Вопросы столкновенія законовъ авторъ разсматриваетъ съ трехъ точекъ зрѣнія. Сначала онъ установляетъ требованія права (quid ex summo jure obtinere debeat); затѣмъ указываетъ уступки во имя международной вѣжливости (quid ex comitate gens genti circa statutorum decretorumque extensionem ultra territorium statuentis liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiatur, ultro citroque, Voet, l. c. § 1); наконецъ, отмѣчаетъ границы, въ предѣлахъ которыхъ для частныхъ лицъ возможно дерогировать законамъ. Эти правила

[1]) Ср. Lainé, II, 99 — 107; 171 — 183; 388 — 393. Laurent, I, 457—484.

[2]) Iohannes Voet, Commentarius ad Pandectas, Tomus Primus. Lib. I, Tit. IV, Pars II, Editio Hagae-Comitum 1726.

авторъ впервые объявляетъ примѣнимыми не только къ отношеніямъ провинцій, но и государствъ, между собою (l. c. § 1).

Іоаннъ Вутъ принимаетъ дѣленіе статутовъ по объекту на личные (касающіеся главнымъ образомъ лица), реальные (относящіеся преимущественно къ имуществу) и смѣшанные; подъ послѣдними онъ разумѣетъ акты (I. Voet, l. c. §§ 2—4). Однако, это дѣленіе чисто формальное, такъ какъ по праву всѣ статуты объявляются территоріальными. Власть законодателя не можетъ простираться за предѣлъ территоріи (neque realia, neque personalia, neque mixta, operari per se quicquam posse ultra statuentis territorium, l. c. § 5).

Относительно реальныхъ статутовъ это очевидно само собою (§ 6). Но и личные законы не могутъ получить внѣземельной силы. Что въ самомъ дѣлѣ принуждаетъ Утрехтскаго судью признать дѣеспособность голландца, находящагося на его территоріи и основывающаго ее на голландскихъ законахъ? (ita laborat injustitia, per suam sententiam alteri dictare velle alterius loci magistratui, l. c. § 7). Ссылки на римское право не могутъ служить доводомъ въ пользу внѣземельности личныхъ статутовъ: въ настоящее время нѣтъ единства императорской власти, которая могла бы сдѣлать обязательными постановленія одного судьи для другого (l. c. § 8).

Есть, правда, возраженія, основанныя на принципѣ справедливости, на природѣ вещей (ipsa rei natura), и они, повидимому, серьезнѣе. Указываютъ на всю несообразность и неудобства правопорядка, при которомъ переходъ черезъ границу мѣняетъ весь юридическій обликъ индивида. Эти неудобства не ускользаютъ отъ Вута. Онъ устраняетъ ихъ однако соображеніемъ, что вѣдь и территоріальность реальныхъ (напр. наслѣдственныхъ) законовъ имѣетъ несомнѣнныя неудобства. Между тѣмъ она безспорна (l. c. § 8). Такимъ образомъ, личныя права иностранца будутъ обсуждаться по закону мѣстонахожденія его самого или его имущества. За туземнымъ законодателемъ остается, конечно,

право не признавать актовъ туземцевъ за границей, если они противны его законамъ и даже наказывать ихъ (l. c. § 9).

Та же аргументація повторяется для доказательства территоріальности смѣшанныхъ законовъ. Нельзя принудить законодателя считать дѣйствительнымъ завѣщаніе, касающееся его территоріи, но составленное въ иностранной формѣ. Конечно, неудобно требовать столько же завѣщаній, сколько различныхъ завѣщанныхъ земель. Но такое требованіе безусловно основано на строгомъ правѣ, по которому, вообще говоря, всякій статутъ теряетъ свою силу внѣ предѣловъ территоріи, въ которой онъ изданъ (perdere omnino officium suum statuta extra territorium statuentis, l. c. § 11).

Но послѣдовательное проведеніе принципа строгой территоріальности привело бы къ правовой войнѣ; власти каждаго государства будутъ нарушать и уничтожать законы остальныхъ и подвергатися, конечно, jus talionis. Поэтому нужно до извѣстной степени отказаться отъ строгостей права (rigor), и взаимной доброжелательностью (mutua comitate) приходить на помощь другъ другу (l. c. § 12).

Эта comitas никогда не смягчаетъ принципа территоріальности по отношенію къ недвижимостямъ. Но ею одною можно объяснить существованіе правила „mobilia personam sequuntur“, такъ какъ отъ государства дѣйствительнаго мѣстонахожденія вещи всегда зависитъ не признать фикціи, будто она находится въ мѣстожительствѣ лица (l. c. §§ 11 — 12).

Та же comitas привела къ подчиненію формъ акта закону мѣста совершенія. Не говоря уже о томъ, что иногда трудно знать законы мѣста нахожденія имущества, непринятіе правила „locus regit actum“ крайне стѣснило и запутало бы гражданскія отношенія (l. c. § 13). Правило это, конечно, факультативно, и каждый воленъ соблюсти формы l. domicilii или l. rei sitae (l. c. § 15). Наконецъ, правило теряетъ свою силу, если кто нибудь заключаетъ сдѣлку за границей въ обходъ туземнаго закона (in fraudem statuti (l. c. § 14).

Понятіе comitas признается самимъ Вутомъ очень ра-

стяжимымъ. Онъ рекомендуетъ, поэтому, заключеніе международныхъ договоровъ для установленія прочной взаимности (l. c. § 17).

Въ послѣдней части своей диссертаціи, Вутъ устанавливаетъ значеніе запретительныхъ статутовъ (§§ 18—22), законовъ, содержащихъ выраженное запрещеніе чего-либо (prohibitive dicuntur, quibus nominatim vetitum, ne quid fiat, § 18) и не допускающихъ уклоненій частныхъ лицъ. Они отличаются отъ простыхъ отрицательныхъ статутовъ, которымъ можетъ дерогировать воля частныхъ лицъ, туземцевъ или иностранцевъ [1]). Отрицательнымъ статутамъ можно дерогировать и т. наз. молчаливыми договорами (tacitae et praesumtae pactiones), а именно, когда воля сторонъ не достаточно выражена, то предполагается, что она совпадаетъ съ l. domicilii. Однако, при отсутствіи всякаго дѣйствія со стороны лица, эта презумція падаетъ и примѣняется территоріальный законъ (напр. при наслѣдствахъ ab intestato, l. c. § 21).

§ 3. Губеръ.

(Ulric Huber, 1636—1694) [2]).

Самымъ типичнымъ выраженіемъ голландской теоріи является небольшая диссертація Ульрика Губера, озаглавленная „De Conflictu Legum diversarum in Diversis Imperiis“ [3]).

Губеръ ставитъ во главѣ своего разсужденія три „аксіомы“ (axiomata): 1) законы каждаго государства дѣйствуютъ на всѣхъ подвластныхъ, но только внутри территоріи; 2) подвластными считаются всѣ лица, находящіяся постоянно или временно въ предѣлахъ государства; 3) государственные пра-

[1]) Примѣръ отрицательнаго статута: бракъ не влечетъ за собою ipso jure общности имущества супруговъ, которымъ не возбраняется однако ее стипулировать.

[2]) Ср. Lainé II, 107—108; 183—188; 406.

[3]) Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis, Pars Altera, Liber I, Titulus III; Lipsiae 1707.

вители придерживаются изъ вѣжливости (comitas) правила, по которому права каждаго народа, упражненныя въ сферѣ его компетенціи, признаются повсюду, поскольку не наносятъ ущерба власти или праву другого управителя и его гражданъ. (I. Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem Rei publicae omnesque ei subjectos obligant, nec ultra. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur. III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur, Huber, l. c. § 2). Эта вѣжливость, эта comitas, заставляющая отступить отъ принципа строгой территоріальности, основана на молчаливомъ согласіи народовъ, вызываемомъ ихъ интересами (hanc rem non ex simplici jure Civili, sed ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam, l c. § 2); было бы слишкомъ неудобно (nihil foret magis incommodum), если бы права, законно пріобрѣтенныя въ одномъ государствѣ, поражались бы постоянно иностранными законами.

Эти свои правила Губеръ поясняетъ нѣкоторыми примѣрами. На основаніи первой „аксіомы“, форма актовъ должна обязательно соотвѣтствовать закону мѣста совершенія (cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt, l. c. § 3); вторая требуетъ, чтобы этотъ законъ соблюдался и иностранцами, какъ временноподданными; наконецъ, въ силу третьей, l. loci actus дѣйствуетъ и на иностранную недвижимость (l. c. § 4). По тому же закону обсуждается внутренняя сила договоровъ: цѣну товаровъ, проданныхъ въ странѣ, гдѣ эта продажа дозволена, можно взыскивать даже въ судахъ страны, запрещающей такую продажу (§ 5). Точно также по l. loci actus должна обсуждаться дѣйствительность брака (Si licitum est eo loco, ubi contractum et celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, praejudicii aliis non creandi, l. c. § 8), если это не нарушаетъ ничьихъ интересовъ и если бракъ

не представляется преступленіемъ, напр. кровосмѣшеніемъ (cui licet addere, si exempli nimis sit abominandi, ut si incestum juris gentium in secundo gradu contingeret alicubi esse permissum; quod vix est ut usu venire possit). Такъ напр., въ Фрисландіи для дѣйствительности брака достаточно одного согласія брачущихся и не требуется участія церкви; въ Голландіи это участіе обязательно; тѣмъ не менѣе браки фрисландцевъ, заключенные per nudum consensum на родинѣ, будутъ считаться дѣйствительными въ Голландіи. Но за то государство не можетъ допустить, чтобы его подданные обходили законы о бракѣ заграницей (quia sic jus nostrum pessimis exemplis eluderetur). И Губеръ энергично высказывается за признаніе ничтожными браковъ, заключенныхъ туземными несовершеннолѣтними заграницей для обхода законовъ, требующихъ согласія опекуновъ (l. c. § 8).

Для личныхъ правъ Губеръ создаетъ довольно оригинальную систему. Самыя „юридическія свойства“ лица, разъ установленныя (очевидно по lex domicilii) остаются всюду одними и тѣми же, но послѣдствія, вытекающія изъ этихъ свойствъ, опредѣляются особо (Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri et personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subjecti sunt, fruantur et Subjiciantur, l. c. § 12). Такъ лица, находящіяся у насъ подъ опекою или попечительствомъ, считаются повсюду таковыми; но права, вытекающія изъ этого положенія, опредѣляются по закону ихъ мѣстонахожденія (l. c. § 12). Фрисландскій сынъ семейства, не обладающій правомъ составлять завѣщанія, получаетъ его въ Голландіи, такъ какъ неприличествуетъ голландцамъ судить у себя дома по иноземному закону (nec civile sit, ut Batavi de negotio apud se gesto, suis legibus neglectis, secundum alienas judicent, l. c. § 13). Такое завѣщаніе не будетъ, конечно, признано во Фрисландіи, но за то во всѣхъ остальныхъ странахъ, законы которыхъ не обойдены (quia cessat ibi illa ratio eludendi juris patrii per suos cives § 13). Это

мѣсто наглядно обнаруживаетъ всю безцѣльность различенія „качествъ“ лица и ихъ „послѣдствій“.

II. Идея Comitas въ XIX вѣкѣ.

§ 1. Стори.

Теорія „Comitas“ нашла себѣ особенно благодарную почву въ Америкѣ.

Самымъ виднымъ представителемъ американской школы является Стори († 1845) [1]), выставляющій, подобно Губеру, три руководящихъ начала (general Maxims).

По первому каждой націи принадлежитъ „исключительный суверенитетъ (exclusive sovereignty)“ въ предѣлахъ территоріи (§ 18). Существеннымъ признакомъ этого суверенитета является отрицаніе всякой высшей власти (it is an essential attribute of every sovereignty, that it has no admitted superior, l. c. § 8); поэтому законодательная сфера государства охватываетъ всѣ лица, вещи и акты, приходящіе въ соприкосновеніе съ территоріей (§ 18).

Второй принципъ логически вытекаетъ изъ перваго. Законы каждаго государства безсильны за предѣлами территоріи. Они не имѣютъ внутренней обязательной силы (intrinsic force) ни по отношенію къ иностранному законодателю (§ 7), ни даже относительно собственныхъ подданныхъ, находящихся за границей (§ 20).

III. Наконецъ, если нѣкоторые законы и получаютъ экстратерриторіальную силу, то исключительно по доброй волѣ территоріальной власти (§ 23).

Эти правила, конечно, только переложеніе аксіомъ Губера, авторитетъ котораго въ глазахъ Стори безспоренъ (§ 31).

Въ сочиненіи Стори субъективный характеръ „Comitas“ выступаетъ особенно рѣзко. Правда, онъ сознаетъ, что эта „доброжелательность“ вызвана взаимными интересами наро-

[1]) Joseph Story, Commentaries on the Conflict of laws, Boston 1865.

довъ (§ 35); тѣмъ не менѣе она создаетъ только „несовершенное обязательство“ (imperfect obligation § 33). Каждое государство верховный судья (final judge) въ вопросѣ о свойствѣ и мѣрѣ своихъ международныхъ обязанностей; оно никогда не допуститъ вліянія иностраннаго закона, противнаго его политикѣ или интересамъ. Суды примѣняютъ не свою comitas, а comitas государства (comity of nation § 38).

Сочиненіе Стори содержитъ богатѣйшій матеріалъ для созданія системы положительнаго международнаго права. Однако авторъ склоненъ видѣть и въ юриспруденціи и въ наукѣ одни противорѣчія и постоянно повторяетъ, что не существуетъ никакихъ общихъ началъ, соблюденіе которыхъ связывало бы народы между собою (§ 73). Такъ напр., каждая нація можетъ по своему усмотрѣнію опредѣлять дѣеспособность или по l. domicilii, или по l. originis, или по lex loci contractus; въ своемъ выборѣ она будетъ руководствоваться собственными „насущными интересами“ (substantial interests, § 106). Самъ Стори склоняется въ пользу l. loci contractus и находитъ, что общее подчиненіе личныхъ правъ legi domicilii было бы нежелательнымъ (§ 98); это однако нисколько не мѣшаетъ ему виндицировать отечеству право обсуждать дѣйствія подданныхъ за границей по туземнымъ законамъ, другими словами, принять пресловутую теорію in fraudem legis: вѣдь каждое государство всесильно въ своей сферѣ. А съ другой стороны онъ говоритъ, что французы создали слишкомъ опрометчивую доктрину (bold doctrine), когда объявили, что браки ихъ соотечественниковъ, заключенные за границей для обхода туземныхъ законовъ, всюду недѣйствительны. Другія страны, конечно будутъ судить по своимъ законамъ и пренебрегутъ французскими (other countries will follow their own law, and disregard that of France, § 90; ср. также § 76).

Иногда Стори старается опредѣлить свойство національныхъ интересовъ, способныхъ пріостановить дѣйствіе иностраннаго закона. Такъ бракъ, дѣйствительный по l. loci contractus, признается повсюду, если онъ не создаетъ кровосмѣ-

шенія или полигаміи (§ 113a). Однако, авторъ тутъ же спѣшитъ прибавить, что каждый народъ долженъ самъ опредѣлить понятіе этихъ двухъ преступленій (§ 114a), чѣмъ, конечно, опять открывается просторъ субъективному усмотрѣнію. Въ нѣкоторыхъ другихъ мѣстахъ мы встрѣчаемъ квази — объективныя начала; такъ подчиненіе контрактовъ закону мѣста исполненія кажется автору „выводомъ естественной справедливости“ (result of natural justice, § 280). Правило „mobilia personam sequuntur“ основано на общей выгодѣ народовъ (general convenience, § 379). Но все это случайныя отступленія отъ общаго, постоянно повторяемаго принципа. Каждая нація имѣетъ свою систему международнаго права, наиболѣе гармонирующую съ ея учрежденіями, интересами, политикой (ср. въ особенности §§ 22, 73, 98, 106). Поэтому неудивительно, что Стори соглашается съ судьею Портеромъ, который находитъ, что начало Comity есть и должно быть неопредѣленнымъ; оно приспособляется къ „разнообразію обстоятельствъ“ (variety of circumstances, Story, l. c § 28).

§ 2. Берджъ.

На той же идеѣ строгой территоріальности построено сочиненіе современника Стори—англичанина Берджа [1]). Каждый законъ дѣйствуетъ только въ предѣлахъ своей территоріи (p. 1), но за то охватываетъ всѣ лица, вещи и акты, приходящія въ касательство съ этой территоріею (p. 2). Comitas оправдывается общими интересами народовъ (p. 5). Въ дальнѣйшемъ изложеніи Берджъ выставляетъ 31 „главный принципъ“ своей доктрины (pp. 25—29), въ которыхъ почти буквально воспроизводитъ схоластическую систему Булльнуа.

§ 3. Уитонъ.

Сѣверо-американецъ Уитонъ (1785—1848) тоже отрицаетъ юридическую обязанность государствъ признавать ино-

[1]) Burge, Commentaries on Colonial and Foreign Laws, London, 1838.

странные законы [1]): каждая нація примѣняетъ comitas, такъ какъ находитъ въ этомъ выгоду.

§ 4. Кальво.

Аргентинцу Кальво правила Губера кажутся „вполнѣ согласными со строгою справедливостью и вполнѣ гармонирующими съ потребностями международной жизни“. Такое одобреніе Губера особенно характерно въ устахъ знаменитаго писателя и дипломата конца XIX вѣка [2]).

§ 5. Феликсъ.

На европейскомъ континентѣ теорія Comitas нашла себѣ поборника въ лицѣ француза Феликса (1791—1853), сочиненіе котораго было весьма популярно въ первой половинѣ нашего вѣка [3]).

По мнѣнію автора уже изъ самаго равенства націй слѣдуетъ, что власть государства совпадаетъ съ его границами (§ 10) и распространяется за нихъ только вслѣдствіе „концессіи“ иностраннаго правительства (§ 12); это послѣднее руководствуется соображеніями своей выгоды и, конечно, не допуститъ примѣненія иностранныхъ законовъ, противныхъ правамъ территоріальнаго суверенитета или интересамъ подданныхъ (§ 15).

Но въ основаніе своей системы Феликсъ кладетъ теорію статутовъ, разсматривая отдѣльно права касающіяся лицъ, вещей и актовъ.

Вообще изложеніе его весьма невыдержано и произвольно. Мы находимъ у него и дѣленіе статутовъ по объекту, который имѣется главнымъ образомъ въ виду (§ 22), и отголоски системы Рикара (§ 67); отвергнувъ смѣшанные статуты (§ 21), онъ все-таки проводитъ тройную классификацію.

---

[1]) Wheaton, Elements of International Law, Ed. Boyd, 1880, § 79.

[2]) Ch. Calvo, Le droit international théorique et pratique, Ed. 1888, Tome II, §§ 514—515, 517 и въ особенности § 519.

[3]) Foelix, Traité du Droit International Privé. Ed. Demangeat, 1866.

Наконецъ, какой вообще смыслъ имѣетъ статутарная теорія, авторъ, которой отрицаетъ всякое юридическое значеніе экстратерриторіальныхъ законовъ (§ 57)?

§ 6. Рокко.

Къ этой же группѣ писателей слѣдуетъ отнести неаполитанца Николая Рокко [1]), сочиненіе котораго построено на системѣ Роденбурга, и грѣшитъ тою же двойственностью мотивовъ экстерриторіальности, что и книга Феликса.

Сначала авторъ заявляетъ, что законъ личенъ, или вещенъ, смотря по тому, что его главный объектъ (pp. 10, 13). Такъ, статутъ, касающійся власти мужа надъ женою личенъ (p. 10); а законъ, запрещающій даренія между супругами, реаленъ, такъ какъ не отражаетъ юридическаго положенія супруговъ (p. 12). Но затѣмъ мы встрѣчаемъ извѣстныя идеи Губера и Стори, въ формѣ слѣдующихъ двухъ принциповъ (p. 110): „I. Строгая территоріальность всѣхъ законовъ основана на общемъ политическомъ правѣ“ (diritto politico commune). II. Экстратерриторіальность основана на добровольномъ международномъ правѣ (jus gentium voluntarium). Хотя никакая необходимость не заставляетъ націй признавать иностранныя постановленія (p. 112), тѣмъ не менѣе „правители государствъ молчаливо условились взаимно признавать: качества лицъ, установленныя закономъ мѣстожительства; форму актовъ, соотвѣтствующую закону мѣста совершенія, и вообще благопріобрѣтенныя права; все это, однако, подъ условіемъ, что суверенитетъ не потерпитъ ущерба“ [2]).

Заботы объ охраненіи правъ суверенитета заставляютъ Рокко въ каждомъ юридическомъ отношеніи тщательно отдѣлять частный элементъ отъ публичнаго. Правило „mobilia personam sequuntur“ теряетъ свою силу, въ вопросахъ о конфискаціи (pp. 122 — 133). Правило locus regit actum теряетъ

[1]) Nicola Rocco, Dell'usu e autorita delle leggi del regno delle due Sicilie, Napoli 1837.

[2]) Sol che alla sovranità altrui non si arrechi alcun detrimento p. 116.

силу, если въ мѣстѣ исполненія предписаны извѣстныя формы въ интересахъ общественной пользы (p. 298). Договоры, законно заключенные въ одномъ государствѣ, признаются въ другомъ, по сколько это совмѣстимо съ „прерогативами и правами суверенитета“ (p. 393). Словомъ, идея публичнаго порядка является безусловно господствующей, и разстраиваетъ органическую систему Роденбурга, составляющую какъ бы нижній слой теоріи автора. Поэтому нельзя не согласиться съ Пьерантони, называющимъ книгу Рокко скорѣе „рядомъ ученѣйшихъ диссертацій, чѣмъ методическимъ трактатомъ“ [1]).

§ 7. Графъ Варель-Соммьеръ [2]).

Въ самое послѣднее время въ защиту принципа „comitas“ выступилъ французскій писатель графъ Варель-Соммьеръ.

Авторъ сводитъ теорію статутовъ къ шести главнымъ принципамъ.

1. По оригинальному выраженію автора, „гражданское общество рождается отъ квази-контракта соприкосновенія“ (la Société civile naît du quasi-contract de contact). Иностранцы, входящіе въ государство, ipso facto вступаютъ въ гражданское общеніе съ туземцами и становятся такими же подданными какъ и они (§ 24). Поэтому законы, изданные территоріальной властью, управляютъ всѣми актами, совершаемыми на территоріи, или касающимися имущества на ней находящагося (§§ 17, 26). За отечествомъ иностранцевъ остается, конечно, право не признавать компетенціи этихъ законовъ (§ 30).

---

[1]) Aug. Pierantoni, Storia degli Studi del Diritto Internazionali in Italia 1869, p. 106. Теорія „Comitas“ принимается также итальянскимъ профессоромъ Казанова (Del Diritto Internazionale, Lezioni dei prof. Ludovico Casanova con introduzione e note copiosissime dell'Avvocato Emilio Brusa 1876, Vol. II pp. 342 — 343).

[2]) Comte de Vareilles-Sommières „La Synthèse du Droit International Privé“ Revue catholique des Institutions et du Droit, années 1894 — 1897.

2. За предѣлами издавшей ихъ власти статуты не управляютъ дѣйствіями ни туземцевъ, ни иностранцевъ (§ 33). Отъ иностранныхъ государствъ территоріальный законодатель можетъ только требовать, чтобы его законы признавались, поскольку они касаются дѣйствій его подданныхъ, совершенныхъ на національной территоріи (§ 38). Отъ собственныхъ подданныхъ онъ можетъ, конечно, требовать соблюденія національныхъ законовъ и за границей (§ 37).

3. Третій принципъ составляетъ исключеніе изъ двухъ первыхъ. Въ силу его, государство признаетъ иностранные законы о лицахъ, разъ оно считаетъ ихъ дѣйствительно соотвѣтствующими потребностямъ иностранцевъ и если примѣненіе ихъ не представляетъ неудобствъ. Иностранный законъ никогда не примѣняется по праву (de plein droit), а только „propter comitatem“ (§§ 53, 54, 56, 58).

4. Правило „mobilia personam sequuntur“ основано на предположеніи, что движимости всегда находятся въ мѣстѣ жительства лица, и поэтому выражаетъ обязанность государства случайнаго ихъ мѣстонахожденія относительно ихъ владѣльцевъ (§§ 80—83).

5. Въ той области гражданскаго права, которая оставлена усмотрѣнію сторонъ (т. е. въ области т. наз. диспозитивнаго права), эти послѣднія могутъ, конечно, подчиниться и иностранному праву (§ 87, 89).

6. Правило „locus regit actum“ должно быть признано повсемѣстно, поскольку оно касается актовъ, совершенныхъ въ мѣстной формѣ мѣстными же подданными. Не признавая такихъ актовъ, иностранныя государства придаютъ своимъ собственнымъ законамъ обратную силу (§ 98). Что же касается силы правила относительно иностранцевъ, то оно обязательно съ точки зрѣнія государства, на территоріи котораго совершается актъ, и факультативно съ точки зрѣнія отечества контрагентовъ или lex rei sitae (§§ 106, 108). Актъ можетъ считаться дѣйствительнымъ въ одномъ, и ничтожнымъ въ другомъ государствѣ; третьи страны признаютъ его силу, въ

случаѣ онъ дѣйствителенъ по одному изъ компетентныхъ законовъ (§ 111).

Территоріальность законовъ является, такимъ образомъ, общимъ правиломъ. Примѣненіе иностраннаго личнаго статута крайне неудобно, приводитъ къ установленію привилегій и разрушаетъ авторитетъ и единство территоріальнаго законодательства. „Обременительное гостепріимство не есть правовая обязанность“ [1]). Съ другой стороны примѣненіе территоріальнаго статута не заключаетъ въ себѣ никакой несправедливости по отношенію къ самимъ иностранцамъ.

Не говоря уже о томъ, что національные законы не всегда соотвѣтствуютъ природѣ иностранца, и среди подданныхъ территоріальнаго государства находятся индивиды, неподходящіе подъ нормальный типъ, для котораго изданы территоріальные законы, и тѣмъ не менѣе ему подчиненные. Иностранецъ можетъ даже самъ желать своего уравненія съ туземцами, и если его волю считать недостаточной въ виду „естественнаго“ характера національнаго закона, то пришлось бы ему отказать и въ натурализаціи. Нельзя также ссылаться на необходимость единства статуса лица; это вопросъ „юридическаго искусства“ (art juridique), а не права: нѣтъ ничего несправедливаго въ томъ, чтобы одно и тоже лицо считалось дѣеспособнымъ въ одномъ и недѣеспособнымъ въ другомъ государствѣ (§§ 132—141).

Говорятъ, что примѣненіе территоріальнаго личнаго закона къ иностранцамъ нарушаетъ иностранный суверенитетъ; но съ этой точки зрѣнія можно было бы требовать примѣненія къ иностранцамъ не только личныхъ, но всѣхъ вообще національныхъ законовъ (§§ 142—145). Между тѣмъ, разъ за государствомъ признаютъ право не допускать вовсе иностранцевъ на свою территорію, трудно отрицать его право обставить допущеніе извѣстными условіями (§ 149).

Такимъ образомъ, не справедливость, а только соображенія пользы и интереса могутъ заставить суверена примѣнить

[1]) „L'hospitalité onéreuse n'est pas un devoir de justice“ § 131.

иностранный личный статутъ. Справедливость лишь добавочный элементъ: разъ примѣненіе иностраннаго закона повлечетъ за собою выгоду бо́льшую, чѣмъ неудобства, соединенныя съ его примѣненіемъ — то это примѣненіе требуется и справедливостью (§ 151 — 152) [1]).

Разсужденія графа де-Варель-Соммьеръ основаны на въ корнѣ невѣрной мысли, будто единство юридическаго положенія (status) лица не есть требованіе права, а только юридической техники. Это единство требуется именно правомъ— правомъ международнаго общенія. Это право не можетъ допустить, чтобы положеніе иностранцевъ всецѣло зависѣло отъ произвола территоріальнаго законодателя, и ставитъ ему границы.

Постановкою этихъ границъ умаляется однако только произволъ, а не суверенитетъ территоріальнаго законодателя. Международное право опредѣляетъ компетенціи и разграничиваетъ сферы дѣйствія различныхъ законовъ, но не нарушаетъ одного въ ущербъ другому.

Не съ территоріальной, а съ международной точки зрѣнія слѣдуетъ рѣшить вопросъ, перевѣшиваютъ ли удобства или неудобства примѣненія иностранныхъ законовъ. Территоріальный законодатель, отвергающій законъ иностранныхъ государствъ, не даетъ этимъ государствамъ ничего взамѣнъ, такъ какъ оставляетъ за собою право не признавать актовъ своихъ подданныхъ, совершенныхъ за границей по мѣстнымъ законамъ. Международный законодатель, предписывающій территоріальное примѣненіе иностраннаго закона, даетъ ему въ

[1]) Авторъ предлагаетъ и критерій территоріальности закона — слѣдуетъ обращать вниманіе на то, имѣетъ ли законъ смыслъ (raison d'être) одинаково для туземцевъ или иностранцевъ. Законъ, установляющій срокъ, до истеченія котораго вдова не можетъ вступать въ новый бракъ, основанъ на соображеніяхъ, дѣйствительныхъ и для туземцевъ и для иностранцевъ; того же нельзя сказать о законѣ, установляющимъ бракоспособность женщины въ 15 лѣтъ (§ 223). Мы затрудняемся видѣть въ этомъ „критеріи“, что либо другое, кромѣ указанія на необходимость интерпретировать волю территоріальнаго законодателя.

то же время право требовать аналогичнаго примѣненія туземнаго права за границей. „Обременительное гостепріимство" при такихъ условіяхъ обращается въ разумное стѣсненіе своего произвола, во имя общаго, и слѣдовательно собственнаго блага.

Другіе аргументы графа Варель-Соммьера тоже не выдерживаютъ критики. Сравнивая иностранцевъ съ подданными, не подходящими подъ средній типъ, который имѣлъ въ виду законодатель, авторъ забываетъ, что подданные, недовольные законами своего отечества, могутъ экспатріироваться. Что же касается желанія иностранцевъ подчиниться территоріальнымъ законамъ, то они не имѣютъ на это права безъ согласія своего отечества. Натурализація и освобождаетъ ихъ отъ этой зависимости. Наконецъ, что касается права государства допускать иностранцевъ только условно на свою территорію, мы возразимъ, что регулированіе положенія иностранцевъ входитъ въ компетенцію международнаго права цивилизованныхъ народовъ. Право это не можетъ допустить ни безправія иностранцевъ, ни полной ассимиляціи ихъ туземцамъ, которая можетъ имѣть для нихъ иногда самыя пагубныя послѣдствія.

На нашъ взглядъ, графу Варель-Соммьеру не удалось реабилитировать ни теоріи статутовъ, ни принципа Comitas. Заслуга его заключается въ томъ, что онъ далъ очень рельефное доказательство юридической несостоятельности этого ученія, въ которомъ справедливость является „добавочнымъ элементомъ".

III. Современная англійская доктрина.

§ 1. Филлиморъ.

Въ англійской доктринѣ конца нашего вѣка территоріальный принципъ получилъ очень любопытное видоизмѣненіе. Примѣненіе иностраннаго закона уже не ставится въ зависимость отъ одного произвола. Но международное частное право считается обязательнымъ для англійскаго судьи только на основаніи фикціи, что оно составная часть англійскаго права

Переходомъ къ такому воззрѣнію служитъ книга Филлимора [1]). Авторъ употребляетъ, правда, еще терминъ Comitas и даже видитъ отличительный признакъ международнаго частнаго права въ томъ, что оно не основано на юридическихъ основахъ и не допускаетъ санкціи посредствомъ войны (I, XVI). Но весь духъ сочиненія противорѣчитъ такому утвержденію, и можно указать много мѣстъ, гдѣ оно прямо опровергнуто.

Такъ, говоря о молчаливомъ признаніи государствами иностранныхъ законовъ, Филлиморъ выводитъ его не только изъ соображеній взаимныхъ выгодъ и интересовъ, но и изъ принциповъ „всемірной справедливости“ (Phillimore, IV, § III). Хотя иностранный законъ и не имѣетъ самъ по себѣ обязательной силы (IV, § VIII, прим. f), тѣмъ не менѣе національный судья не долженъ забывать, что jus gentium построено на гипотезѣ существованія общаго права для всѣхъ государствъ (a common law for a Commonwealth of States, IV, § IX). Наконецъ, истинная доктрина автора выясняется вполнѣ при сопоставленіи слѣдующихъ двухъ положеній. Международное право есть право каждой страны (IV, § X). Каждое государство должно разрѣшить своему судьѣ считать иностранный законъ однимъ изъ источниковъ своихъ рѣшеній; тогда судья будетъ примѣнять къ спорному правоотношенію тотъ законъ, которому оно подчинено по самой своей природѣ (in its true nature, IV, § XI).

Что по мысли Филлимора территоріальный законъ не можетъ произвольно исключать дѣйствія иностраннаго, явствуетъ, между прочимъ, изъ его теоріи публичнаго порядка. Иностранные законы лишаются своей силы: 1) если они носятъ политическій характеръ, грозящій безопасности или публичнымъ интересамъ государства (IV, §§ XIII—XIV); 2) если ихъ признанію препятствуютъ религіозныя или нравственныя соображенія (IV, § XV); 3) если они установляютъ институты, исключительно свойственные иностранному праву (IV,

[1]) Philimore, Commentaries upon International Law or Comity, 1874.

§ XVI), напр. рабство, ограниченія правоспособности евреевъ. Въ остальныхъ случахъ иностранный законъ, очевидно, имѣетъ право на признаніе. Принятіе теоріи Стори по мнѣнію автора ознаменовало бы конецъ международнаго частнаго права, основаннаго на идеѣ общенія государствъ (IV, § CCCLXXXIII). Даже практика американскихъ судовъ, примѣняющихъ въ сомнительныхъ случаяхъ l. fori. кажется автору очень спорной (very questionable, I, § XVII).

Такимъ образомъ, можно сказать, что по мнѣнію Филлимора международное частное право рецепировано англійскимъ. Основы этой рецепціи коренятся въ идеяхъ международнаго общенія и естественнаго права, которыя часто сливаются у автора. И тѣ же идеи служатъ обыкновенно для опредѣленія матеріальныхъ нормъ нашей науки. Говоря напр., о формахъ договоровъ, Филлиморъ считаетъ нужнымъ доискиваться принциповъ, основанныхъ на истинной природѣ вещей (the Reason of the Thing) и сообразоваться также съ принятіемъ этихъ принциповъ въ практикѣ цивилизованныхъ государствъ (Phillimore, IV, § DCXXIII). Точно также опека подчиняется l. domicilii, такъ какъ это въ природѣ вещей (IV, § DLXV); содержаніе облигацій обсуждается по l. loci solutionis, такъ какъ здѣсь ея корень (seat, IV § DCLI). Вообще вліяніе доктрины Савиньи и Бара сказывается на каждомъ шагу. Эта доктрина, конечно, трудно примирима съ началомъ „доброжелательности“, и потому у Филлимора можно встрѣтить contradictiones in adjecto, въ родѣ слѣдующей: „правило международной Comitas повелительно (imperatively) требуетъ (IV, § DXLVIII), чтобы опека, установленная по l. domicilii, признавалась всюду“.

§ 2. Бичъ-Лоренсъ.

У комментатора Унтона В. Бичъ-Лоренса, мы не находимъ даже слѣдовъ нерѣшительности Филлимора [1]). Признаніе

[1]) W. Beach Lawrence, Commentaire sur les Éléments du Droit International de Wheaton, 1873.

Comitas, говоритъ Бичъ-Лоренсъ, привело бы къ поглощенію всѣхъ прерогативъ правительства судомъ (Tome III, p. 60); суды обязаны соблюдать международное частное право, какъ составной элементъ туземнаго (p. 64). Право ни въ коемъ случаѣ не можетъ быть дѣломъ вѣжливости (p. 67).

§ 3. Лоримеръ.

„Бабьи сказки о Comitas“ (the old woman's fable of a sort of international civility) отвергаются также положительнымъ умомъ Джемса Лоримера [1]), который мѣтко указываетъ, какъ часто и непослѣдовательно защитники этого принципа опираются на начала справедливости (p. 367). Однако и система самого Лоримера представляется лишенной прочнаго основанія.

Государства, говоритъ Лоримеръ, не независимы (p. 364). Изъ права отстаиванія собственнаго суверенитета вытекаетъ обязанность признанія суверенитета другихъ государствъ, что включаетъ признаніе правъ иностранныхъ гражданъ и законовъ, опредѣляющихъ эти права (p. 370). Въ этомъ признаніи можетъ быть отказано только въ предѣлахъ необходимости, т. е. государственнаго самосохраненія (p. 364); за этими предѣлами начало территоріальности становится даже самопротиворѣчивымъ (p. 365). Такимъ образомъ присутствіе элемента самограниченія въ принципѣ національной независимости составляетъ основаніе международнаго частнаго права (p. 365).

На основаніи вышесказаннаго можно было бы думать, что Лоримеръ исходитъ изъ надгосударственной идеи международнаго общенія. Но въ другомъ мѣстѣ авторъ спѣшитъ подчеркнуть, что международное частное право — территоріальное право (It is local law, p. 387). Случаи столкновенія законовъ могутъ быть разрѣшены только путемъ внутренняго законодательства (p. 389). Это противорѣчіе очевидная дань прежнему территоріальному воззрѣнію.

[1]) Lorimer, The institutes of the law of nations, 1883 г. Vol. I, p. 358.

§ 4. Вестлэкъ.

II Вестлэкъ опредѣляетъ международное частное право какъ ту часть положительнаго права, которая основана на фактѣ существованія въ разныхъ странахъ различныхъ юрисдикцій и законодательствъ [1]). Тѣмъ не менѣе нельзя утверждать, что суды должны постоянно примѣнять туземное право, такъ какъ, это привело бы къ самымъ великимъ несправедливостямъ. Поэтому Вестлэкъ одобряетъ англійскую судебную практику, которая, несмотря на полное молчаніе англійскаго закона, выработала правила, по которымъ въ извѣстныхъ случаяхъ признается сила иностранныхъ законовъ (§ IV); благодаря этой практикѣ, общепринятыя нормы международнаго частнаго права постепенно рецепируются въ Англіи (§ XV).

§ 5. Гаррисонъ.

Укажемъ также на аналогичныя воззрѣнія Гаррисона [2]). По мнѣнію этого писателя, международное частное право есть часть муниципальнаго права каждаго государства, опредѣляющая условія, при которыхъ правовыя отношенія будутъ управляться нормами иностраннаго муниципальнаго права. Гаррисонъ предлагаетъ для нашей науки терминъ „интермуниципальнаго права“. Обязательность этого права нельзя вывести ни изъ какихъ общихъ отвлеченныхъ началъ. Международное право требуетъ только, чтобы вообще существовало какое нибудь интермуниципальное право.

§ 6. Дайси [3]).

Наиболѣе рельефно разбираемое направленіе выступаетъ у Дайси. Сочиненіе этого автора представляетъ классическій

[1]) Westlake—Holtzendorff, Lehrbuch des internationalen Privatrechts, 1884, введеніе, § I.

[2]) Harrison, въ „Journal du Droit international Prive“ за 1880 годъ, стр. 533 и сл.

[3]) A. V. Dicey. A. Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws London 1896 pp. CVII + 853.

сводъ дѣйствующаго англійскаго международнаго частнаго праза.

Дайси настаиваетъ на двоякомъ значеніи термина „Law of England“, подъ которымъ можно разумѣть или одно матеріальное англійское право, или также всѣ правила для выбора законовъ и разграниченія юрисдикцій, обязательныя для англійскихъ судей (Дісеу, p. 6). Постепенное разростаніе этихъ правилъ есть неизбѣжный результатъ мирнаго сосуществованія независимыхъ народовъ. Примѣненіе иностраннаго права не есть дѣло прихоти (caprice or option); оно вызывается невозможностью руководствоваться однимъ туземнымъ правомъ безъ нарушенія самыхъ существенныхъ интересовъ не только иностранцевъ, но и англичанъ (pp. 9—10). Нужно, впрочемъ, замѣтить, что англійскіе суды не столько примѣняютъ иностранные законы, сколько признаютъ права, пріобрѣтенныя согласно съ этими законами. Извѣстное однообразіе нормъ международнаго частнаго права въ разныхъ странахъ и объясняется тождествомъ цѣли: признанія правъ, законно пріобрѣтенныхъ въ одной странѣ, всѣми остальными (p. 10—12).

Дайси относится критически какъ къ „теоретическому“ методу нашей науки, который онъ обвиняетъ въ смѣшеніи желаемаго съ существующимъ, такъ и къ „положительному“, который пренебрегаетъ принципами, составляющими общее достояніе всѣхъ культурныхъ народовъ. По его мнѣнію источниками англійскаго международнаго частнаго права являются не только 1) парламентскіе акты и 2) прецеденты, но и 3) общіе принципы, выводимые изъ иностранныхъ судебныхъ рѣшеній и теорій;—третьимъ источникомъ судьи пользуются, когда изсякаютъ первые (p. 17—22).

Лично Дайси выставляетъ шесть главныхъ принциповъ, (general principles). Первый—какъ мы уже говорили—извѣстный принципъ признанія благопріобрѣтенныхъ правъ [1]). Дайси знаетъ возраженіе Савиньи, что принципъ благопріобрѣтен-

[1]) P. 22: Any right which has been duly acquired under the law of any civilised country is recognised and, in general, enforced by English courts.

ныхъ правъ, приводитъ къ безъисходному кругу. Но онъ думаетъ, что принципъ имѣетъ всетаки общее значеніе [1]). Однако опредѣленіе „благопріобрѣтенности“, которое даетъ самъ Дайси, нисколько не говоритъ въ пользу такого мнѣнія. Право признается неправильно (induly) пріобрѣтеннымъ, если иностранный суверенъ превысилъ свою законодательную или судебную компетенцію (p. 26—29); превышеніе же это обсуждается съ англійской точки зрѣнія.

Но этого еще мало. Второй „принципъ“ Дайси содержитъ цѣлыхъ три предохранительныхъ клапана противъ правъ, уже признанныхъ благопріобрѣтенными. Права эти не признаются: A) если они противны какому нибудь парламентскому статуту съ экстратерриторіальной силой; B) если они не согласны съ „политикой“ (policy) англійскаго права. Подъ это крайне неопредѣленное понятіе подводятся англійскія понятія о нравственности (morality, supported by English courts), вопросы о статутѣ лица, объ англійской недвижимости, процессуальные и пр. Нужно при этомъ замѣтить, что это непризнаніе касается обыкновенно только Англіи. Разъ безнравственное право должно осуществиться внѣ ея предѣловъ, искъ изъ него можетъ быть вчиненъ въ англійскомъ судѣ; и иностранный „penal or privative status“ признается въ предѣлахъ своей сферы (p. 32—36) [2]); C) если они нарушаютъ права иностраннаго суверена [3]).

Третій принципъ, выставляемый Дайси — „принципъ дѣйствительности“ (principle of effectiveness), служитъ для разграниченія юрисдикцій. Компетентнымъ судомъ для разбора даннаго дѣла признается судъ государства, которое можетъ дать рѣшенію надлежащую силу. Такъ напр., для ввода во

[1]) Does define the object in the main aimed at by rules having reference to the conflict of laws, p. 32.

[2]) Ср. также pp. 474—479, Rules 122—124; Rules 122: Transactions taking place in England are not affected by any status existing under foreign law which either 1) is of kind unknown to English law (slavery, poligamy, disabilities from religious belief, civil death, infamy, prodigality), or 2) is penal.

[3]) Англійскіе суды не принимаютъ исковъ касающихся „foreign land“.

владѣніе участкомъ земли въ Лондонѣ можетъ быть компетентнымъ только англійскій, а никакъ не иностранный судъ, который не можетъ постановить „эффективнаго“ рѣшенія (р. 39—40). Когда судъ ни одной страны не можетъ дать вполнѣ эффективнаго рѣшенія, то юрисдикція признается за судомъ страны, гарантирующей наиболѣе эффективное рѣшеніе [1]).

Изъ принципа эффективности вытекаетъ четвертый принципъ, въ силу котораго компетенція суда можетъ основываться также на добровольномъ подчиненіи лица, которое даетъ этимъ самымъ суду средство сдѣлать рѣшеніе эффективнымъ (р. 42).

Характеръ права, пріобрѣтеннаго по закону какой нибудь цивилизованной страны, опредѣляется по тому же праву, по которому совершено пріобрѣтеніе (Пятый принципъ р. 56).

Шестой принципъ касается значенія воли сторонъ въ международномъ частномъ правѣ. Иностранное право можетъ примѣняться англійскими судами либо, когда тестаторъ (или контрагенты) прямо указали на него, либо въ качествѣ диспозитнаго права (когда оно выводится изъ обстоятельствъ дѣла). Но въ обоихъ случаяхъ иностранное право служитъ лишь для интерпретаціи индивидуальной воли, въ предѣлахъ, очерченныхъ англійскимъ закономъ [2]).

Изложивъ свои „общіе принципы“ Дайси посвящаетъ остальную часть своего капитальнаго труда изложенію „англійскаго“ международнаго частнаго права, изъ котораго онъ и извлекъ упомянутые принципы. Онъ довольно убѣдительно доказываетъ,

[1]) Такъ англійское рѣшеніе, присуждающее А землю въ Лондонѣ, вполнѣ эффективно. Англійское же рѣшеніе, разводящее А съ М, только относительно-эффективно, ибо не гарантируетъ своего признанія въ другихъ странахъ; если А и М домицилированы въ Англіи, англійское рѣшеніе наиболѣе эффективно; если же они живутъ въ Америкѣ—менѣе всего р. 41.

[2]) Другими словами, по Бару компетентное территоріальное право, содержащее „die Schranken des Parteiwillens“—границы частной автономіи—опредѣляются по принципу „Natur der Sache“; по Дісеу—границы эти всегда въ англійскомъ правѣ (рр. 57—61).

что англійская юриспруденція, дѣйствительно, опредѣляетъ компетенцію какъ англійскихъ, такъ и иностранныхъ судовъ по принципу эффективности [1]). Нужно, однако, замѣтить, что тѣмъ не менѣе компетенціи эти оказываются не вполнѣ тождественными.

Сопоставимъ, напр., правила компетентности англійскихъ и иностранныхъ судовъ при личныхъ искахъ (actions in personam).

Иностранное судебное рѣшеніе признается въ Англіи только тогда, когда оно постановлено компетентнымъ судомъ. Но эта компетенція обсуждается исключительно съ англійской точки зрѣнія; некомпетентность суда по lex fori не имѣетъ значенія для англійскаго судьи [2]).

По общему правилу, какъ англійскій, такъ и иностранный судъ компетентенъ только тогда, когда отвѣтчикъ въ моментъ врученія ему повѣстки (service of the writ) находится въ странѣ (p. 232 и 374). Но изъ этого правила цѣлыхъ 8 исключеній (p. 237 — 260), которыя почти всѣ служатъ для расширенія одной англійской компетенціи. Такъ, англійскій судъ можетъ принять искъ противъ лица, домицилированнаго или обыкновенно живущаго въ Англіи; для обоснованія же компетенціи иностраннаго суда одного домициля недостаточно (p. 374).

Англійскій судъ компетентенъ для администраціи (to make a grant) всего движимаго наслѣдства (personal property) покойнаго, если только часть его (even if it be not more then his clothes) находится въ Англіи (p. 316 Rule 62). Иностран-

[1]) При actiones in rem юрисдикція зависитъ отъ нахожденія вещи въ предѣлахъ сферы дѣйствія суда; иски о разводѣ и статусѣ вчиняются въ домицилѣ; суды домициля покойнаго имѣютъ юрисдикцію надъ его движимымъ наслѣдствомъ, которое обыкновенно находится въ мѣстѣ домициля; при личныхъ искахъ юрисдикція можетъ быть основана на одномъ пребываніи отвѣтчика въ странѣ суда и т. п. см. стр. 43—56.

[2]) Rule 89, p. 410: Any foreign judgement which is not pronounced by a Court of competent jurisdiction is invalid... the validily of a foreign judgement is not, in general, affected by the fact that the Court which pronounces the judgement is not a proper court („competent“ означаетъ компетенцію суда съ англійской точки зрѣнія; „proper“ — съ его собственной).

ный же судъ имѣетъ только право администраціи надъ имуществомъ, находящемся въ его государствѣ (p. 398, Rule 86).

Въ отдѣлѣ, посвященномъ собственно конфликтамъ законовъ или выбору компетентнаго матеріальнаго права, Дайси излагаетъ только юриспруденцію англійскаго High Court (p. 472). Положеніе этой юриспруденціи въ общихъ своихъ чертахъ близко подходитъ къ ученію германской школы. Нельзя однако не отмѣтить и здѣсь извѣстнаго тяготѣнія къ территоріальному закону. Такъ, въ сдѣлкахъ, касающихся недвижимости, дѣеспособность опредѣляется по lex rei situs (Rule 138, p. 516). Признаніе иностраннаго статуса лица не означаетъ еще признаніе эффектовъ этого статуса въ Англіи (Rule 124 p. 478). Англійскій администраторъ руководствуется при уплатѣ долговъ покойнаго исключительно англійскимъ закономъ, какъ lex fori; такъ напр., преемство кредиторовъ (домицилированныхъ или нѣтъ въ Англіи) по какимъ бы то ни было обязательствамъ (даже заключеннымъ внѣ Англіи) опредѣляется по англійскому праву (p. 674 Rule 178).

Понятіе о публичномъ порядкѣ выступаетъ особенно ярко въ ученіи о контрактахъ, которые, вообще говоря, подчинены волѣ сторонъ (p. 553, Rule 148). Контрактъ, говоритъ авторъ, недѣйствителенъ въ Англіи, если онъ противенъ англійскимъ государственнымъ интересамъ, или духу англійскаго права или нравственнымъ правиламъ, принятымъ этимъ правомъ [1]). Какъ примѣры такихъ недѣйствительныхъ контрактовъ приводятся: договоръ о займѣ съ цѣлью поддержанія войны съ дружественнымъ Англіи государствомъ; договоръ двухъ французовъ о займѣ для возбужденія возстанія въ Альзасѣ; договоръ о платѣ за проституцію; договоръ объ обманномъ веденіи бракоразводнаго дѣла въ Англіи (p. 558—559). Но есть еще два случая недѣйствительности контрактовъ, имѣю-

[1]) A contract (whether lawful by its proper law or not) is invalid (in England) if it, or the enforcement thereof, is opposed to English interests of state or to the policy of English law. or to the moral rules upheld by English law p. 558.

щіе болѣе общее значеніе. Договоръ недѣйствителенъ, если онъ незаконенъ по закону страны совершенія (р. 559), или же по закону страны исполненія (р. 560). Изъ этого послѣдняго правила дѣлается однако совершенно произвольное и удивительное исключеніе: договоры о нарушеніи фискальныхъ законовъ (revenue laws) иностранныхъ государствъ дѣйствительны въ Англіи. X и A могутъ заключить въ Англіи договоръ о ввозѣ контрабанды во Францію, и искъ изъ такого договора будетъ принятъ англійскимъ судомъ!! (р. 561—563).

Вообще говоря, замѣчательному труду знаменитаго оксфордскаго профессора можно, на нашъ взглядъ, поставить только одинъ упрекъ, но за то очень тяжелый: упрекъ въ недостаточномъ уваженіи основнаго принципа международной жизни—принципа взаимности. Въ этомъ отношеніи нельзя не указать, въ заключеніе, на любопытный примѣръ изъ области брачнаго права. Англійскіе суды, говоритъ Дайси, не признаютъ брака, заключеннаго иностранцами въ Англіи на основаніи иностраннаго закона, расширяющаго свою компетенцію совершенно аналогично англійскому закону (Foreign Marriage Act), (р. 27) о заграничныхъ бракахъ. Quod licet Jovi.....

§ 7. Уортонъ [1]).

Сочиненіе Уортона написано подъ большимъ вліяніемъ континентальныхъ писателей. Тѣмъ не менѣе автора нужно всетаки причислить къ англо-американской школѣ въ послѣдней стадіи ея развитія. Уортонъ отвергаетъ Comity и считаетъ международное частное право составною частью Common Law; онъ думаетъ, что такое положеніе вполнѣ совмѣстимо съ теоріей Савиньи. Международное частное право выводится, какъ и другія части Common Law, логическимъ путемъ изъ особенностей каждаго отдѣльнаго случая [2]). Если данный случай долженъ быть

[1]) Francis Wharton A treatise an the conflict of Laws, Second Editivis 1884.

[2]) It is ascertained as a logical inference from the conditions of each case, Wharton l. c. § 1.

рѣшенъ по иностранному праву, то это послѣднее становится туземнымъ, и стороны имѣютъ право на его примѣненіе [1]). Но если вникнуть въ разрѣшеніе авторомъ отдѣльныхъ вопросовъ нашей науки, то окажется, что онъ отводитъ территоріальному закону преобладающее значеніе.

Въ этомъ отношеніи особенно поучительна теорія Уортона, о право- и дѣеспособности, имѣющая своимъ исходнымъ пунктомъ дѣленіе законовъ на privilegia odiosa и favorabilia, предложенное итальянскими статутаріями. Ограниченія, установляемыя съ покровительственною цѣлью, должны имѣть экстратерриторіальную силу, такъ какъ они основаны на естественныхъ качествахъ извѣстныхъ лицъ (дѣтей, съумашедшихъ) (§ 102), сразу очевидныхъ для всѣхъ третьихъ лицъ. Искусственныя же ограниченія правоспособности не должны имѣть экстратерриторіальной силы, такъ какъ они не выражаются никакимъ внѣшнимъ образомъ для третьихъ лицъ (§ 103). Признаніемъ иностранныхъ искусственныхъ ограниченій мы создали бы у насъ касты неправоспособныхъ лицъ и санкціонировали бы велѣнія чужеземнаго деспотизма [2]).

Поэтому, рабство, гражданская смерть, потеря правъ на основаніи иностранныхъ рѣшеній, ограниченія правоспособности лицъ того или другого вѣроисповѣданія, имѣютъ чисто территоріальное значеніе (§§ 106—109). Но и недѣеспособность обязываться векселями должна опредѣляться во имя bona fides не по личному статуту, а по lex loci contractus (§ 110). Положеніе малолѣтнихъ дѣтей (infants) опредѣляется по lex domicilii; здѣсь мы имѣемъ дѣло съ „natural incapacity“. Но вопросъ о совершеннолѣтіи рѣшается уже на основаніи территоріальнаго закона, такъ какъ это вопросъ „національ-

[1]) For when a foreign law binds a particular case, then it becomes part of our common law, and the parties are entitled of right to have it applied Wharton l. c § 1 a.

[2]) To stretch international law further would be to engraft on free countries the paralyzing restrictions of despotism, § 103.

ной политики". Соединенные Штаты не могли бы допустить, чтобы многочисленные иностранцы, пребывающіе въ нихъ, были бы недѣеспособны, хотя они уже достигли совершеннолѣтія по американскимъ законамъ; это слишкомъ вредно отозвалось бы на торговыхъ оборотахъ (§§ 112—116). Даже дѣеспособность замужней женщины Уортолъ склоненъ опредѣлять по lex loci contractus (§ 118; contra въ I изданіи).

Въ брачномъ правѣ Уортолъ еще болѣе стоитъ на субъективной точкѣ зрѣнія. Онъ создаетъ цѣлую теорію „національной политики" (§ 165). По этой теоріи бракоспособность какъ иностранцевъ, брачущихся въ Штатахъ, такъ и американцевъ, вступающихъ въ бракъ за границей, должна обсуждаться по американскимъ законамъ.

„По отличительной политикѣ" (distinctive policy) Соединенныхъ Штатовъ заключеніе браковъ должно быть поощряемо, а потому всякія искусственныя препятствія, создаваемыя иностранными законами, должны быть оставляемы безъ вниманія (§ 127).

Главнымъ мотивомъ для подчиненія вещныхъ правъ на недвижимости и движимости lex rei sitae, — тоже политическій. У каждаго государства своя поземельная политика, которой не могутъ дерогировать иностранные законы (§ 278). Но и движимое имущество страны въ настоящее время имѣетъ такое значеніе, что нельзя допустить его подчиненія чужеземнымъ началамъ (§ 305). Точно также ни одно государство не допуститъ исполненія контракта, противнаго его политикѣ (public policy, § 490), подъ которую (§ 493) подводится и нравственность, опредѣляемая по lex fori.

Приведенныхъ примѣровъ достаточно для того, чтобы отмѣтить политическій характеръ теоріи Уортола, постоянно пробивающійся наружу черезъ принципіально принятыя авторомъ положенія германской школы.

IV. Территоріальный принципъ въ Германіи.

§ 1. Вехтеръ.

Въ первой половинѣ XIX вѣка принципъ территоріальности насчитывалъ довольно много сторонниковъ и въ Германіи. Изъ нихъ заслуживаютъ особеннаго вниманія Вехтеръ и Рейнгольдъ Шмидъ.

Вехтеръ [1]) знаменитъ въ нашей наукѣ своей мѣткой критикой статутарной теоріи, господству которой въ Германіи онъ нанесъ смертельный ударъ. Что же касается его собственной системы, то она является лишнимъ доказательствомъ всей несостоятельности территоріальнаго принципа [2]).

Судья, говоритъ Вехтеръ, долженъ прежде всего сообразоваться съ законами своей страны. Онъ примѣняетъ иностранные законы только тогда, когда такое примѣненіе предписано территоріальнымъ законодательствомъ или слѣдуетъ изъ духа его. Но въ случаѣ сомнѣній судья обязательно отдаетъ предпочтеніе туземному закону (Wächter I, §§ 9—10).

Очевидно, что эти положенія не содержатъ никакого матеріальнаго принципа для разрѣшенія конфликтовъ законовъ. Если же обратиться къ частнымъ вопросамъ, то оказывается, что Вехтеръ исходитъ изъ самыхъ разнообразныхъ мотивовъ, а въ иныхъ случаяхъ и вовсе отказывается отъ раціональнаго обоснованія своихъ положеній.

Статутарная теорія придавала волѣ сторонъ огромное значеніе. И Вехтеръ разрѣшаетъ судьѣ принимать во вниманіе иностранный диспозитивный законъ, который стороны имѣли въ виду. Но онъ дѣлаетъ оговорку, что въ случаѣ сомнѣній, границы „автономіи“ сторонъ должны быть опредѣлены по

[1]) Wachter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, въ Archiv fur die Civilistische Praxis, Bd 24 und 25.

[2]) Въ пользу lex fori высказались съ разными оговорками еще до Вехтера германскіе юристы Мевіусъ, Стрикъ, Бешенъ, Гартлебенъ, Бемеръ, Гауссъ, Кори, Мауренбрехеръ и Миттермайеръ. См. о нихъ у Вехтера II16—, 25, 298—304.

территоріальному закону (II, 35 — 47). Изъ молчаливаго же подчиненія сторонъ выводится неизмѣнчивость брачнаго режима, который считается подчиненнымъ закону мѣстожительства мужа (II, 47).

Въ области личныхъ правъ Вехтеръ различаетъ правовыя качества (Rechtliche Eigenschaften) и правовыя послѣдствія (Rechtswirkungen). „Правовыя качества“ должны обсуждаться по l. domicilii. Но это правило не можетъ быть объяснено подчиненіемъ лица закону мѣстожительства, такъ какъ признаніе этого подчиненія не обязательно для другихъ государствъ (I, 287). Правило основывается исключительно на германскомъ обычномъ правѣ (II, 177). Что же касается правовыхъ послѣдствій, то они обсуждаются по закону суда, такъ какъ относительно ихъ не существуетъ аналогичнаго обычнаго права (II, 177). Вспомнимъ, что юридическія „качества“ и „послѣдствія“ уже различены въ теоріи Губера.

Семейныя отношенія регулируются каждымъ государствомъ только въ виду собственныхъ подданныхъ; поэтому иностранцы подчиняются l. domicilii. Такое рѣшеніе, исходящее изъ цѣлей закона, модифицируется однако въ томъ смыслѣ, что браки туземцевъ съ иностранцами подпадаютъ закону суда (II, 185). Точно также бракъ туземца съ иностранкой, заключенный за границей, будетъ признанъ ничтожнымъ въ отечествѣ, если не соблюдена обязательная въ этомъ послѣднемъ форма церковнаго вѣнчанія. (Здѣсь возникаетъ сомнѣніе, какой законъ долженъ восторжествовать, и слѣдовательно примѣняется l. fori) (I, § 10).

Цѣль закона служитъ Вехтеру руководящимъ мотивомъ и въ области международнаго наслѣдственнаго права. Нужно различать, имѣетъ ли законодатель въ виду интересы лицъ, или само имущество. Очевидно, что въ первомъ случаѣ государство не имѣетъ никакого основанія регулировать наслѣдованіе иностранцевъ: не безразлично ли ему, какъ они подѣлятъ между собою имѣніе, хотя бы лежащее въ предѣлахъ территоріи (II, 198)? Поэтому наслѣдованіе по завѣщанію или по за-

кону подчиняется l. domicilii даже относительно недвижимостей. Другое дѣло, когда государство издаетъ законы о вещахъ, какъ таковыхъ, напр. требуетъ системы ипотечныхъ книгъ при залогѣ недвижимостей, установляетъ особые разряды имѣній — дворянскія, крестьянскія и т. п. Въ такихъ случаяхъ законы имѣютъ чисто территоріальное значеніе [1]).

Въ частности, и форма завѣщанія должна была бы всегда соотвѣтствовать закону мѣстожительства наслѣдодателя (II, 368); по мнѣнію Вехтера, какъ форма такъ и содержаніе этого акта одинаково принадлежатъ къ такъ называемымъ принудительнымъ законамъ (leges cogentes), отступленіе отъ которыхъ для сторонъ не допустимо (II, 370). И если съ XVI вѣка communis opinio высказывается изъ практическихъ соображеній за подчиненіе формы завѣщаній l. loci actus, то слѣдуетъ помнить, что сила этого правила основана исключительно на обычномъ правѣ (II, 371) и что оно, разумѣется, факультативно (II, 377 и сл.).

Такимъ образомъ, Вехтеръ основывается то на волѣ сторонъ, то на цѣляхъ закона, то на обычномъ правѣ. Легко видѣть, что его мнимый основной принципъ не находится ни въ какой органической связи съ его ученіемъ. Напротивъ того, правило, что въ случаѣ сомнѣній нужно придерживаться закона суда, играетъ роль посторонняго и разрушающаго элемента. Судья обязанъ, правда, примѣнять иностранное право, если такое примѣненіе выводимо изъ духа территоріальнаго законодательства. Но такъ какъ точное правило предписано только на случай сомнѣній, то слѣдуетъ опасаться, какъ бы эти сомнѣнія не возникали у судьи чаще, чѣмъ это желательно въ интересахъ правильной международной жизни.

§ 2. Рейнгольдъ Шмидъ [2]).

Рейнгольдъ Шмидъ признаетъ, вмѣстѣ съ Савиньи, идею международнаго общенія. Но для него какъ для Вехтера

[1]) Wachter II, pp. 199 — 200, 363 — 368.

[2]) Reingold Schmid, Die Herrschaft der Gesetze, Jena 1863.

нормы международнаго частнаго права черпаютъ свою силу въ рецепціи отдѣльными территоріальными законодательствами, а не въ самомъ международномъ общеніи. Идея этого общенія только даетъ „толчокъ къ правообразованію въ отдѣльныхъ государствахъ“ (einen Antrieb für die Rechtsbildung in den einzelnen Staaten), а не сама творитъ право; поэтому примѣненіе иностраннаго закона должно быть всегда основано на авторитетѣ туземнаго законодателя

Рейнгольдъ Шмидъ находитъ однако, что правила Вехтера лишены принципіальнаго содержанія. Самъ онъ выставляетъ слѣдующія положенія:

Примѣненіе иностранныхъ законовъ вызывается потребностью въ устойчивыхъ международныхъ сношеніяхъ; но оно обусловлено непротиворѣчіемъ высшимъ интересамъ (bedeutende) внутренняго правопорядка. Что же касается опредѣленія компетентнаго иностраннаго закона, то слѣдуетъ руководствоваться принципомъ природы вещей, по которому каждое государство подчиняетъ своей законодательной сферѣ личность подданныхъ, вещи находящіяся на территоріи, и акты на ней совершенные (R. Schmid, l. c. p. 10 — 30).

Трудно сказать, почему Шмидъ думаетъ, что его „принципъ“ опредѣленнѣе принципа Вехтера. По разбираемой теоріи судья долженъ производить сравнительную оцѣнку интересовъ международнаго общенія и государства, отдавая послѣднимъ предпочтеніе, какъ только „невыгоды отъ примѣненія иностранныхъ законовъ для внутренняго оборота превышаютъ выгоды для устойчивости международныхъ сношеній“ (p. 27).

Произвольность этой теоріи наглядно выступаетъ при разрѣшеніи Шмидомъ отдѣльныхъ проблемъ нашей науки.

Такъ, дѣеспособность туземцевъ для совершенія актовъ за границей всегда должна опредѣляться нашими судами по нашему праву. Но недѣеспособность иностранца, основанная на его національномъ законѣ, не принимается во вниманіе, если она не существуетъ по законамъ суда (p. 43); она не принимается во вниманіе даже въ случаяхъ, когда обсуж-

дается актъ, совершенный въ отечествѣ иностранца (р. 49). Съ этимъ послѣднимъ рѣшеніемъ интересно сблизить непослѣдовательное подчиненіе перехода права собственности legi rei sitae (р. 60).

Обязательное соотвѣтствіе формъ сдѣлокъ закону суда признается авторомъ стѣснительнымъ для международнаго оборота. Но онъ утверждаетъ, что этого соотвѣтствія во всякомъ случаѣ достаточно для дѣйствительности акта. хотя бы ничтожнаго по закону мѣста совершенія (р. 72 — 73). Этотъ принципъ примѣняется даже къ формѣ брака (р. 79). За то въ области брачнаго имущественнаго права мы наблюдаемъ уклоненіе отъ lex fori въ пользу закона мѣстожительства иностранныхъ супруговъ (р. 81), и точно также lex domicilii управляетъ наслѣдствами не только туземцевъ, но и иностранцевъ (р. 95). Достаточно сопоставить послѣднія два рѣшенія съ абсолютнымъ подчиненіемъ обязательствъ закону суда (р. 74), чтобы получить вполнѣ опредѣленное представленіе о произвольности аргументаціи Шмида.

V. Критика принципа территоріальности.

На пути, ведущемъ къ познанію народами идеи международнаго общенія, голландская теорія статутовъ является громаднымъ шагомъ назадъ. Въ итальянской и во французской школѣ личное начало основано на идеѣ права, положимъ, естественнаго, но всетаки права. Такіе завзятые реалисты, какъ Д'Аржантрэ и Бургундусъ не рѣшаются принципіально отрицать всякое вліяніе иностраннаго закона въ предѣлахъ территоріи. Въ голландской школѣ мы впервые встрѣчаемъ абсолютный принципъ территоріальности, смягчаемый во имя одной „доброжелательности“ (comitas).

Трудно себѣ представить принципъ болѣе произвольный и болѣе непослѣдовательный, чѣмъ эта comitas. Обыкновенно этотъ терминъ переводятъ черезъ „международная вѣжливость“ (courtoisie); Лоранъ въ своей справедливой критикѣ

называетъ теорію comitas доктриной интереса [1]). Еще умѣстнѣе было бы назвать ее теоріей произвола государства суда.

Въ самомъ дѣлѣ, изъ принципа абсолютной территоріальности логически вытекаетъ, что если одно государство желаетъ подчинить своимъ законамъ всѣхъ лицъ и всѣ вещи, находящіяся на его территоріи, то оно должно признать такое же право и за другими государствами. Оно не должно требовать отъ своихъ подданныхъ соблюденія національнаго закона за границей, такъ какъ само подчиняетъ иностранцевъ туземнымъ законамъ. Движимости и недвижимости подпадаютъ исключительно l. rei sitae. Форма актовъ должна бы обсуждаться только по закону страны ихъ совершенія.

Голландцы отлично понимали, что такой порядокъ немыслимъ, такъ какъ неизбѣжно приводитъ къ правовой войнѣ. Но вмѣсто того, чтобы искать ограниченія суверенитета въ идеѣ международнаго общенія, они обратились къ расплывчатому понятію comitas, которая не что иное, какъ субъективное воззрѣніе даннаго народа на свои международныя обязанности, измѣряемыя исключительно собственнымъ интересомъ. При господствѣ абсолютной территоріальности можно по крайней мѣрѣ разсчитывать на международное признаніе закона, дѣйствовавшаго исключительно въ своей сферѣ. Понятіе comitas, конечно, можетъ дать иногда внѣземельную силу иностранному закону, но за то стираетъ всякій слѣдъ какого бы то ни было права въ области международныхъ отношеній.

Въ доктринѣ Вутовъ и Губера противорѣчія встрѣчаются на каждомъ шагу. Іоаннъ Вутъ находитъ, что дѣеспособность должна обсуждаться по закону мѣстонахожденія лица, и тутъ же даетъ законодателю право требовать отъ туземцевъ соблюденія національнаго закона заграницей. Туже непослѣдовательность мы констатировали у Губера. У I. Вута правило locus regit actum еще основано на comitas и факультативно, при чемъ на него нельзя ссылаться in frandem legis domesticae.

---

[1]) Laurent I, 542.

Но у Губера форма актовъ по праву должна соотвѣтствовать закону мѣста совершенія, и тотъ же Губеръ ополчается противъ признанія отечествомъ браковъ туземцевъ, заключенныхъ заграницей для обхода законовъ, требующихъ согласія опекуновъ. Другими словами, все зависитъ отъ того, въ какомъ государствѣ будетъ разбираться процессъ: каждый судья будетъ, конечно, примѣнять свой законъ.

Голландская доктрина показываетъ между прочимъ, что рѣшеніе проблемы международнаго частнаго права требуетъ выясненія понятія „публичнаго порядка“. Если одно государство требуетъ соблюденія извѣстнаго закона всѣми, кто вступаетъ на его территорію, а другое требуетъ отъ своихъ подданныхъ за границей соблюденія противоположной нормы, то конфликты неизбѣжны. Вуты еще подчеркнули возможность такихъ конфликтовъ, принявъ дѣленіе законовъ на отрицательные и запретительные, т. е. такіе, которымъ не можетъ дерогировать даже воля сторонъ. Но способъ разрѣшенія столкновенія такихъ законовъ, предлагаемый голландцами, знаменуетъ собою возвращеніе къ субъективизму, притомъ вдохновляемому не идеею справедливости итальянцевъ, а чистѣйшимъ произволомъ. Голландская comitas—эгоизмъ въ самой наивной ея формѣ.

Какъ мы видѣли, голландской теоріи статутовъ посчастливилось у англо-американскихъ и отчасти у континентальныхъ писателей первой половины нашего вѣка. Писатели эти не внесли ничего новаго въ разбираемое направленіе, и ихъ сочиненія только подчеркнули невозможность конструировать систему международнаго частнаго права на такомъ зыбкомъ базисѣ. Что же касается современной англійской теоріи, то она является прекрасной иллюстраціей пресловутаго англійскаго cant'a. Англичане не могутъ не сознавать всей произвольности территоріальнаго принципа. Но боязнь нарушить англійскіе интересы не позволяетъ имъ открыто отказываться отъ него. Отсюда колебанія Филлимора, самопротиворѣчія Лоримера. Выходъ, открываемый, наконецъ, англійскими пи-

сателями изъ своего затруднительнаго положенія, заключается въ остроумной гипотезѣ, что международное частное право всегда совпадаетъ съ англійскимъ. Судья долженъ, конечно, всегда примѣнять одно англійское право, но это самое право, подъ вліяніемъ интересовъ международной жизни будетъ въ извѣстныхъ случаяхъ требовать примѣненія иностраннаго. Такимъ образомъ, по мнѣнію Дайси, даже вовсе устраняется всякое столкновеніе законовъ [1]).

Самъ Дайси доказалъ въ своемъ замѣчательномъ трактатѣ неосновательность такого предположенія. Такъ какъ англійскій законъ предусматриваетъ только немногіе случаи своего столкновенія съ иностранными, то весь вопросъ сводится къ юридическому такту судьи, къ его умѣнію согласовать интересы туземнаго и иностраннаго права. По свидѣтельству Дайси, въ настоящее время англійская юриспруденія приняла теорію признанія благопріобрѣтенныхъ правъ, какъ извѣстно, основанную на безъисходномъ кругѣ; но и она вѣдь не обязательна для отдѣльнаго судьи, и наконецъ, ея дѣйствіе ограничивается требованіями публичнаго порядка, которыя опять таки допускаютъ самое различное толкованіе. И дѣйствительно, мы видѣли, что англійская юриспруденція, кристаллизированная у Дайси, грѣшитъ большимъ субъективизмомъ, и что старая comitas такъ и просвѣчиваетъ черезъ покровъ какъ будто признанной идеи международнаго общенія.

Современная англійская теорія находится въ тѣсной связи съ ученіями Вехтера и Шмида. Эти послѣднія съ особенною рельефностью обнаруживаютъ не только произвольность, но и полную безплодность принципа территоріальности. Въ самомъ дѣлѣ, принятіе этого принципа знаменуетъ конецъ международнаго права и освобождаетъ отъ необходимости пріискивать какой бы то ни было матеріальный критерій для разрѣшенія столкновеній законовъ. Между тѣмъ у Вехтера ихъ цѣлыхъ три: цѣль закона, воля сторонъ, международный обычай;

[1]) См. въ особенности статью Dicey въ Law Quarterly Review. Tome VI, p 12.

такимъ образомъ, произволу судьи поставлены извѣстныя границы. Рейнгольдъ Шмидъ гораздо послѣдовательнѣе Вехтера и строго проводитъ компетенцію lex fori. Благодаря этой послѣдовательности, его книга можетъ служить лучшимъ доказательствомъ ненаучности защищаемаго имъ метода.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Принципъ національности.

I. Предшественники новой итальянской школы.

§ 1. Тибо.

Предвѣстники національной идеи встрѣчаются уже въ началѣ нынѣшняго вѣка въ Германіи. Такъ напр., у Тибо [1]) мы находимъ такое видоизмѣненіе статутарной теоріи: подданный подчиненъ во всѣхъ своихъ правовыхъ отношеніяхъ своему личному статуту, даже тогда, когда судится не въ мѣстѣ жительства, исключая случаи, когда его личный статутъ даетъ ему привилегіи, стѣснительныя для туземцевъ. Формы актовъ могутъ соотвѣтствовать законамъ мѣста совершенія; но отечество не обязано признавать актовъ, составляемыхъ заграницей въ обходъ его законовъ. Недвижимости подчинены l. rei sitae.

§ 2. Эйхгорнъ.

Эйхгорнъ (Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht 1823) дедуцируетъ изъ природы государственной власти общее правило, что каждый подданный долженъ судиться по законамъ, господствующимъ въ его мѣстожительствѣ (§ 34). Автору не удается однако провести эту теорію послѣдовательно. Сначала онъ требуетъ обсужденія не только общей

[1]) Thibaut, System des Pandekten Rechts, 5 Aufl. Iena 1818, I, § 36.

правоспособности, но всѣхъ вообще обязательственныхъ и вещныхъ правъ по l. domicilii, подчиняя этому закону даже форму актовъ (§ 35). Но затѣмъ оговаривается, что права лица признаются лишь какъ благоприобрѣтенныя; если же они возникаютъ или упражняются за границей, то по необходимости подпадаютъ дѣйствію иностранныхъ законовъ, подъ защитою которыхъ получаютъ свое выраженіе (§ 36). Любопытно, что и у Эйхгорна соображеніе о запретительномъ характерѣ нѣкоторыхъ законовъ играетъ большую роль. Такъ, по его мнѣнію, наслѣдованіе должно бы обсуждаться по l. domicilii покойнаго (§ 35). Но запретительный законъ мѣстонахожденія недвижимости можетъ не признать универсальной сукцессіи (§ 36).

§ 3. Майлье-де-Шасса.

Тибо и Эйхгорнъ пытались опредѣлить всѣ права человѣка по личному статуту, который является для нихъ закономъ мѣстожительства. Въ сочиненіи француза Майлье-де-Шасса [1]) мы встрѣчаемъ впервые идею національности.

По мнѣнію автора нѣтъ никакого основанія различать международное публичное и частное право; второе только особенное проявленіе высшихъ правъ суверенныхъ государствъ въ сферѣ международныхъ отношеній [2]). Такимъ образомъ вопросъ международнаго частнаго права сводится къ проблемѣ разграниченія суверенитетовъ.

Статутарная теорія исходила изъ идеи феодальнаго или территоріальнаго суверенитета (§ 67), основаннаго на эгоизмѣ и исключительности. Произвольность въ международныхъ отношеніяхъ прекратится, однако, только тогда, когда будетъ принята концепція суверенитета политическаго, естественными элементами котораго являются лицо, его достоинство, его

---

[1]) Mailher de Chassat, Traité des Statuts, Paris 1845.

[2]) Le prétendu droit des gens privé n'est que l'exercice restreint à de certains actes, relatifs aux personnes, des droits plus élévés des souverainetés entre elles, § 53.

права. Законы должны отражать общественныя нужды, а не привилегіи (§§ 97—98).

Можно выставить какъ великій принципъ, что права состоянія лица должны оставаться безъ измѣненія во всѣхъ государствахъ (§ 52). Но лицо требуетъ признанія своихъ правъ за границей не какъ человѣкъ, а какъ гражданинъ извѣстнаго государства (§ 53), какъ членъ извѣстной политической ассоціаціи. Непризнаваніе этихъ правъ противно тому естественному праву, элементы котораго содержатся въ публичномъ правѣ каждой націи (§ 160); оно противно цивилизаціи (§ 53). Національность сосредоточиваетъ въ каждомъ индивидѣ извѣстныя рассовыя, нравственныя, юридическія и политическія особенности (§§ 115—125). Индивидъ долженъ имѣть возможность отражать на чужбинѣ основныя черты національнаго характера (§ 128).

Изъ идеи политическаго суверенитета, какъ ее понимаетъ Майлье-де-Шасса, слѣдуетъ, конечно, безграничное признаніе правъ націй въ предѣлахъ международнаго общенія. Однако авторъ основываетъ на той же идеѣ совершенно противоположное начало. Признаніе правъ иностранной націи никоимъ образомъ не можетъ вліять „ни на землю, ни на публичныя учрежденія, ни на общіе законы, нравы, публичный порядокъ и безопасность страны, въ которой проявляется иностранная національность (§ 161)“. (См. также § 54 и § 131).

Такимъ образомъ создается совершенно противорѣчивая и произвольная теорія. Нѣкоторыя права подчиняются національному закону, потому что этого требуетъ политическій суверенитетъ отечества лица; другія — территоріальному, такъ какъ индивидъ не можетъ навязывать свои учрежденія иноземной націи.

Такъ напр., гражданская смерть, основанная на религіозныхъ причинахъ, подчиняется національному закону (§ 172); даже неспособность духовныхъ лицъ ко вступленію въ бракъ считается тѣсно связанной съ публичнымъ правомъ ихъ оте-

чества (§ 175). Между тѣмъ юридическія послѣдствія брака не всегда получаютъ экстратерриторіальную силу; французскій публичный порядокъ препятствуетъ вторичному вступленію въ бракъ иностраннаго супруга, разведеннаго по отечественнымъ законамъ (§ 197). Отеческая и супружеская власть тоже лишены повсемѣстной силы, такъ какъ иначе индивидъ могъ бы посягать на органическіе законы чужого государства (§ 205), иначе говоря, на его политическія учрежденія (§ 227). А между тѣмъ бракъ называется серьезной модификаціей національности [1]).

Способность къ составленію завѣщанія (§ 342—344) обсуждаются по національному закону. Но самый порядокъ наслѣдованія настолько тѣсно связанъ съ публичнымъ правомъ страны, что регулируется каждымъ сувереномъ по своему (§ 292).

Наконецъ Майлье-де-Шасса проводитъ также извѣстное различіе между правами лица и ихъ послѣдствіями (§§ 163, 241, 266). На основаніи этого различія дѣеспособность обсуждается всегда по l. loci contractus. Никто не можетъ упражнять въ чужой странѣ право иначе, какъ сообразуясь съ законами этой страны. Жить въ какой нибудь странѣ, значитъ во всѣхъ отношеніяхъ подчиняться ея суверенитету (§ 237). Это вытекаетъ уже изъ начала равноправности иностранцевъ и туземцевъ.

Послѣ такой аргументаціи невольно спрашиваешь: что же осталось отъ „великаго принципа“, по которому права человѣка всегда и всюду отражаютъ юридическія воззрѣнія его націи? Намъ кажется, что теорія Майлье-де-Шасса заслуживаетъ вниманія именно потому, что показываетъ всю тщетность попытки построить раціональную систему международнаго частнаго права на принципѣ національности. Этотъ принципъ содержитъ зародышъ самоуничтоженія. Законныя права націи только тогда могли бы получить повсемѣстное развитіе, если бы не сталкивались постоянно со столь же законными

[1]) Une modification grave de la nationalité, § 191.

правами другихъ націй. У себя дома мы защищаемъ данное право, какъ относящееся къ публичному порядку; а за границей требуемъ его признанія какъ національнаго. Очевидно, что этотъ принципъ не даетъ намъ разумнаго критерія для предпочтенія того или другого національнаго закона.

II. Новѣйшая итальянская школа.

§ 1. Манчини.

Апостоломъ идеи національности является великій патріотъ Манчини. На другой день послѣ разгрома подъ Новарой, надъ подавленнымъ плачемъ итальянскаго народа, возвышается полный вѣры голосъ піемонтскаго профессора [1]). И съ понятнымъ торжествомъ римскій профессоръ Манчини проповѣдуетъ юношеству объединенной Италіи культъ идеи, которая освободила родину отъ иноземнаго ига [2]).

Основныя мысли Манчини можно резюмировать слѣдующимъ образомъ:

Признаніе правъ націи имѣетъ свое разумное основаніе въ признаніи правъ личности. „Національность не что иное какъ коллективное проявленіе свободы, и потому священна, какъ сама свобода .... кто посягаетъ на право націи, убиваетъ свободу“ [3]).

Юридическій порядокъ требуетъ согласованія индивидуальной воли съ правами общества. Соціальная власть должна остановиться у границъ безобидной и слѣдовательно законной свободы частныхъ лицъ (Rapport, p. 349); эта свобода должна

---

[1]) Mancini, Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti 1851; см. сборникъ статей Манчини, изданный проф. Pierantoni, въ Неаполѣ, въ 1873 г. подъ заглавіемъ: Diritto Internazionale, Prelezioni.

[2]) Mancini, La vita de'popoli nell'umanità, 1872, въ томъ же сборникѣ. — См. также Rapport, présenté à l'Institut de Droit International, въ Revue de Droit International, VII, pp. 329 — 364.

[3]) La nazionalità non è che la esplicazione colletiva della libertà, e pero è santa e divina cosa quanto la stessr libertà... chi a questo diritto fa guerra, uccide la libertà, Mancini, Della Nazionalite, p. 38.

быть ограждена отъ несправедливыхъ стѣсненій, не только внутри государства, но и внѣ его. Нѣкоторыя права принадлежатъ частнымъ лицамъ какъ людямъ, а не гражданамъ (Rapport, p. 350): въ вещномъ и обязательственномъ правѣ частная воля — суверенна, хотя бы и не совпадала съ національнымъ закономъ (Rapport, p. 352).

Другія права частныхъ лицъ выражаютъ юридическій характеръ націи (Rapport, p. 349), особенности котораго обусловливаются климатомъ, почвой, расой (Rapport, p. 350). Отъ этихъ правъ — личныхъ, семейныхъ, наслѣдственныхъ — человѣкъ не можетъ отказаться, такъ какъ они принадлежатъ ему какъ гражданину. Въ частномъ правѣ иностранца слѣдуетъ такимъ образомъ отличать добровольную и необходимую части (Rapport, p. 351).

Это „необходимое“ право человѣка не можетъ однако создаваться государствомъ. Если исходить изъ идеи государства, то члены націй, еще не осѣвшихъ или же находящихся съ нами въ войнѣ, не найдутъ признанія своихъ общечеловѣческихъ правъ (Della Nazionalità, p. 43). Въ основаніе нашей науки должно лечь не государство, а національность. (Della Nazionalità, p. 46)

Признаніе государствъ правовыми субъектами значитъ основывать международное право не на органическомъ устройствѣ человѣчества, а на силѣ и произволѣ [1]). Конечно и за государствомъ, не состоящимъ изъ одной націи, должна быть признана юридическая дѣеспособность, какъ она внутри принадлежитъ ассоціаціямъ и общинамъ; но какъ эти послѣднія не могутъ посягать на права государства, такъ государство не можетъ подавить высшаго закона національности [2]), стремящейся къ международному признанію. Естественнаго, совершеннаго состоянія (Etnicarchia) народъ достигаетъ лишь тогда, когда приходитъ къ сознанію своей національности,

[1]) La vita dé populi nell' umanità, pp. 188—194.

[2]) Non può sopprimere nè impedire il prevalente diritto della Nazionalità. Mancini, La vita, p. 196.

когда онъ учреждаетъ національное правительство на очерченной естественными этнографическими границами территоріи, и когда онъ противопоставляетъ свою самобытность самобытности другихъ народовъ [1]).

Принципъ національности не вноситъ никакого раздора въ международную жизнь, какъ то думаютъ нѣкоторые. Націи должны взаимно уважать и пополнять другъ друга. То, что Кантъ говоритъ объ индивидуальной свободѣ, вполнѣ примѣнимо къ національной. Задача права—„обезпечить сосуществованіе и согласованіе свободныхъ національностей всѣхъ народовъ“ (Della Nazionalità, pp. 58—61), достигнуть гармоничнаго развитія всего человѣческаго рода (La vita, p. 187). Какъ государства не могутъ подавить націй, такъ эти послѣднія не могутъ нарушать права и цивилизаціи человѣчества (La vita, p. 196). Поэтому принципъ права представляется „въ видѣ золотой цѣпи, связующей націи и принуждающей ихъ къ взаимнымъ услугамъ“ [2]).

Признаніе правъ личности и націи въ сферѣ международнаго общенія однако не абсолютно. Слѣдуетъ строго различать законы частнаго и публичнаго свойства. Суверенная власть каждой страны не можетъ признать правъ иностранца, нарушающихъ публичный порядокъ страны; во имя того же принципа нація не признаетъ извѣстныхъ актовъ, совершенныхъ за границей (Rapport, p. 352—353). Къ „публичному порядку“ относится соблюденіе высшихъ принциповъ индивидуальной и соціальной нравственности, уваженіе прирожденныхъ человѣческихъ правъ и вольностей. Въ понятіе публичнаго входитъ и экономическій порядокъ (запрещеніе фидеикоммиссовъ, Rapport, p. 354).

Такимъ образомъ, въ системѣ Манчини частное право лично и національно, а публичное территоріально (Rapport,

[1]) Della Nazionalità, pp. 27, 35, 36, 39.

[2]) Il principio stesso del diritto è dunque l'aurea catena che associa fra loro le nazionalità, e stringe con reciprocanza di uffici le genti, Mancini, Della Nazionalità, p. 61

р. 354). Или, выражаясь словами автора, система международнаго права покоится на совмѣстномъ дѣйствіи трехъ принциповъ: свободы, національности, суверенитета. Законодатель долженъ признавать два первыхъ начала, поскольку не затронуто третье (Rapport, 355—356). Основной проблемой международнаго частнаго права для итальянской теоріи является поэтому установленіе границъ суверенитета, или опредѣленіе понятія публичнаго порядка. Самъ Манчини не разработалъ подробно своей системы. Для уясненія ея практическаго значенія мы должны обратиться къ произведеніямъ послѣдователей великаго итальянскаго ученаго.

§ 2. Эсперсонъ [1]).

Въ сочиненіи Эсперсона сильно звучитъ метафизическая струна. Гражданскія права, говоритъ онъ, не что иное какъ признанныя естественныя [2]); общественная власть не уничтожаетъ, а только упорядочиваетъ естественную свободу человѣка (l. c. p. 24—25). А такъ какъ человѣку врождено стремленіе къ ассоціаціи, то должны быть также признаны государства, основанныя на свободной волѣ членовъ, и имѣющія, слѣдовательно, тоже естественное существованіе (esistenza naturale). Для того же, чтобы имѣть такой солидный базисъ, государства должны быть построены на идеѣ національности (l. c. p. 27). Націи составляютъ всемірное общество, созданное природой, и, слѣдовательно, находятся между собою въ юридическихъ отношеніяхъ, вслѣдствіе которыхъ взаимно признаютъ права иностранцевъ въ предѣлахъ территоріи (l. c. p. 1—22). Каждый можетъ всюду ссылаться на свои отечественные законы, поскольку не затронуто публичное право государства суда (34).

Въ высшей степени любопытно прослѣдить, что же собственно понимается Эсперсономъ подъ публичнымъ правомъ.

[1]) Pietro Esperson, Il principio di Nazionalitá applicato alle relazioni civili internazionali, Pavia 1868.

[2]) Diritti naturali riconosciuti, Il principio di Nazionalita, p. 22.

Онъ относитъ сюда нормы государственнаго, уголовнаго, полицейскаго процессуальнаго права, но также всѣ гражданскіе и торговые законы, имѣющіе въ виду защиту политическихъ, экономическихъ или моральныхъ интересовъ государства (p. 31), другими словами, все, что касается публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ (ordine pubblico ed il buon costume, p. 30). Но очевидно, что такое широкое пониманіе ordre public въ сильной степени подрываетъ принципъ національности, и вся теорія пріобрѣтаетъ весьма произвольный характеръ.

Такъ напр., неубѣдительнымъ представляется дѣленіе личныхъ условій вступленія въ бракъ на положительныя и отрицательныя. Первыя (возрастъ брачущихся, согласіе родителей и т. п.), опредѣляются по національному закону, вторыя (запрещеніе брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства или свойства) относятся къ публичному порядку и территоріальны (pp. 77 — 78). Публичный порядокъ препятствуетъ признанію развода, даннаго итальянскимъ супругамъ иностраннымъ судомъ (p. 82); и тотъ же порядокъ служитъ Эсперсону основаніемъ для воспрещенія иностранцу, разведенному по отечественному закону, вступить во второй бракъ въ Италіи (pp. 79 — 80). Это очевидная непослѣдовательность, такъ какъ первый запретъ основанъ на идеѣ, что разводъ всегда долженъ зависѣть отъ національнаго закона. — Имущественныя отношенія супруговъ по презумпціи подчиняются національному закону мужа, который и жена имѣла въ виду, вступая въ бракъ. Однако, если государство по экономическимъ причинамъ отвергаетъ общность имущества, то этотъ запретъ обязываетъ иностранцевъ наравнѣ съ туземцами (pp. 149—153).

Право собственности объявляется „врожденнымъ человѣческой природѣ“ и слѣдовательно доступнымъ иностранцамъ. Законы могутъ касаться имущества или 1) безотносительно къ лицамъ, 2) или по отношенію къ нимъ, 3) или въ связи съ семейными правами. Сначала только первая категорія объявляется имѣющей „общій интересъ“ (interesse generale, p. 89)—сюда

относятся напр. законы, опредѣляющіе характеръ имущества и отражающіе органическія основы собственности (organismo della proprietà, p. 97), напр., регулирующіе вопросы приплода, alluvio, avulsio, образованія острова (pp. 97—98). Но затѣмъ и во второй категоріи выступаютъ экономическіе интересы страны (p. 99), вслѣдствіе которыхъ, напр., пріобрѣтательная давность подчиняется l. rei sitae (p. 100). Наконецъ и наслѣдственныя права, составляющія третій разрядъ, далеко не всегда подчинены національному закону; фиденкоммиссарныя субституціи нарушаютъ экономическіе интересы Италіи, а маіораты не допустимы, какъ противные итальянскимъ основнымъ законамъ (p. 110).

Особенно затруднительно согласовать съ принципомъ національности правило locus regit actum. Эсперсонъ объявляетъ его сначала факультативнымъ, за то пользующимся силою и въ отечествѣ контрагентовъ (pp. 114—115). Но затѣмъ соображенія публичнаго интереса заставляютъ его дѣлать отступленія въ ту и въ другую сторону. Итальянцы, брачущіеся за границей, должны всетаки дѣлать оглашенія въ Италіи, и та же формальность требуется отъ иностранцевъ, вступающихъ въ бракъ въ этой странѣ (p. 121—122). Для того, чтобы переходъ собственности между иностранцами дѣйствовалъ и по отношенію къ третьимъ лицамъ, требуется соблюденіе итальянской формы транскрипціи, такъ какъ здѣсь затронута „публичная экономія“ страны (pp. 119—120).

То же разрушительное дѣйствіе идея публичнаго порядка оказываетъ на принципъ свободы частной воли. Правда, Эсперсонъ рѣшительно провозглашаетъ право завѣщателей или контрагентовъ подчиниться любому закону (pp. 127—129). Но тутъ же слѣдуетъ извѣстная оговорка (p. 130), и допустимость общей ипотеки, продолжительность срока выкупа и т. п. ставятся подъ защиту l. rei sitae (p. 141). Искъ о признаніи обязательства ничтожнымъ объявляется подчиненнымъ закону, вообще управляющему договоромъ. Однако, если rei sitae считаетъ непризнаніе договора противнымъ экономическому

благосостоянію (bene economico) страны, то искъ не будетъ удовлетворенъ (pp. 148—149).

Насколько понятіе публичнаго порядка произвольно, видно также изъ слѣдующаго примѣра. Итальянскій кодексъ даетъ при убыткѣ свыше половины стоимости право требовать уничтоженія договора—но только продавцу; австрійскій—какъ продавцу, такъ и покупателю. Если обязательство вообще подчинено австрійскимъ законамъ, то покупатель можетъ требовать уничтоженія договора и въ Италіи; въ данномъ случаѣ, разсуждаетъ Эсперсонъ, итальянскій законодатель исходилъ не изъ соображенія публичнаго характера, а просто изъ уваженія къ положенію продавца, который де чаще продаетъ по нуждѣ и слѣдовательно требуетъ большей защиты, чѣмъ покупатель (p. 149). Излишне настаивать на натянутости этихъ доводовъ.

Изъ всего сказаннаго нельзя не замѣтить, что принципъ національности, провозглашенный вначалѣ съ такою торжественностью, во всѣхъ почти частныхъ случаяхъ подчиняется авторомъ соображеніямъ территоріальнаго свойства.

§ 3. Фіоре [1]).

Въ сочиненіи Фіоре принципъ національности остается какъ бы въ тѣни, хотя авторъ и объясняетъ различіе территоріальныхъ правъ этнографическими, физическими и нравственными особенностями народовъ (I, § 36). Субъектами международнаго права являются государства или „суверенитеты“, подчиненные высшему закону права и справедливости (I, § 33). Компетенція каждаго суверенитета опредѣляется на основаніи природы даннаго юридическаго отношенія и сообразуясь съ его общими и соціальными интересами (I, § 35).

Было бы однако ошибочно относить Фіоре на основаніи упомянутыхъ положеній къ германской школѣ. Эта послѣдняя признаетъ за теоріей публичнаго порядка только второсте-

[1]) Pasquale Fiore, Droit International Privé Traduit par Charles Antoine, Paris 1890, 2 volumes.

,пенное значеніе. Фіоре, наоборотъ, считаетъ выясненіе понятія „ordre public“ основнымъ и труднѣйшимъ вопросомъ нашей науки (I, § 37). Сочиненіе итальянскаго писателя любопытно, именно какъ попытка разрѣшенія этого вопроса.

Къ публичному порядку, по Фіоре, относятся не всѣ законы, касающіеся соціальной организаціи государства, а только тѣ, прямая и непосредственная цѣль которыхъ — охраненіе общественныхъ институтовъ и интересовъ третьихъ лицъ (I, § 250). Такое опредѣленіе, конечно, очень растяжимо, и авторъ старается придать ему большую конкретность. Законы публичнаго порядка дѣлятся на двѣ большія категоріи: одни запрещаютъ пріобрѣтеніе или упражненіе какихъ либо правъ извѣстнымъ опредѣленнымъ образомъ, напр. запрещаютъ усыновленіе собственныхъ незаконныхъ дѣтей или вступленіе въ бракъ безъ согласія родителей. Другіе отмѣняютъ самые юридическіе институты, напр. фиденкоммиссы, личные сервитуты, маіораты, лены и т. под. Законы первой категоріи обязательны для однихъ подданныхъ, законы второй абсолютно территоріальны, такъ что въ сферѣ ихъ дѣйствія иностранецъ никогда не можетъ добиться признанія права, основаннаго на отмѣненномъ ими юридическомъ институтѣ (I, § 258).

Констатируемъ прежде всего, что обѣ упомянутыя категоріи законовъ публичнаго порядка отрицательнаго свойства. Между тѣмъ, если обратиться къ разрѣшенію авторомъ частныхъ вопросовъ, то оказывается, что онъ признаетъ соціальный интересъ и за многими нормами положительнаго характера. Можно даже сказать, что дѣйствіе положительнаго публичнаго порядка оказывается болѣе разрушительнымъ для національнаго принципа, чѣмъ дѣйствіе нормъ отрицательныхъ.

Приведемъ нѣсколько примѣровъ непослѣдовательности и произвольности разбираемой системы.

Законы, воспрещающіе полигамію и кровосмѣшеніе, объявляются абсолютно территоріальными (II, 537—538); въ то же время обязательность безбрачія для монаховъ зависитъ отъ личнаго закона (II, 535—536). Территоріальный публичный

порядокъ не допускаетъ, чтобы различіе цвѣта кожи служило основаніемъ для признанія брака ничтожнымъ (II, 575); и въ то же время, дѣйствительность браковъ между христіанами и нехристіанами обсуждается по личному закону. (II, 575).

Степени родства, налагающія обязанность давать алименты, не могутъ быть уже границъ территоріальнаго статута, размѣръ же обязанности опредѣляется по національному закону (II, 623—626). Насколько это дѣленіе шатко, видно уже изъ того, что англійскому незаконному ребенку Фіоре даетъ право требовать въ Италіи алиментовъ не въ скудныхъ размѣрахъ англійскаго закона, а сообразуясь съ болѣе либеральнымъ итальянскимъ кодексомъ (II, 746).—Та же идея публичнаго порядка приводитъ автора къ слѣдующимъ рѣшеніямъ: французы и итальянцы должны отвѣчать по искамъ дѣтей объ отчествѣ, предъявленнымъ въ иностранныхъ судахъ (II, 738—739); французскій или итальянскій незаконный ребенокъ можетъ быть признанъ иностраннымъ отцомъ, хотя бы родился отъ прелюбодѣянія (II, 725); эти два рѣшенія довольно неудачно мотивируются полицейскимъ характеромъ иностранныхъ законовъ, не создающихъ правъ состоянія ребенка, а только обезпечивающихъ ему алименты, „согласно закону природы“ (II, 727, 739, 741). Далѣе, нельзя передъ французскими или итальянскими судами оспаривать законность происхожденія иностраннаго ребенка, основывающагося на упражненіи своихъ правъ согласно метрическому свидѣтельству о рожденіи (possession d'état d'enfant légitime conforme à son titre résultant de l'acte de naissance) — статьи 173 и 322 французскаго и итальянскаго кодексовъ, содержащія этотъ способъ доказательства законности происхожденія, считаются авторомъ изданными съ прямою цѣлью защиты соціальнаго права и охраны интересовъ третьихъ лицъ (II, 717). — Всѣ эти рѣшенія получаютъ надлежащее освѣщеніе, если ихъ сопоставить съ основнымъ принципомъ автора, по которому принципіально все семейное право подчиняется національному закону мужа (I, 71).

Такое же всепоглощающее вліяніе территоріальнаго интереса мы наблюдаемъ въ вещномъ правѣ. Авторъ, правда, постоянно повторяетъ, что не всѣ законы, касающіеся вещныхъ правъ, связаны съ политическими принципами и учрежденіями государства (I, 90); что нужно опредѣлить природу закона и выяснить, имѣетъ ли онъ прямою цѣлью публичный или частный интересъ (I, 90, p. 121). Но въ отдѣльныхъ случаяхъ перевѣсъ почти всегда оказывается на сторонѣ lex rei sitae. Такъ, отъ этого закона зависятъ: форма перехода права собственности посредствомъ традиціи или простого согласія (II, 83), образъ упражненія этого права (II, 790), виндицированіе движимостей (II, 818). Отступленія въ пользу личнаго закона совершенно произвольны. Такъ напр., узуфруктъ вообще долженъ обсуждаться по иностранному закону, его установившему (II, 854). Но если узуфруктуарій отдастъ эксплоатируемую имъ недвижимость въ аренду, то вопросъ объ обязательности договора аренды для собственника въ случаѣ смерти узуфруктуарія, считается соціальнымъ, и слѣдовательно обсуждается по территоріальному закону (II, 858).

Нельзя также не отмѣтить, что у Фіоре одинъ и тотъ же институтъ относится то къ личному, то къ территоріальному статуту. Итальянскій публичный порядокъ требуетъ, чтобы браки заключались въ Италіи прежде всего въ гражданской формѣ (II, 530); въ то же время иностранное государство можетъ требовать отъ своихъ подданныхъ соблюденія церковной формы и за границей (II, 528) и не признавать гражданскихъ браковъ. Въ странѣ, не знающей развода, даже подданные страны его допускающей, не добьются расторженія брака (II, 688). Но тамъ, гдѣ территоріальное законодательство признаетъ разводъ, имъ не могутъ воспользоваться граждане государства, отвергающаго этотъ институтъ (II 676). Другими словами, въ первомъ случаѣ разводъ считается относящимся къ территоріальному публичному порядку, въ другомъ—нѣтъ.

Одно изъ различій формулъ Фіоре и Манчини вызвано различными взглядами этихъ писателей на чувствительность

соціальнаго строя. По мнѣнію Фіоре публичный порядокъ страны не нарушается однимъ примѣненіемъ иностраннаго противорѣчащаго закона. Для такого нарушенія требуется, чтобы само юридическое дѣйствіе, которое хотятъ совершить на основаніи иностраннаго закона, было бы противно общественному порядку. Такъ напр., въ государствѣ, отвергающемъ институтъ развода, суды не могутъ разводить и иностранцевъ, но если эти послѣдніе получили разводъ на основаніи своего личнаго закона, они могутъ вступить во второй бракъ даже въ Италіи (II, 688). Нужно однако замѣтить, что въ большинствѣ случаевъ весьма трудно отличить дозволенное послѣдствіе, вытекающее изъ инороднаго института, отъ недопустимаго по нашимъ законамъ дѣйствія. Такъ, Фіоре находитъ, что территоріальный запретъ отыскивать отца связываетъ только туземцевъ (II, 733); между тѣмъ именно здѣсь самый актъ отыскиванія долженъ считаться противнымъ мѣстнымъ добрымъ нравамъ.

На основаніи всего вышесказаннаго, попытку Фіоре конкретнѣе очертить понятіе публичнаго порядка нельзя признать удачною.

III. Послѣдователи новѣйшей итальянской школы во Франціи.

§ 1. Андрэ Вейссъ [1]).

Сочиненіе парижскаго профессора Вейсса основано на комбинаціи итальянской доктрины съ ученіемъ Брошэ о „международномъ публичномъ порядкѣ“. Основнымъ принципомъ выставляется экстерриторіальность или „личность“ права (personnalité du droit). Государство. говоритъ авторъ, прежде всего агрегатъ лицъ; территоріальный суверенитетъ только добавленіе, придатокъ (accessoire) личнаго. Національный законъ имѣетъ справедливое притязаніе на повсемѣстную силу.

[1]) André Weiss, Traité élémentaire de Droit International Privé. II Édition 1890, Paris.

И въ этомъ своемъ распространительномъ движеніи онъ останавливается только передъ международнымъ публичнымъ порядкомъ, передъ правиломъ „locus regit actum“, или, наконецъ, передъ волею сторонъ (autonomie de la volonté)[1]).

Къ нормамъ международнаго публичнаго порядка (обязательнымъ для иностранцевъ) относится все публичное и уголовное право. Но отъ дальнѣйшаго пополненія этого понятія Вейссъ отказывается, такъ какъ оно постоянно видоизмѣняется по времени и мѣсту. Вопросъ о томъ, имѣетъ ли данная норма абсолютно-территоріальный характеръ, долженъ быть въ каждомъ данномъ случаѣ рѣшенъ судьею, сообразно съ обстоятельствами и не стѣсняясь рамками какого нибудь положительнаго закона[2]).

Правило „locus regit actum“ защищается посредствомъ довольно противорѣчивыхъ разсужденій. Съ одной стороны Вейссъ утверждаетъ, что оно вызвано интересами частныхъ лицъ, практическою необходимостью, во имя которой національный суверенитетъ добровольно уступаетъ мѣстному; пользованіе территоріальными формами можетъ быть всегда воспрещено иностранцамъ ихъ правительствомъ, и въ то же время они сохраняютъ право по желанію руководствоваться національнымъ закономъ. Но съ другой стороны правило locus regit actum выводится также изъ различія характерныхъ особенностей жителей разныхъ странъ, сообразно съ которыми законодатели принимаютъ различныя мѣры предосторожности для обезпеченія гражданскаго оборота. Это позволяетъ автору, въ случаѣ если стороны разныхъ національностей, придать правилу абсолютную территоріальную силу (Weiss, l. c. pp. 250—257). Нетрудно однако замѣтить, что если исходить изъ послѣдняго основанія, то національный суверенитетъ всегда долженъ будетъ уступить мѣстному. Наконецъ, авторъ впадаетъ окончательно въ противорѣчіе, утверждая, что законы о формахъ обязательны для иностранцевъ всякій разъ, когда

[1]) Weiss, Traité élémentaire p. 240—245.
[2]) Weiss, l. c. pp. 245—249.

того требуетъ „публичный международный порядокъ“. Такимъ образомъ второе изъятіе изъ національнаго принципа фактически сводится къ первому [1]).

Третье исключеніе изъ принципа національности основано на такъ называемой автономіи воли сторонъ въ обязательственномъ и наслѣдственномъ правѣ (Weiss, l. c. pp. 257—259). Но и самоопредѣленіе частныхъ лицъ ограничивается требованіями публичнаго международнаго порядка (p. 637), и такимъ образомъ центръ тяжести всей системы оказывается передвинутымъ отъ принципа національности къ совершенно противоположному началу.

Вейссъ, какъ мы уже сказали, прямо отказывается отъ точнаго опредѣленія своего „публичнаго международнаго порядка“. Было бы поэтому безполезно, извлекать изъ его системы новыя доказательства произвольности итальянской доктрины Мы должны однако отмѣтить, что авторъ довольно часто проводитъ параллели между положительными и отрицательными нормами публичнаго порядка, и обыкновенно только послѣднія считаетъ обязательными и для иностранцевъ.

Приведемъ примѣры.

Въ странѣ, не признающей развода, онъ въ одинаковой степени недоступенъ туземцамъ и иностранцамъ (p. 535); но законъ, разрѣшающій разводъ, не относится къ международному публичному порядку и нѣтъ никакого основанія примѣнять его къ брачнымъ отношеніямъ иностранцевъ, вопреки ихъ личному статуту (p. 539).

Прусскій законъ не даетъ несовершеннолѣтнему законной ипотеки въ имѣніи опекуна; такой ипотеки не будетъ имѣть въ Пруссіи и французскій несовершеннолѣтній, и это во имя государственнаго кредита и интереса. Но въ обратномъ случаѣ оказывается, что французскій законъ, признающій упомянутую ипотеку, не обезпечиваетъ прусскаго несовершеннолѣтняго, опекунъ котораго имѣетъ помѣстіе во Франціи; публичный

[1]) Weiss, p. 256.

порядокъ этой страны, по мнѣнію автора, нисколько не затронутъ умаленіемъ правъ иностраннаго опекаемаго (р. 418—419).

Незаконныя дѣти могутъ отыскивать своихъ отцовъ лишь въ случаѣ, когда національные законы и тѣхъ и другихъ санкціонируютъ это право. Это вопросъ дѣеспособности, говоритъ авторъ (р. 555). Но съ другой стороны личный статутъ уступаетъ территоріальному, запрещающему отыскиваніе во имя огражденія добрыхъ нравовъ (р. 556).

Точно также, въ принципѣ, дѣйствительность усыновленія зависитъ отъ личнаго статута усыновителя и усыновляемаго. Но въ сферѣ дѣйствія закона, отвергающаго этотъ институтъ, и французъ не будетъ имѣть возможности усыновить своего соотечественника (р. 565—568).

Въ приведенныхъ примѣрахъ положительные эффекты одного и того же юридическаго института опредѣляются по національному закону, а отрицательные по территоріальному. Было бы однако ошибочно думать, что Вейссъ всегда придаетъ международному публичному порядку чисто-отрицательное значеніе. Можно привести рядъ другихъ примѣровъ, въ которыхъ этотъ порядокъ требуетъ не только отверженія иностраннаго закона, но и примѣненіе туземнаго.

Такъ иностранный монахъ, по мнѣнію Вейсса, можетъ вступить въ бракъ во Франціи, хотя бы его національный законъ тому препятствовалъ (р. 450). Иностранный еретикъ, неспособный по національному закону къ наслѣдованію во Франціи, можетъ всетаки быть легатаріемъ (р. 706). Почти всѣ нормы вещнаго права надѣляются принудительною силою по отношенію къ иностранцамъ и т. д. и т. д.

Нѣтъ сомнѣнія, что съ той субъективной точки зрѣнія, на которой стоитъ Вейссъ, раскалываніе юридическаго института на положительную и отрицательную части не можетъ быть оправдано. Если недопущеніе развода, ипотеки въ имѣніи опекаемаго, отыскиванія отца, и усыновленія, составляетъ какъ бы жизненный нервъ страны, ревниво оберегаемый отъ соприкосновенія иностраннаго дозволительнаго закона—то на

какомъ же основаніи мы допустимъ перерѣзаніе такого же жизненнаго нерва въ другой странѣ, видящей свое благо не въ уничтоженіи, а въ существованіи упомянутыхъ институтовъ? Законодатели обѣихъ странъ одинаково руководствуются соображеніями общественнаго порядка.

Вейссъ поэтому непослѣдователенъ въ тѣхъ случаяхъ, когда различаетъ положительный и отрицательный публичный порядокъ. Само же по себѣ это различіе имѣетъ глубокое научное значеніе. Но для обоснованія его нужно исходить изъ высшей надгосударственной идеи международнаго общенія. Тогда намъ сразу становится яснымъ, какая большая разница между запрещеніемъ иностранцу совершать какой нибудь актъ, согласный съ его личнымъ закономъ, но противный мѣстному, и между дозволеніемъ ему совершить актъ, противный личному его праву, но допускаемый территоріальнымъ. Въ первомъ случаѣ не создается двойственнаго юридическаго положенія иностранца; въ послѣднемъ, результатомъ мнимой льготы окажется положеніе, при которомъ человѣкъ у насъ будетъ считаться женатымъ, узаконеннымъ или разведеннымъ— а въ отечествѣ холостымъ, незаконнымъ сыномъ или состоящимъ въ супружествѣ. Другими словами положительное дѣйствіе публичнаго порядка должно быть отвергнуто во имя интересовъ не территоріальнаго государства, а веего международнаго общенія.

§ 2. Дюранъ.

(Louis Durand, Essai de Droit International Privé, Paris, 1884).

§ 3. Сюрвиль и Артюисъ.

(Surville et Arthuys. Cours élémentaire de Droit International Privé 1895).

§ 4. Одинэ.

(Audinet. Principes élémentaires du Droit International Privé 1894).

Названные три писателя придерживаются въ своихъ (элементарныхъ) курсахъ итальянской теоріи, Дюранъ формулируетъ свой основной принципъ слѣдующимъ образомъ: „каждый иностранецъ имѣетъ право, и въ то же время обязанъ согласовать свои гражданскія дѣйствія со своимъ національнымъ закономъ. Однако государство, на территоріи котораго совершаются эти акты, управомочено и обязано запрещать или уничтожать ихъ, если они опасны для политическаго благосостоянія и соціальнаго преуспѣянія страны или же для поддержанія публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ“ [1]). Сюрвиль и Артюисъ только повторяютъ теорію Вейсса [2]). Зато Одинэ нѣсколько уклоняется въ сторону Савиньи, признавая, что принципъ національности не примѣнимъ къ разрѣшенію столкновенія національныхъ законовъ между собою, и что въ такихъ случаяхъ компетентная норма можетъ быть найдена лишь посредствомъ анализа даннаго юридическаго отношенія [3]).

IV. Итальянская школа въ Бельгіи.

§ 1. Лоранъ [4]).

Обширнѣйшее сочиненіе о международномъ частномъ правѣ принадлежитъ плодовитому перу знаменитаго бельгійскаго ученаго Лорана. Оно страдаетъ нѣкоторою безсвязностью изложенія и слишкомъ часто служитъ тенденціознымъ цѣлямъ; извѣстный провиденціализмъ автора также не мало нарушаетъ общее впечатлѣніе. Тѣмъ не менѣе этотъ трудъ во многихъ отношеніяхъ замѣчателенъ и требуетъ обстоятельнаго разбора.

Лоранъ — горячій сторонникъ итальянской школы (Laurent I, §§ 423—439). По предвѣчному праву (droit éternel), го-

---

[1]) Durand, l. c. p. 246.
[2]) Surville et Arthuys, pp. 36—40.
[3]) Audinet, l. c. pp. 210—212.
[4]) F. Laurent, Le Droit Civil International, 8 volumes, 1881—1882.

воритъ онъ, человѣкъ долженъ всюду пользоваться правами, необходимыми для его жизни; а для упорядоченія этого пользованія единственно компетентнымъ является національный законодатель. И націи и ихъ право отъ Бога (II, § 57). Авторъ принимаетъ также второй пунктъ итальянскаго „credo“ — свободу индивидуальной воли въ области договорнаго права (II, § 213). Но за то третье основное положеніе школы — территоріальность законовъ публичнаго порядка, подвергается Лораномъ извѣстной модификаціи. И съ этой именно точки зрѣнія мы должны разобрать трудъ бельгійскаго ученаго, дабы констатировать, что онъ даетъ новаго для уясненія задачъ международнаго частнаго права.

Выраженіе „публичный порядокъ“ (ordre public) кажется Лорану не вполнѣ соотвѣтствующимъ идеѣ, которой оно служитъ. Иногда къ публичному порядку относятъ законы о личныхъ правахъ (état и capacité), главное свойство которыхъ именно экстратерриторіальность (II, § 195). Поэтому авторъ предлагаетъ различать нормы частнаго и соціальнаго права (droit individuel et social).

Лишеніе національнаго закона его эффекта внѣ издавшей его сферы можетъ оправдаться только интересами всего общества, безъ всякаго отношенія къ характеру имущества (II, § 144)[1]). Разграниченіе правъ общества и частныхъ лицъ даетъ государству всѣ необходимыя гарантіи (II, § 186), и нахожденіе критерія такого разграниченія составляетъ основную проблему международнаго частнаго права (II, § 126).

Но гдѣ же этотъ критерій? Немного далѣе авторъ сознается, что собственно говоря, провести точную границу

[1]) Ср. также II, § 188: Ce n'est pas la nature des biens qui détermine le statut, c'est l'intérêt social ou l'intérêt privé. Конечно, и законы, касающіеся недвижимостей, имѣютъ часто соціальный интересъ, — напр. законы объ ипотечной системѣ — и въ такомъ случаѣ территоріальны (II, § 144); но за то напр. порядокъ наслѣдованія недвижимостей подчиненъ національному закону наслѣдованія, такъ какъ этотъ порядокъ, за нѣкоторыми исключеніями, не затрагиваетъ интересовъ всего общества (II, § 126).

между законами, касающимися правъ личности и правъ общества, невозможно уже потому, что миссія общества измѣняется вмѣстѣ съ процессомъ цивилизаціи (II. § 206). Въ концѣ концовъ правъ все-таки Вехтеръ, и каждый судья будетъ опредѣлять право своего общества (II, § 190). При этомъ Лоранъ думаетъ, что произволъ судьи устраняется тѣмъ. что онъ долженъ руководствоваться не соціальнымъ интересомъ. а соціальнымъ правомъ. На сколько однако это различіе шатко, видно уже изъ того, что самъ Лоранъ его не выдерживаетъ и весьма часто заявляетъ. что національный законъ не примѣнимъ именно вслѣдствіе противорѣчія интересамъ общества (II, § 144; II, § 52; II. § 174).

Разсуждая послѣдовательно, Лоранъ долженъ былъ бы воздержаться отъ абсолютныхъ рѣшеній вопросовъ международнаго частнаго права. Но авторъ слишкомъ часто забываетъ, что онъ самъ сознался въ субъективности своего дѣленія, и даетъ рядъ формулъ, притязающихъ на объективное значеніе. Въ виду громаднаго авторитета бельгійскаго писателя, будетъ нелишнимъ сдѣлать нѣкоторыя сопоставленія между нормами, относимыми имъ къ droit individuel и къ droit social. Это намъ покажетъ, насколько новое понятіе „права общества“ опредѣленнѣе понятія „публичнаго порядка“.

Способность къ вступленію въ бракъ, въ принципѣ, должно обсуждаться по національному закону (IV, § 216). Существуютъ однако препятствія, которыя безусловно зависятъ отъ территоріальнаго статута (IV, §§ 282 — 287); таково напр. запрещеніе полигамическихъ браковъ (IV, §§ 288 — 293). Но въ другихъ случаяхъ возникаютъ сомнѣнія. Даже такое важное препятствіе, какъ кровосмѣшеніе, не всегда оправдываетъ территоріальность статута: только браки нисходящихъ съ восходящими и боковыхъ родственниковъ въ первой степени безусловно безнравственны (IV, § 295). Далѣе уже начинается сфера субъективной нравственности (L'inceste civil est purement arbitraire) (IV, § 298).

Гражданская форма брака считается существеннымъ его

элементомъ и настолько затрагивающей интересы общества, что она обязательна и для иностранцевъ; мало того, авторъ требуетъ, чтобы даже отечество иностранцевъ не признавало дѣйствительности браковъ, заключенныхъ безъ соблюденія гражданской формы loci actus (IV, §§ 233—238). Церковная же форма брака отнюдь не надѣляется такимъ исключительнымъ характеромъ; хотя авторъ и признаетъ дѣйствительность церковныхъ браковъ, заключенныхъ согласно съ l. loci actus (IV, § 266), все же онъ приводитъ противъ обязательности этой формы соображеніе, что она „нравственно невозможна“ для свободомыслящихъ (IV, § 230).

Обязанность алиментировать своихъ близкихъ относится къ личному статуту, когда она возникаетъ между свойственниками (V, § 87) или родственниками по боковой линіи, принадлежащими къ одной національности (V, § 93); но незаконный сынъ иностранца можетъ всегда требовать во Франціи алиментовъ съ признавшаго его отца—это требованіе территоріально ибо основано на самой природѣ (cride la nature, V, § 91).

Движимости подчинены національному закону собственника (VII, § 168). Однако исключенія, дѣлаемыя изъ этого правила во имя права общества, лишаютъ его всякаго значенія. Такъ, всѣ рѣшительно привилегіи кредиторовъ относятся къ области территоріальнаго статута (VII, §§ 184—212), напр. ипотечная привилегія хозяина въ инвентарѣ дома или фермы, такъ какъ ея существованіе обезпечиваетъ интересы земледѣлія и торговли (VII, § 190). Ипотека на движимости невозможна и для иностранныхъ собственниковъ во имя высшаго интереса кредита (II, § 174). Переходъ движимой собственности зависитъ отъ воли и, слѣдовательно, никакъ не можетъ относиться къ реальному статуту (VII, § 217); поэтому французы должны были бы имѣть право пріобрѣтать другъ у друга движимую собственность безъ традиціи даже въ Пруссіи (VII, §§ 222—226); когда однако замѣшаны права третьихъ лицъ, выступаетъ территоріальный законъ, напр. въ вопросѣ о продажѣ одной и той же вещи двумъ лицамъ

(VII, § 226). Правило „en fait de meubles la possession vaut titre“ тоже имѣетъ безусловно территоріальный характеръ (VII, § 221).

Наслѣдованіе, связанное съ семейнымъ правомъ, относится къ личному статуту (VI, § 128). Но и здѣсь соціальному интересу обезпечивается широкое вліяніе, напр. въ вопросѣ о фидеикоммиссарныхъ субституціяхъ въ пользу старшаго сына. Любопытно при этомъ констатировать неувѣренность, съ которой Лоранъ примѣняетъ свой критерій „соціальности“ права. Сначала онъ колеблется, заявляетъ, что субституціи не затрагиваютъ публичнаго порядка (VI, § 155), а затѣмъ признаетъ ихъ абсолютно территоріальный характеръ. Отмѣна субституцій французскимъ законодателемъ знаменуетъ не что иное, какъ возвращеніе „на путь Божій“, съ котораго сошла феодальная аристократія (VI, §§ 320—328). И въ то же время авторъ признается, что семья „основана на общности крови и не имѣетъ ничего общаго съ положеніемъ имущества“ (VI, § 227).

Если, такимъ образомъ, у Лорана личный статутъ теряетъ почти всю свою силу въ виду наличности противорѣчащаго ему территоріальнаго закона, охраняющаго якобы права общества, за то во многихъ другихъ случаяхъ личный законъ столь же произвольно беретъ верхъ надъ реальнымъ. Такъ напр., законы о разводѣ совершенно неожиданно лишаются всякаго территоріальнаго значенія. Въ самомъ дѣлѣ, туземцы не имѣютъ права разводиться за границей вопреки своему національному закону; и съ другой стороны, суды государства, отвергающаго институтъ развода, могутъ разводить иностранцевъ, согласно ихъ личному статуту (V, § 127). Такое рѣшеніе, конечно, совершенно игнорируетъ „соціальное право“. Но еще ярче самопротиворѣчіе Лорана выступаетъ въ вопросѣ о запрещеніи отыскивать отца (recherche de la paternité). Сначала онъ утверждаетъ, что запрещеніе издано для предупрежденія ябедничества и въ интересахъ нравственности, а затѣмъ основываетъ право незаконнаго ребенка

иностранной національности на природѣ и Божескомъ законѣ и позволяетъ этому ребенку отыскивать отца во Франціи по національному закону (V, § 263). Запрещеніе имѣетъ абсолютно территоріальный характеръ лишь относительно дѣтей, родившихся отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія (V, § 267).

Точно также и узаконеніе Лоранъ не рѣшается отнести къ территоріальному статуту; трудно однако отрицать, что и англійскій законъ, не признающій legitimatio per subsequens matrimonium и французскій, ее допускающій, вдохновляются соціальными соображеніями. Но авторъ прямо заявляетъ, что ни одна нація не можетъ признать иностраннаго закона безнравственнымъ, и потому статутъ личенъ (V, § 281). То же разсужденіе повторяется относительно усыновленія. Итальянцы не могутъ адоптировать другъ друга во Франціи, и наоборотъ, французы имѣютъ эту возможность въ Италіи; авторъ полемизируетъ противъ Фіоре, защищающаго абсолютно территоріальный характеръ запрета усыновленія, во имя нравственности. „Ни одна нація не имѣетъ монополіи нравственности“ торжественно заявляетъ Лоранъ (VI, § 32), что ему, впрочемъ, не мѣшаетъ въ слѣдующемъ же параграфѣ признать территоріальность закона, воспрещающаго усыновленіе священникамъ! (VI, § 33).

Приведенныхъ примѣровъ достаточно для того, чтобы убѣдиться, что теорія Лорана настолько же субъективна, какъ и теорія публичнаго порядка; какъ и итальянцы, авторъ совершенно произвольно наклоняетъ чаши своихъ вѣсовъ въ сторону то личнаго то реальнаго статута. Но весьма любопытно, что Лоранъ, кажется, самъ недалекъ отъ мысли, что онъ строитъ свое зданіе на пескѣ. Это доказывается его частыми противорѣчіями, колебаніями и прорывающимися иногда сознаніемъ, что невозможно дать абсолютныя правила для разграниченія законовъ (напр. V, § 245: On voit qu'il n'y a rien d'absolu en cette matière). Но кромѣ того Лоранъ даетъ намъ и юридическіе доводы противъ своей теоріи. И мнѣ кажется, что въ этомъ его главная заслуга.

э Истинное основаніе экстратерриторіальности какого нибудь статута, по общему тезису, — преобладаніе въ немъ частнаго интереса (II, § 145). Если частный интересъ сталкивается съ соціальнымъ, онъ ему, конечно, уступаетъ. Но на практикѣ этой простой схемы оказывается совершенно недостаточно. Авторъ вполнѣ понимаетъ, что соціальный интересъ можетъ требовать не территоріальности, а экстратерриторіальности статута; такъ, права состоянія и семейныя зависятъ отъ личнаго статута, но въ то же время они относятся къ публичному порядку, то-есть, подданные не могутъ имъ дерогировать и за границей [1]). Обязательность той или другой формы завѣщанія зависитъ отъ личнаго закона завѣщателя, который вообще опредѣляетъ, есть-ли завѣщаніе публичный актъ (acte solennel), и въ чемъ сущность этой публичности (VI, § 416). Такъ напр., всѣ три вида французскаго завѣщанія (par acte public, olographe, mystique) требуютъ письменной формы, и словесное завѣщаніе, составленное заграницей, не будетъ признано во Франціи (VI, §§ 403, 411). Съ другой стороны, голландскій законъ требуетъ непремѣнно публичной формы завѣщанія, и голландецъ не можетъ даже во Франціи составить завѣщаніе безъ участія властей (VI, § 419).

Изъ приведенныхъ примѣровъ ясно, что и національный законъ очень часто опирается на соціальный интересъ, и слѣдовательно нѣтъ никакого основанія останавливать его экстратерриторіальное дѣйствіе во имя территоріальнаго соціальнаго интереса. Лоранъ этого впрочемъ и не дѣлаетъ, а наоборотъ высказывается за теорію, не допускающую обхода законовъ за границей (la fraude vicie tout, II, § 239). Но такимъ образомъ мы встрѣчаемся лицомъ къ лицу съ неразрѣшимой задачей: примирить два соціальныхъ интереса, сравнительной цѣнности которыхъ мы не можемъ опредѣлить за отсутствіемъ объективнаго мѣрила. Констатировавъ и въ

[1]) L'état est d'ordre public, de même que la famille.... черезъ пять строкъ: l'état dépend du statut personnel ou national. Jl en est de même pour la famille, II, § 112.

экстратерриторіальныхъ законахъ соціальный элементъ, Лоранъ лучше всего доказалъ несостоятельность своей попытки дать большую устойчивость двухгранному дѣленію итальянской доктрины.

§ 2. Роллэнъ[1]).

Трехтомное сочиненіе Роллэна тоже относится къ итальянской школѣ. Мы не вдадимся поэтому въ подробную оцѣнку этого въ высшей степени неяснаго и самопротиворѣчиваго труда и ограничимся характеристикой воззрѣній Роллэна на публичный порядокъ.

Авторъ различаетъ общій или абсолютный публичный порядокъ (ordre public général absolu) отъ спеціальнаго или относительнаго (I, §§ 121—122). Первый имѣетъ территоріальное, второй — національное значеніе. Конфликты ихъ разрѣшаются самымъ произвольнымъ и даже фантастическимъ образомъ.

Въ нѣкоторыхъ частяхъ своего труда, Роллэнъ видитъ нарушеніе абсолютнаго публичнаго порядка только въ непосредственномъ нарушеніи какого нибудь соціальнаго интереса государства (I, § 146). Иностранные законы, гарантирующіе соціальный интересъ нравственнаго или экономическаго свойства, должны поэтому быть уважены и у насъ, пока они остаются въ сферѣ своей компетенціи (§§ 147—148). Искъ изъ договора о выкупѣ раба, заключеннаго въ рабовладѣльческой странѣ, можетъ быть принятымъ въ нашихъ судахъ (§ 288). Бракъ иностранца, гражданскиумершаго по отечественному своему закону, не будетъ признанъ и въ Бельгіи (§ 140); турецкія дѣти, родившіяся отъ полигамическаго брака, считаются въ Бельгіи законными (§ 139). Иностранцы могутъ даже вчинять иски изъ карточныхъ долговъ, дѣйствительныхъ по одной lex loci contractus (§ 130). Но на ряду съ такими рѣшеніями мы читаемъ вдругъ, что иностранецъ, гражданскиумершій по національному закону,

[1]) Alberic Rollin, Principes du Droit International Privé 1897 3 Volumes

считается правоспособнымъ въ Бельгіи, хотя бы пребывалъ въ предѣлахъ своего отечества (§ 141). Съ такою же непослѣдовательностью договоры о контрабандѣ у насъ считаются недѣйствительными, хотя бы касались только интересовъ иностраннаго государства (§ 143).

Точно также трудно себѣ уяснить, когда и почему по мысли Роллэна относительный (или національный) публичный порядокъ долженъ брать верхъ надъ территоріальнымъ.

Вопросъ о необходимости для даннаго акта аутентичной формы относится къ національному интересу (§ 190). Поэтому, напр., аутентичность формъ даренія и усыновленія установленная бельгійскимъ закономъ, обязательна для бельгійцевъ и за границей (§§ 200 — 206). Но съ другой стороны, хотя формы брака относятся тоже къ національному публичному порядку, онѣ за границей не обязательны: было бы безнравственно (souverainement immoral) воспретить подданнымъ браки въ формахъ lex loci actus! (§ 196).

Укажемъ затѣмъ, что „revocatio donationis propter prolem supervenientem“ и „revocatio propter ingratitudinem“ относятся къ національному публичному порядку, а „revocatio“, вызванное неисполненіемъ условій даренія — нѣтъ (§§ 302 — 307). Погасительная давность затрогиваетъ интересы всего общества и примѣняется уже на основаніи одной lex fori (§ 338). Наслѣдованіе же подчиняется всегда національному закону покойнаго, и даже размѣръ законной части (réserve) не основанъ „ни на абсолютномъ порядкѣ, ни на экономическомъ интересѣ“ (§§ 478, 480).

На нашъ взглядъ этихъ примѣровъ вполнѣ достаточно для заключенія, что Роллэнъ не пролилъ новаго свѣта ни на самыя понятія національнаго и территоріальнаго публичнаго порядка, ни на ихъ соотношеніе [1]).

---

[1]) Трудъ Роллэна нашелъ себѣ суровую, но вполнѣ справедливую оцѣнку въ статьѣ нашего соотечественника А. А. Пиленко (см. Ж. Ю. О. за 1897 г., Май, стр. 20 — 30)

V. Критика новѣйшей итальянской теоріи.

Выставляя основнымъ принципомъ своей системы идею національности, итальянская теорія, по справедливому замѣчанію Бара (Bar, I, p. 93), впадаетъ въ дилемму: ей приходится или отрицать весь современный международный строй, или же отождествить совершенно неравнозначащія понятія національности и подданства.

Идеаломъ совершеннаго государства для Манчини является только объединенная нація. Ни онъ, ни его послѣдователи не могли, конечно, отрицать юридическаго характера существующихъ государствъ другого типа. Но находясь подъ извѣстными политическими вліяніями, они стали принимать желаемое за данное и оперировать съ терминомъ національность, какъ синонимомъ государства. Отсюда, конечно, большія недоразумѣнія.

Очевидно, что къ государствамъ съ разноплеменнымъ населеніемъ, какъ то: Россіи, Англіи, Швейцаріи, никакъ не примѣнимо положеніе, что законы отражаютъ расовыя особенности. Да и въ болѣе однородныхъ государствахъ законы издаются весьма часто подъ вліяніемъ политическихъ соображеній, не имѣющихъ ничего общаго съ „естественными условіями развитія личности“. Можетъ даже случиться, что иностранный законъ гораздо болѣе соотвѣтствуетъ воззрѣніямъ даннаго индивида, чѣмъ его національный [1]). Если къ этому прибавить перемѣны, ежедневно производящіяся въ составѣ населенія каждаго государства путемъ натурализаціи и экспатріаціи, то слабость связи между національнымъ закономъ и индивидуальными наклонностями очевидна. Принципъ національности теряетъ, такимъ образомъ, тотъ метафизическій, естественный ореолъ, въ которомъ онъ предсталъ глазамъ Манчини. Онъ можетъ сохранить свое значеніе въ извѣстныхъ случаяхъ, но долженъ тогда искать опоры въ высшихъ интересахъ международнаго общенія.

Нужно замѣтить, что итальянская школа не разрѣшила

[1]) Fusinato у Bar'a I, p. 93.

очень любопытнаго вопроса, весьма законнаго однако при ея системѣ. Ученики Манчини ограничиваютъ частныя права индивидовъ, опредѣляемыя по ихъ національнымъ законамъ, требованіями публичнаго порядка. Но какъ быть, когда частное право одного индивида сталкивается съ такимъ же однороднымъ правомъ другого? Напр., законъ усыновителя дозволяетъ усыновленіе, а законъ усыновляемаго запрещаетъ? Законъ отца прекращаетъ отеческую власть въ другой моментъ, чѣмъ законъ сына? Съ итальянской точки зрѣнія нѣтъ никакого основанія жертвовать одинаково священными правами того или другого гражданина. Конфликтъ неразрѣшимъ, если не объявить совершенно произвольно тотъ или другой законъ нормой публичнаго порядка.

Въ той области, гдѣ недостаточность національнаго принципа особенно очевидна, въ обязательственномъ правѣ, итальянская школа выдвигаетъ второй принципъ — свободу воли сторонъ. Трудно себѣ представить болѣе мѣткую и вѣрную критику этого начала, чѣмъ ту, которую находимъ у Бара [1]). Прежде чѣмъ справляться о томъ, чего хотятъ стороны, необходимо выяснить границы, въ которыхъ индивидуальная воля можетъ свободно проявляться. Эти границы опредѣляются территоріальнымъ правомъ, которое признается вообще компетентнымъ для обсужденія даннаго договора [2]). Если признать частную волю суверенной, то пришлось бы признать дѣйствительность самыхъ произвольныхъ стипуляцій, напр. подчиняющихъ договоръ, заключенный туземцами въ отечествѣ и тутъ же подлежащій исполненію, какому нибудь иностранному закону; это было бы ничѣмъ не оправдываемое умаленіе правъ компетентнаго государства. Стороны могутъ только своими конклюдентными дѣйствіями опредѣлять право, которому будетъ подчиненъ договоръ. Мнимая свобода воли сто-

[1]) Bar I, pp. 94 — 95 и II, pp. 3 — 6.

[2]) Ср. Bar II, p. 4: Bevor wir also dem Parteiwillen sein Recht lassens mussen wir wissen, welchem territorialen Rechte wir die Schranken diese, Parteiwillens zu entnehmen haben.

ронъ основана на томъ простомъ обстоятельствѣ, что компетентное на основаніи „общихъ объективныхъ разумныхъ соображеній“ (allgemeinen objectiven vernunftigen Erwägungen) законодательство часто оставляетъ усмотрѣнію сторонъ широкій просторъ. Не слѣдуетъ только забывать, что это усмотрѣніе не коренится въ индивидуальномъ произволѣ.

Трудно опровергнуть эти справедливыя слова знаменитаго германскаго ученаго. Субъектами международнаго права являются государства, а не частныя лица, и принципъ свободы воли внесъ бы въ международную жизнь двойственность, разрушительное дѣйствіе которой не нуждается въ комментаріяхъ. Итальянская школа не могла этого не чувствовать, но она вообразила, что съ помощью предохранительнаго клапана „публичнаго порядка“ ей удастся предотвратить всѣ неудобныя послѣдствія, вытекающія изъ ея двухъ первыхъ основныхъ принциповъ. Мы видѣли, насколько эти попытки были неуспѣшны.

Приведенные нами примѣры изъ сочиненій корифеевъ итальянской школы наглядно обнаруживаютъ всю гибкость понятія публичнаго порядка. У каждаго автора подъ это понятіе подводятся тѣ или другіе институты, соотвѣтственно его личнымъ воззрѣніямъ. Критеріи „публичнаго порядка“, „соціальнаго права“, „экономическаго блага“, „общественной нравственности“ и т. п. являются ярлыками, наклеиваемыми съ удобствомъ на любую норму частнаго права. Старанія же конкретнѣе очертить эти критеріи должны быть признаны неудачными.

Однимъ изъ типовъ законовъ публичнаго порядка, по Фіоре, являются нормы совершенно отмѣняющія какой нибудь юридическій институтъ. Цѣлесообразность введенія этой категоріи, подобную которой мы находимъ и у Савиньи, очень удачно опровергается Баромъ (I, p. 91). Въ данномъ случаѣ возможны двоякаго рода недоразумѣнія: непризнаваемый нами институтъ можетъ въ другомъ государствѣ носить другое названіе, и руководствуясь этимъ послѣднимъ, мы должны будемъ признать его; съ другой стороны, мы легко можемъ отказать

въ признаніи иностранному институту, по существу тождественному съ нашимъ, но носящему кличку, у насъ отвергаемую. Нельзя не согласиться, что при обсужденіи такихъ вопросовъ исходить изъ названія иностраннаго института было бы въ высшей степени поверхностно. Если же ставить условіемъ признанія иностраннаго института его внутреннее соотвѣтствіе аналогичному туземному, придется, пожалуй, отвергнуть всѣ рѣшительно иностранные институты, за отсутствіемъ полнаго соотвѣтствія. Бракъ, усыновленіе, наслѣдованіе и т. д. въ каждомъ государствѣ кромѣ общихъ представляютъ легко и спеціальные признаки. Неужели отсутствіе или присутствіе любого изъ этихъ признаковъ должно повлечь за собою непризнаніе цѣлаго института, какъ намъ неизвѣстнаго? Очевидно предлагаемый критерій законовъ публичнаго порядка не способенъ придать имъ болѣе прочный фундаментъ.

Другой пріемъ, долженствующій придать понятію ordre public научность, состоитъ въ томъ, что мы позволили себѣ назвать раскалываніемъ на двое юридическаго института. Пріемъ этотъ практикуется въ особенности Вейссомъ. Состоитъ онъ, какъ мы видѣли, въ томъ, что только отрицаніе какого нибудь права, напр. права на разводъ, считается входящимъ въ публичный порядокъ. Если же государство признаетъ это право, оно его всетаки не даруетъ иностранцамъ, національный законъ которыхъ стоитъ на отрицательной точкѣ зрѣнія. Мы уже замѣтили, что такое различеніе совершенно нелогично съ точки зрѣнія итальянской школы, опредѣляющей публичный порядокъ съ территоріальной точки зрѣнія.

Наконецъ мы встрѣчаемъ (у Фіоре) указаніе, что публичный порядокъ нарушается не самимъ иностраннымъ закономъ, ему противорѣчащимъ, а дѣйствіями, которыя хотятъ совершить именемъ этого закона на нашей территоріи. Мы вернемся къ этому опредѣленію, такъ какъ оно принято Баромъ. Замѣтимъ однако уже теперь, что Фіоре не удалось провести различіе между дозволенными послѣдствіями, вытекающими изъ иностраннаго закона и недозволенными дѣй-

ствіями, совершаемыми на его основаніи. Такое разграниченіе намъ кажется едва ли удобопроводимымъ.

Произвольность понятія публичнаго порядка иногда настолько очевидна, что нѣкоторые писатели — Вейссъ, Лоранъ — даже прямо предоставляютъ его опредѣленіе усмотрѣнію судьи. Очевидно, что всѣ ихъ дальнѣйшія разсужденія становятся въ такомъ случаѣ совершенно излишними.

Разъ субъективность понятія публичнаго порядка доказана, все зданіе итальянской теоріи рушится само собою. Она даетъ намъ чисто механическое дѣленіе законовъ на два класса — національные и территоріальные. За отсутствіемъ общаго соглашенія и разграниченія этихъ классовъ, столкновенія между различными государствами неизбѣжны. Мы должны здѣсь повторить не разъ уже сдѣланное замѣчаніе о совпаденіи двухъ извѣстныхъ теорій „ordre public“ и „in fraudem legis“, совпаденіе, которое особенно ярко выступаетъ у Майле-де-Шасса и у Лорана. Во многихъ случаяхъ государства относятъ самое соблюденіе національныхъ законовъ за границей къ публичному порядку, и въ такихъ случаяхъ единственнымъ выходомъ является принятіе того воззрѣнія на публичный порядокъ, котораго придерживается lex fori.

Новѣйшая итальянская теорія страдаетъ, слѣдовательно, тѣмъ же основнымъ недостаткомъ, что и всѣ предыдущія — отсутствіемъ объективнаго международнаго базиса.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Идея международнаго общенія.

§ 1. Шеффнеръ [1]).

Доктрина Шеффнера стоитъ какъ бы на рубежѣ между ученіями Вехтера и Савиньи. Вехтеръ провозглашаетъ основной формальный принципъ, но въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ

---

[1]) Schaeffner, Entwikelung des internationalen Privatrechts, 1841.

старается подыскать рѣшеніе наиболѣе соотвѣтствующее „природѣ вещей“, хотя и не употребляетъ этого термина [1]). Шеффнеръ рѣшительно высказывается противъ господства закона суда въ сомнительныхъ случаяхъ [2]) и выставляетъ высшій матеріальный принципъ. На провѣрку однако оказывается, что и этотъ принципъ оказывается чисто формальнаго свойства и примѣнимъ къ частнымъ вопросамъ, разрѣшаемымъ самостоятельно.

Главная задача теоретика, говоритъ Шеффнеръ, констатированіе твердой международной практики (Schaeffner, § 21) Если это невозможно, то нужно сообразоваться съ одной природой вещей (Natur der Sache), а этой послѣдней соотвѣтствуетъ слѣдующій основной принципъ: „Каждое юридическое отношеніе должно обсуждаться по законамъ мѣста своего зарожденія“ (§ 32).

Но въ дальнѣйшемъ изложеніи этотъ принципъ обосновываетъ только подчиненіе формы актовъ закону мѣста совершенія. Здѣсь авторъ даже склоняется въ пользу мнѣнія, что само отечество не должно признавать актовъ, совершенныхъ туземцами за границей въ формахъ l. domicilii (§ 83); закону же мѣста совершенія онъ подчиняетъ даже формы брака, заключеннаго въ обходъ велѣній туземной власти (§ 101).

Однако, во всѣхъ другихъ случаяхъ, зарожденіе спорнаго отношенія въ данномъ мѣстѣ является не основаніемъ извѣстнаго рѣшенія, а послѣдствіемъ, изъ него вытекающимъ. Такъ личныя права (Status und Rechtsfähigkeit) должны обсуждаться по l. domicilii, такъ какъ законы не могутъ имѣть цѣлью, чтобы эти права зарождались на основаніи одного факта пребыванія сторонъ въ территоріи. Принятіе другого правила было бы противно природѣ вещей и имѣло бы нестерпимыя послѣдствія на практикѣ. Поэтому личныя права могутъ зарождаться только тамъ, гдѣ лицо имѣетъ постоянное мѣстожительство (Schaeffner, l. c. §§ 32—33).

[1]) Это подмѣчено уже Баромъ (Bar, I, 76).

[2]) Schaeffner, l. c. §§ 24—29.

Правило „mobilio personam sequuntur“, признаваемое авторомъ, мотивируется слѣдующимъ образомъ. Движимости составляютъ извѣстную имущественную единицу (Mobilieneinheit), отношенія которой къ лицу могутъ считаться зарожденными только въ мѣстѣ его постояннаго жительства (§ 66). Это, конечно, голословное утвержденіе.

Брачное имущественное право подчиняется Шеффнеромъ не закону мѣста заключенія брака, какъ бы слѣдовало ожидать по его теоріи (§ 106), а закону мѣстожительства мужа. Цѣль этого закона, защита супруговъ отъ злоупотребленій той или другой стороны, выставляется основаніемъ неизмѣнчивости брачнаго режима при перемѣнѣ мѣстожительства (§ 114).

Права ребенка на узаконеніе считаются возникшими въ странѣ его рожденія (§ 37). На это Баръ [1]) совершенно основательно возражаетъ, что въ моментъ рожденія между отцомъ и незаконнымъ ребенкомъ не существуетъ никакихъ юридическихъ отношеній.

Недвижимости подчинены закону мѣстонахожденія просто потому, чтъ это согласно съ „природой вещей“ (§ 59). Теорія, подчиняющая наслѣдованіе недвижимостей l. rei sitae, кажется автору самой „естественной“ (§ 132). Право завѣщать обсуждается по l. domicilii; это выводится только изъ „духа новѣйшей международной практики“ (§ 138); другого основанія не приводится и для правила, по которому форма завѣщанія обсуждается по l. loci actus даже относительно недвижимостей (§ 143), хотя здѣсь, кажется, оставалось только примѣнить уже доказанное правило о формахъ актовъ.

Такимъ образомъ, Шеффнеръ исходитъ то изъ цѣлей закона, то изъ требованій международной жизни, то изъ представленія о естественномъ „порядкѣ вещей“. Подчинивъ какое нибудь отношеніе извѣстному закону, онъ уже a posteriori заключаетъ, что оно „зародилось“ въ его территоріальной сферѣ. Но въ такомъ пониманіи „принципъ“ Шеффнера ока-

[1]) Theorie und Praxis, I, p. 68.

зывается лишеннымъ всякаго матеріальнаго содержанія. Мы не считаемъ поэтому возможнымъ считать Шеффнера представителемъ особенной школы, какъ это дѣлаетъ напр. профессоръ Ф. Ф. Мартенсъ [1]). На нашъ взглядъ авторъ является предшественникомъ великаго Савиньи.

§ 2. Савиньи.

Громадная заслуга Савиньи въ области нашей науки заключается въ томъ, что онъ отвернулся отъ принципа территоріальности и выставилъ своимъ отправнымъ пунктомъ идею международнаго общенія Но знаменитый ученый, къ сожалѣнію, не всегда остается вѣрнымъ этой великой идеѣ. Съ одной стороны, онъ дѣлаетъ еще слишкомъ большія уступки территоріальному принципу, создавая довольно произвольный классъ запретительныхъ законовъ. Съ другой, идея международнаго общенія при разработкѣ частностей отождествляется съ метафизическимъ принципомъ природы вещей [2]).

Иностранное право, говоритъ Савиньи (VIII, p. 28), примѣняется, конечно, съ добровольнаго согласія (freundliche Zulassung) территоріальной власти, но это согласіе не актъ милости, а результатъ все болѣе развивающагося правосознанія. Вопреки мнѣнію Вехтера, судья не имѣетъ никакого основанія предполагать, что въ сомнительныхъ случаяхъ законодатель желаетъ примѣненія туземнаго закона, такъ какъ интересы международнаго общенія все болѣе совпадаютъ съ интересами отдѣльныхъ государствъ.—И однако эти послѣдніе интересы получаютъ въ системѣ Савиньи „усиленную охрану“, свидѣтельствующую о нѣкоторой неувѣренности въ упомянутомъ совпаденіи. Иностранный законъ не получаетъ примѣненія, если онъ 1) или принудительнаго характера, или 2) установляетъ институтъ, вообще не признаваемый территоріальнымъ законодательствомъ. Насколько неопредѣленна

[1]) II, p. 296.

[2]) Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, VIII. Berlin, 1849, pp. 27—29.

вторая группа. мы уже видѣли при разборѣ подобной же конструкціи Фіоре [1]). Къ первой группѣ Савиньи относитъ законы, основанные на нравственныхъ мотивахъ (напр. обязательность моногаміи), или на соображеніяхъ общественнаго блага (öffentlichen Wohls), какъ напр. законы о евреяхъ. Нельзя не признать крайней растяжимости и этой группы. Но авторъ еще добавляетъ, что внутреннее содержаніе обѣихъ категорій зависитъ отъ намѣренія законодателя (Savigny, System VIII, pp. 33—36), и этимъ колеблетъ международную основу всей системы.

Методъ Савиньи заключается въ отысканіи для каждаго юридическаго отношенія той правовой сферы, которой это отношеніе принадлежитъ по самой своей природѣ (Seiner eigenthumlichen Natur nach, VIII, p. 28). Въ другомъ мѣстѣ авторъ говоритъ, что каждое юридическое отношеніе должно быть подвергнуто тщательному анализу, для того чтобы обнажить его корни (den Sitz des Rechtsverhältnishes, p. 118). Методъ самъ по себѣ, конечно, единственно вѣрный, потому что нельзя дать общей формулы, обнимающей все безконечное разнообразіе частныхъ международныхъ отношеній. Но всетаки необходимо никогда не упускать изъ виду руководящей идеи, указывающей направленіе, въ которомъ должна совершаться разработка деталей. Идея международнаго общенія, выставленная авторомъ въ началѣ, указываетъ на исключеніе узкихъ національныхъ тенденцій. Принципъ же „природы вещей“, которымъ руководствуется Савиньи при разрѣшеніи частныхъ случаевъ, слишкомъ отзывается естественнымъ правомъ, чтобы не превратиться въ удобное орудіе субъективныхъ воззрѣній. Природа вещей сливается съ цѣлями даннаго территоріальнаго законодательства. Мало того, „естественнымъ“ оказывается рѣшеніе, основанное на предполагаемой волѣ сторонъ.

На это послѣднее любопытное обстоятельство критикой обращено слишкомъ мало вниманія. Сгруппируемъ, поэтому, всѣ относящіяся сюда рѣшенія.

---

[1]) См. противъ Савиньи также Niemeyer, Vorschläge p. 64—67.

Личныя права должны обсуждаться по l. domicilii (pp. 135—141). Нельзя предполагать, чтобы дѣеспособный по закону мѣстожительства хотѣлъ подчиниться закону мѣста заключенія сдѣлки, по которому она будетъ недѣйствительной (p. 139). На томъ же добровольномъ подчиненіи (freiwillige Unterwerfung, p. 169) основано подчиненіе вещей закону мѣстонахожденія (p. 169). Въ данномъ случаѣ нераціонально различать движимости и недвижимости (p. 176—177); слѣдуетъ только выдѣлить особенный классъ движимыхъ вещей, относительно которыхъ примѣненіе l. rei sitae невозможно: это вещи, находящіяся въ пути, которыя обыкновенно считаются находящимися въ мѣстѣ жительства собственника (p. 178—179).

Особенное значеніе воля сторонъ получаетъ въ обязательственномъ правѣ. Рѣшающимъ является здѣсь законъ мѣста исполненія (p. 208), которое или прямо назначается сторонами или выводится изъ ихъ конклюдентныхъ дѣйствій (p. 203). Такъ для лицъ, обязавшихся къ продолжительному дѣйствію (опека, мандатъ), locus solutionis находится въ мѣстѣ ихъ дѣятельности (p. 216—219). Путешественникъ, вошедшій въ долги для своего пропитанія, предполагается подчинившимся l. loci contractus (p. 221—223). Въ другихъ случаяхъ нужно сообразоваться съ закономъ мѣстожительства должника (p. 223—226).

Институтъ наслѣдованія есть не что иное, какъ искусственное продленіе воли человѣка за предѣлы его жизни. Эта воля—выраженная въ завѣщаніи или предполагаемая въ наслѣдованіи по закону—считается совпадающей съ закономъ мѣстожительства лица (p. 295 и 303). Брачное отношеніе коренится въ мѣстѣ жительства мужа (p. 325). Супруги считаются молча подчинившимися этому закону на все время брака и для всего своего имущества (p. 328—330).

Какъ видно, тенденція обусловить свои рѣшенія „молчаливымъ подчиненіемъ“ сторонъ несомнѣнно существуетъ у Савиньи. Мы уже не разъ встрѣчались въ нашихъ очеркахъ съ этимъ совершенно неправильнымъ пріемомъ. И Савиньи

не можетъ послѣдовательно пользоваться имъ. Такъ подчиненіе недѣеспособности l. domicilii онъ оправдываетъ необходимостью предупредить обходъ законовъ за границей (p. 139). Противъ подчиненія наслѣдованія l. rei sitae онъ приводитъ римскую идею единства, какъ согласную съ природой отношенія (p. 297 — 8) и невозможность найти для имѣнія, какъ идеальнаго цѣлаго, мѣстонахожденія (situs, p. 296). L. rei sitae можетъ быть принята во вниманіе, когда законъ преслѣдуетъ политическія цѣли, напр. установляетъ особое дворянское или крестьянское наслѣдованіе земель (p. 306—308). Неизмѣнчивость имущественныхъ отношеній супруговъ основана не только на ихъ добровольномъ подчиненіи закону перваго домициля мужа, но и на цѣляхъ этого закона (p. 333); за то даренія между супругами всегда подчинены закону настоящаго мѣстожительства, такъ какъ здѣсь имѣется случай принудительнаго закона, опирающагося на нравственные мотивы (p. 335). Недвижимости могутъ отчуждаться съ соблюденіемъ формъ закона опеки, такъ какъ эти формы установлены не въ интересахъ земли, а опекаемаго (p. 344—346). Наконецъ, правило locus regit actum основано просто на обычномъ правѣ (p. 348—351).

Почти всѣ эти рѣшенія основаны на цѣляхъ отдѣльныхъ территоріальныхъ законодательствъ. Такимъ образомъ, Савиньи, такъ отчетливо выяснившій необходимость объективной точки зрѣнія, въ концѣ концовъ самъ подпадаетъ субъективному методу.

Любопытно выяснить отношеніе доктрины знаменитаго ученаго къ теоріи статутовъ. Всю французскую школу можно резюмировать какъ неудачную попытку найти объективный базисъ для разрѣшенія столкновенія законовъ. Савиньи, съ такимъ мастерствомъ выяснившій слабыя стороны этого ученія, принялъ вѣрную мысль, лежащую въ его основѣ: необходимость искать опоры въ высшей надгосударственной идеѣ. Что же касается итальянской школы статутовъ, то въ отноше-

ніяхъ къ ней германскій ученый не обнаружилъ той же самостоятельности. Заимствовавъ у нея методъ спеціальнаго анализа каждаго юридическаго отношенія, онъ невольно проникся идеями естественной справедливости, которыя для школы Бартола замѣняли чувство международной солидарности, и которыя слишкомъ часто совпадали съ цѣлями даннаго территоріальнаго законодательства.

Прежде чѣмъ перейти къ дальнѣйшему развитію доктрины Савиньи, укажемъ на германскихъ романистовъ и цивилистовъ, принявшихъ его основную идею. Такъ Виндшейдъ [1]) высказывается противъ принципіальнаго исключенія иностраннаго права и исходитъ изъ начала „высшаго общенія“ (höhere Gemeinschaft). Безелеръ [2]) основываетъ международное частное право на фактѣ признанія государствами другъ друга членами правового общенія. Теорію Савиньи принимаютъ также Ротъ [3]), Вальтеръ [4]), Герберъ [5]) и др. Вообще, это ученіе господствуетъ въ Германіи.

Слѣдуетъ однако отмѣтить какъ исключеніе мѣткія критическія замѣчанія Бринца [6]). Бринцъ находитъ, что Савиньи не вполнѣ освободился отъ территоріальнаго принципа (vom Territorialgedanken), и что его формула касательно „Sitz des Rechtsverhältnisses“ совершенно произвольна. Нужно основываться на мысли международнаго права (Gedanken des Völkerrechts), которая проникаетъ въ жизнь посредствомъ все большаго уравненія правъ туземцевъ и иностранцевъ. Эти справедливыя замѣчанія находятся въ прямой противоположности съ воззрѣніями Отто Штоббе [7]). Этотъ послѣдній признаетъ, что справедливость и международныя сношенія (въ скобкахъ: Comitas gentium!) приводятъ къ установленію однообразной доктрины междуна-

[1]) Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, I, 6 Auflage § 34.
[2]) Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts 1847, I, § 38.
[3]) Roth, System des deutschen Privatrechts, 1880, I, p. 283.
[4]) Walter, Deutsches Privatrecht, §§ 140 и сл.
[5]) Gerber, Deutsches Privatrecht, § 32.
[6]) Brinz, Lehrbuch der Pandekten 1873, § 23.
[7]) Otto Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts 1893, Band I, § 29.

роднаго частнаго права. Но онъ категорически утверждаетъ, что начала этой доктрины не что иное, какъ нормы отдѣльныхъ государствъ.

§ 3. Баръ.

Неудобства, связанныя съ примѣненіемъ принципа природы вещей къ разрѣшенію отдѣльныхъ вопросовъ международнаго частнаго права, съ особенною рельефностью выступаютъ въ монументальномъ сочиненіи Бара [1]).

Съ первыхъ же строкъ своего труда авторъ возстаетъ противъ мнѣнія, считающаго международное частное право составною частью государственнаго права отдѣльныхъ странъ. Государство можетъ, конечно, издать какіе угодно законы; но дѣйствіе этихъ послѣднихъ на юридическія отношенія, затрогивающія такъ или иначе иностранные интересы, ускользаетъ отъ компетенціи туземнаго законодателя. Компетенція различныхъ законодательствъ можетъ быть опредѣлена только международнымъ частнымъ правомъ при помощи принципа природы вещей (Natur der Sache); а этотъ принципъ велитъ сообразоваться съ потребностями упорядоченнаго международнаго общенія и уважать равноцѣнный суверенитетъ всѣхъ государствъ (Bar I, pp. 3—6). Отступленія государствъ отъ принципа природы вещей, черпающаго свою силу въ одной своей разумности (innere Vernunftmässigkeit), конечно, возможны, но составляютъ уже правонарушенія (I, 106).

При разрѣшеніи вопросовъ международнаго частнаго права нужно исходить только изъ безспорныхъ фактовъ, вытекающихъ изъ признанія иностранныхъ государствъ. Такими фактами являются: 1) пребываніе лица въ извѣстной территоріи, 2) нахожденіе на ней вещи, 3) фактъ подданства и 4) мѣсто процесса (I. 107). Теорія Савиньи, ищущая корней правоотношенія, приводитъ къ безъисходному кругу. Она, кромѣ того, невѣрна и потому, что каждое юридическое отношеніе

[1]) L. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Hannover 1889, 2 Bände.

коренится обыкновенно въ нѣсколькихъ территоріальныхъ законодательствахъ. Справедливость требуетъ, чтобы послѣдовательныя вліянія различныхъ государствъ на лица или вещи, находившіяся въ ихъ предѣлахъ, были признаны повсюду (I, 110—113); главное значеніе получаетъ, однако, послѣднее вліяніе, т. е. вліяніе закона судьи, такъ какъ вопросъ о существованіи права въ настоящемъ можетъ быть рѣшенъ лишь на основаніи послѣдняго фактическаго подчиненія тому или другому правопорядку (I, p. 111).

Таковы общіе принципы Бара. Судя по нимъ, слѣдовало бы ожидать, что авторъ при разрѣшеніи частныхъ вопросовъ нашей науки будетъ всегда исходить изъ идеи международнаго общенія. Внимательное изученіе замѣчательнаго труда Бара обнаруживаетъ намъ однако значительную его непослѣдовательность. Вмѣсто того чтобы считать согласнымъ съ „природой вещей“ рѣшеніе, наиболѣе гармонирующее съ идеей международнаго общенія, авторъ весьма часто исходитъ изъ цѣлей даннаго территоріальнаго законодательства. Если эти цѣли не противорѣчатъ цѣлямъ другого закона, то вопросъ рѣшается, конечно, удовлетворительно;—но тутъ вѣдь и нѣтъ никакого столкновенія законовъ. Въ случаѣ же такого столкновенія сказывается вся несостоятельность субъективнаго метода Бара.

Способность вступить въ бракъ по Бару находится подъ вліяніемъ трехъ законовъ: страны, гдѣ заключается бракъ, отечества жениха, и родины невѣсты. Государство, гдѣ заключается брачный союзъ, нисколько не заинтересовано въ бракахъ иностранцевъ, и можетъ воспротивиться имъ лишь тогда, когда нарушаются его публичный порядокъ или общественная нравственность (при бракахъ малолѣтнихъ, брата и сестры; полигаміи) (Bar I, 449). Но какъ быть, когда національные законы жениха и невѣсты расходятся? Тогда препятствія къ браку, основанныя на соображеніяхъ семейнаго или государственнаго характера, должны обсуждаться по закону мужа: вѣдь новая семья войдетъ въ его отечество. Сюда относятся

напр. запрещенія брака въ извѣстныхъ степеняхъ родства или между послѣдователями различныхъ религій. Другія препятствія созданы съ цѣлью защиты самой личности; поэтому такія условія, какъ извѣстный возрастъ невѣсты, отсутствіе принужденія или ошибки и т. под. должны опредѣляться по національному закону невѣсты (Bar, I, p. 452).

Дѣйствительность узаконенія принципіально должна была бы обсуждаться по личному закону какъ отца, такъ и ребенка. Но такъ какъ узаконеніе затрудняется въ интересахъ отца, то нѣтъ основанія принимать во вниманіе ограничительныя постановленія личнаго статута ребенка. Ребенокъ переходитъ вѣдь въ государство отца (I, p. 538). То же разсужденіе повторяется при опредѣленіи закона, которому подчинено усыновленіе (I, 547 — 550).

Въ основаніи запрещенія дареній между супругами лежитъ идея нравственной чистоты брака, а поддержаніе этой чистоты, конечно, дѣло отечества супруговъ. Поэтому даже запретъ дареній недвижимостей долженъ быть основанъ исключительно на національномъ законѣ супруговъ (I, pp. 521—523).

Опека не имѣетъ политическаго характера и учреждается исключительно въ интересахъ опекаемаго; поэтому она подчинена національному закону этого послѣдняго (I, p. 564). Противоположное мнѣніе, господствующее въ англійской практикѣ, не что иное, какъ переживаніе древнегерманскаго взгляда на опеку, какъ на ленный институтъ (Bar I, 570).

Въ приведенныхъ примѣрахъ цѣль даннаго государства вполнѣ сливается съ цѣлями международнаго общенія, такъ какъ ея повсемѣстное осуществленіе предполагается не нарушающимъ ничьихъ интересовъ. Переходимъ теперь къ случаямъ, когда разумная цѣль одного субъекта международнаго права сталкивается съ такою же цѣлью другого государства. Здѣсь Баръ иногда колеблется между осуществленіемъ цѣлей отдѣльныхъ государствъ и интересами международнаго общенія. Такъ напр. онъ различно опредѣляетъ международное значеніе національныхъ законовъ о дѣеспо-

собности и о недѣеспособности. Первые надѣляются экстратерриторіальной силой (I, 392 — 393). Распространительная же сила законовъ о недѣеспособности должна быть ограничена во имя интересовъ третьихъ лицъ. Авторъ высказывается за принципъ, принятый новѣйшей французской юриспруденціей: иностранецъ можетъ сослаться на національный законъ о своей недѣеспособности лишь тогда, когда другая сторона дѣйствовала mala fida и пренебрегла средствами ознакомленія съ этимъ закономъ. По этому принципу большинство договоровъ повседневной жизни должно обсуждаться по l. loci contractus; не можетъ же, въ самомъ дѣлѣ, купецъ знать, дѣеспособенъ ли по личному закону каждый его покупатель. Исключаются только случаи, когда вслѣдствіе особой важности заключаемаго контракта, незнаніе личнаго закона контрагента неизвинительно, напр. при вступленіи въ бракъ или при пріобрѣтеніи недвижимости (Bar I, 399 — 402).

На эту аргументацію можно возразить, что законы о недѣеспособности гораздо болѣе, чѣмъ законы о дѣеспособности, изданы съ цѣлью защиты индивидовъ и нуждаются для полнаго своего эффекта въ экстратерриторіальной силѣ. Нелогично поэтому отказывать въ этой силѣ законамъ о недѣеспособности во имя интересовъ международной жизни, и въ тоже время при обсужденіи дѣеспособности руководиться исключительно цѣлями установившаго ее государства.

Другіе однородные случаи вовсе не разрѣшаются Баромъ; такъ напр. знаменитый споръ о подчиненіи наслѣдованія недвижимостей закону наслѣдодателя или l. rei sitae. По мнѣнію автора личный законъ наслѣдодателя получаетъ внѣземельную силу только тогда, когда не только этотъ законъ, но и l. rei sitae исходятъ изъ римскаго воззрѣнія на наслѣдованіе, какъ на общее универсальное преемство. Если же l. domicilii или l. rei sitae разсматриваютъ наслѣдованіе какъ частное (сингулярное) преемство, личный законъ умершаго [1])

[1]) Bar, II, pp. 295 — 302.

замыкается въ территоріальную сферу. Очевидно, что такое рѣшеніе не разрѣшаетъ сути вопроса, такъ какъ вовсе не объясняетъ, почему во второмъ случаѣ законъ мѣстонахожденія недвижимости получаетъ преобладаніе надъ личнымъ закономъ, исходящимъ изъ идеи универсальнаго преемства.

Тотъ же пріемъ примѣняется Баромъ для опредѣленія закона, которому подчинены имущественныя отношенія супруговъ. Если національный законъ и l. rei sitae разсматриваютъ брачное имущество какъ нѣчто единое, и только тогда оно подчинено этому національному закону. Здѣсь Баръ самъ сознается, что „общее рѣшеніе этого спорнаго вопроса невозможно“ [1]).

Законъ, регулирующій обязанности отца по отношенію къ незаконному ребенку, имѣетъ цѣлью защиту ребенка и его матери (I, p. 557). Но для того, чтобы ребенокъ могъ требовать алиментовъ, нужно, чтобы не только личный статутъ матери въ моментъ зачатія, но и законъ мѣста зачатія и наконецъ законъ суда признавали бы искомое право (I, 558—559). Въ случаѣ конфликтовъ этихъ законовъ, теорія Бара опять непримѣнима.

Вообще нельзя не отмѣтить тенденціи Бара обосновывать всѣ свои мнѣнія апріорно. Онъ долженъ однако самъ сознаться, что это не всегда возможно, и въ цѣломъ рядѣ рѣшеній принципъ природы вещей сливается или съ реальной необходимостью, или просто съ обычнымъ международнымъ правомъ.

На реальной необходимости (reale Nothwendigkeit) основано напримѣръ господство legis rei sitae въ вещномъ правѣ. Всякое другое правосостояніе приводитъ или къ безъисходному кругу (когда, напр., два лица разныхъ національностей спорятъ о правѣ на вещь), или къ всеобщей путаницѣ и неопредѣленности правового оборота (въ случаѣ, если бы пришлось опредѣлять все вещное право по личному закону перваго несомнѣннаго обладателя) [2]). Точно также Баръ на-

[1]) Bar I, p. 513: „Eine ganz allgemeine Entscheidung der Streitfrage ist daher unmöglich“.

[2]) Bar, I, pp. 593 — 597.

ходитъ невозможнымъ апріорно построить правило locus regit actum, факультативную силу котораго онъ основываетъ на обычномъ правѣ (I, pp. 337—343). Непримѣненіе этого правила въ вещномъ правѣ оправдывается опять таки требованіями обезпеченности международной жизни (I, pp. 615—618). Наконецъ, и конструкція обязательственнаго права основана на идеѣ, что международныя требованія bonae fidei побѣждаютъ притязанія закона мѣстожительства должника (II, pp. 3—30).

Въ заключеніе нельзя не указать на довольно опасную уступку, дѣлаемую закону мѣста процесса. Теорія автора имѣетъ цѣлью обезпечить за каждой законодательной сферой ту долю вліянія, на которую она имѣетъ право вслѣдствіе нахожденія въ ней лица или вещи, или вслѣдствіе національныхъ узъ лица. Такая комбинація различныхъ вліяній особенно затруднительна въ вещномъ правѣ, гдѣ немыслимо подчинить одну и ту же вещь одновременно нѣсколькимъ законамъ. Поэтому авторъ, во имя интересовъ обезпеченности правовой жизни, отдаетъ предпочтеніе закону страны, гдѣ вещь находилась въ послѣднее время. Если кто либо пріобрѣлъ залоговое право въ движимости путемъ договора, то это право исчезаетъ, какъ только вещь оказывается въ предѣлахъ государства, обусловливающаго дѣйствительность залогового права передачею вещи. Но Баръ идетъ еще дальше, и утверждаетъ, что въ концѣ концовъ торжествуетъ то вліяніе, которому подчинится законъ суда[1]). Этимъ онъ, конечно, хочетъ только сказать, что судъ не примѣняетъ иностраннаго права, когда оно сталкивается съ интересами, возникшими въ предѣлахъ lex fori [2]). Но намъ думается, что даже такое преобладаніе закона послѣдняго мѣстонахожденія вещи и въ частности lex fori, можетъ быть оправдано лишь

[1]) So das in letzter Linie—und damit sind ja Alle einverstanden—diejenige Einwirkung, welche das Gesetz des Processgerichts wirklich will, für die Entscheidung den Ausschlag giebt, I, p. 111.

[2]) Es respectirt die früheren rechtlichen Schicksale der Sache soweit sie nicht in Collision treten mit derjenigen Einwirkung, welche in seinem Gebiete eingetreten ist, I, 612.

съ точки зрѣнія международной необходимости, а никакъ не вытекаетъ логически изъ принципа высшей справедливости или природы вещей. Кромѣ того нельзя не замѣтить, что Баръ въ данномъ случаѣ всетаки невольно уклоняется въ сторону Вехтера и произвола государства суда.

Все вышесказанное даетъ право усумниться въ правильности выставленнаго Баромъ принципа „природы вещей". Въ однихъ случаяхъ этотъ принципъ сливается съ субъективными воззрѣніями территоріальнаго закона и. слѣдовательно, безсиленъ разрѣшить международныя столкновенія. Въ другихъ случаяхъ Баръ находитъ согласнымъ съ природой вещей то, что диктуютъ интересы международнаго общенія. Намъ кажется, что „Natur der Sache" Бара не особено то далека отъ „Naturrecht" [1]), и что онъ напрасно покидаетъ общую точку зрѣнія, на которую сталъ въ началѣ своего труда. Его замѣчательное сочиненіе, едва ли не лучшее въ нашей наукѣ, представило бы тогда гораздо большую стройность и послѣдовательность. Несомнѣнно, что Баръ часто вдохновляется идеей международнаго общенія даже тогда, когда повидимому исходитъ изъ субъективной точки зрѣнія даннаго закона. Но мы видѣли, что его методъ иногда оказывается даже вовсе несостоятельнымъ

Понятіе публичнаго порядка имѣетъ, по мнѣнію Бара, лишь второстепенное значеніе въ наукѣ международнаго частнаго права. Государство не должно отрицать послѣдствій, вытекающихъ изъ непризнаваемаго имъ иностраннаго института, разъ эти послѣдствія не коллидируютъ съ туземными законами. Территоріальный правопорядокъ не можетъ только непосредственно реализировать правоотношеніе, отвергаемое туземнымъ закономъ [2]). Мусульманинъ лишенъ, поэтому,

[1]) Ср. справедливыя замѣчанія Kloppel'a въ Böhm's Zeitschrift, Band I, p. 34 — 48.

[2]) Unsere Rechtsordnung und unsere Gerichte durfen sich nicht dazu hergeben, unmittelbar Rechtsverhältnisse oder Rechtsansprüche zu realisiren, welche von den einheimischen Gesetzen als unbedingt verwerfliche betrachtet werden, Bar, I, p. 130.

возможности заключить полигамическій бракъ въ христіанскомъ государствѣ; наши суды не могутъ заставить бѣжавшую изъ гарема жену вернуться къ мужу. Но мы признаемъ иностранный полигамическій бракъ въ предѣлахъ установившей его юрисдикціи, и выдадимъ наслѣдство рожденному въ такомъ бракѣ [1]), какъ законному наслѣднику.

Воззрѣніе автора на значеніе публичнаго порядка сказывается особенно рельефно въ обязательственномъ правѣ. Исковая сила обязательства зависитъ отъ матеріальнаго права, которому оно вообще подчинено. Однако судъ не можетъ принять иска, который по lex fori считается безнравственнымъ (contra bonos mores) (Bar II, p. 6, 38). Такъ, напр.. высота роста различно опредѣляется въ разныхъ странахъ, въ зависимости отъ чисто мѣстныхъ экономическихъ условій; если поэтому договоръ всецѣло принадлежитъ другой законодательной сферѣ, то судъ можетъ присудить процентъ, превышающій размѣръ допускаемый по lex fori, не нарушая духа этого послѣдняго закона (II, p. 59—62). Но если законъ суда запрещаетъ иски изъ карточныхъ долговъ, какъ безнравственные, то такое запрещеніе имѣетъ абсолютную силу (II, p. 38, прим. 7a). Другое любопытное примѣненіе этой теоріи—отношеніе государства къ лотереямъ. Если lex fori вообще запрещаетъ всякія лотереи, то оно очевидно исходитъ изъ высшихъ нравственныхъ соображеній, и запретъ безусловенъ. Если же государство, руководствуясь собственными фискальными цѣлями, запрещаетъ только игру въ иностранныхъ лотереяхъ, то очевидно искъ, возникшій на основаніи этой игры, можетъ разсматриваться судами этого государства, если только обязательство подчинено иностранному матеріальному праву (Bar II, p. 39—40).

Въ приведенныхъ случаяхъ „нравственность“ обязательства опредѣляется по lex fori. Но Баръ допускаетъ и болѣе объективное мѣрило. Такъ, судья не можетъ признать дѣйствитель-

[1]) Bar I, p. 129.

нымъ договоръ, направленный на обходъ иностранныхъ таможенныхъ законовъ, потому что это неприлично (nicht anständig II, p. 31); и точно также ничтожны всѣ договоры, имѣющіе цѣлью нарушеніе общепризнанныхъ нормъ международнаго права, напр. правилъ нейтралитета (Bar II, p. 32).

Такимъ образомъ, основаніемъ для непризнанія какого либо иностраннаго института по Бару является его противорѣчіе нравственности [1]). Безъ этого момента правило, данное имъ выше въ руководство судьѣ, потеряло бы свое значеніе. Въ самомъ дѣлѣ, дѣйствіе, реализація котораго требуется отъ суда, напр. присужденіе извѣстной суммы денегъ, само по себѣ можетъ и не нарушать публичнаго порядка, но оно всетаки не совершается судомъ въ виду лежащаго въ основѣ иска безнравственнаго правоотношенія (II, p. 484).

Баръ вообще того мнѣнія, что случаи столкновенія законовъ, вызванные требованіями публичнаго порядка, гораздо рѣже, чѣмъ обыкновенно думаютъ (I, p. 128), поскольку рѣчь идетъ о націяхъ, стоящихъ на приблизительно одинаковомъ культурномъ уровнѣ. Если однако пристально вглядываться въ доктрину знаменитаго ученаго, мы найдемъ во многихъ случаяхъ двухгранное дѣленіе итальянской школы — только въ другой формѣ. Мы разумѣемъ различеніе право- и дѣеспособности.

Нормы, касающіяся правоспособности, опредѣляютъ, при какихъ условіяхъ кто либо можетъ быть субъектомъ извѣстныхъ правъ (Rechtssubject); нормы эти основаны на политическихъ и нравственныхъ воззрѣніяхъ даннаго народа, и поэтому не могутъ опредѣляться національнымъ законодательствомъ иностранцевъ: иначе факты, обусловливающіе у насъ правоспособность, получили бы діаметрально противоположное значеніе (напр., когда въ одной странѣ запрещено пріобрѣтеніе недвижимостей католикамъ, а въ другой протестантамъ). Поэтому, правоспособность обсуждается по за-

---

[1]) Moralwidrigkeit des Verhältnisses II, p. 483.

кону, которому вообще подчинено разсматриваемое правоотношеніе (Bar I, p. 391).

Наоборотъ, законы о дѣеспособности имѣютъ цѣлью не лишеніе извѣстныхъ правъ, а только защиту индивидовъ, которая для своей дѣйствительности должна принадлежать національному закону (I, p. 392—393).

Соотвѣтственно этой теоріи и согласно съ вышеизложеннымъ ученіемъ о публичномъ порядкѣ, рабы, крѣпостные, граждански умершіе признаются таковыми, посколько они остаются въ сферѣ поразившаго ихъ правоспособность государства; и становятся свободными со вступленіемъ на нашу территорію (I, p. 406—409). Ограниченія способности наслѣдовать, основанныя на исповѣданіи извѣстной религіи, не имѣютъ экстратерриторіальной силы (I, p. 412). Но далѣе авторъ склоняется въ пользу мнѣнія, по которому неспособность монаха къ наслѣдованію обсуждается по его національному закону (I, p. 413); а въ брачномъ правѣ вовсе не проводитъ своего различенія право- и дѣеспособности. Оказывается, что священническій санъ, соціальное положеніе (Stand), (напр. принадлежность къ царствующему дому), различіе цвѣта кожи, если служатъ препятствіями ко вступленію въ бракъ по національному закону, должны быть признаны повсюду; между тѣмъ приведенные случаи какъ нельзя болѣе подходятъ подъ данное Баромъ опредѣленіе правоспособности. Нельзя поэтому не видѣть въ этомъ дѣленіи новаго доказательства безуспѣшности попытки конкретно очертить понятіе публичнаго порядка (Bar I, 457).

§ 4. Броше [1]).

Задачу международнаго частнаго права, по мнѣнію Броше, составляетъ разграниченіе компетенцій различныхъ суверенитетовъ, иначе говоря, комбинаціи личнаго и территоріаль-

[1]) Charles Brocher, Nouveau Traité de Droit International Privé, 1876. Его же Cours de Droit International Privé Suivant les Principes Consacrés par le Droit positif Français 1882, 3 volumes

наго элементовъ, содержащихся въ каждомъ изъ нихъ. Такое разграниченіе предполагаетъ высшую руководящую идею, которая дается „природою вещей (la nature des choses) и высшими интересами, лежащими въ основаніи права“. Суверенитетъ не создаетъ, не произвольно устанавливаетъ свою компетенцію, а напротивъ того, подчиняется компетентному праву — своему или иностранному. Каждое юридическое отношеніе должно регулироваться наиболѣе призваннымъ къ тому государствомъ[1]).

Въ дальнѣйшемъ изложеніи авторъ вполнѣ принимаетъ методъ Савиньи. Оригинальна только теорія публичнаго порядка, сильно повліявшая на дальнѣйшее развитіе этого понятія.

Броше различаетъ внутренній и международный публичный порядокъ (ordre public interne et international). Подъ первымъ разумѣются совокупность абсолютныхъ правъ даннаго законодательства, не допускающихъ уклоненія частныхъ лицъ, подъ вторымъ — соображенія, вслѣдствіе которыхъ извѣстный суверенитетъ не допускаетъ дѣйствія нѣкоторыхъ иностранныхъ законовъ въ своей сферѣ.

Глубокое различіе между разбираемыми нормами заключается въ томъ, что абсолютный характеръ правилъ внутренняго публичнаго порядка зависитъ отъ закона, вообще опредѣляющаго данное юридическое отношеніе; тогда какъ нормы международнаго публичнаго порядка лишаютъ дѣйствія иностранные законы, вторгаясь этимъ въ чужую сферу. Мысль Броше особенно наглядно сказывается при разрѣшеніи вопроса о значеніи ростовщичества въ международномъ правѣ. По мнѣнію автора законность высоты роста опредѣляется не по lex fori, а по закону страны, гдѣ должникъ имѣетъ центръ своей дѣятельности, такъ какъ этотъ законъ компетентнѣе всего опредѣлитъ соціальное значеніе ростовщичества. Другими словами запрещеніе ростовщичества относится къ внутреннему публичному порядку (Brocher, l. c. pp. 357—360).

Точно также публичный характеръ извѣстныхъ личныхъ

[1]) Brocher, Nouveau Traité, pp. 6—21

вещныхъ или наслѣдственныхъ правъ зависитъ отъ закона, вообще опредѣляющаго эти права. Съ другой стороны, международный публичный порядокъ государства можетъ воспротивиться дѣйствію компетентнаго иностраннаго закона, напр. иностранной фидеикоммиссарной субституціи, ограниченію правоспособности иностранца, основанному на политическихъ или религіозныхъ мотивахъ, вступленію женатаго иностранца во второй бракъ и т. д. [1]).

Такимъ образомъ нормы внутренняго публичнаго порядка дѣйствуютъ только въ предѣлахъ своей компетенціи, тогда какъ понятіе международнаго порядка сливается съ началомъ территоріальности.

Несомнѣнно, что существуютъ нормы того и другого характера. Броше не даетъ однако никакого критерія ни для ихъ разграниченія, ни для разрѣшенія случаевъ столкновенія ихъ между собою. Запрещеніе ростовщичества, напр., легко можетъ быть отнесено къ международному порядку. Теорія Броше не объясняетъ, почему національный законъ, запрещающій монахамъ бракъ, долженъ уступить закону мѣста его заключенія, исходящему изъ противоположнаго взгляда? Если внутренній публичный порядокъ налагаетъ путы на личную свободу, то требуетъ ли международный снятія этихъ путъ? Авторъ только ставитъ, но не разрѣшаетъ вопроса (p. 354). Вообще теорія Броше довольно неясна, и справедливая оцѣнка ея возможна лишь послѣ анализа ученій нѣкоторыхъ послѣдующихъ писателей (Циллье, Деспанье), въ которыхъ туманные образы маститаго швейцарскаго ученаго получаютъ болѣе осязательную форму.

§ 5. Деспанье.

Доктрина Савиньи находитъ убѣжденнаго сторонника въ лицѣ французскаго ученаго Франца Деспанье [2]) Между-

[1]) Brocher, l. c. pp. 343 – 353.

[2]) Franz Despagnet, Précis de Droit International Privé, Paris, 1891, 2-e Édition.

народное частное право опредѣляется этимъ авторомъ, какъ наука, указывающая законъ, соотвѣтствующій природѣ даннаго юридическаго отношенія (l. c. § 157). Конечно, найти такой законъ для судьи можетъ быть труднымъ. Но съ одной стороны, выставленіе какого нибудь общаго критерія для всѣхъ случаевъ невозможно (l. c. § 156); съ другой, на помощь судьѣ являются нормы постепенно развивающагося международнаго обычнаго права (§ 157).

Деспанье особенно потрудился надъ разработкой понятія пресловутаго публичнаго порядка [1]). Результаты его изысканій можно формулировать въ слѣдующихъ положеніяхъ.

Подъ публичнымъ порядкомъ (ordre public) разумѣется совокупность юридическихъ нормъ, которыя данное государство считаетъ связанными съ существенными интересами (intérêts essentiels) страны. Необходимо однако различать внутренній публичный порядокъ (ordre public interne) отъ международнаго (ordre public international). Велѣнія перваго обращены къ однимъ подданнымъ, нормы втораго обязательны для всѣхъ пребывающихъ на территоріи. Различіе это вызвано тѣмъ, что законы внутренняго публичнаго порядка издаются въ интересахъ самихъ подданныхъ. Такъ запрещеніе дерогировать законамъ о право-и дѣеспособности посредствомъ договоровъ, очевидно не можетъ касаться иностранцевъ.

Нормы международнаго публичнаго порядка распадаются на три категоріи. Къ первой относятся правила, основанныя на нравственныхъ соображеніяхъ, общихъ всѣмъ цивилизованнымъ народамъ. Таковы, напр., воспрещеніе многоженства или брака между братомъ и сестрою. Это классъ такъ называемыхъ абсолютныхъ нормъ международнаго публичнаго порядка.

Велѣнія второй группы имѣютъ абсолютный характеръ только въ убѣжденіи отдѣльнаго территоріальнаго законодателя. Это субъективное мнѣніе о пользѣ или вредѣ даннаго института для цивилизаціи связываетъ однако всѣхъ находя-

[1]) L c. §§ 159—162 и этюдъ L'ordre public en Droit international privé, J. Clunet 1889, p. 5 et 207.

щихся въ территоріи. Сюда относятся напр. запрещеніе развода и отрицаніе права отыскивать отца судомъ.

Наконецъ, законы третьей группы издаются даннымъ государствомъ исключительно въ виду особенныхъ условій страны; такъ напр. запрещеніе браковъ между бѣлыми и черными, или установленіе опредѣленной высоты роста, никакъ не могутъ быть оправданы общими воззрѣніями цивилизованныхъ народовъ.

Понятіе международнаго публичнаго порядка, такимъ образомъ, очень измѣнчиво для нормъ второй, и въ особенности третьей категоріи. Нельзя, однако, не замѣтить тенденціи къ установленію все большаго единообразія въ разныхъ территоріальныхъ законодательствахъ, тенденціи, которая выражается въ постепенномъ сокращеніи числа нормъ послѣднихъ категорій международнаго публичнаго порядка.

§ 6. Ассеръ.

Къ послѣдователямъ Савиньи слѣдуетъ также отнести голландскаго юриста Ассера [1]). Знаменитый ученый рѣшительно возстаетъ противъ территоріальнаго принципа, и находитъ, что природа каждаго юридическаго отношенія указываетъ на законъ, которому оно подчинено, и что этотъ законъ долженъ быть примѣненъ, хотя бы онъ былъ и иностранный, во имя высшихъ принциповъ (principes directeurs obligatoires) обязательныхъ для судьи [2]).

Особенное достоинство труда Ассера составляетъ тенденція автора стать на объективную точку зрѣнія и придать предлагаемымъ имъ рѣшеніямъ твердость и единообразіе, необходимыя для правильной международной жизни. Такъ, авторъ возстаетъ противъ опредѣленія дѣеспособности въ извѣстныхъ случаяхъ (для огражденія bonae fidei) по lex loci contractus: „дѣеспособность должна опредѣляться по одному

[1]) См. его небольшой, но замѣчательно ясный и полный курсъ: Éléments de Droit International Privé, par T. M. C. Asser, traduit et annoté par Alphonse Rivier, Paris 1884.

[2]) Asser Rivier, l. c. p. 29—33.

и тому же праву, однообразно и независимо отъ мѣста заключенія договора" (Asser l. c. p. 58). Правило „locus regit actum", подчиняющее формы актовъ закону мѣста совершенія, вызвано общей пользою (p. 60); знаменитая теорія in fraudem legis не можетъ быть принята (l. c. p. 62), и правило должно имѣть не факультативный, а обязательный характеръ, для того чтобы „увеличить достовѣрность юридическихъ фактовъ" (augmenter la certitude des faits juridiques) (l. c. p. 66). Права, пріобрѣтенныя на движимость согласно lex rei sitae, уступаютъ закону новаго ея мѣстонахожденія по самой силѣ вещей и во вниманіе къ потребностямъ торговли (l. c. p. 99).

Но настаивая на необходимости единообразнаго примѣненія нормъ международнаго частнаго права, Ассеръ не можетъ не признать, что такое единообразіе предполагаетъ уступки того или другого территоріальнаго суверенитета; эти уступки не всегда могутъ быть логически оправданы и должны быть основаны на добровольномъ согласіи дѣлающаго ихъ государства. Такъ, Ассеръ высказывается за подчиненіе всего наслѣдованія національному закону наслѣдодателя (l. c. p. 136); но онъ долженъ признать, что такое рѣшеніе не обязательно для страны мѣстонахожденія недвижимости, и заключаетъ, что этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ удовлетворительно лишь съ помощью международныхъ договоровъ или тождественныхъ законовъ [1]).

§ 7. Вульси.

Къ той же школѣ принадлежитъ сочиненіе американца Вульси (Woolsey, Introduction to the study of international

[1]) Nous voici donc en presence d'un de ces principes qui ne pourront être fixés et consacrés d'une manière efficace qu'au moyen de traités internationaux, ou de lois concordantes, l. c p. 143—По мнѣнію переводчика Ассера, знаменитаго Альфонса Ривье, въ теоріи каждое государство можетъ, конечно, вполнѣ исключить дѣйствіе иностранныхъ законовъ. Но это предположило бы порядокъ вещей, давно не существующій въ цивилизованномъ мірѣ, и поэтому можно считать старую „Comitas" превратившейся въ юридическую обязанность, основанную на международномъ правѣ (Asser—Rivier, l. c. p. 30).

Law, 1875). Международное частное право, говоритъ авторъ, должно корениться въ справедливости, а не въ доброжелательности, и если бы только націи могли найти принципъ этой справедливости, онѣ должны были бы примѣнять ихъ (p. 16). Въ своемъ маленькомъ очеркѣ нашей науки Вульси постоянно ищетъ, по рецепту Савиньи, корня (Seat) права. Такимъ seat для облигацій оказывается мѣсто исполненія (p. 79); для правъ наслѣдственныхъ — мѣстожительство наслѣдодателя (p. 81): для вещныхъ правъ — мѣстонахожденіе (p. 74) и. т. д.

§ 8. Геффтеръ.

Небольшой отдѣлъ знаменитаго труда Геффтера [1]) озаглавленъ: „Столкновеніе гражданскихъ законовъ“. Авторъ находится еще подъ нѣкоторымъ вліяніемъ статутарной теоріи, что ему, впрочемъ, не мѣшаетъ высказаться противъ исключительнаго господства территоріальнаго начала. „Если бы государство отказалось признавать въ своихъ предѣлахъ иное гражданское право, кромѣ своего собственнаго, оно, вмѣстѣ съ тѣмъ, отрицало бы существованіе прочихъ государствъ и не признавало бы равенства ихъ правъ съ своими собственными. Но права на это не имѣетъ ни одно государство, ибо каждое изъ нихъ есть только особый органъ всего человѣчества“ [2]).

§ 9. Бруза.

Del Diritto Internationale, Lezioni del prof. Lud. Casanova, Con introduzione c. note dell' Emilio Brusa 1876, Volume II, Lezione XXXI—XXXVI.

Итальянскій профессоръ Бруза не раздѣляетъ увлеченія своихъ соотечественниковъ національнымъ принципомъ. Свою теорію онъ называетъ теоріею гармоническаго примѣненія различныхъ территоріальныхъ законовъ [3]). Законъ долженъ получить

[1]) Европейское международное право, переводъ Бар. К. Таубе, Спб. 1880.

[2]) Геффтеръ—Таубе, § 37.

[3]) Teoria dell' armonica applicazione delle diverse leggi territoriali l. c. p. 354.

экстратерриторіальную силу всякій разъ, когда это требуется природой даннаго случая (natura del caso), подъ которой разумѣется предполагаемая разумная воля соприкасающихся законодательствъ. Предполагать, что законодатель желаетъ всегда примѣненія своего закона, значило бы обвинять его въ нарушеніи универсальнаго принципа, по которому процессъ охраняетъ существующія права, а не создаетъ новыя (l. c. p. 357).

Бруза находитъ, что критика системы Савиньи основана на недоразумѣніи. Говорятъ (напр. Манчини), будто нельзя открыть корень (sede) даннаго юридическаго отношенія, если входящія въ него лица, вещи и дѣйствія подчинены разнымъ государствамъ. Однако, на самомъ дѣлѣ правоотношеніе не сливается въ юридическомъ пониманіи (nel concetto giuridico) со своими элементами; каждое правоотношеніе соотвѣтствуетъ идеальному представленію (una nozione ideale), которое и можетъ мыслиться коренящимся въ опредѣленной территоріальной сферѣ (p. 363).

Юридическое отношеніе требуетъ компетентнаго закона какъ нѣчто цѣлое, какъ личное, вещное, семейное, наслѣдственное правоотношеніе, а не какъ совокупность своихъ элементовъ (La natura del rapporto giuridico... reclama da sè la sua legge p. 364).

Такое оправданіе принципа Савиньи врядъ ли можетъ быть признано удачнымъ. Разъ элементы какого нибудь юридическаго отношенія относятся къ различнымъ территоріальнымъ компетенціямъ, трудно допустить, чтобы воззрѣнія заинтересованныхъ государствъ на мѣстонахожденіе „корней“ этого отношенія совпали. Теорія Брузы драгоцѣнна за то, какъ новый голосъ въ пользу необходимости единообразнаго рѣшенія конфликтовъ законовъ, вдохновляемаго одной высшей идеей.

§ 10. Ф. Ф. Мартенсъ [1]).

Представитель русской науки, проф. Ф. Ф. Мартенсъ, построилъ всю свою замѣчательную систему на идеѣ между-

[1]) Современное международное право цивилизованныхъ народовъ. Изданіе третье, С.-Петербургъ, 1895—1896.

народнаго общенія. Къ великой заслугѣ нашего знаменитаго ученаго слѣдуетъ отнести обстоятельство, что и въ области частнаго международнаго права онъ призналъ эту идею „единственно вѣрнымъ и положительнымъ основаніемъ“. отбросивъ всякій метафизическій балластъ. Проф. Мартенсъ не оперируетъ ни съ „Natur der Sache“ Бара. ни съ „Sitz des Rechtsverhältnisses“ Савиньи [1]).

Нѣсколькими штрихами авторъ вызываетъ представленіе международной жизни, изъ которой изгнана идея общенія.

„Становясь на точку зрѣнія исключительнаго суверенитета государствъ, мы должны были бы отказаться отъ выхода изъ лабиринта противорѣчій. порождаемыхъ столкновеніями законодательствъ; строгое проведеніе ея на практикѣ парализовало бы развитіе сношеній и частныхъ оборотовъ между подданными различныхъ государствъ.

Допустимъ, что данное государство предписываетъ своимъ судамъ исключительно руководствоваться мѣстными законами и не обращать никакого вниманія на иностранные законы. Послѣдствія такого распоряженія прежде всего невыгодно отразились бы на заинтересованныхъ частныхъ лицахъ. Право собственности, законно пріобрѣтенное на одной территоріи, не будетъ признано таковымъ на другой, не допускающей дѣйствія иностранныхъ законовъ. Всякое обязательство, заключенное по иностраннымъ законамъ, не получитъ судебной охраны въ мѣстѣ его исполненія, если здѣсь примѣняются исключительно законы территоріальные, отличные отъ иностранныхъ. Дальнѣйшія послѣдствія будутъ заключаться въ томъ, что другія государства предпишутъ своимъ судамъ равнымъ образомъ не признавать законныхъ правъ, возникшихъ въ государствѣ, не признающемъ ихъ законовъ и опредѣляемыхъ ихъ законами. Рѣшенія судовъ такого государства не будутъ имѣть за его предѣлами никакого значенія. Тяжущійся, проигравшій свой процессъ въ такомъ государствѣ, можетъ

[1]) См. Ф. Ф. Мартенсъ II, стр. 285—377, а въ особенности стр. 300—305

снова возбудить дѣло на другой территоріи, и его противникъ не будетъ имѣть права ссылаться на res judicata, ибо прежній приговоръ не имѣетъ здѣсь силы судебнаго рѣшенія.

Общій результатъ безусловнаго проведенія начала суверенитета выразится въ полнѣйшемъ безправіи и анархіи въ области международныхъ отношеній, что, разумѣется, не можетъ быть согласно ни съ интересами государствъ, ни съ интересами ихъ подданныхъ“ [1]).

Изъ понятія о международномъ общеніи проф. Мартенсъ выводитъ слѣдующія четыре положенія:

1) Признаніе правъ, возникшихъ на основаніи законовъ одного государства, составляетъ юридическую обязанность всѣхъ другихъ субъектовъ международнаго права. Права эти должны охраняться судами всей территоріи международнаго общенія, не завися ни отъ вѣжливости, ни отъ снисхожденія [2]).

Мнѣ кажется, однако, что это положеніе моего уважаемаго наставника можно принять только съ оговоркой. Въ самомъ дѣлѣ, изъ идеи международнаго общенія не слѣдуетъ, что государство обязано признавать всѣ отношенія, дѣйствительныя по законамъ какого-нибудь государства. Для того чтобы пользоваться повсемѣстной силой, законъ долженъ быть изданъ государствомъ компетентнымъ съ международной точки зрѣнія. Иначе мы придемъ опять или къ теоріи Шеффнера (если будемъ руководствоваться закономъ страны, гдѣ отношеніе возникло), или впадемъ въ безъисходный кругъ Савиньи (если будемъ считать законнымъ отношеніе, законность котораго именно должно опредѣлить).

2) Каждый судъ обязанъ примѣнять дѣйствующее мѣстное право. Но въ это право входятъ не только законы, обычаи и судебныя рѣшенія; допуская частныя отношенія между своими и иностранными подданными, государство implicite признаетъ обязательность нормъ, регулирующихъ эти отно-

[1]) Ф. Ф. Мартенсъ, II, стр. 300—301.

[2]) Стр. 302.

шенія. Такимъ образомъ, „международное частное право есть дѣйствующее право каждаго цивилизованнаго государства“ [1]).

Эту формулу нельзя не признать весьма счастливой, если ее сравнить съ положеніемъ современной англійской школы. Эта послѣдняя, какъ мы видѣли, утверждаетъ, что международное частное право есть часть, отрасль права Англіи (a branch of theLaw of England). Кажущеесятождество обоихъ мнѣній прикрываетъ глубокое различіе. По мнѣнію Дайси, Вестлэка и др., международное частное право постепенно реципируется англійскимъ; слѣдовательно оно не считается абсолютно обязательнымъ, такъ какъ нуждается въ рецепціи. Англійское право первостепенное: международное—производное. По справедливому воззрѣнію проф. Мартенса, какъ только государство стало членомъ международнаго общенія, международное частное право начинаетъ дѣйствовать въ немъ какъ территоріальное, независимо отъ всякой рецепціи. Въ пониманіи русскаго профессора международное право черпаетъ свою силу въ самомъ себѣ.

Сравнивая отношеніе Россіи и Англіи къ Гаагскимъ конференціямъ 1893 — 1894 годовъ, мы видимъ, какая бездна между русскимъ и англійскимъ воззрѣніями на интересы международнаго общенія.

3) Международное частное право перестаетъ дѣйствовать, когда нарушаетъ публичный порядокъ страны. „Судъ не можетъ признать законнымъ и охранять такое право, которое прямо объясняется незаконнымъ и безнравственнымъ туземными законами“. Проф. Мартенсъ добавляетъ, однако, что юридическія послѣдствія непризнаваемаго въ нашемъ государствѣ института не имѣютъ силы лишь тогда, когда сами по себѣ запрещены мѣстными законами. Дѣти отъ иностраннаго полигамическаго брака и у насъ будутъ признаны законными. Но рабовладѣніе не можетъ продолжаться на нашей территоріи.

---

[1]) Стр. 302—305.

4) Наконецъ, проф. Мартенсъ [1]) указываетъ на необходимость заключенія международныхъ договоровъ для предупрежденія шаткости и неопредѣленности въ области международныхъ сношеній [2]). Нельзя не согласиться съ авторомъ, что противорѣчія законодательствъ, судебной практики и доктрины только подтверждаютъ эту необходимость.

§ 11. Пиллье.

(A. Pillet).

За послѣдніе годы (1893 — 1896) на столбцахъ „Journal du Droit international privé“ появился рядъ статей гренобльскаго (нынѣ парижскаго) проф. Пиллье, представляющихъ собою новую попытку построить систему международнаго частнаго права на раціональныхъ основаніяхъ. Статьи эти заслуживаютъ самаго тщательнаго анализа [3]).

Международное частное право, по мнѣнію Пиллье, имѣетъ цѣлью обезпечить законамъ послѣдовательность или опредѣленность дѣйствія (certitude). Наша наука не должна разбиваться на множество территоріальныхъ доктринъ, а напротивъ того стремиться къ единству, исходя при разрѣшеніи международныхъ вопросовъ изъ однихъ международныхъ основаній. Международное частное право должно содержать только принципы одинаково вѣрные и одинаково признанные во всѣхъ цивилизованныхъ странахъ, гдѣ ему приходится дѣйствовать. Нельзя отрицать, что существуютъ извѣстныя идеи, составляющія общее достояніе всего культурнаго человѣчества. Задача науки не отыскиваніе какого-то естественнаго права, соотвѣтствующаго будто бы даннымъ чистаго разума, а выясненіе общаго элемента всѣхъ положительныхъ законодательствъ [4]).

---

[1]) Стр. 304—305.

[2]) Стр. 306.

[3]) См Journal 1893, pp. 1—24 et 318—331, статья: Le droit international privé; Journal 1894, 1895 и 1896, статья: Le droit international privé Essai d'un système général de solution des conflits de lois.

[4]) Pillet, Journal 1893, pp. 16 — 17, 19 — 24, 318 — 322.

Этотъ общій юридическій фондъ человѣчества (если можно такъ выразиться) Пиллье думаетъ открыть, исходя изъ природы и цѣли закона, взятаго въ самомъ абстрактномъ пониманіи, одинаковомъ для всѣхъ государствъ [1]).

Двумя существенными свойствами каждаго закона являются непрерывность во времени (continuité), и общность въ примѣненіи ко всѣмъ лицамъ, входящимъ въ составъ соціальной группы, для которой онъ изданъ (généralite subjective [2]). Для того же, чтобы и „международныя проявленія индивидуальныхъ дѣятельностей“ подпали вліянію закона, нужно, конечно, чтобы онъ сохранилъ тѣ же свойства и въ международной сферѣ. Но здѣсь непрерывность дѣйствія означаетъ уже экстратерриторіальность, а общность примѣненія — территоріальность закона. Такимъ образомъ, Пиллье приходитъ къ выводу, что по своей природѣ законы должны быть одновременно территоріальны и экстратерриторіальны [3]).

Дѣйствительно, самые „территоріальные“ законы, какъ то уголовные и процессуальные, превращаются иногда во внѣземельные. Государства наказываютъ иногда подданныхъ за преступленія, совершенныя за-границей, и упражняютъ уголовную юрисдикцію на національномъ кораблѣ въ открытомъ морѣ. Съ другой стороны законы, касающіеся дѣеспособности, выставляемые обыкновенно какъ типъ экстратерриторіальныхъ, въ послѣднее время большинствомъ государствъ подчиняются территоріальнымъ законамъ. Законы о національности, основываясь то на jus sanguinis, то на jus soli, особенно рѣзко соединяютъ оба свойства [4]).

По строгой логикѣ, каждое государство было бы вправѣ примѣнять свой законъ какъ къ туземцамъ, находящимся за границей, такъ къ иностранцамъ, пребывающимъ на территоріи. Для предупрежденія же правовой войны и достиженія

---

[1]) J. 1894, p. 724.
[2]) J. 1894, p. 423.
[3]) J 1894, pp. 425 — 427.
[4]) J. 1894, 428 — 432.

возможной гармоніи въ международной жизни, международный законъ долженъ жертвовать то тѣмъ, то другимъ изъ своихъ существенныхъ свойствъ; онъ слѣдовательно по необходимости носитъ несовершенный характеръ (la loi internationale est donc toujours et necessairement une loi imparfaite). Международное частное право — наука жертвъ (science de sacrifices), стремящаяся найти такой принципъ гармоніи, который сохранялъ бы въ международной сферѣ за каждымъ закономъ его максимумъ дѣйствія [1]).

Но гдѣ же критерій, указывающій намъ, въ какихъ случаяхъ законъ въ интересахъ международной гармоніи долженъ жертвовать своимъ территоріальнымъ характеромъ, а въ какихъ внѣземельнымъ? Этотъ критерій, по мнѣнію Пиллье, дается соціальною цѣлью закона, единственнымъ ключемъ для разрѣшенія вопросовъ международнаго частнаго права [2]).

Принципъ этотъ авторъ оправдываетъ слѣдующими соображеніями:

1) Несмотря на все разнообразіе своихъ законодательствъ, всѣ цивилизованныя государства преслѣдуютъ однѣ и тѣ-же соціальныя цѣли; во всѣхъ странахъ мы встрѣчаемъ одни и тѣже институты — бракъ, семью, собственность, завѣщаніе, свободу договоровъ — къ поддержанію которыхъ направлены мѣропріятія законодателей. Выставляемый принципъ кажется, поэтому, автору достаточно объективнымъ для того, чтобы лечь въ основаніе системы международнаго частнаго права.

2) Если мы будемъ опредѣлять международную силу законовъ въ зависимости отъ ихъ цѣли, мы конечно обезпечимъ ихъ „максимумъ эффекта“, требуемый интересами международнаго общенія.

3) Защищаемое начало имѣетъ еще и то преимущество, что объясняетъ обязательность иностраннаго закона для территоріальнаго правительства. Признаніе цѣли иностраннаго законодателя есть не что иное какъ признаніе иностраннаго

[1]) J. 1894, pp. 433 — 435, 712 — 715.

[2]) J. 1894, pp. 724, 727.

суверенитета. Этимъ частное международное право сливается съ публичнымъ [1]).

Если принять критерій соціальной цѣли, законы естественно распадаются на двѣ большія группы — смотря потому, имѣютъ-ли они въ виду защиту индивидовъ (lois de protection individuelle), или же поддержаніе устоевъ самаго общества (lois de garantie sociale) [2]). Законы „индивидуальной защиты“ должны быть прежде всего внѣземельны; они имѣютъ по своей природѣ конечно и стремленіе къ территоріальности (une vocation à la territorialité), но это уже не необходимое ихъ свойство. Наоборотъ, законы соціальной гарантіи прежде всего территоріальны [3]).

Авторъ признаетъ самъ, что между двумя названными категоріями частныхъ законовъ невозможно провести рѣзкую грань. Но хотя каждый законъ содержитъ какъ индивидуальный такъ и соціальный элементъ, не подлежитъ сомнѣнію, что эти элементы сочетаются въ разныхъ законахъ самымъ различнымъ образомъ. Преобладаніе индивидуальной или соціальной цѣли и налагаетъ отпечатокъ на данный законъ.

Иногда это преобладаніе можетъ быть обнаружено безъ всякихъ затрудненій. Такъ напримѣръ, по мнѣнію Пиллье, законы, требующіе согласія родителей для вступленія въ бракъ, очевидно изданы для защиты брачущихся отъ собственнаго легкомыслія, и слѣдовательно экстратерриторіальны. Столь же безспорна соціальная цѣль территоріальныхъ законовъ, устанавляющихъ публичность перехода недвижимостей [4]).

Въ сомнительныхъ случаяхъ Пиллье предлагаетъ слѣдующіе пріемы. Иногда цѣль закона выяснится скорѣе, если установить, не въ чьихъ интересахъ онъ изданъ, а кому болѣе повредитъ его несоблюденіе. Такъ напр., отмѣна извѣстнаго правила, по которому движимости считаются собственностью

---

[1]) J. 1894 pp. pp. 728 — 730.
[2]) Journal 1894, pp. 739 — 741.
[3]) P. 742 — 743.
[4]) P. 747 — 748.

владѣльца (en fait de meubles la possession vaut titre), по мнѣнію Пилле, главнымъ образомъ потрясло бы общество, заинтересованное въ твердости и прочности гражданскаго оборота; это законъ „публичнаго кредита“. Что же касается покупателя и продавца, то къ нимъ пришлось бы только примѣнить элементарное правило, по которому никто не можетъ переносить на другого больше правъ, чѣмъ имѣетъ самъ. Правило вполнѣ справедливое. Слѣдовательно, заключаетъ Пилле, разбираемый законъ носитъ соціальный и территоріальный характеръ [1]).

Другой критерій цѣли законодателя даетъ намъ, по рецепту Пилле, выясненіе вопроса, кто извлекаетъ изъ закона непосредственную пользу, индивидъ или общество? Напр., право отыскивать отца основано очевидно на покровительственномъ законѣ, только косвенно отражающемся на обществѣ и вовсе не касающемся законныхъ дѣтей. Наоборотъ, запрещеніе отыскивать отца имѣетъ цѣлью предупредить публичный скандалъ, и полезно всему обществу. Законы, регулирующіе наслѣдованіе, интересуютъ и государство и частныхъ лицъ, но все-таки прежде всего изъ этихъ законовъ извлекаетъ выгоду самъ покойный (sic) и его семья, а затѣмъ уже государство [2]).

Такимъ образомъ цѣль закона обусловливаетъ пространство его дѣйствія. Но она должна также оправдать его компетентность для регулированія того или другого юридическаго отношенія.

Защита индивидовъ должна принадлежать ихъ національному закону. Если иногда вопросы личнаго статута подчиняются закону мѣстожительства, то это только вслѣдствіе недостаточнаго пониманія покровительственнаго характера сюда относящихся нормъ. Признаніе экстратерриторіальной силы законовъ „индивидуальной защиты“ только и понятно, какъ признаніе права естественно компетентнаго національнаго суверена [3]).

---

[1]) P. 750.

[2]) Journal 1894, pp. 751 — 755.

[3]) Journal 1895, pp. 241 — 248.

Для охраны интересовъ общества, для „соціальной гарантіи", нельзя указать одинъ компетентный законъ. Точка зрѣнія феодальныхъ авторовъ, знавшихъ только одинъ территоріальный законъ — Lex rei sitae, должна быть безусловно оставлена. Сообразно съ различными соціальными цѣлями, которыя преслѣдуетъ общество, территоріальный характеръ присваивается то тому, то другому закону. Въ случаяхъ органическихъ законовъ о собственности, исключительная компетенція принадлежитъ l. rei sitae; запрещенію какой либо игры можетъ быть приданъ территоріальный характеръ только l. loci actus; lex fori одна компетентна въ охранѣ формъ процесса и т. д. Такимъ образомъ, защита интересовъ общества или публичнаго порядка лежитъ не на одномъ какомъ либо законѣ, а на всѣхъ въ предѣлахъ ихъ компетенціи [1]).

На основаніи всѣхъ вышеизложенныхъ соображеній, Пиллье предлагаетъ слѣдующимъ образомъ разрѣшить вопросы столкновенія законовъ.

I. При столкновеніи покровительственныхъ законовъ между собою, слѣдуетъ различать, заинтересованы ли лица одной или разныхъ національностей. Въ первомъ случаѣ компетентнымъ окажется, конечно, общій національный законъ, который, вслѣдствіе своего покровительственнаго характера одержитъ верхъ и надъ lex rei sitae и надъ l. loci actus. Такъ, права опекуна на заграничную недвижимость опекаемаго, сила завѣщанія относительно иностраннаго имѣнія, вексельная дѣеспособность — опредѣляются всегда по національному закону. Пиллье опредѣленно высказывается противъ мнѣнія Бара, защищающаго силу lex loci actus во имя bona fides третьихъ лицъ. Ущербъ, который терпятъ его подданные, не даетъ еще суверену право лишать иностранный покровительственный законъ полнаго дѣйствія. Единственное исключеніе, допускаемое Пиллье изъ національнаго принципа,

[1]) Journal 1895, pp. 251—258.

основано на обманныхъ дѣйствіяхъ иностранца, лишаемыхъ своего эффекта во имя абсолютной соціальной морали [1]).

Въ другихъ случаяхъ юридическое отношеніе возникаетъ между лицами разныхъ національностей. Иногда возможно примѣнить національные законы всѣхъ заинтересованныхъ лицъ, напр. дѣеспособность каждаго изъ десяти участниковъ договора опредѣляется по его личному статуту. Иногда очевидно, что покровительственный законъ изданъ въ интересахъ только одного изъ заинтересованныхъ лицъ: на этомъ основаніи опека опредѣляется исключительно по національному закону опекаемаго; права незаконнаго ребенка на наслѣдство — по національному закону наслѣдодателя, имѣвшему въ виду защитить покойнаго отъ послѣдствій необдуманной щедрости. Но главное затрудненіе возникаетъ тогда, когда покровительственные законы изданы въ интересахъ всѣхъ субъектовъ даннаго юридическаго отношенія. Иногда эти законы только различны: напр. національный законъ усыновителя расходится съ закономъ усыновляемаго въ опредѣленіи возраста усыновителя. Здѣсь примиреніе еще возможно на почвѣ наиболѣе стѣснительнаго закона. Но въ другихъ случаяхъ національные законы прямо противорѣчатъ другъ другу — напримѣръ одинъ запрещаетъ, другой разрѣшаетъ женщинамъ усыновленіе. Здѣсь Пилле долженъ сознаться, что и его доктрина безсильна и отсылаетъ къ положительному праву [2]).

II. Конфликты между законами „соціальной гарантіи“ очень рѣдки, такъ какъ эти законы, всесильные въ своей сферѣ, мало приходятъ въ соприкосновеніе другъ съ другомъ. Столкновеніе мыслимо лишь, когда какой нибудь территоріальный законъ выдвигаетъ свой экстратерриторіальный характеръ, что наблюдается напр. при конфликтѣ законовъ о національности, основанныхъ на jus sanguinis или на jus soli, и при столкновеніи уголовныхъ законовъ. Здѣсь

[1]) Journal 1895, pp. 500—504.
[2]) Journal 1895, pp. 504—508.

раціональное рѣшеніе, конечно, невозможно и судья примѣняетъ lex fori [1]).

III. За то разрѣшеніе случаевъ конфликтовъ покровительственныхъ законовъ съ законами соціальной гарантіи не представляетъ затрудненій. Очевидно, что территоріальный интересъ общества побѣждаетъ экстратерриторіальныя тенденціи законовъ, защищающихъ частные интересы [2]).

Пиллье называетъ свой методъ близкимъ къ методу Савиньи, а результаты близкими къ результатамъ новѣйшей итальянской школы. Онъ расходится, однако, съ этой послѣдней въ слѣдующихъ 4 пунктахъ:

1) Экстратерриторіальность закона нисколько не зависитъ отъ „естественнаго права“ индивида требовать всюду признанія своей національности. Не законъ получаетъ свою внѣземельную силу отъ лица, а лицо основываетъ свои права на внѣземельномъ, вслѣдствіе своей цѣли, законѣ.

2) Субъектами международнаго частнаго права являются не націи, а государства.

3) Итальянскіе законы публичнаго порядка носятъ всѣ характеръ извѣстной важности (importance). Для Пиллье каждый самый незначительный законъ относится къ нормамъ соціальной гарантіи, разъ онъ только непосредственно интересуетъ государство.

4) Наконецъ Пиллье рѣшительно высказывается противъ преувеличеннаго значенія, придаваемаго итальянской доктриной волѣ сторонъ [3]), и объясняемаго смѣшеніемъ законовъ частнаго порядка съ законами факультативными. Воля сторонъ не можетъ дерогировать не только законамъ публичнаго порядка, но и вообще всѣмъ обязательнымъ нормамъ, хотя бы регулирующимъ частныя отношенія; затѣмъ нѣтъ никакого основанія придавать волѣ сторонъ въ международной сферѣ такую свободу, которой она не имѣетъ внутри

[1]) Journal 1895, pp. 511—514.
[2]) Journal 1895, pp. 514—515.
[3]) Journal 1894, pp. 745—747.

государства Поэтому въ обязательственномъ правѣ слѣдуетъ различать: a) законы факультативные внутри государства, которые и внѣ предѣловъ подчиняются волѣ сторонъ, b) обязательные законы публичнаго порядка, c) обязательные законы частнаго порядка. Конфликты между обязательными законами разрѣшаются по общему правилу, исходя изъ критерія соціальной цѣли [1]).

Мы уже видѣли, что принципъ цѣли не даетъ раціональнаго разрѣшенія всѣхъ случаевъ столкновенія законовъ. Въ особенности же не поддается классификаціи Пиллье знаменитое правило locus regit actum, которое признается самимъ авто ромъ не болѣе какъ „счастливой реакціей положительнаго права на доктрину“ [2]).

Методъ Пиллье нельзя назвать совершенно новымъ. Авторъ самъ признаетъ, что выставляемый имъ принципъ руководилъ уже статутаріями, и что „природа вещей“ Бара весьма часто сливается съ цѣлью закона. Оригинальностью новой системы является лишь то, что этотъ принципъ цѣли, неизбѣжно ведущій къ субъективному, выдается за объективное, за безусловно „международное“ начало. Но этого то и не удалось доказать автору, не смотря на все остроуміе его аргументаціи.

Пиллье, какъ мы видѣли, разбиваетъ законы на двѣ большія группы въ зависимости отъ ихъ цѣли. Онъ принужденъ однако сознаться, что рѣзкую, точную грань между законами, защищающими частные интересы и публичный порядокъ, провести невозможно. Пріемы, предлагаемые для ихъ различенія, совершенно схоластичны и представляютъ только новое и любопытное приложеніе извѣстнаго пріема статутаріевъ: какъ эти послѣдніе старались открыть, что законъ имѣлъ „главнымъ образомъ“ въ виду, такъ и Пиллье въ сомнительныхъ случаяхъ ищетъ „непосредственной“ цѣли закона. Мы уже видѣли, при разборѣ теоріи статутовъ, насколько такой методъ произволенъ, и новыя приложенія его,

[1]) Journal 1895, pp. 938—944.

[2]) Journal 1895, p. 236.

дѣлаемыя Пиллье, только подкрѣпляютъ высказанныя нами соображенія. Достаточно напомнить, что, по мнѣнію автора, запрещеніе отыскивать отца есть норма соціальной гарантіи, а обезпеченіе права отыскивать родителя почему то только затрогиваетъ индивидуальные интересы. Трудно также понять, почему отмѣна правила „en fait de meubles la possession vaut titre“ касается скорѣе общества, чѣмъ индивида. Намъ кажется, что такая отмѣна одинакова чувствительна для того и другого.

Признакъ соціальной цѣли не даетъ объективнаго неизмѣннаго критерія для классификаціи законовъ. Концентрическіе круги нормъ публичнаго и частнаго порядка расширяются и съуживаются въ каждомъ государствѣ въ зависимости отъ территоріальныхъ особенностей. Что по одну сторону Пиринеевъ считается только покровительственнымъ закономъ, по другую признается за основу публичнаго порядка. Пиллье ссылается на приблизительную тождественность соціальныхъ институтовъ. Но изъ того, что два государства признаютъ бракъ, еще не слѣдуетъ, что они сходятся во взглядѣ на значеніе для общества того или другого его элемента. Италія, напр., считаетъ неразрывность брачнаго союза закономъ соціальной гарантіи; Франція измѣнила этому взгляду.

Не нужно поэтому удивляться, что практически методъ Пиллье не даетъ новыхъ результатовъ. Когда законы заинтересованныхъ государствъ сходятся въ своихъ цѣляхъ, автору не трудно, конечно, ихъ комбинировать; но въ случаяхъ дѣйствительнаго столкновенія, предлагаемыя рѣшенія обосновываются далеко не безспорнымъ образомъ.

Во первыхъ, покровительственные законы всегда уступаютъ законамъ соціальной гарантіи, что даетъ (какъ въ итальянской теоріи) произвольную возможность лишать или не лишать первые законы экстратерриторіальной силы. Авторъ опредѣляетъ, напр, вексельную дѣеспособность по національному закону; можно спросить, почему здѣсь покровительственный законъ одерживаетъ верхъ надъ постановленіями

l. loci actus, очевидно изданными съ соціальною цѣлью обезпеченія надежности гражданскаго оборота?

Во вторыхъ, при разрѣшеніи большинства случаевъ столкновеній покровительственныхъ законовъ между собою, какъ при всѣхъ таковыхъ же конфликтахъ законовъ соціальной гарантіи, субъективность принципа Пиллье настолько очевидна, что авторъ прямо отказывается отъ раціональнаго рѣшенія вопроса.

Главная заслуга Пиллье заключается въ томъ, что онъ выяснилъ, что каждому закону свойственна какъ территоріальная, такъ и экстратерриторіальная тенденція. Но разъ это признается, то тщетно искать ограниченія той или другой тенденціи въ природѣ того же закона. Эти ограниченія даются высшей идеей международнаго общенія.

Такимъ образомъ, попытка Пиллье имѣетъ чисто отрицательное, хотя и весьма важное значеніе. Она окончательно установила, что противопоставленіе нормъ публичнаго и частнаго порядка не можетъ лечь въ основаніи системы международнаго частнаго права, какъ объективный критерій.

§ 12. Цительманъ[1]).

Въ самое послѣднее время появилось большое сочиненіе Цительмана, посвященное философіи международнаго частнаго права.

Авторъ различаетъ „надгосударственное“ (überstaatliches International Privatrecht) международное частное право отъ внутренняго (innerstaatliches International Privatrecht), т. е. содержащагося въ томъ или другомъ территоріальномъ законодательствѣ. Основной принципъ перваго дедуцируется изъ высшихъ началъ публичнаго международнаго права (Zitelmann I, p. 78).

Субъективное частное право возникаетъ или путемъ велѣнія, обращеннаго къ какому нибудь частному лицу и опредѣляющаго его образъ дѣйствій относительно другого (права

[1]) Ernst Zitelmann. Internationales Privatrecht I, 1897. II. 1898.

относительныя); или же оно создается посредствомъ общихъ запретовъ (allgemeine Störungsverbote), такъ что извѣстное количество возможныхъ дѣяній выдѣляется изъ общей свободы дѣйствій и монополизируется въ пользу опредѣленнаго лица (права абсолютныя) (I, p. 48—49). И въ томъ и въ другомъ случаѣ, субъективное частное право есть правомочіе, дарованное закономъ государства. Очевидно, что частное правомочіе (rechtliche Macht) можетъ создать только то государство, которое само имѣетъ власть (Herrschaft) надъ содержаніемъ этого правомочія. Для международнаго же признанія субъективнаго частнаго права необходимо, чтобы эта власть признавалась не только самимъ этимъ государствомъ, но и всѣми остальными (Zitelmann I, pp. 54—71).

Такимъ образомъ, компетентное государство должно властвовать не надъ дестинатаріемъ права, а надъ его объектомъ (I, p. 70). Проблема международнаго частнаго права сводится поэтому къ разграниченію сферъ господства (Herrschaftsbereiche) отдѣльныхъ государствъ (I, 77), разграниченію, которое должно совершаться на почвѣ взаимнаго признанія ихъ равенства и суверенитета (I, 79—81).

Власть каждаго государства имѣетъ какъ личный, такъ и территоріальный характеръ. Какъ отечество, государство господствуетъ надъ содержаніемъ всѣхъ дѣйствій (Handlungsinhalte), сводящихся къ властвованію надъ его подданными; какъ отечество же, оно можетъ обязывать подданныхъ къ положительнымъ или отрицательнымъ дѣйствіямъ. Въ территоріальномъ верховенствѣ государства слѣдуетъ различать господство на территоріи и господство надъ территоріей [1]); въ силу перваго, государство можетъ запрещать и разрѣшать всѣ дѣйствія (Handlungsinhalte) на своей территоріи и обращаться съ велѣніями ко всѣмъ лицамъ (даже иностранцамъ), пребывающимъ на оной; въ силу второго, государство властвуетъ надъ содержаніемъ всѣхъ дѣйствій (даже совершаемыхъ за

[1]) Herrschaft auf dem Gebiet und Herrschaft über das Gebiet I, p. 94.

границей), имѣющихъ территорію и находящіяся на ней лица и вещи своими объектами.

Конфликты между этими различными видами государственнаго властвованія разрѣшаются на основаніи слѣдующихъ соображеній.

Личное верховенство въ принципѣ сильнѣйшая сила (Die Personalhoheit gilt als die stärckere Gewalt), и уступаетъ передъ территоріальнымъ только въ случаѣ требованія публичнаго порядка (I, p. 98). Поэтому, всѣ права, имѣющія своимъ содержаніемъ господство надъ лицомъ, опредѣляются по національному закону этого послѣдняго, и территоріальное государство должно признать всѣ запреты, изданные отечествомъ лица, въ обезпеченіе этого господства (Storungsverbote)—исключая лишь случай нарушенія его публичнаго порядка (I, 114—116). Затѣмъ, одно національное государство можетъ обязывать своихъ подданныхъ къ совершенію особыхъ дѣйствій, и создавать такимъ образомъ относительныя права. Власть же территоріальнаго государства проявляется лишь въ охранѣ имъ созданныхъ абсолютныхъ правъ, которая дѣйствуетъ и противъ иностранцевъ (I, 98; 107—112).

Возможенъ также конфликтъ между двумя территоріальными верховенствами. Государство господствуетъ надъ всѣми дѣйствіями, совершающимися на его территоріи, поскольку содержаніе ихъ не нарушаетъ суверенныхъ правъ другого государства надъ его территоріей; но государство не обязано уважать всѣ права, возникающія на другой территоріи (I, 101—103, 116—119).

Другими словами: государство можетъ создать субъективное частное право въ пользу любого лица: 1) либо черезъ велѣнія обращенныя къ подданнымъ (Leistungsbefehle), 2) либо черезъ дарованіе кому бы то ни было гражданско-правовой власти или надъ собственными подданными, или надъ движимостями и недвижимостями, находящимися въ его границахъ, или наконецъ, для совершенія любого дѣйствія на его территоріи (I, 120), не представляющаго признаковъ властвованія надъ

подданными или территоріей другого государства. Такимъ образомъ, по мнѣнію Цительмана, вопросъ о возникновеніи или потерѣ даннаго субъективнаго права рѣшается всегда по закону государства, которое одно имѣло международно признанную правовую власть (Völkerrechtlich anerkannte Rechtsmacht) создать и отнять такое право (I. 122).

Сужденія Цительмана, подчасъ довольно сбивчивыя и запутанныя, претендуютъ на открытіе ключа къ разрѣшенію международныхъ конфликтовъ. По нашему же крайнему разумѣнію, можно видѣть въ ученіи автора только новое изданіе теоріи статутовъ. Дѣйствительно если вдуматься въ разграниченіе, предлагаемое авторомъ, то окажется, что оно, предполагаетъ возможность трехграннаго дѣленія законовъ по объектамъ: лицамъ, вещамъ и дѣйствіямъ. „Личное верховенство есть господство надъ лицомъ“ (Personalhoheit ist Herrschaft über die Person, I, p. 115). Личный статутъ (Personalstatut) отличается поэтому отъ реальнаго (Sachstatut), касающагося непосредственно (sic) вещей (I, p. 133), и отъ территоріальнаго (Gebietsstatut), имѣющаго объектомъ не непосредственно лица или вещи (I, p. 135—136). Вся разница между этимъ ученіемъ и статутарной теоріей заключается въ томъ, что, въ случаѣ личныхъ правъ, здѣсь компетентнымъ является не государство управомоченнаго, но правообязаннаго субъекта, такъ какъ оно одно имѣетъ силу реализовать свою компетенцію.

Цительманъ задаетъ себѣ самъ вопросъ, не впадаетъ ли онъ въ безъисходный кругъ? Онъ понимаетъ, что выводъ компетентнаго статута изъ характера спорнаго субъективнаго права есть въ нѣкоторомъ родѣ ὕστερον πρῶτερον, такъ какъ этотъ характеръ можетъ выясниться только послѣ опредѣленія компетентнаго права. Авторъ думаетъ однако избѣжать этой логической ошибки, такъ какъ онъ де дѣлитъ субъективныя права по роду государственнаго властвованія, изъ котораго они вытекаютъ [1]). Если однако обратиться къ частному при-

[1]) I, 122—124; p. 124: „Wir teilen die subjektiven Rechte je nach der Art der staatlichen Herrschaft ein, aus der sie ableitbar sind“.

мѣненію его теоріи, то мы находимъ, наоборотъ, полное господство гражданскаго права надъ государственнымъ. Сгущая свои идеи, авторъ называетъ компетентный статутъ „Wirkungsstatut", и предлагаетъ для нахожденія его обращаться къ тому правовому дѣйствію (Rechtswirkung), о наступленіи котораго идетъ споръ (I, 125—141).

Мысль автора съ особенной ясностью выступаетъ въ части его труда, посвященной юридическимъ сдѣлкамъ. „Если" говоритъ онъ „спорное дѣйствіе (behauptete Wirkung) должно состоять въ возникновеніи, перенесеніи или прекращеніи вещнаго права, то компетентнымъ является реальный статутъ; если имѣется въ виду дѣйствіе по обязательству — компетентенъ личный статутъ должника; если наслѣдственное — личный статутъ наслѣдодателя и т. д." (II, 136).

И дѣе- и правоспособность лицъ, по теоріи Цительмана, зависитъ отъ „статута дѣйствія" (Wirkungsstatut). Одно и то же лицо будетъ считаться то совершеннолѣтнимъ, то несовершеннолѣтнимъ, смотря по тому, идетъ-ли рѣчь о пріобрѣтеніи имъ вещнаго, обязательственнаго или наслѣдственнаго права (II, 74—75). Одно и то же лицо можетъ считаться (и даже въ томъ же государствѣ) то живымъ, то мертвымъ, смотря по тому, о какомъ правѣ идетъ рѣчь, напримѣръ, о правѣ наслѣдовать имущество предполагаемаго умершимъ, или о правѣ оставшагося супруга вступить во второй бракъ (II, 91, 104); въ первомъ случаѣ вопросъ о дѣйствительности объявленія умершимъ рѣшитъ личный законъ этого послѣдняго, во второмъ личный законъ оставшагося супруга. — Существованіе юридическаго лица рѣшается каждымъ государствомъ отдѣльно для каждаго обсуждаемаго права (II, 113).

Теорія Цительмана о Wirkungstatut выставляется имъ какъ нѣчто новое; на самомъ же дѣлѣ она есть ничто иное, какъ дальнѣйшее развитіе теоріи — Бургундуса. Мы видѣли, что этотъ авторъ еще въ XVII вѣкѣ выводилъ характеръ

статута изъ свойства спорнаго права [1]). Цительманъ думаетъ, что эта теорія предупреждаетъ всякіе конфликты; на мой взглядъ она увеличиваетъ ихъ количество. Вмѣсто желаемаго единства, она неминуемо приводитъ къ раздору. Современная наука стремится къ отвоеванію каждому человѣку одного юридическаго статуса въ предѣлахъ всего международнаго общенія, а не къ установленію положенія, при которомъ даже фактъ жизни или смерти лица будетъ обсуждаться различно въ зависимости отъ спорнаго правоотношенія.

„Надгосударственному“ международному частному праву Цительманъ противополагаетъ законы отдѣльныхъ государствъ о международномъ частномъ правѣ (Innerstaatliches Internationales Privatrecht). Эти законы являются или „нормами коллизій“ (Kollisionsnormen), которыя могутъ-быть различными для каждаго государства; совпаденіе ихъ чисто случайное, и не можетъ выводиться изъ общаго международнаго „обычнаго“ права, такъ какъ такого обычнаго права не существуетъ. Такъ напр., правило „locus regit actum“ принято во многихъ законодательствахъ, но отсюда никакъ не слѣдуетъ его обязательность для непринявшихъ его государствъ (I, 158—160; I, 196—197).

Но кромѣ Kollisionsnormen существуютъ еще „subsidiäre Anwendungsnormen“, т. е. нормы, предписывающія примѣненіе международнаго права. Эти нормы чисто формальнаго свойства, конечно, тождественны во всѣхъ законодательствахъ (I, 197—198).

Между „нормами коллизій“ и международнымъ правомъ возможны конечно противорѣчія; изъ превышенія отдѣльными нормами своей компетенціи и возникаютъ всѣ конфликты международнаго права. Нормы же „субсидіарнаго примѣненія“ только санкціонируютъ международное право (I, 202—204).

---

[1]) Цительманъ совершенно игнорируетъ какъ статутаріевъ вообще, такъ въ частности Бургундуса. Авторъ вообще довольно пренебрежительно относится къ „Citatenbalast'y“ и находитъ, что его книга настолько самостоятельна, что было бы излишне считаться съ чужими мнѣніями, I, 27—28.

Каждое государство обязано отмѣнять свои нормы коллизій, противныя международному праву. Толкованіе же существующихъ нормъ должно совершаться на основаніи принципа равенства государствъ, однако, со слѣдующимъ ограниченіемъ: нормы, основывающія компетенцію туземнаго закона на извѣстномъ отношеніи къ нашему государству, предполагаютъ примѣненіе иностраннаго закона, если имѣется на лицо такое же отношеніе къ иностранному государству; но въ такой распространительной силѣ должно отказывать нормамъ коллизій, имѣющимъ въ виду расширить компетенцію одного туземнаго права [1]).

Намъ кажется, что такое исключеніе изъ принципа взаимности несправедливо и крайне опасно, такъ какъ оно подрываетъ въ корнѣ этотъ самый принципъ, подчиняя его примѣненіе произвольному толкованію закона.

Пробнымъ камнемъ каждой теоріи международнаго частнаго права является отношеніе ея къ знаменитой теоріи публичнаго порядка. Резюмируемъ поэтому подробныя разсужденія Цительмана по этому вопросу (I, 317 — 380).

Авторъ выдвигаетъ понятіе „нормы исключенія“ (Vorbehaltsklausel), т. е. нормы, устанавливающей исключеніе изъ общихъ нормъ международнаго частнаго права, принятыхъ данныхъ государствомъ. Норма эта считается видомъ нормы коллизій (Kollisionsnorm), и слѣдовательно должна бы имѣть только субъективное, территоріальное значеніе. Однако, авторъ считаетъ нужнымъ дать общую конструкцію своихъ исключительныхъ законовъ. Отвергая понятіе публичнаго порядка, (съ которымъ онъ, впрочемъ, раньше оперировалъ), онъ от-

[1]) Такъ Art. 22 E. G. Abs. 1 новаго герм. кедекса опредѣляетъ узаконеніе ребенка, отецъ котораго въ моментъ узаконенія нѣмецъ, по германскому закону; Abs. 2 требуетъ для узаконенія германскаго ребенка иностраннымъ отцомъ согласія перваго; изъ Abs. 1, по мнѣнію Цительмана, слѣдуетъ, что къ узаконенію дѣтей иностранными отцами примѣнимо, національное право этихъ послѣднихъ; но Abs 2 не получаетъ распространительнаго толкованія: если отецъ нѣмецъ, онъ можетъ узаконять иностраннаго ребенка безъ его согласія (I, p. 236 — 237).

вергаетъ примѣненіе компетентнаго закона въ случаяхъ нарушенія имъ: 1) нравственности, 2) туземнаго права и 3) международнаго права.

1. Иностранная норма не примѣняется вслѣдствіе своей безнравственности. Безнравственность эта бываетъ двоякаго рода:

Или какое нибудь право безнравственно по самому своему содержанію, при чемъ возможно: a) что безнравственно уже самое дѣйствіе (Leistung), составляющее объектъ права [1]), b) что безнравственно лишь принудительное осуществленіе (Erzwingung) этого права (напр. принужденіе къ вступленію въ орденъ или бракъ). (I, 339 — 341).

Или же право кажется намъ безнравственнымъ лишь по своему основанію, т. е. потому, что оно вытекаетъ именно изъ данныхъ фактическихъ отношеній. И здѣсь безнравственность можетъ заключаться либо въ самомъ исполненіи обязанности (Leistung), (напр. при договорѣ о внесеніи денежнаго пая для совершенія преступленія), либо въ принудительномъ осуществленіи этой обязанности (требованіе уплаты карточнаго долга). (I, 341 — 350).

Но одной безнравственности иностранной нормы недостаточно для ея исключенія: нужно, чтобы самое ея примѣненіе было безнравственно. Здѣсь авторъ проводитъ новыя различія:

a) Нашъ судъ никогда не признаетъ права, непосредственно основывающагося на иностранной безнравственной нормѣ.

b) Суду можетъ также приходиться примѣнить иностранную безнравственную норму только для разрѣшенія преюдиціальнаго вопроса. Примѣненіе это не имѣетъ мѣста лишь въ случаѣ, если оно могло бы повредить интересамъ государства суда. Наличность такого вреда зависитъ, отъ отношенія (обыкновенно территоріальнаго) иностраннаго права къ нашему государству. Если безнравственный юридическій эффектъ (Rechtswirkung) наступилъ послѣ возникновенія этого отношенія, мы считаемъ его несуществующимъ (напр. не признаемъ по-

[1]) Напримѣръ, при договорѣ о совершеніи кражи.

становленнаго за границей безнравственнаго развода иностранцевъ, живущихъ на нашей территоріи). Если же этотъ эффектъ наступилъ до установленія связи съ нашей территоріей, то нужно различать, безнравственъ-ли онъ только своимъ наступленіемъ (Eintreten), или самымъ продолженіемъ (Fortdauer)? Въ первомъ случаѣ мы имѣемъ почти всегда случаи прекращенія (Erlöschen) правоотношенія; здѣсь мы можемъ признать нравственнымъ состояніе, являющееся послѣдствіемъ этого безнравственнаго прекращенія; разводъ, данный за границей иностранцамъ, можетъ быть, былъ безнравственъ: состояніе разведенныхъ супруговъ должно тѣмъ не менѣе у насъ признаваться. Длящаяся же безнравственность возможна только при случаяхъ пріобрѣтенія (Erwerb) какого нибудь права. Въ этихъ случаяхъ слѣдуетъ строго различать вещныя права отъ правъ личныхъ и обязательственныхъ. Вещныя права ни нравственны, ни безнравственны, а „нейтральны“; разъ напр. возникло право собственности, то оно должно признаваться всюду, независимо отъ безнравственности своего основанія [1]). Обязательство же никогда не можетъ быть отдѣлено отъ своего основанія или цѣли (Entstehungsgrund). Безнравственность этой цѣли дѣлаетъ безнравственнымъ не только возникновеніе, но и существованіе (Bestehen) облигаціи. Поэтому, какъ только установляется какая-нибудь связь облигаціи съ нашей территоріей мы должны отказать ей въ признаніи, не только когда она по своему содержанію, но и по основанію кажется намъ безнравственной (I, p. 361 — 365).

Личныя права тоже безнравственны либо по содержанію (рабство), либо по основанію (второй бракъ при продолженіи перваго). Мы признаемъ такія права только, пока они не имѣютъ никакого отношенія къ нашей территоріи. Мы не можемъ отрицать эффектовъ рабства въ иностранномъ государствѣ, но не признаемъ ихъ у насъ. Если турокъ живетъ въ Турціи въ полигамическомъ бракѣ, то германскіе суды бу-

[1]) Das Eigenthum wird auf die dunklen Puncte seiner Vergangenheit hin nicht ehr gepruft, I, 360).

дутъ считать законными сыновей всѣхъ его женъ. Если же турокъ является въ Германію съ двумя женами, то только первая (по времени) считается законною, а дѣти второй, рожденныя въ Германіи или даже въ Турціи, не будутъ допущены къ наслѣдованію. Но разъ первая жена умретъ, то вторая вступаетъ въ свои права, такъ какъ исчезло основаніе, дѣлавшее безнравственными эти права: существованіе другого брака.

c) Туземныя власти отказываютъ въ своемъ содѣйствіи для созданія правъ, считаемыхъ у насъ безнравственными (напр. не вѣнчаютъ брата съ сестрою) (I, 366—368).

2. Компетентное иностранное право не примѣняется также, когда оно нарушаетъ туземное [1]). Авторъ не думаетъ, чтобы возможно было найти формулу, характеризующую всѣ случаи такого нарушенія. Все дѣло здѣсь сводится къ интерпретаціи туземнаго закона, къ выясненію его цѣли.

3. Наконецъ, по мнѣнію Цительмана, иностранное компетентное частное право не примѣняется въ случаяхъ, когда оно нарушаетъ международное право (напр. ограничиваетъ правоспособность христіанъ) (I, 378—380).

Намъ думается, что и Цительману не удалось дать объективное мѣрило нормъ публичнаго порядка. Безнравственно ли вообще право, и безнравственно ли оно по содержанію, или по основанію, по объекту или по способу осуществленія — всѣ эти вопросы разрѣшаются территоріальнымъ законодательствомъ.

Классификація же признаваемыхъ и непризнаваемыхъ эффектовъ отвергаемаго въ принципѣ института намъ кажется хотя и остроумной, но крайне произвольной и схоластичной. Признавая прекращеніе (Erlöschen) правоотношенія, которое на нашъ взглядъ не должно прекращаться, мы реализируемъ иностранную безнравственную норму. И если вещныя права „нейтральны“, то непонятно, почему личныя „безнравственныя“ права для своего признанія у насъ не должны имѣть никакого отношенія къ нашей территоріи.

---

[1]) Vorbehalt wegen Verstosses gegen inländisches Recht, I. 368—378.

Почему, спрашивается, всѣ дѣти отъ полигамическаго брака могутъ наслѣдовать въ Германіи, пока семья живетъ въ Турціи, и, наоборотъ, лишаются наслѣдства, если семья переселится въ Германію? Намъ кажется, что и въ томъ, и въ другомъ случаѣ германскій судья признаетъ эффектъ недозволеннаго правоотношенія.

Критика идеи международнаго общенія.

Основною идеею германской школы является сознаніе юридической солидарности между государствами, иначе говоря реальности международнаго общенія. Эта идея, просвѣчивающая уже у Шеффнера, опредѣленно формулируется Савиньи и Баромъ и принимается всѣми иностранными писателями, примыкающими къ разбираемому направленію. Второе достоинство школы Савиньи въ ея методѣ, ставящемъ опредѣленіе компетентнаго территоріальнаго закона въ зависимость отъ изученія сущности каждаго отдѣльнаго юридическаго отношенія.

Мы видѣли, однако, что самъ родоначальникъ германской школы значительно уклонился отъ своего объективнаго базиса, и тотъ же упрекъ въ большей или меньшей степени заслуживаютъ почти всѣ его послѣдователи. Отождествленіе идеи международнаго общенія съ принципомъ „природы вещей“ повлекло за собою неизбѣжныя уклоненія въ сторону субъективизма.

Принципъ „Natur der Sache“, какъ справедливо замѣчаетъ Клеппель [1]), есть не что иное, какъ возвращеніе къ естественному праву. Всѣ системы естественнаго права претендовали на внутреннюю разумность (innere Vernunftmässigkeit), о которой говоритъ Баръ, и въ результатѣ только отражали индивидуальныя воззрѣнія извѣстныхъ авторовъ. Въ области международнаго частнаго права принципъ естественной справедливости, какъ мы видѣли, слился съ идеей осуществленія цѣлей отдѣльнаго государства.

[1]) Klöppel, Die leitenden Grundsätze des internationalen Privatrechts, въ Böhm's Zeitschrift, Bd. I, s. s. 34—48.

Разработка деталей нашей науки убѣждаетъ въ полной невозможности руководиться территоріальными цѣлями при разрѣшеніи международныхъ вопросовъ. Цѣль закона подскажетъ вѣрное рѣшеніе лишь тогда, когда она совпадаетъ съ цѣлями другихъ заинтересованныхъ законовъ; въ этомъ случаѣ мы руководимся, однако, уже не цѣлью одного государства. Въ случаѣ же столкновенія цѣлей различныхъ законодательствъ, методъ этотъ безсиленъ, какъ это должны признать и Баръ, и Ассеръ и Пиллье.

Значеніе принципа цѣли закона обнаруживается особенно наглядно, если его сравнить со взглядами на понятіе публичнаго порядка въ различныхъ системахъ германской школы.

Савиньи не возвелъ различія нормъ частнаго и публичнаго порядка въ основной принципъ. Классъ принудительныхъ законовъ служитъ ему однако, по типичному выраженію Бара (Bar I, s. 92), „домашнимъ и вспомогательнымъ средствомъ“ (Hülfs- und Hausmittel); и средство это ему необходимо для разрѣшенія случаевъ, не поддающихся раціональному разграниченію. Самъ Баръ еще болѣе напираетъ на исключительный характеръ законовъ публичнаго порядка, но и онъ пользуется вышеупомянутымъ „домашнимъ средствомъ“, только въ нѣсколько измѣненномъ видѣ: его законы о правоспособности основаны на тѣхъ же политическихъ и соціальныхъ мотивахъ; его подчиненіе отношенія послѣднему касающемуся его законодательству часто можетъ привести къ преобладанію lex fori, не основанному на раціональныхъ основаніяхъ и, во всякомъ случаѣ, не согласующему цѣли различныхъ заинтересованныхъ государствъ.

Броше и Деспанье различаютъ внутренній и международный публичный порядокъ. Подъ нормами перваго они разумѣютъ абсолютные законы, дѣйствующіе въ предѣлахъ своей компетенціи; подъ нормами второго—законы, врѣзывающіеся въ сферу компетенціи иностранныхъ законовъ. Въ этой системѣ столкновеніе цѣлей законовъ разрѣшается соотвѣтственно принадлежности ихъ къ той или другой ка-

тегоріи публичнаго характера. Очевидно, здѣсь только подставляется *x* вмѣсто *y*. Законъ международнаго публичнаго порядка не имѣетъ ни малѣйшаго права на преобладаніе надъ закономъ внутренняго публичнаго строя. И это потому, что первая категорія lois d'ordre public international, выставляемая Деспанье, содержитъ правила, общія всѣмъ цивилизованнымъ народамъ (напр. запрещеніе браковъ между братомъ и сестрою), и слѣдовательно, безполезна за невозможностью столкновеній. Посколько же эти „абсолютныя" нормы будутъ примѣняться къ подданнымъ странъ другой цивилизаціи, онѣ будутъ настолько же произвольны, какъ и правила двухъ послѣднихъ категорій Деспанье. Вѣдь эти послѣднія прямо основаны на субъективныхъ воззрѣніяхъ территоріальнаго государства, которое получаетъ такимъ образомъ возможность вторгаться совершенно произвольно въ сферу иностранныхъ законовъ, дѣйствующихъ въ предѣлахъ своей компетенціи! Очевидно, что преобладаніе такъ называемаго международнаго надъ внутреннимъ порядкомъ ни на чемъ не основано.

Въ системѣ Пиллье „природа вещей" уже прямо замѣняется цѣлью закона, которая автору кажется достаточно объективнымъ началомъ, чтобы лечь въ основѣ международнаго частнаго права. Результаты, къ которымъ приходитъ авторъ, весьма поучительны, такъ какъ вполнѣ сливаются съ положеніями итальянской школы. Группируя нормы по цѣли, Пиллье противополагаетъ національные законы законамъ о соціальной гарантіи, сознаваясь при этомъ, что не существуетъ никакого точнаго критерія для ихъ различія, и что каждому закону свойственны и территоріальныя и экстратерриторіальныя тенденціи. Такимъ образомъ, доктрина Савиньи отошла настолько далеко отъ своего основного принципа, что встрѣтилась съ доктриной Манчини!

Савиньи можно также упрекнуть въ томъ, что онъ преувеличилъ значеніе воли сторонъ, и этимъ создалъ для своей школы новую опасность слиться съ итальянской. Къ счастью,

въ этомъ отношеніи послѣдователи германскаго ученаго проявили больше самостоятельности, и почти всѣ очень рѣшительно высказываются противъ признанія индивидуальной воли въ области международнаго права, субъекты котораго — одни государства [1]).

Недостаточность и произвольность цѣлевого метода не ускользаетъ отъ самихъ его сторонниковъ. Нѣкоторыя рѣшенія они принуждены основывать на „реальной необходимости“ (Bar), или просто на международномъ обычномъ правѣ. которое въ такихъ случаяхъ называется „счастливой реакціей на доктрину“ (Pillet). Ассеръ особенно напираетъ на необходимость единообразнаго разрѣшенія конфликтовъ законовъ. Съ особенной же ясностью идея международнаго общенія выступаетъ въ трудѣ Ф. Ф. Мартенса, хотя и нашъ ученый не чуждъ цѣлевого метода и удерживаетъ категорію законовъ публичнаго порядка.

---

[1]) См. въ особенности Bar и Pillet; Contra Asser.

Отдѣлъ второй.

Источники международнаго частнаго права.

§ 1. Положительный характеръ международнаго частнаго права.

Главнымъ виновникомъ неудачи всѣхъ попытокъ построить систему международнаго частнаго права является старый, но все еще опасный врагъ науки правовѣдѣнія—идея естественнаго права. Въ той или другой формѣ эта идея проглядываетъ во всѣхъ разобранныхъ нами теоріяхъ.

Подробная критика идеи естественнаго права завела бы насъ, конечно, слишкомъ далеко, да и не входитъ въ рамки нашего труда. Мы воиспроизведемъ, однако, нѣкоторыя положенія классическаго труда Бергбома [1]), которыя мы принимаемъ вполнѣ и кладемъ въ основаніе нашихъ дальнѣйшихъ разсужденій.

Бергбомъ доказываетъ какъ нельзя болѣе убѣдительно, что дуализмъ въ правѣ немыслимъ, что на ряду съ положительнымъ нѣтъ мѣста никакому идеальному, философскому или естественному праву. Естественное право не можетъ служить для восполненія пробѣловъ (Lücken) положительнаго, такъ какъ, по самому своему понятію, положительное право не содержитъ пробѣловъ: оно охватываетъ сферу отношеній,

[1]) C. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, 1892.

вокругъ которой находится т. наз. не-юридическое пространство (rechtsleerer Raum), содержащее отношенія, не имѣющія никакого юридическаго значенія (res merae facultatis): восполненіе этого пространства было бы противно намѣреніямъ положительнаго права. Что же касается „пробѣловъ“ внутри охваченной положительнымъ правомъ сферы, то они могутъ быть восполнены только путемъ логическаго распространенія этого самаго права, а никакъ не путемъ введенія инородной матеріи. Право, какъ мало предметовъ оно бы ни регулировало, всегда есть нѣчто цѣльное, самодовлѣющее, не имѣющее пробѣловъ [1]). „Внутри контуровъ положительнаго права можетъ находится только логически однородное, т. е. только положительное право [2]).

Положительное и идеальное право не восполняютъ, а исключаютъ другъ друга. Если допустить существованіе идеальнаго права, то оно должно охватить въ своемъ логическомъ развѣтвленіи всѣ тѣ спеціальныя отношенія, которыя уже регулированы положительнымъ. Если же положительное и естественное право расходятся въ какой либо своей части, то приходится отрицать юридическій характеръ либо того, либо другого права въ этой части, ибо одна и та же норма не можетъ одновременно быть и не быть правомъ [3]).

Посредствомъ блестящей аргументаціи, Бергбомъ доказываетъ затѣмъ, что естественное право не обладаетъ вовсе приписываемыми ему отличительными качествами. Естественное право не вѣчно и не абсолютно, такъ какъ не существуетъ нормальнаго неизмѣннаго типа столкновеній человѣческихъ интересовъ, разрѣшеніе которыхъ составляетъ вѣдь

---

[1]) Bergbohm, l. c., s. s. 367—384; p. 385: Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfasst, ist etwas allemal in lückenloser Ganzheit Dastehendes. Es bedarf niemals der Ausfüllung von aussen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurtheilen deckt.

[2]) Bergbohm, l. c., s. 389.

[3]) l. c., s. 403.

цѣль всякаго права. Естественное право нельзя назвать ни необходимымъ (nothwendig), что было contradictio in adjecto, такъ какъ право касается всегда только не-необходимаго (Nichtnothwendige); ни „правомъ будущаго“ (werdendes Recht), такъ какъ такое право не имѣетъ объективнаго существованія, а есть только форма мышленія (Denkform); ни идеальнымъ, такъ какъ это понятіе исключаетъ признакъ обязательности, присущій каждому праву; ни теоретическимъ: теоремы о правѣ носятъ чисто субъективный характеръ, и не имѣютъ ничего общаго съ нормами дѣйствующаго права [1]).

Обращаясь, наконецъ, къ источникамъ, изъ которыхъ выводятъ обыкновенно естественное право, мы видимъ, что одни изъ нихъ—человѣческій разумъ, нравственный и религіозный законъ—на самомъ дѣлѣ могутъ быть только мотивами. а не источниками обязательности (Erklärungsgründe, nicht Geltungsgründe) правовыхъ нормъ, не говоря уже о томъ, что эти источники совершенно субъективнаго свойства. Говорить объ особомъ „правовомъ чувствѣ“, какъ источникѣ естественнаго права, тоже невозможно, такъ какъ такое чувство предполагаетъ въ человѣкѣ особый врожденный „правовой органъ“, который могъ бы быть различаемъ только при помощи представленій, заимствованныхъ изъ области положительнаго права. На самомъ дѣлѣ, правовое чувство каждаго человѣка образуется на основаніи постепеннаго ознакомленія его съ положительнымъ правомъ. Наконецъ, выставляемая еще какъ источникъ „идея права“—чисто формальнаго свойства, и не указываетъ праву никакого опредѣленнаго содержанія [2]).

Такимъ образомъ, нельзя не согласиться съ Бергбомомъ, что, во первыхъ, дуализмъ въ правѣ немыслимъ, и что, во вторыхъ, естественное право оказывается видомъ права, не имѣющимъ никакого отличительнаго ему одному присущаго свойства, и не стоящимъ ни въ какой связи съ правообразую-

---

[1]) l. c, s. s 408—441.
[2]) l. c, s s 441—479.

щими источниками. Поэтому, мыслимо одно положительное право [1]).

Нѣтъ никакого сомнѣнія, что международное право существуетъ, другими словами, что оно положительное право. Всѣ возраженія, приводимыя противъ этой положительности, не выдерживаютъ самой снисходительной критики. Такъ, пресловутое указаніе на отсутствіе верховнаго законодателя надъ суверенными государствами просто грѣшитъ смѣшеніемъ права съ закономъ; свободныя волеизъявленія народовъ могутъ считаться ими для себя обязательными безъ всякаго ущерба для ихъ самостоятельности [2]). И законодатель не творитъ произвольно права, а извлекаетъ его изъ жизненныхъ отношеній; онъ является какъ бы центральнымъ пунктомъ, въ которомъ индивидуальныя правовоззрѣнія, сливаются въ одно общее. Очевидно, что если уничтожить этотъ центръ, какая нибудь юридическая норма, выработанная въ нѣдрахъ даннаго общенія, не утратитъ своего характера; положительность ея выразится черезъ непосредственное воспріятіе ея въ сознаніяхъ всѣхъ правопроизводящихъ субъектовъ. Такъ и въ международномъ общеніи [3]). Помимо того, разъ государство вступаетъ въ международное общеніе, оно этимъ самымъ признаетъ себя и всѣхъ другихъ членовъ этого общенія правовыми субъектами: ubi societas, ibi jus [4]).

[1]) Als Recht ist jedes Recht ausser dem positiven schlechthin ein Nonsens, p. 479.

[2]) Bergbohm, Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts, 1876, p. 19: Ihren eignen Willen können sie (die Völker) doch unbeschadet ihrer Selbstständigkeit für sich gelten lassen.

[3]) Fricker, Das Problem des Völkerrechts въ „Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft", 1872, p. 93: Denken wir uns die centrale Autorität hinweg, so sind doch damit die Verhältnisse nicht beseitigt, in welchen die Rechtsforderung eingeschlossen ist, die Qualität dieser Forderung ist keine andre geworden, nur das erkennende und wollende Subjekt hat sich geändert. Die Rechtsforderung wird hier positiv durch die Aufnahme in das Erkennen und Wollen des Einzelnen an der Stelle eines centralen Organs.

[4]) Holtzendorff, въ своемъ Handbuch des Völkerrecht I § 6; Philimore: Commentaries I, LX: „out of a recognized society of nations, as out of a society of individuals, Law must necessarily spring".

Отсутствіе судебной власти въ международномъ общеніи тоже не говоритъ противъ реальности международнаго права. Судъ предполагаетъ всегда право, но не наоборотъ [1]).

Наконецъ, нельзя также отрицать международное право, основываясь на отсутствіи международнаго принужденія. Существеннымъ признакомъ права является возможность осуществленія (Realisirbarkeit), а не принудительная форма этого осуществленія (Erzwingbarkeit) [2]); форма осуществленія права въ предѣлахъ какъ народнаго, такъ и международнаго общенія диктуется юридическимъ сознаніемъ этого общенія [3]).

Право, говоритъ Биндингъ, положительно, если и поскольку оно есть „выраженная правовая воля источника права (der erklärte Rechtswille einer Rechtsquelle)“, другими словами, поскольку оно вытекаетъ изъ компетентнаго „внѣшняго авторитета“. Положительное международное право есть продуктъ дѣйствительной воли членовъ международнаго общенія — государствъ [4]).

Частное международное право имѣетъ столь же реальное существованіе, сколько и публичное. Это явствуетъ, между прочимъ, даже изъ только что вышедшей брошюры одного изъ самыхъ талантливыхъ представителей субъективнаго или національнаго направленія нашей науки—Франца Кана [5]).

По теоріи автора, международное частное право заслуживаетъ предиката „международное“ только тогда, когда налагаетъ именемъ международнаго общенія на государства обязанность имѣть извѣстныя нормы коллизій. Сторонники

---

[1]) Bergbohm, Staatsverträge, pp. 24—25.

[2]) Bergbohm, l. c., p. 32.

Holtzendorff Handbuch I, § 7: Die Existenz positivrechtlicher Befugnisse und Verpflichtungen bleibt begriffsmassig unabhangig von der Organisation einer mit überall ausreichenden Macht – und Zwangsmitteln ausgerusteten Gerichtsinstanz

[3]) Fricker, l. c., p. 136 Die aussere Reaction selbst hat tausend Formen.

[4]) Bergbohm, Staatsverträge, p. 41—42.

[5]) Franz Kahn, „Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts“, Jena 1899.

„международнаго“, объективнаго метода не доказали существованія такого международнаго права, да и невозможно это доказать. Напротивъ того, легко замѣтить, что основной принципъ „международныхъ“ системъ никѣмъ не признанъ. Принципъ этотъ гласитъ: „въ каждомъ случаѣ имѣется только одно государство, имѣющее международно-правовую законодательную компетенцію“. Между тѣмъ всѣ государства пренебрегаютъ этимъ принципомъ „исключительности“, и не стѣсняясь, пользуются различными основаніями (Anknüpfungen) для установленія своей компетенціи. Такъ напр., одни государства опредѣляютъ дѣеспособность по національности, другія по домицилю, третьи по мѣсту дѣйствія. Очевидно, что поступая такъ, эти государства ничуть не нарушаютъ международнаго права [1]).

Послѣ сказаннаго, нельзя не удивляться, что Канъ все-таки признаетъ существованіе международнаго частнаго права. Оно, правда, не является въ видѣ полной системы, но все-таки въ образѣ „нѣкоторыхъ самыхъ общихъ требованій“ (einiger allgemeinsten Anforderungen). Свободѣ государства при изданіи нормъ коллизій поставлены извѣстныя международныя границы. Сюда можно отнести слѣдующія положенія: „ни одно государство не въ правѣ принципіально отвергать примѣненіе его судами иностраннаго права“; „каждое государство обязано имѣть какое нибудь международное частное право, и не можетъ руководствоваться однимъ произволомъ“. Но Канъ идетъ еще дальше и выставляетъ даже болѣе спеціальныя нормы: „права на недвижимости обсуждаются по lex rei sitae“; „нельзя примѣнять туземное семейное и наслѣдственное право къ лицамъ, пребывающимъ въ странѣ только случайно и совсѣмъ непродолжительное время [2]). Наконецъ, авторъ самъ ожидаетъ въ будущемъ дальнѣйшаго развитія международнаго частнаго права, т. е. самъ опровергаетъ только что выставленные имъ аргументы [3]).

[1]) Kahn, l c., pp. 32—37.
[2]) Kahn, l c., pp. 37—40.
[3]) l. c, p. 45—46.

Мы присоединяемся, конечно, къ второй части разсужденій Кана. Противорѣчіе талантливаго автора объясняется его вполнѣ понятнымъ раздраженіемъ противъ теоретическаго международнаго частнаго права, конструируемаго „изъ глубины души“ (aus der Tiefe des Gemüths), вслѣдствіе чего онъ недостаточно справедливъ и къ положительному [1]). Въ частности же по поводу отсутствія „исключительности“ законодательной компетенціи, мы возразимъ, что она во многихъ случаяхъ уже почти установилась (напр., правило „locus regit actum“ для формъ актовъ), а въ другихъ близка къ установленію (національный принципъ въ области личныхъ правъ торжествуетъ почти на всемъ европейскомъ материкѣ). Мы имѣемъ, поэтому, полное право говорить о существованіи положительнаго международнаго частнаго права.

§ 2. Источники международнаго частнаго права.

Подъ источниками права вообще мы разумѣемъ, вмѣстѣ съ проф. Коркуновымъ [2]), „формы объектированія юридическихъ нормъ“ или „признаки обязательности права“. Международное частное право не имѣетъ однако, по нашему мнѣнію, тѣхъ же источниковъ, что и другіе виды права. Мы признаемъ его источниками международные договоры и обычаи, но рѣшительно возстаемъ противъ отнесенія къ этимъ источникамъ законовъ и судебной практики отдѣльныхъ государствъ.

По господствующей теоріи всякое право развивается сначала безсознательно [3]) изъ обыкновеній. Внутри государства процессъ правообразованія начинается подъ вліяніемъ двухъ силъ: „индивидуальнаго сознанія насущныхъ интересовъ (начало самоопредѣленія), и инертной силы обыкновенія“ [4]); обыч-

[1]) Kahn, l. c., pp. 22—26

[2]) Общая теорія права, 1894, p. 285.

[3]) Ср. Коркуновъ, Общая теорія права § 20 и § 52; Savigny System des heutigen römischen Rechts I, p. 14. „Indem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen, mussen wir schon desshalb auf jeden urkundlichen Beweis desselben verzichten“.

[4]) В. И. Сергѣевичъ въ „Наблюдателѣ“ за 1882 годъ № 1 p. 88.

ное право возникаетъ изъ индивидуальнаго усмотрѣнія путемъ навыка [1]); „обязательность обычая возникаетъ, слѣдовательно, въ силу присущаго человѣку свойства слѣдовать разъ намѣченному пути“ [2]).

Намъ думается, однако, что возникновеніе частнаго международнаго права не совершается безсознательно, въ силу одной инерціи. Субъектами международнаго права являются государства, а не отдѣльныя лица. Субъективное воззрѣніе государства на свое международное юридическое положеніе можетъ выразиться, конечно, въ его законахъ и судебной практикѣ. Источниками международнаго права можно назвать, однако, только источники, признанные обязательными въ предѣлахъ всего международнаго общенія. Трудно предположить, чтобы это сознаніе обязательности установлялось у государства только въ силу инертнаго подражанія. Государство даже въ самый ранній періодъ своего существованія неизмѣримо развитѣе отдѣльной личности, творящей право въ доисторическую эпоху. Оно организмъ высшаго порядка, чѣмъ отдѣльная особь. Государство не можетъ принять какую нибудь международную норму только потому, что она принята другими. Пословица „какъ люди, такъ и мы“ никакъ не можетъ перейти въ пословицу „какъ государства, такъ и мы“.

Международное право чисто динамическаго происхожденія. Оно вырабатывается путемъ долгой и упорной борьбы. Международное частное право есть результатъ борьбы различныхъ территоріальныхъ воззрѣній на силу собственныхъ и чужихъ источниковъ права. Положительное право отдѣльнаго государства не есть источникъ международнаго права. Если нормы международнаго свойства, въ немъ содержащіяся, повторяются въ положительномъ правѣ и другихъ странъ, мы можемъ предположить образованіе международныхъ обыкновеній; здѣсь мы имѣемъ дѣло, говоря словами В. И. Сер-

[1]) тамъ же, р. 89.
[2]) тамъ же, стр. 87.

гѣевича [1]), „съ нѣжными побѣгами еще только возникающаго права". Наконецъ, въ случаѣ совпаденія большинства нормъ международнаго характера во всѣхъ территоріальныхъ правахъ, мы можемъ предположить образованіе международнаго обычая.

Говоря „большинства нормъ", мы присоединяемся къ мнѣнію, по которому для доказательства международнаго обычая вовсе не требуется, чтобы онъ соблюдался всѣми государствами безъ исключенія; достаточно доказать, что данная норма постоянно соблюдалась подавляющимъ большинствомъ (überwiegende Mehrheit) государствъ въ интересахъ международнаго общенія, и что отступленіе отъ нея считается нарушеніемъ международнаго права [2]).

Такимъ образомъ, обычная норма международнаго частнаго права возникаетъ изъ совпаденія воль большинства субъектовъ международнаго общенія. Формальная основа ея обязательности именно въ этомъ совпаденіи, т. е. въ общности [3]). Матеріальная причина ея образованія—сознаніе ея соотвѣтствія интересамъ всѣхъ государствъ, т. е. интересамъ международнаго общенія. Внѣшнее же свое выраженіе она находитъ въ совпадающихъ законахъ, рѣшеніяхъ и обычаяхъ отдѣльныхъ странъ.

Другимъ источникомъ международнаго частнаго права являются международные договоры. Какъ и обычаи, такъ и договоры вытекаютъ изъ свободнаго подчиненія государствъ какой нибудь нормѣ, необходимость которой стала имъ очевидной [4]). Въ этомъ сопоставленіи необходимости и свободы нѣтъ, какъ это убѣдительно доказалъ Еллинекъ [5]) никакого противорѣчія. Государства могутъ, конечно, не заключать договоровъ, вызываемыхъ потребностями международной

[1]) l. c., стр. 91.

[2]) Kahn, Ueber Inhalt, Natur u. Methode des intern. Privatrechts, pp. 39 — 40

[3]) Ср. Коркуновъ, Общая Теорія, стр. 292.

[4]) Holtzendorff, Handbuch I, § 21, p. 81.

[5]) Jellinek, die rechtliche Natur der Staatenvertrage.

жизни, но въ такомъ случаѣ они не достигнутъ собственныхъ цѣлей [1]). Основаніе же обязательности заключенныхъ договоровъ слѣдуетъ видѣть въ самоограниченіи государства, самоограниченіи, которое вполнѣ мыслимо, такъ какъ вытекаетъ изъ сущности суверинитета, изъ „Selbstherrlichkeit“ Л. Штейна [2]). На томъ же самоограниченіи государства основаны всѣ государственные, да и вообще всякіе законы, такъ какъ они ставятъ границы произволу законодателя [3]). Въ каждомъ правѣ есть нравственный моментъ, заключающійся въ связанности государства; только въ области международнаго права эта нравственная гарантія слабѣе всего [4]).

Такимъ образомъ, мы признаемъ только два источника частнаго международнаго права: международный обычай и договоръ [5]). Наука никакимъ образомъ не можетъ быть отнесена къ источникамъ права, въ принятомъ нами пониманіи. Наука оказываетъ, конечно огромное вліяніе на образованіе международнаго права, но положенія, ею выдвигаемыя, не имѣютъ сами по себѣ юридическаго значенія [6]). „Право становится положительнымъ не черезъ логику разума, а черезъ актъ воли“ [7]).

---

[1]) Ср. Jellinek, l. c, p. 44: „Die ganze Aufgabe des Staates concentrirt sich darin, das objective Nothwendige seiner Natur zum subjectiven Momente seines Willens zu machen“.

[2]) Jellinek, l. c., p. 18.

[3]) Jellinek, l. c., p. 27: In jedem concreten Wollen liegt daher eine Beschränkung des Willens als der Fähigkeit des Wollens.

[4]) l. c, p. 37.

[5]) Kahn (Ueber Inhalt etc., pp. 27 — 28) не считаетъ договоровъ источниками объективнаго международнаго частнаго права. Для него это право пока исключительно основано на обычаѣ; договоры же только свидѣтельствуютъ о развитіи международнаго права. Точка зрѣнія эта самимъ авторомъ мѣтко названа „privatrechtlicher Formalismus“.

[6]) Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, p. 523: „Wirklich von sich aus zu einem positiven Rechtssatz gemacht hat die Rechtswissenschaft noch keinen einzigen“.

[7]) Bulmerincq, Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts, p. 168.

Отдѣлъ третій.

Методъ международнаго частнаго права.

Сравненіе пяти главныхъ направленій въ наукѣ международнаго частнаго права приводитъ насъ къ слѣдующимъ наблюденіямъ:

1. Субъективный (или національный) методъ, исходящій изъ цѣлей отдѣльнаго государства, послѣ болѣе или менѣе упорной борьбы одерживаетъ всюду побѣду надъ объективнымъ, опирающимся на идею международнаго общенія.

2. Результаты такого субъективнаго метода для науки международнаго частнаго права слѣдуетъ признать безусловно отрицательными. Сбиваясь разными путями на опредѣленіе и удовлетвореніе цѣлей отдѣльныхъ государствъ, всѣ разобранныя нами теоріи оказались безсильными создать единую систему международнаго права.

Такой результатъ вполнѣ естественъ. Система международнаго права можетъ быть построена только на международномъ основаніи. Методъ этой системы долженъ быть единый и объективный.

Говоря „единый“ мы обращаемся главнымъ образомъ противъ голландскаго теоретика Житты [1]), проповѣдующаго необходимость двухъ методовъ, индивидуальнаго и универсаль-

[1]) Jitta, La Méthode du droit International Privé.

наго [1]). Авторъ этотъ полагаетъ, что въ настоящее время не существуетъ универсальнаго убѣжденія относительно природы отдѣльныхъ юридическихъ отношеній; поэтому опредѣленіе этой „природы“ (другими словами, цѣли, которой юридическое отношеніе служитъ во всемірномъ обществѣ людей) входитъ въ задачу законодателя каждаго государства. Житта принимаетъ формулу Савиньи, но придаетъ ей „индивидуальную форму“ [2]).

Намъ кажется, что значеніе индивидуальнаго метода въ нашей наукѣ ускользаетъ отъ Житты. Какъ совершенно правильно замѣчаетъ Пилле [3]), „международныя отношенія нуждаются прежде всего въ единой доктринѣ международнаго права. Пусть эта доктрина несовершенна, за то она даетъ международнымъ отношеніямъ большую опредѣленность“. Если нѣтъ въ настоящее время общаго сознанія о „природѣ“ различныхъ юридическихъ отношеній, то отсюда одинъ только выводъ: нужно его выработать.

Житта смѣшиваетъ положительность метода съ его субъективностью. Выясненіе нормъ международнаго частнаго права, содержащихся въ положительномъ правѣ отдѣльныхъ государствъ, имѣетъ, конечно, громадное значеніе. Сопоставленіе цѣлей отдѣльныхъ территоріальныхъ системъ должно намъ помочь найти ключъ къ разрѣшенію того или другого международнаго конфликта; совпаденіе этихъ „нормъ коллизій“ (Kollisionsnormen) послужитъ намъ признакомъ образованія общаго международнаго убѣжденія. Можетъ наконецъ случиться, что „норма коллизій“, отдѣльнаго государства будетъ вполнѣ гармонировать съ интересами международнаго общенія. Но никогда не слѣдуетъ забывать, что „международный“ характеръ можетъ принадлежать только нормѣ, рецепированной международнымъ правомъ.

---

[1]) Jitta. l. c., pp. 99 — 101.

[2]) Jitta, l. c., pp. 111 — 119; 196 — 199.

[3]) Pillet, Études sur les Sources du droit international privé въ Journal Clunet 1891, pp. 5—37.

Такимъ образомъ, методъ международнаго частнаго права долженъ быть не индивидуальнымъ, а положительнымъ. Доктрина частнаго международнаго права извлекаетъ свой металлъ изъ нѣдръ отдѣльныхъ странъ, но она плавитъ его въ собственныхъ плавильникахъ.

Обратимся теперь къ причинамъ постояннаго отклоненія въ сторону субъективизма всѣхъ разобранныхъ нами теорій.

Объ ученіяхъ, стоящихъ на почвѣ строгой территоріальности, смягчаемой лишь во имя comitas, мы здѣсь распространяться не станемъ: эти ученія отрицаютъ всякое международное право, и потому, конечно, произвольны. Другія теоріи сознаютъ болѣе или менѣе ясно необходимость надгосударственнаго начала, но рано или поздно измѣняютъ ему. Происходитъ же это отъ того, что этимъ началомъ является постоянно какой нибудь матеріальный метафизическій принципъ, который долженъ служить ключемъ для разрѣшенія всѣхъ конфликтовъ законовъ. Особенно рѣзко это выступаетъ во французской теоріи статутовъ (дѣленіе всѣхъ законовъ на личные и реальные), и въ новѣйшей итальянской школѣ (принципъ національности, ограничиваемый идеей публичнаго порядка). Итальянская теорія статутовъ и школа Савиньи, въ сущности мало различныя, обращаются къ анализу каждаго отдѣльнаго юридическаго отношенія для выясненія его природы. Правда, школа Савиньи выдвигаетъ идею международнаго общенія, но мы видѣли, что на практикѣ эта идея слишкомъ часто отождествляется съ метафизической, и, слѣдовательной, субъективной идеей „природы вещей“, вдохновлявшей уже бартолистовъ.

Намъ думается, что общій матеріальный принципъ для разграниченія сферъ дѣйствія законовъ найти невозможно. Нимейеръ совершенно правъ, говоря, что и идея международнаго общенія не даетъ общей, исчерпывающей формулы [1]). Какъ въ частномъ, такъ и въ международномъ частномъ правѣ

[1]) Niemeyer, Vorschäge und Materialien zur Kodification des Internationalen Privatrechts, p. 108.

невозможно разрѣшить все разнообразіе юридическихъ конфликтовъ однимъ магическимъ принципомъ [1]). Идея международнаго общенія имѣетъ только значеніе формальнаго начала нашей науки. Она означаетъ только, что при подчиненіи юридическаго отношенія тому или другому закону надлежитъ руководствоваться цѣлями не отдѣльныхъ государствъ, а всего международнаго общенія. Всякое же дальнѣйшее опредѣленіе этого критерія вновь приведетъ насъ къ субъективизму.

Но въ чемъ же практическое значеніе идеи международнаго общенія для метода нашей науки? Какъ опредѣлить въ каждомъ данномъ случаѣ, какое рѣшеніе согласно съ интересами названнаго общенія?

Отвѣтъ на этотъ вопросъ возвращаетъ насъ къ источникамъ международнаго частнаго права. Мы видѣли, что этихъ источниковъ всего два: международный обычай и международный договоръ; подъ первымъ мы разумѣемъ совпадающее положительное право отдѣльныхъ государствъ. Поэтому, если мы желаемъ выяснить какую нибудь норму международнаго частнаго права, мы должны обратиться къ сравненію территоріальныхъ законовъ и обычаевъ. Совпаденіе ихъ (всѣхъ или подавляющаго большинства) дастъ намъ международную норму такой же силы, какъ если бы она содержалась въ договорѣ. Но и несовпадающія территоріальныя нормы имѣютъ для насъ большое значеніе: онѣ указываютъ намъ различныя рѣшенія одного и того же вопроса и ихъ практическую пригодность или непригодность. Значеніе это можно вполнѣ приравнять къ значенію научныхъ теорій—мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ правомъ, а съ элементами правообразованія.

Нашей задачей должно быть поэтому добросовѣстное собраніе всѣхъ этихъ элементовъ, которые должны нами руководить при критикѣ дѣйствующаго международнаго права. Мы не различаемъ индивидуальнаго и универсальнаго метода,

---

[1]) Ср. также Kahn, Ueber Inhalt, Natur etc., p. 47.

какъ Житта. Для насъ методъ одинъ—универсальный. Но этотъ методъ—индуктивный. Опытъ отдѣльныхъ государствъ долженъ намъ обнаружить, что, дѣйствительно, полезно для всего международнаго общенія.

Задача науки не исчерпывается, однако, констатированіемъ: общаго убѣжденія народовъ. Международные интересы постоянно мѣняются, и наука должна не только констатировать, но и направлять ихъ разграниченіе. Наука не есть право, но она должна питать всѣ источники права [1]).

---

[1]) Наша точка зрѣнія не вполнѣ совпадаетъ съ новѣйшими воззрѣніями Кана (Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts 1899, pp 67—87). Авторъ отказывается, правда, отъ своего прежняго исключительно—національнаго воззрѣнія Идеаломъ и цѣлью всякаго международнаго частнаго права для него является гармонія законовъ (Gesetzesharmonie). Онъ тоже думаетъ, что сравненіе отдѣльныхъ законодательствъ есть фундаментъ международнаго частнаго права (p. 75). Но гармоніи Канъ думаетъ достигнуть только путемъ „Ausdehnungsgleichheit der Kollisionsnormen", p 69), т. е. принципа взаимности, во имя котораго онъ отводитъ иностраннымъ матеріальнымъ нормамъ такую же сферу дѣйствія, какъ аналогичнымъ туземнымъ. Однако принципъ взаимности имѣетъ значеніе (конечно, огромное) только при чисто національной, субъективной законодательной политикѣ. Онъ за то мало пригоденъ для образованія объективнаго международнаго частнаго права. Если Германія опредѣляетъ бракоспособность нѣмцевъ по національному закону, то „Ausdehnungsgleichheit" этой нормы коллизіи выразиться въ опредѣленіи бракоспособности и англичанъ по національному праву. Если же Англія при этомъ продолжаетъ подчинять бракоспособность и англичанъ и нѣмцевъ lex domicilii, то, очевидно, мы мало подвинулись на встрѣчу общей гармоніи законовъ. Этой гармоніи, на нашъ взглядъ, мы достигнемъ только, если будемъ исходить изъ интересовъ и цѣлей всего международнаго общенія. Тогда только мы откроемъ тотъ рядъ международныхъ нормъ, которыми мы должны замѣнить существующія теперь нормы коллизій. Принципъ же взаимности вовсе не указываетъ намъ, какія именно нормы должны лечь въ основаніи объективнаго разграниченія законовъ. Kahn говоритъ (p. 87): „Das internationale Privatrecht ist nationales Recht; zu seiner Erforschung und Entwickelung aber bedarf es internationaler Methoden". Мы же скажемъ наоборотъ: международное частное право—международное право, но требуетъ для своего познанія и развитія національнаго метода.

Отдѣлъ четвертый.

Кодификація международнаго частнаго права.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Кодификація международнаго права вообще.

Прогрессъ цивилизаціи долженъ несомнѣнно привести къ все большему и большему росту положительнаго международнаго права. Каждая соціальная единица должна постоянно приспособляться къ измѣняющимся условіямъ борьбы за существованіе; исторія же показываетъ намъ, что эта борьба требуетъ все болѣе возрастающей дифференціаціи и интеграціи ведущихъ ее особей. Этому же закону подчинено и все международное общеніе: параллельно съ усиленіемъ индивидуальности отдѣльныхъ государствъ, должны крѣпнуть узы, связующія ихъ въ одно цѣлое. Параллельно съ различными территоріальными правами, должно развиваться одно международное право.

Очевидно, что и частное международное право должно быть единое, одинаковое для всѣхъ государствъ. Этого требуетъ интересъ самосохраненія всего международнаго общенія. Каждый человѣкъ долженъ навѣрно знать, какому именно закону подпадаетъ то или другое его юридическое дѣйствіе. Столкновеніе законовъ должно быть регулируемо однообразно. Въ противномъ случаѣ получается порядокъ, при которомъ человѣкъ въ

одномъ государствѣ можетъ считаться состоящимъ въ бракѣ, а въ другомъ нѣтъ; въ одномъ—законнымъ сыномъ, наслѣдникомъ, банкротомъ, въ другомъ нѣтъ; его договоры въ одной странѣ дѣйствительны, въ другой нѣтъ и т. д. Такой порядокъ приводитъ въ своемъ послѣдовательномъ развитіи къ полной анархіи. Необходимо, чтобы единая теорія международнаго частнаго права сохраняла гармонію между различными правами отдѣльныхъ государствъ, интегрировала ихъ въ одно цѣлое и придала такимъ образомъ международнымъ оборотамъ устойчивость, безъ которой немыслимо международное общеніе.

Высшаго своего развитія гражданское право достигнетъ, на нашъ взглядъ, именно при возникновеніи единаго частнаго международнаго права. Утопичной и нежелательной намъ кажется идея общечеловѣческаго гражданскаго права. Невозможно допустить, чтобы народы когда нибудь отказались отъ всѣхъ особенностей своего юридическаго быта; да и если бы они отказались отъ нихъ, эти особенности вскорѣ народились бы вновь. Соціальныя условія борьбы за существованіе всюду различны, и право, регуляторъ этой борьбы не можетъ оставаться неизмѣннымъ во всѣхъ странахъ [1]). Если же такая нивелировка и оказалась бы возможной, она неминуемо повлекла бы за собою регрессъ всего общества. Условіемъ прогресса является не только интеграція, но и дифференціація, развитіе и цѣлаго и частей, единство во множествѣ (l'unité dans la diversité), по выраженію Лорана.

Намъ предстоитъ теперь разрѣшить вопросъ: необходимо ли кодифицировать международное частное право? Не лучше ли ему дать свободно развиваться, находя свою единственную опору въ прогрессирующемъ сознаніи народами своей солидарности?

Число противниковъ всякой вообще кодификаціи велико. Еще Савиньи, какъ извѣстно, выступалъ противъ нея съ го-

---

[1]) Ср. Schaffle, Bau und Leben des socialen Korpers. Band II.

рячей проповѣдью. Знаменитый ученый полагалъ, что кодексъ можетъ легко затормозить дальнѣйшее развитіе права, особенно, когда онъ сочиненъ въ „эпоху безъ внутренняго призванія" (Zeitalter ohne inneren Beruf) къ кодификаціи: такой кодексъ мѣшаетъ праву не только обновляться, но и пополняться изъ опыта болѣе разумнаго прошлаго. Удачная кодификація мыслима лишь при наличности юристовъ, обладающихъ въ одинаковой степени и историческимъ духомъ и даромъ систематизаціи. Только такіе кодификаторы могли бы уразумѣть смыслъ каждой эпохи и понять живую связь, въ которой каждое выставляемое ими положеніе должно находиться съ цѣлымъ. Вся слава римскихъ юристовъ заключается въ постепенности, съ которой они развивали новыя юридическія формы изъ старыхъ, и въ удивительной гармоніи теоріи и практики: въ каждомъ принципѣ они видятъ одновременно случай примѣненія, и въ каждомъ юридическомъ фактѣ— правило его опредѣляющее. Во времена Папиніана римская юридическая литература сама представляла изъ себя органическое цѣлое, и въ это время кодификація была бы еще, пожалуй, возможна. Въ такое время кодексъ можетъ быть составленъ либо однимъ, либо многими порознь (для послѣдующаго сравненія); каждый юристъ находится здѣсь въ органической связи со своимъ вѣкомъ. При другихъ же обстоятельствахъ кодексъ окажется негоднымъ механическимъ сопоставленіемъ [1]).

Въ ряду противниковъ кодификаціи собственно международнаго права назовемъ прежде всего Бергбома [2]). Если, говоритъ онъ, подъ кодификаціей разумѣть сведеніе законовъ (Gesammtgesetzgebung), то очевидно что кодифицированное международное право не будетъ сводомъ законовъ. Элементъ принужденія, отрицаемый авторомъ, какъ существенный аттри-

[1]) Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg, 1840, pp. 24, 30, 31, 32, 48, 157, 158.

[2]) Bergbohm, Staatsvertrage und Gesetze als Quellen des Volkerrechts 1876.

бутъ права, неизбѣжно входитъ въ понятіе закона; отсутствіе международнаго законодателя и судьи говоритъ не противъ положительности международнаго права, а противъ существованія международныхъ законовъ. Международное общеніе не обладаетъ силой, которая гарантировала бы соблюденіе издаваемаго имъ закона [1]).

Правда, нѣкоторые, продолжаетъ Бергбомъ, разумѣютъ подъ кодификаціей одно сопоставленіе юридическихъ нормъ, не законовъ. Однако въ области международнаго права немыслима кодификація даже и въ такомъ широкомъ пониманіи. Кодификація затруднила бы отмѣну отжившихъ нормъ, да и не достигла бы главной своей цѣли—реформы матеріальнаго права, которая возможна только при предварительномъ соглашеніи діаметрально противоположныхъ основныхъ принциповъ нѣкоторыхъ государствъ [2]).

Гольцендорфъ [3]) тоже противникъ кодификаціи международнаго права, которую онъ понимаетъ однако нѣсколько иначе, чѣмъ Бергбомъ. Послѣдній противопоставляетъ кодификацію заключенію договоровъ. По мнѣнію же Гольцендорфа, международный кодексъ есть сводъ, возникающій изъ договора совокупности культурныхъ государствъ и черпающій свою силу въ добровольномъ подчиненіи его господству этихъ самыхъ государствъ. Въ области международнаго права кодификація „растворяется въ родовомъ понятіи государственнаго договора“ [4]).

Гольцендорфъ полагаетъ, что такая кодификація въ настоящее время довольно затруднительна. Она предполагаетъ единство юридическаго языка (Gesetzessprache), и метода законодательства; между тѣмъ ученые врядъ ли могли бы согласиться относительно терминологіи на чуждомъ для боль-

---

[1]) Bergbohm, l. c., pp. 46 — 70.

[2]) Bergbohm, l. c., pp 71 — 76

[3]) Holtzendorf, Handbuch I, §§ 36 — 39.

[4]) Auflosung der sog. Codification in den Gattungsbegriff des Staatsvertrages, l. c., p. 145.

шинства изъ нихъ языкѣ; а единство метода оказалось бы неудобнымъ въ виду различнаго уровня юридическаго образованія въ разныхъ странахъ. Наконецъ, международный кодексъ долженъ былъ бы быть принятъ во всѣхъ своихъ деталяхъ единогласно всѣми государствами.

Но даже еслибы кодификація международнаго права оказалась возможной, она имѣла бы только отрицательныя послѣдствія: органическое развитіе права было бы задержано. Интерпретація кодекса породила бы массу контроверзъ, для единообразнаго разрѣшенія которыхъ требовалось бы учредить международный судъ; за неимѣніемъ такого суда не было бы достигнуто единство, изъ за котораго вѣдь и была предпринята кодификація. Затѣмъ возникаетъ вопросъ о соотношеніи кодифицированнаго и обычнаго права. Всякое измѣненіе договора о кодификаціи требуетъ согласія всѣхъ государствъ, входящихъ въ союзъ. Между тѣмъ интересы того или другого члена союза могутъ потребовать черезъ нѣкоторое время измѣненія договора. Поэтому придется или допустить образованіе въ отдѣльныхъ государствахъ обычнаго права, противорѣчащаго договору, или же заключать договоръ на короткій срокъ, который не будетъ соотвѣтствовать затратѣ времени и труда, положенной на кодификацію.

Гольцендорфъ думаетъ, что кодификація не содѣйствовала бы даже большему распространенію знанія международнаго права среди массъ. Идея этого права чужда большинству людей, не принимающихъ живого участія въ его образованіи, и руководитъ только правительствами, вступающими въ международныя сношенія. Одна кодификація не увеличитъ интереса къ праву.

Обращаясь, прежде всего, къ положеніямъ Савиньи, намъ кажется, что именно съ его точки зрѣнія настоящее время призвано къ кодификаціи международнаго права. Цивилизованное человѣчество обладаетъ органомъ, служащимъ выраженіемъ его юридическаго сознанія—Институтомъ междуна-

роднаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что знаменитые члены этого учрежденія находятся въ той органической связи со своимъ вѣкомъ, которой требуетъ Савиньи. Совмѣстная работа въ институтѣ заставляетъ ихъ все болѣе проникаться идеей международнаго общенія, а принадлежность къ разнымъ національностямъ гарантируетъ уваженіе интересовъ отдѣльныхъ націй. Кодексъ, составленный въ Институтѣ международнаго права, никакъ нельзя было бы назвать „механическимъ сопоставленіемъ“; наоборотъ, онъ явился бы результатомъ соглашенія расходящихся интересовъ различныхъ государствъ съ точки зрѣнія общей ихъ пользы, опредѣляемой ареопагомъ лучшихъ юристовъ міра.

Нельзя не замѣтить, что доводы, приводимые противъ кодификаціи международнаго права, не выдерживаютъ критики. Врядъ ли принятіе одного языка (напр. французскаго) затруднитъ юристовъ, которые, очевидно, предпочтутъ развивать терминологію международнаго права на одномъ языкѣ, чѣмъ на многихъ. Вѣдь и въ настоящее время международникъ долженъ вникать въ терминологію иностранной литературы и сравнивать ее съ національной; при принятіи одного языка для кодификаціи устранятся многія недоразумѣнія, мѣшающія нынѣ объединенію международнаго права.

Нѣтъ сомнѣнія, что международный кодексъ не будетъ закономъ въ строгомъ смыслѣ слова; онъ будетъ договоромъ всѣхъ цивилизованныхъ націй. Поэтому, самымъ серьезнымъ аргументомъ противъ кодификаціи является вопросъ о дальнѣйшемъ развитіи права. Очевидно, что каждое государство сохраняетъ полную свободу выйти изъ союза, разъ оно перестаетъ считать свое пребываніе въ немъ согласнымъ со своими интересами. Но намъ кажется, что такіе выходы не будутъ часты, если только кодификаторы дѣйствительно принимали во вниманіе интересы всѣхъ участниковъ союза. Вѣдь, международный кодексъ долженъ отражать потребности, общія всѣмъ государствамъ, и по самой своей общности не подверженныя внезапнымъ измѣненіямъ въ одномъ какомъ

либо государствѣ. Трудно предположить, напр., чтобы правило locus regit actum, принятое всѣми государствами, вслѣдствіе своей безспорной пользы для легкости международныхъ оборотовъ, черезъ 2 года оказалось стѣснительнымъ для одной Германіи. Другое дѣло, если бы въ кодексъ ввели правило, отвлеченное отъ случайныхъ потребностей минуты. Тогда, конечно, минованіе этихъ потребностей могло бы наступить въ разныхъ государствахъ въ разное время и повести къ нежелательнымъ стѣсненіямъ; въ этихъ случаяхъ пересмотръ кодекса былъ бы, конечно, необходимъ. Отсюда слѣдуетъ, однако, только, что кодификація должна отражать лишь болѣе постоянныя международныя отношенія.

Что же касается контроверзъ, возникающихъ изъ различнаго толкованія международнаго кодекса въ разныхъ государствахъ, то учрежденіе международнаго кассаціоннаго суда было бы, конечно, весьма желательно. Но и отсутствіе его не лишило бы кодексъ всякаго значенія. Свобода интерпретаціи можетъ, конечно, привести къ нѣсколько различному пониманію кодекса въ разныхъ странахъ: но она никогда не извратитъ его основныхъ принциповъ, такъ какъ это не можетъ входить въ намѣренія государствъ, вступившихъ въ союзъ свободно и не удерживаемыхъ въ немъ силою. Слишкомъ большое отклоненіе толкованія въ одномъ государствѣ отъ интерпретаціи въ другихъ должно служить только указаніемъ, что международный кодексъ требуетъ пересмотра.

Этотъ пересмотръ, на нашъ взглядъ, долженъ производиться по возможности чаще, соотвѣтственно съ измѣненіемъ потребностей международнаго общенія. Такимъ образомъ онъ будетъ гарантировать постепенное развитіе международнаго права и предупредитъ образованіе слишкомъ расходящихся обычаевъ въ отдѣльныхъ государствахъ. Возраженіе Гольцендорфа, что заключеніе краткосрочныхъ договоровъ не окупаетъ потраченнаго на нихъ труда, падаетъ передъ соображеніемъ, что новый договоръ только пополняетъ, а не создаетъ вновь. Помимо того, нѣкоторое различіе въ толкованіи, въ нашихъ

глазахъ, даже полезно. Кодификацію обвиняютъ обыкновенно въ пріостановленіи свободнаго развитія права; интерпретація общепризнаннаго начала въ разныхъ странахъ предупреждаетъ такой застой и даетъ будущему кодификатору богатый матеріалъ для опредѣленія дальнѣйшаго направленія международнаго права. На основаніи опыта различныхъ государствъ возможно будетъ остановиться на той интерпретаціи, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ интересамъ международнаго общенія.

Самымъ слабымъ аргументомъ противъ кодификаціи намъ кажется мнѣніе Гольцендорфа, что кодификація не содѣйствуетъ большему распространенію значенія международнаго права. Очень многіе люди отрицаютъ международное право только потому, что оно не кодифицировано, и считаютъ непроизводительнымъ для себя трудомъ знакомиться съ отвлеченными и часто противорѣчивыми мнѣніями ученыхъ. Появленіе международнаго кодекса, признаннаго обязательнымъ на основаніи договора всѣхъ цивилизованныхъ націй, должно, несомнѣнно, заинтересовать ту ежедневно возрастающую массу, которая вступаетъ въ международныя сношенія, и которая нынѣ, по необходимости, считается только съ нормами международнаго права, содержащимися въ отдѣльныхъ законодательствахъ.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Кодификація Международнаго Частнаго Права.

Часть международнаго права, наиболѣе нуждающаяся въ кодификаціи, несомнѣнно та, которая касается международныхъ сношеній индивидовъ. Здѣсь неустойчивость и ненадежность отношеній особенно тяжело отзывается на всемъ международномъ общеніи. Но и нигдѣ кодификація не встрѣчается съ такими затрудненіями, какъ именно въ области международнаго частнаго права.

Всякая кодификація международнаго частнаго права предполагаетъ предварительное разрѣшеніе слѣдующихъ общихъ вопросовъ:

1. Вопроса о внѣшнихъ столкновеніяхъ законовъ (ausdrückliche Gesetzeskollisionen)

a) положительныхъ и

b) отрицательныхъ;

2. Вопроса о внутреннихъ коллизіяхъ законовъ (latente Gesetzeskollisionen);

3. Вопроса о значеніи понятій публичнаго порядка (ordre public) и обхода законовъ (fraus legis) въ международномъ правѣ и

4. Вопроса о значеніи воли сторонъ.

Раздѣлъ первый.

I. Внѣшнія столкновенія законовъ.

a) Положительныя.

Объ этихъ столкновеніяхъ мы здѣсь распространяться не будемъ, такъ какъ ихъ касался весь нашъ историческій очеркъ. Типъ ихъ простой: государство *A* желаетъ примѣненія закона *A*, а государство *B* — закона *B*. При этомъ каждый законодатель полагаетъ, что именно тотъ элементъ даннаго юридическаго отношенія, который соприкасается съ его территоріей, самый существенный и оправдываетъ поэтому подчиненіе всего отношенія его (законодателя) праву. Таковы конфликты lex domicilii и lex rei sitae въ наслѣдственномъ правѣ (Princip der Näherberechtigung). Съ точки зрѣнія территоріальнаго законодательства, здѣсь собственно нѣтъ конфликта. Съ точки же зрѣнія международнаго общенія, очевидно, что столкновеніе можетъ быть устранено только путемъ договора [1])

---

[1]) Kahn, Gesetzeskollisionen, pp. 36 — 54.

b) Отрицательныя (принципъ отсылки [1]).

Двое англійскихъ подданныхъ, домицилированныхъ во Франціи, вступаютъ между собою въ бракъ въ этой послѣдней странѣ; французскій законъ опредѣляетъ ихъ способность къ вступленію въ бракъ (Art 3 C. C.) по національному, т. е. англійскому праву; это же послѣднее, наоборотъ, предписываетъ руководствоваться lex domicilii, т. е. французскимъ закономъ. Долженъ ли французскій законодатель принять эту отсылку (Ruckverweisung) дѣлаемую англійскимъ?

Пруссакъ, домицилированный въ Америкѣ, заключаетъ контрактъ въ Пруссіи. Долженъ ли французскій судья опредѣлять дѣеспособность пруссака, во имя Art 3 Code Civil, по національному закону, или же принять ссылку (Weiterverweisung), которую § 23 прусскаго ландрехта дѣлаетъ на lex domicilii, т. е. американскій законъ.

Очевидно, что разрѣшеніе вопроса о значеніи отсылки имѣетъ огромное значеніе для кодификатора международнаго частнаго права. Съ перваго взгляда ясно, что принятіе этого принципа вноситъ въ международную жизнь элементъ непостоянства и случайности, способный поколебать самое прочное зданіе международнаго права.

Противъ отсылки приводятся обыкновенно слѣдующіе аргументы:

1. Принципъ отсылки ведетъ къ безъисходному кругу (circulus vitiosus). Если мы понимаемъ норму нашего закона

---

[1]) Kahn, въ „Jahrbucher fur die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“ XXX Band 1890 года: „Gesetzeskollisionen“, pp. 1—143.—Kahn, тамъ же 1896 годъ. — Zitelmann, Internationales Privatrecht, I pp. 238 — 270. — Niemeyer, Vorschlage und Materialien, § 9. — Neumann, Intern. Privatrecht, pp. 30 — 35. — Labbé въ Journal Clunet, 1885, pp. 5 — 16. — Lainé въ Journal Clunet 1896. De l'application des lois étrangères en France et en Belgique, pp. 242 — 261. — Bartin въ Revue de droit international 1898, pp. 129 — 187. „Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé“.—Bar, въ Bohms Zeitschrift 1898, pp. 177—188: „Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht“.

какъ ссылку на иностранное право во всей его совокупности, то и отсылка должна относиться ко всему нашему праву, со включеніемъ нормъ международнаго частнаго права, которыя опять отошлютъ къ иностранному праву и т. д. и т. д. [1]). Этотъ аргументъ разбитъ безъ труда Цительманомъ [2]). „Законодатель можетъ имѣть основанія для принятія отсылки, но никакихъ для впаденія въ безъисходный кругъ; всякое толкованіе должно вѣдь приводить къ разумному результату. Нѣкоторыя законодательства, впрочемъ, прямо санкціонируютъ принципъ отсылки и этимъ доказываютъ возможность проведенія ея на практикѣ". Канъ, поэтому, неправъ, называя отсылку „логически неосуществимой". Законодатель можетъ сослаться на все иностранное право, но разъ „нормы коллизій" этого права отсылаютъ къ другому, и онъ принимаетъ эту отсылку, то это можетъ означать только принятіе матеріальнаго права.

2. Болѣе серьезный аргументъ противъ отсылки заключается въ указаніи, что она нецѣлесообразна, такъ какъ вовсе не установляетъ того единообразія рѣшеній одного и того же дѣла въ разныхъ государствахъ, о которомъ говорятъ ея защитники.

Въ самомъ дѣлѣ, если напр. французскій судья, во имя принципа отсылки, опредѣляетъ бракоспособность домицилированныхъ во Франціи англичанъ по французскому праву, то англійскій судья долженъ будетъ, въ силу того же принципа, обсуждать эту бракоспособность по англійскому праву. Здѣсь, при отсылкѣ къ туземному праву, можно, по крайней мѣрѣ, привести въ защиту ея соображеніе, что каждый судья, благодаря ей, примѣняетъ свое право. Но когда отсылка относится къ третьему праву (Weiterverweisung), она теряетъ даже это, само по себѣ призрачное, основаніе [3]).

3. Самый солидный аргументъ противъ отсылки заклю-

[1]) Kahn, Gesetzeskollisionen, 23; Lainé, l. c., pp. 257—258.
[2]) Zitelmann, I pp. 240 — 241.
[3]) Kahn, l. c., pp. 22 — 24; Niemeyer, Vorschläge, p. 84.

чается въ ея противорѣчіи природѣ нормъ международнаго частнаго права. Еще Лаббэ указалъ, что законодатель, подчиняющій какое либо отношеніе иностранному праву, имѣетъ въ виду не законъ о компетенціи, а матеріальное право [1]). Лэне замѣчаетъ справедливо, что, принимая отсылку иностраннаго права, французскій законодатель отказывается отъ разрѣшенія вопроса, казавшагося ему наиболѣе цѣлесообразнымъ, и подчиняется другому; такой порядокъ могъ бы легко повести къ нарушенію французскаго закона, напр. статьи 170 С. С., въ случаѣ lex loci contractus предписала бы соблюденіе другой формы [2]). Нельзя также не согласиться съ Каномъ, что отсылка грѣшитъ противъ принципа спеціальности. Мы никогда не примѣняемъ иностраннаго права во всей его совокупности, а только локализируемъ данное юридическое отношеніе въ той или другой его области. Иностранную же норму международнаго частнаго права нельзя отнести къ спеціальнымъ, регулирующимъ данное отношеніе. Мы можемъ себѣ представить норму безъ всякаго отношенія къ опредѣленному пространству, и поэтому, ссылаясь на какой либо иностранный законъ, можемъ его принять безъ его пространственнаго значенія, установленнаго иностраннымъ законодательствомъ [3]).

Въ защиту принципа отсылки высказываются слѣдующія соображенія:

1. Отсылка приводитъ къ единообразію въ рѣшеніяхъ, что, какъ мы видѣли невѣрно.

2. Защитники отсылки говорятъ еще, что иностранный судъ не дастъ экзекватуры рѣшенію, постановленному съ нарушеніемъ нормъ международнаго частнаго права, обязательныхъ для этого суда. Этотъ аргументъ разбитъ Бартэномъ [4]): принятіе иностранныхъ нормъ конфликтовъ обезпе-

[1]) Labbé, l. c., pp. 5 — 16.
[2]) Lainé, l. c., p. 256 — 257.
[3]) Kahn, l. c., pp. 25 — 33.
[4]) Bartin, l. c., pp. 139 — 156.

чивало бы намъ экзекватуру только въ одномъ государствѣ, тогда какъ рѣшеніе можетъ нуждаться въ повсевмѣстномъ признаніи. Да и странно было бы нашимъ судамъ признавать себя компетентными на основаніи нормъ коллизій иностраннаго закона, разъ они свою общую компетенцію или некомпетенцію постоянно опредѣляютъ по lex fori.

3. Однимъ изъ самыхъ горячихъ сторонниковъ принципа отсылки является Баръ. Нашъ законодатель, говоритъ онъ, не можетъ навязывать иностранному компетенціи, отъ которой тотъ отказывается. Если государство *A* подчиняетъ наслѣдованіе послѣ своихъ подданныхъ, живущихъ за границей, lex domicilii, то это значитъ, что оно для такихъ подданныхъ не располагаетъ матеріальными нормами наслѣдованія; если оно вообще опредѣляетъ личный статутъ по домицилю, то это означаетъ, что въ частно-правовомъ отношеніи оно вообще не знаетъ никакой національности для своихъ подданныхъ, а сущность національности видитъ только въ публичныхъ правообязанностяхъ. Если, поэтому, государство *B*, въ которомъ домицилированъ подданный *A*, дѣлаетъ отсылку къ законамъ *A*, то получается „абсолютный законодательный пробѣлъ", который можетъ быть восполненъ только путемъ примѣненія lex fori *A*, т. е. принятіемъ отсылки [1]).

Эта аргументація Бара отчасти опровергнута Буццати [2]). Итальянскій ученый указываетъ совершенно основательно, что по теоріи Бара нашъ законъ не можетъ приписать иностранному компетенцію, которую тотъ отклоняетъ: и въ то же время можетъ приписать себѣ ту же компетенцію, на которую претендуетъ иностранный законъ. Другими словами, Баръ проповѣдуетъ уваженіе иностраннаго закона только при отрицательныхъ, а не при положительныхъ конфликтахъ, что, конечно, непослѣдовательно. Если напр. датчанинъ, домицилированный въ Берлинѣ, вступилъ въ бракъ въ Америкѣ, то германскій судья, по теоріи Бара, приметъ отсылку датскаго

[1]) Bar, Die Rückverweisung etc., pp 179 — 185.

[2]) Buzzati, въ Böhm's Zeitschrift 1898, pp. 449 — 456.

закона къ германскому (какъ lex domicilii). Въ результатѣ получается отрицаніе компетентности американскаго закона (lex loci actus), который ея требуетъ, во имя уваженія некомпетентности датскаго закона [1]).

Разсужденіе Бара, по которому при отсылкѣ собственно возникаетъ „абсолютный пробѣлъ въ правѣ“ (Gesetzeslücke), восполняемый по lex fori, Буццати доводитъ прямо ad absurdum. Только дѣйствительное, а не фиктивное незнаніе иностраннаго права можетъ оправдывать примѣненіе lex fori. Изъ теоріи же Бара, между прочимъ, вытекаютъ слѣдующія несообразныя послѣдствія.

1. Судья страны A подчиняетъ недвижимое наслѣдство подданнаго A, лежащее въ B, закону B; а переходя къ движимому, вдругъ оказывается незнающимъ закона B, только потому, что законъ B подчиняетъ наслѣдованіе движимостей національному закону, а законъ A legi domicilii, и, слѣдовательно, образуется Gesetzesvacuum, послѣ котораго только и остается примѣнить lex fori — A!

2. Датчанинъ, домицилированный во Франціи, женился въ Англіи. Итальянскій судья, обсуждающій дѣйствительность его брака, обратится сначала къ датскому праву; въ виду же отсылки его къ французскому, которое тоже не желаетъ быть примѣнено и не отсылаетъ къ англійскому, судья опять очутится передъ „абсолютнымъ пробѣломъ“ и обратится къ итальянскому матеріальному праву [2])!

---

[1]) Буццати упрекаетъ Бара въ нелогичности и за то, что по его теоріи, туземный законодатель, принимающій отсылку иностраннаго, во имя уваженія его некомпетентности in concreto, исходитъ, очевидно, изъ тезиса его компетентности in abstracto. Но тутъ Буццати, на нашъ взглядъ, неправъ. Логической несообразности нѣтъ вовсе. Туземный законодатель можетъ вполнѣ признавать компетенцію иностраннаго для опредѣленія границъ своихъ законовъ (компетенція in abstracto), а эта компетенція можетъ in concreto выразиться и въ отклоненіи примѣненія собственнаго матеріальнаго права. Аргументъ Буццати только перефразировка аргумента „безъисходнаго круга“, разбитаго Цительманомъ (см. выше).

[2]) Ср. противъ Бара и Kahn, Ueber Inhalt, p. 67 — 68.

Болѣе удачны аргументы практическаго свойства. приводимые Баромъ въ пользу отсылки.

Мы видѣли, что принятіе отсылки приводитъ часто къ нарушенію права государства. ее принимающаго [1]). Баръ указываетъ, что и устраненіе отсылки можетъ дать крайне нежелательные результаты. *X*, подданный *A*, домицилированный въ *B*, женится тамъ же на *Y*, подданной *B*. По праву обѣихъ странъ бракоспособность обсуждается по національному закону для *X* по *A*, для *Y* по *B*, и данный бракъ дѣйствителенъ и въ *A* и въ *B*. Черезъ много лѣтъ возникаетъ процессъ въ государствѣ *C*, опредѣляющемъ бракоспособность по lex domicilii, слѣдовательно въ данномъ случаѣ и для *X* по закону *B*. Если теперь не признать отсылки *B* къ *A*, то придется въ третьемъ государствѣ признать ничтожнымъ бракъ, дѣйствительный по законамъ всѣхъ государствъ, которые брачущіеся могли имѣть въ свое время въ виду [2])!

[1]) Примѣръ: признаніе ничтожнымъ брака французовъ, заключеннаго по lex loci, какъ требуетъ Art 170 C. C., а не въ формѣ закона, на который ссылается lex loci.

[2]) Bar, l. c, p. 183.—Средній принципъ защищается Шнеллемъ (Julius Schnell въ Bohm's Zeitschrift 1895, pp. 337—343): по его мнѣнію отсылка не должна быть принята, разъ она съуживаетъ дѣйствіе германскихъ нормъ международнаго частнаго права или же иностранныхъ, усвоившихъ германскую теорію. Но если германскому судьѣ приходится имѣть дѣло съ двумя иностранными законами, проводящими одну и ту же теорію, противную германскому праву, онъ долженъ принять отсылку (здѣсь „Weiterverweisung"). Всѣ признаютъ, восклицаетъ Шнелль, что Германія не можетъ опредѣлить границъ Испаніи и Франціи; почему же Германія имѣетъ право предписать этимъ двумъ державамъ способъ разграниченія ихъ законодательныхъ властей въ областяхъ гражданскаго права, не подчиненныхъ Германіи? Неужели саксонскій судья долженъ обсуждать наслѣдованіе послѣ итальянца, домицилированнаго въ Испаніи, по испанскому закону, тогда какъ и испанскій и итальянскій законодатель высказались за компетенцію итальянскаго права?

Такого же мнѣнія Neumann (Internationales Privatrecht, pp. 30—35).

Воззрѣніе это, основанное на принципѣ Thöl'я, что нужно примѣнять то право, которое само хочетъ быть примѣнено, неправильно. Какъ замѣчаетъ Канъ (Ueber Inhalt etc, pp. 49—52), теорія Шнелля предполагаетъ, что принадлежность даннаго отношенія той или другой юридической сферѣ очевидна сама по себѣ, тогда какъ сомнительность этой принадлежности составляетъ всю суть международнаго права.

Возраженія, дѣлаемыя въ данномъ случаѣ Каномъ (Ueber Inhalt etc., pp. 56 — 63) нельзя назвать убѣдительными. Канъ говоритъ, что естественнѣе всего судьѣ примѣнить матеріальный законъ, на который указываетъ его норма коллизіи; что въ противномъ случаѣ онъ можетъ легко придти къ примѣненію законовъ ни *A*, ни *B*, а *X*, *Y*, *Z* (при Weiterverweisung), или даже lex fori (если *A* не принимаетъ компетенціи, приписываемой ему *B*); что наконецъ, судья связанъ своей нормой коллизіи, какъ считаемой его законодателемъ соотвѣтствующей международному праву. Все это вѣрно, но вѣрно только съ субъективной, національной точки зрѣнія. Съ международной же, въ данномъ случаѣ, предпочтительнѣе принятіе отсылки.

Бару принадлежитъ большая заслуга, что онъ выдвинулъ международную точку зрѣнія на принципъ отсылки. Постараемся возвыситься до нея и мы, но скажемъ раньше нѣсколько словъ о любопытномъ различіи, проводимомъ Цительманомъ между нормами, предписывающими примѣненіе иностраннаго права (Anwendungsnormen über fremdes Recht), и нормами, содержащими ссылку на матеріальное право (materiellrechtliche Verweisungssätze) [1]).

Норма коллизіи, говоритъ Цительманъ, предписываетъ примѣненіе иностраннаго права во всякомъ случаѣ; норма матеріальной ссылки—только тогда, когда туземное право компетентно по lex fori. Возьмемъ, напр., правило „locus regit actum“. Если его разсматривать какъ норму коллизіи, то судья государства, гдѣ оно признано, долженъ признать дѣйствительными всѣ сдѣлки, заключенныя въ формѣ мѣстнаго закона. Если же правило есть норма матеріальной ссылки, то упомянутый судья признаетъ его только въ случаѣ, когда сдѣлка вообще подчинена его праву; если же сдѣлка подпадаетъ иностранному праву, то примѣненіе правила зависитъ отъ этого послѣдняго.

[1]) Zitelmann, l. c. I, pp. 250 — 270.

Такимъ образомъ, судья опредѣляетъ сначала на основаніи собственной нормы коллизіи компетентное право; въ случаѣ компетентности туземнаго, онъ слѣдуетъ нормѣ матеріальной ссылки, въ немъ содержащейся; въ случаѣ компетентности иностраннаго, онъ примѣняетъ это послѣднее вмѣстѣ съ его матеріальными ссылками, но безъ всякаго вниманія къ его нормамъ отсылокъ.

Послѣ этого, конечно, очень важно установить твердый критерій для распознаванія нормъ коллизій и нормъ матеріальныхъ ссылокъ. Цительманъ усматриваетъ этотъ критерій въ цѣли данной юридической нормы: если она имѣетъ въ виду отграниченіе пространства дѣйствія иностраннаго права — это норма коллизіи; если она предписываетъ что-нибудь только на случай компетенціи собственнаго права — это норма матеріальной ссылки. Намъ думается, однако, что такая интерпретація — дѣло не изъ легкихъ. Самъ Цительманъ допускаетъ, что иногда „въ нормѣ коллизіи можетъ скрываться норма матеріальной ссылки“ [1]). А въ такомъ случаѣ частое смѣшеніе ихъ неизбѣжно, и намъ придется принять формальную отсылку подъ видомъ матеріальной ссылки компетентнаго иностраннаго права.

Мы оцѣнивали до сихъ поръ принципъ отсылки съ точки зрѣнія отдѣльнаго территоріальнаго законодателя. Намъ кажется, что всѣ приведенныя за и противъ него соображенія доказываютъ прежде всего одно: необходимость кодифицировать международное частное право.

Въ самомъ дѣлѣ, при существованіи различныхъ нормъ коллизій въ разныхъ законодательствахъ, примиреніе различныхъ взглядовъ на отсылку является совершенно невозможнымъ. Государство *A*, прилагающее къ данному юридическому отношенію право *B*, вовсе не желаетъ подчинять его правамъ *A* или *C*, на которыя сошлется государство *B*. Но съ другой

[1]) P. 269: Unter Umständen kann eine wohlwollende (sic) und beherzte Auslegung der fremden Kollisionsnorm ergeben, dass sich in ihr zugleich eine materielle Verweisungsnorm versteckt.

стороны, и государство *B* не имѣетъ основанія признать рѣшеніе, постановленное съ нарушеніемъ его нормъ международнаго частнаго права. Эти прямыя коллизіи законовъ („ausdrückliche Gesetzeskollisionen“ Kahn'a) можно было бы, конечно, устранить, заставивъ всѣ государства или принять, или отвергнуть принципъ отсылки. Но и это не придало бы международной жизни желательной устойчивости. Въ случаѣ всеобщаго отказа отъ отсылки, юридическое отношеніе легко подпадаетъ lex fori, т. е. случайному закону, который менѣе всего компетентенъ для выбора рѣшающаго матеріальнаго права, и который стороны никакъ не могли имѣть въ виду. Въ случаѣ же всеобщаго принятія принципа отсылки, каждый законодатель заранѣе подчиняется цѣлому ряду законовъ, которыхъ онъ можетъ быть и не знаетъ; стороны же, удовлетворивъ всѣмъ условіямъ нормально компетентнаго закона, никогда не могли бы быть увѣрены въ наступленіи установленныхъ этимъ закономъ послѣдствій. Такимъ образомъ, однобразное отношеніе всѣхъ государствъ къ вопросу объ отсылкѣ имѣло бы своимъ результатомъ только всеобщее признаніе постановленнаго гдѣ либо несправедливаго рѣшенія.

Намъ кажется, поэтому, что единственнымъ выходомъ изъ этого положенія является уравненіе всѣхъ нормъ международнаго частнаго права въ разныхъ законодательствахъ. Съ принятіемъ общаго международнаго кодекса для разрѣшенія конфликтовъ законовъ, исчезаетъ, конечно, самый вопросъ отсылки. Въ такомъ кодексѣ отсылка не только недопустима, но даже логически немыслима. Освобожденіе же отъ этого элемента непостоянства и неустойчивости является вѣскимъ аргументомъ въ пользу кодификаціи международнаго частнаго права.

Раздѣлъ второй.

Внутреннія столкновенія законовъ [1]).

I. Коллизія опредѣляющихъ моментовъ.

(Kollision der Anknupfungsmomente).

Подъ опредѣляющими моментами разумѣются понятія, коими руководствуется законодатель при подчиненіи юридическаго отношенія тому или другому территоріальному праву. Такихъ моментовъ не много: мѣстонахожденіе, домициль и національность человѣка; центръ дѣятельности юридическаго лица; мѣсто суда; мѣстонахожденіе вещи; мѣсто, гдѣ случился фактъ или ожидается его наступленіе; воля сторонъ [2]). Возможно, что законы двухъ государствъ будутъ опредѣлять одинаково какое нибудь отношеніе, напр. по домицилю, и расходиться въ воззрѣніяхъ на самый домициль. Отсюда новый видъ коллизій.

Очевидно, что каждый законодатель опредѣляетъ сущность „опредѣляющихъ моментовъ“ по своему [3]). Случаи безподданства или множественнаго подданства, возникающіе изъ конфликтовъ jus soli и jus sanguinis, юридически неразрѣшимы. Домициль, мѣсто заключенія или исполненія договора и т. д., возможно опредѣлить только по собственному праву; иначе мы впадемъ въ circulus vitiosus. Нельзя же, напр., опредѣлять домициль по личному статуту, а личный статутъ по домицилю; или locus solutionis по какому нибудь территоріальному праву, которое мы объявили компетентнымъ, именно какъ lex loci solutionis. Словомъ, каждая норма международнаго частнаго права содержитъ извѣстныя основныя понятія (Axiombegriffe, по терминологіи Кана), которыя не

---

[1]) Я примѣняю терминъ Кана „Latente Gesetzeskollisionen“ къ коллизіямъ не только юридическихъ отношеній, но и опредѣляющихъ ихъ моментовъ.

[2]) Niemeyer, Vorschläge, p. 110.

[3]) Kahn, Gesetzeskollisionen, pp. 56 — 106.

могутъ опредѣляться по иностранному праву, такъ какъ нахожденіе соотвѣтственнаго иностраннаго права предполагаетъ ихъ уже данными.

Возможность столкновеній „основныхъ понятій“ является новымъ сильнымъ аргументомъ въ пользу необходимости кодификаціи международнаго частнаго права. При нынѣ существующей въ этой области анархіи, стороны подпадаютъ полному произволу суда, въ которомъ разбираются ихъ дѣла. Это явствуетъ, между прочимъ, изъ любопытной теоріи Кана объ „относительности основныхъ понятій [1])“.

Авторъ этотъ приводитъ слѣдующій примѣръ. — Должникъ жилъ при заключеніи контракта во Франціи, а въ моментъ иска живетъ въ Саксоніи. Саксонскій судья долженъ примѣнить къ договору lex loci solutionis, которымъ первоначально окажется французскій законъ, такъ какъ саксонскій кодексъ помѣщаетъ locus solutionis въ домицилѣ должника въ моментъ контракта. Но французскій законъ считаетъ мѣстомъ исполненія — домициль въ моментъ процесса, т. е. Саксонію. Поэтому саксонскій судья подчинитъ въ концѣ концовъ договоръ саксонскому праву.

Канъ полагаетъ, что такимъ разсужденіемъ онъ не примѣняетъ отвергнутую имъ раньше отсылку (Rückverweisung). Повидимому, разница здѣсь есть: при отсылкѣ оба закона спорятъ о выборѣ „основного понятія“ (Anknüpfungsbegriff), а въ данномъ случаѣ о существенныхъ элементахъ общепризнаннаго критерія. Но все-таки разница только кажущаяся, и касается только словъ: можно, вѣдь, сказать. что саксонскій кодексъ подчиняетъ договоръ закону страны домициля въ моментъ контракта, а затѣмъ принимаетъ отсылку этого закона на законъ страны домициля въ моментъ иска. Это чистѣйшая отсылка.

Теоріи, подобныя Кановской, конечно, очень остроумны и элегантны, но врядъ-ли удобны въ международномъ оби-

---

[1]) „Relativität der Axiombegriffe“, Kahn, l. c., pp 103 — 106.

ходѣ. Неужели можно требовать отъ сторонъ, чтобы онѣ различали „Ausdrückliche Gesetzeskollisionen“ и „Kollisionen der Anknupfungsbegriffe“?! А между тѣмъ международное частное право существуетъ для высшаго обезпеченія интересовъ индивидовъ, и послѣдніе должны имѣть полную возможность вліять своими конклюдентными дѣйствіями на опредѣленіе права, компетентнаго для регулированія ихъ международныхъ отношеній. При нынѣшнемъ хаосѣ, въ которомъ суды различныхъ странъ, то замыкаются въ территоріальную исключительность, то занимаются любопытной игрой въ „юридическій lawn-tennis“, интересы сторонъ не могутъ быть уважены. Одна кодификація способна вывести насъ изъ этого хаоса; мы потеряемъ тогда, конечно, всѣ хитроумныя теоріи объ „отсылкѣ“, „аксіомныхъ понятіяхъ“ и т. д., но международная жизнь врядъ-ли будетъ отъ этого въ накладѣ.

II. Коллизія опредѣляемыхъ отношеній и понятій.

1. Конфликты опредѣляемыхъ отношеній.

Допустимъ, что два законодательства опредѣляютъ какое-нибудь юридическое отношеніе по тому же основному понятію нашей науки, и одинаково понимаютъ и конструируютъ это понятіе. Остается еще возможность, что законодательства расходятся во взглядѣ на сущность самого юридическаго отношенія. Тогда возникаетъ конфликтъ опредѣляемыхъ отношеній [1]).

Бартэнъ приводитъ слѣдующій примѣръ. Супруги имѣли брачный домицилъ въ государствѣ A; затѣмъ мужъ натурализовался въ B, гдѣ умеръ и оставилъ наслѣдство. И въ A, и въ B, брачное имущественное право подчинено закону пер-

[1]) Kahn, Latente Gesetzeskollisionen, l. c., pp. 107 — 131; Etienne Bartin, De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois, Journal Clunet 1897, pp. 225 — 255, 466 — 495, 720 — 738; Despagnet, Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, Journal Clunet 1898, pp. 253 — 273.

ваго брачнаго домициля, а наслѣдованіе — послѣднему національному закону наслѣдодателя; но *A* относитъ выдѣленіе вдовьей части къ наслѣдственному, а *B* къ брачному имущественному праву.

Бартэнъ полагаетъ, что квалификація вдовьей части должна дѣлаться по lex fori. Если государство соглашается подчинить извѣстное юридическое отношеніе иностраннымъ законамъ, то, очевидно, оно имѣетъ въ виду тотъ типъ этого отношенія, который принятъ его законодательствомъ; иностранное государство не имѣетъ права заставить наше государство примѣнять иностранные законы къ отношеніямъ, которыя оно не хочетъ вовсе подчинить этимъ законамъ [1]).

Другого мнѣнія Деспанье, который думаетъ, что принятіе lex fori разрушитъ самые твердые принципы международнаго права. Квалификація отношенія должна всегда зависѣть отъ закона, признаннаго компетентнымъ для регулированія этого отношенія. Кромѣ того, возможно, что отношеніе, квалифицированное иностраннымъ закономъ, даже вовсе неизвѣстно lex fori, который поэтому логически не можетъ повѣрить иностранной квалификаціи [2]).

Намъ кажется, что, при настоящемъ международномъ положеніи, правъ Бартэнъ. Деспанье впадаетъ въ circulus vitiosus: онъ предполагаетъ уже рѣшеннымъ вопросъ, что долженъ быть примѣненъ иностранный законъ, и затѣмъ принимаетъ его квалификацію вдовьей части, тогда какъ логика требуетъ предварительнаго отнесенія вдовьей части къ наслѣдственному или брачному праву, а затѣмъ уже отысканія компетентнаго закона, опредѣляющаго то или другое право.

Юридическіе институты различно развиваются въ разныхъ странахъ; ни одинъ моментъ въ нихъ не является логической необходимостью [3]). Очевидно, что если мы подчиняемъ какой либо институтъ иностранному праву, то мы имѣемъ въ виду

[1]) Bartin, l. c., p. 229, 235 — 246, 732.
[2]) Despagnet, l. c., pp. 258, 260 — 261.
[3]) Kahn, l. c., p. 111.

тотъ комплексъ правообязанностей, который свойственъ сему институту въ нашемъ правѣ; иначе мы могли бы подчинить иностранному праву гораздо больше отношеній, чѣмъ мы имѣли въ виду. Другими словами, мы подчиняемъ иностранному закону элементы юридическаго института, которые онъ содержитъ въ нашемъ правѣ. Если же иностранный институтъ слишкомъ разнороденъ съ нашимъ, если онъ включаетъ слишкомъ много чуждыхъ намъ элементовъ — тогда мы его должны считать „несоизмѣримымъ“ [1]). а себя некомпетентными для его обсужденія. Такъ, англійскій судъ въ дѣлѣ Hyde призналъ себя некомпетентнымъ для обсужденія мормонскаго брака. Но здѣсь мы касаемся уже вопроса о „публичномъ порядкѣ“ [2]).

2. Конфликты опредѣляемыхъ понятій.

(Anknupfungsbegriffe).

Помимо числа и комбинаціи правообязанностей въ юридическихъ отношеніяхъ, къ внутреннимъ коллизіямъ могутъ подать поводъ и т. наз. основныя понятія (Anknüpfungsbegriffe), общія этимъ отношеніямъ, какъ-то: понятіе движимости и недвижимости, формы актовъ и т под. Очевидно, что и эти понятія возможно въ настоящее время конструировать только по lex fori: иначе мы опять впадемъ въ circulus vitiosus.

---

[1]) Kahn, l. c., p. 135: incommensurabel.

[2]) Канъ относитъ къ „внутреннимъ коллизіямъ“ также конфликты законовъ, обусловленные различной ихъ „локальной тенденціей“ (örtliche Herrschaftstendenz; ср. Kahn, l. c., pp. 126 — 129, 132, 143) Такъ, итальянскій кодексъ подчиняетъ наслѣдованіе итальянской недвижимости француза французскому закону; между тѣмъ, этотъ послѣдній считаетъ такое наслѣдованіе территоріальнымъ. Можно, конечно, свести конфликтъ къ различію системъ, относящихъ наслѣдованіе недвижимостей къ семейному праву или къ организаціи землевладѣнія, т. е къ вопросу о квалификаціи юридическихъ отношеній. Но еще правильнѣе видѣть здѣсь простую отсылку отъ французскаго закона къ итальянскому. (Bartin въ Revue 1898, pp. 307 — 309).—Мы совершенно отказываемся понять, почему Kahn (l c., pp. 117 — 126) относитъ т. наз. a) Gesetzesvakua и b) Gesetzeskumulationen къ „Latente Gesetzeskollisionen?“ На нашъ взглядъ, это типичные случаи a) отрицательныхъ, и b) положительныхъ внѣшнихъ (ausdrückliche) коллизій законовъ.

3. Значеніе разобранныхъ конфликтовъ для кодификаціи международнаго частнаго права.

Бартэнъ, сдѣлавшій столь много для разработки теоріи о квалификаціяхъ, очень скептически относится къ проекту объединенія международнаго частнаго права. Онъ полагаетъ, что такое объединеніе мыслимо только при соглашеніи на счетъ единообразнаго опредѣленія юридической природы всѣхъ институтовъ, что предполагаетъ единообразіе самихъ законодательствъ, и, слѣдовательно ненужность самого международнаго частнаго права. Кодификація оказалась бы „Пирровой побѣдой“ [1]). Точно также и Канъ [2]) думаетъ, что внутреннія коллизіи, основанныя на разнокачественности сталкивающихъ отношеній, неустранимы.

Намъ кажется, однако, невозможнымъ принять такой печальный выводъ изъ остроумныхъ изысканій названныхъ юристовъ. Устраненіе различія между построеніемъ юридическихъ институтовъ вовсе не означаетъ тождества всего созидательнаго матеріала. Оно означаетъ только единообразную группировку извѣстнаго количества правъ и обязанностей въ одинъ комплексъ, который соглашаются подчинить одному и тому же закону. Если мы, напр., вдовью часть отнесемъ во всѣхъ законодательствахъ къ наслѣдственному праву, то этимъ мы нисколько не вліяемъ на различное опредѣленіе размѣра и условій выдачи этой части. Конфликты поэтому всегда возможны, и международное частное право вовсе не должно быть сдано въ архивъ. Намъ могли бы, пожалуй, возразить, что такая группировка обязываетъ отдѣльнаго законодателя вообще санкціонировать существованіе вдовьей части. На это мы замѣтимъ, что кодификаторъ долженъ былъ бы предписать однѣ рубрики на случай ихъ пополненія. Если территоріальный законодатель признаетъ вдовью часть, онъ скажетъ о ней въ опредѣленномъ заранѣе отдѣлѣ своей системы, напр.

[1]) Bartin, Journal Clunet 1897, p. 734.

[2]) Kahn, l. c., p. 143.

въ наслѣдственномъ правѣ; разъ онъ этого не сдѣлалъ, то эта часть не будетъ присуждаться и въ другихъ государствахъ.

Можно было бы предложить такую схему: институтъ A включаетъ правообязанности a, b, c, d. Рѣшено опредѣлять его во всѣхъ государствахъ по національному закону. Это не значитъ, очевидно, что a, b, c, d всюду тождественны, а только, что лишь эти элементы могутъ входить въ данный институтъ, и въ случаѣ наличности ихъ обсуждаются по національному закону. Если теперь въ иностранномъ институтѣ недостаетъ c или d, или $c + d$, то является вопросъ, есть ли это еще институтъ A; можно ли признать $a + b$ безъ $c + d$? Это, очевидно, уже вопросъ „публичнаго порядка“, на тѣсную связь котораго съ теоріей квалификацій указываетъ самъ Бартэнъ.

Но здѣсь мы этого вопроса не касаемся. Ограничимся выводомъ, что поднятіе вопроса о квалификаціяхъ юридическихъ отношеній и понятій приводитъ не къ отрицанію, а къ апологіи договоровъ и кодификаціи. Нужно прекратить и эту международную неурядицу, и это вполнѣ возможно безъ превращенія международнаго права въ общенародное. Мы не видимъ никакихъ препятствій къ договорной классификаціи всѣхъ элементовъ юридическихъ отношеній по извѣстнымъ заранѣе опредѣленнымъ рубрикамъ. Согласіе родителей или церковное вѣнчаніе можно отнести къ существеннымъ или формальнымъ условіямъ брака; запрещеніе составлять завѣщаніе въ извѣстной формѣ (напр., testament olegraphe) можно отнести къ недѣеспособности или формамъ — и всетаки остается мѣсто для конфликтовъ. Только тогда эти конфликты примутъ осязательную форму, поддающуюся быстрому и окончательному разрѣшенію.

Раздѣлъ третій.

Идея публичнаго порядка въ международномъ частномъ правѣ.

I.

Въ историческомъ очеркѣ идей международнаго частнаго права мы анализировали всѣ теоріи публичнаго порядка и пришли къ выводу, что понятіе это неизбѣжно должно носить субъективный характеръ. Въ самомъ дѣлѣ, мы видѣли, что всѣ эти попытки объективно конструировать понятія „публичнаго порядка", „соціальнаго права", „соціальной гарантіи" или „нравственности", въ концѣ концовъ приводятъ къ самымъ разнообразнымъ построеніямъ съ точки зрѣнія lex fori. Оказывается невозможнымъ создать общій типъ этихъ законовъ.

Скажемъ еще нѣсколько словъ о техническихъ пріемахъ, употребляемыхъ авторами теорій публичнаго порядка.

1. Мы уже указывали на то обстоятельство, что иногда недопущеніе какого-нибудь юридическаго института относится къ публичному порядку, а допущеніе — нѣтъ, что съ точки зрѣнія отдѣльныхъ государствъ, очевидно, непослѣдовательно; Бартэнъ замѣчаетъ, правда [1]), что все зависитъ здѣсь отъ взгляда судьи, который можетъ счесть иностранный запретительный законъ слишкомъ шокирующимъ туземный дозволительный законъ, или нѣтъ. Такъ, въ одномъ государствѣ возможность развода относится къ публичному порядку, въ другомъ нѣтъ. На нашъ взглядъ, однако, такое построеніе публичнаго порядка не можетъ притязать ни на малѣйшую научность. Съ территоріальной точки зрѣнія, въ нормахъ, относимыхъ къ публичному порядку даннаго государства, невозможно различать положительное и отрицательное дѣйствіе. Принятіе же мнѣнія Бартэна приводитъ насъ

[1]) Bartin, Les dispositions d'ordre public etc. въ Revue 1897, p. 615.

къ еще большему субъективизму. Еслибы и удалось построить однообразную схему правоотношеній публичнаго порядка, то она потеряла бы свой объективный характеръ въ рамкахъ отдѣльныхъ законодательствъ, изъ которыхъ одни придали бы ей, по своему усмотрѣнію, отрицательное, а другія — положительное дѣйствіе.

Разсматриваемое различіе получаетъ за то вполнѣ разумное основаніе, если стать на международную точку зрѣнія. Тогда мы сразу увидимъ, что международное право можетъ еще иногда допустить устраненіе компетентнаго дозволительнаго, но никакъ не запретительнаго закона. Другими словами, норма такъ называемаго „публичнаго порядка", разъ уже она допускается, должна всегда носить отрицательный характеръ, такъ какъ надѣленіе ея и положительной силой нарушило бы единство юридическихъ институтовъ въ международномъ общеніи. Право территоріальнаго государства издавать нормы публичнаго порядка съ положительнымъ дѣйствіемъ не существуетъ съ международной точки зрѣнія.

2. Несостоятельнымъ оказывается и излюбленный особенно въ послѣднее время методъ различенія между принципомъ какого нибудь института и его эффектами.

Эффекты составляютъ существенную часть соціальной цѣли иностраннаго закона; ихъ невозможно разсматривать безъ отношенія къ этой цѣли, и, признавая ихъ, мы неизбѣжно санкціонируемъ отвергнутый принципъ иностраннаго закона [1]). Справедливость этого положенія лишній разъ доказана неудачей остроумной попытки Цительмана провести точную грань между признаваемыми и непризнаваемыми эффектами недозволеннаго правоотношенія. Отрицаніе иностраннаго института окажется довольно платоническимъ, если оно будетъ сопровождаться допущеніемъ вытекающихъ изъ него юридическихъ послѣдствій. Да и невозможно провести „идеальную линію", отдѣляющую активное осуществленіе противнаго

[1]) Fedozzi, „Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international" въ Journal Clunet 1897, pp 74—75, 498, 500, 505.

нашему публичному порядку права отъ пассивнаго [1]). Активнымъ или непосредственнымъ осуществленіемъ (Баръ) окажется весьма часто именно признаніе эффекта отрицаемаго правоотношенія.

3. Третьи авторы предлагаютъ непризнаніе институтовъ, вообще неизвѣстныхъ lex fori. Здѣсь теорія публичнаго порядка сливается съ теоріей квалификацій [2]). Мы уже видѣли, что затрудненіе заключается здѣсь въ томъ, что съ одной стороны одинаковыя названія могутъ въ двухъ государствахъ соотвѣтствовать разнымъ институтамъ, а съ другой — различныя названія скрыть отъ насъ внутреннее тождество. Мы видѣли также, что возможно условиться относительно квалификаціи институтовъ, установивъ извѣстныя рубрики для классификаціи входящихъ въ нихъ отношеній. Но все-таки остается вопросъ: какъ опредѣлить минимумъ признаковъ, наличность которыхъ необходима для признанія даннаго института? Здѣсь дѣло уже не въ перенесеніи правообязанности изъ одной правовой области въ другую, что, въ сущности, вполнѣ достижимо путемъ договора (напр., отнесеніе вдовьей части къ брачному или наслѣдственному праву), а въ конструкціи отдѣльнаго юридическаго отношенія (напр., въ опредѣленіи минимальныхъ условій для возникновенія брака: отсутствіе другого брака, согласіе брачущихся, половая зрѣлость).

Къ опредѣленію этого минимума признаковъ юридическаго отношенія и сводится проблема „публичнаго порядка“.

Вполнѣ естественно, что между народами одной цивилизаціи съ теченіемъ времени вырабатываются общія убѣжденія о существенныхъ, или постоянныхъ элементахъ раз-

[1]) Bartin въ Revue 1897, p. 637 спрашиваетъ: можно-ли разрѣшить второй бракъ въ Италіи разведеннымъ за границей иностранцамъ, если и первый бракъ былъ заключенъ въ Италіи и, слѣдовательно, разводъ пришлось бы помѣстить на актѣ перваго вѣнчанія? Конечно нѣтъ, отвѣтимъ мы. Между тѣмъ Цительманъ признаетъ эффектъ развода, такъ какъ онъ былъ безнравственъ только своимъ наступленіемъ, а не продолженіемъ (см. выше).

[2]) Bartin, Journal 1897, p. 723.

личныхъ юридическихъ институтовъ. Всѣ цивилизованные народы отвергаютъ, напр., полигамію и бракъ брата съ сестрою. Такимъ образомъ, поле дѣйствія публичнаго порядка постепенно съуживается. Разрѣшить конфликтъ остающихся въ отдѣльныхъ законодательствахъ нормъ публичнаго порядка, конечно, невозможно. Но о нихъ можно сказать слѣдующее: или онѣ перейдутъ въ сознаніе всего международнаго общенія, или онѣ исчезнутъ вовсе. Такъ или иначе, но „территоріальный вкусъ земли“ (territorialer Erdgoût)[1]) перестанетъ чувствоваться въ нормахъ международнаго частнаго права[2]).

II.

Въ полной логической непригодности теоріи территоріальнаго публичнаго порядка убѣждаетъ, въ особенности сопоставленіе ея съ неменѣе знаменитой теоріей „in fraudem legis“. Мы видѣли, что уже Бугіе различалъ личные и вещные запретительные статуты, а новѣйшая итальянская и германская школы постепенно, и какъ бы незамѣтно для себя, разработали понятіе національнаго или внутренняго публичнаго порядка, котораго подданные не могутъ обходить за границей. Какъ замѣчаетъ Бартэнъ, теоріи „публичнаго порядка“ и „обхода законовъ“ имѣютъ ту же цѣль — замѣнить нормально компетентный законъ посредствомъ lex fori; разница только въ томъ, что въ теоріи „обхода законовъ“ устраненіе компетентнаго закона зависитъ отъ констатированія намѣренія сторонъ нарушить свой личный статутъ[3]).

Очевидно, что обѣ эти теоріи выражаютъ одну и ту же мысль съ разныхъ точекъ зрѣнія: каждое государство имѣетъ извѣстныя особенности въ конструкціи нѣкоторыхъ институтовъ, которыми оно не желаетъ жертвовать ни у себя, ни за

---

[1]) Meili у Böhm I, p. 167.

[2]) „О редукціи“ понятія публичнаго порядка говоритъ и Bartin (Revue 1897, pp. 628 — 645), но въ другомъ смыслѣ, чѣмъ въ текстѣ.

[3]) Bartin, Revue 1897, pp. 627 — 628.

границей. Отсюда конфликты съ противоположными концепціями другихъ государствъ. Тѣмъ не менѣе можно смѣло предсказать, что эти конфликты, какъ аномальныя явленія, со временемъ исчезнутъ. Съ точки зрѣнія международнаго общенія, идея „публичнаго порядка“ есть nonsens. Разъ интересы этого общенія требуютъ подчиненія отношенія закону государства *A*, то протестъ *B* нарушаетъ не только интересы сказаннаго общенія, но косвенно и интересы самого *B*. Возьмемъ примѣръ русскаго монаха, желающаго вступить въ бракъ во Франціи. Русскій публичный порядокъ противъ брака, французскій — за бракъ. Съ точки зрѣнія единства отношенія желательно, чтобы бракоспособность монаха, какъ и всякаго другого лица, обсуждалась и во Франціи по русскому закону, чѣмъ была бы предупреждена двойственность положенія монаха (женатаго въ одной и неженатаго въ другой странѣ), которая врядъ ли въ интересахъ самой Франціи. Другое рѣшеніе вопроса возможно только путемъ взаимодѣйствія французскаго и русскаго „публичныхъ порядковъ“, съ цѣлью ассимилированія законовъ о бракахъ духовенства. Взаимодѣйствіе кончится либо всеобщимъ запрещеніемъ, либо всеобщимъ разрѣшеніемъ такихъ браковъ, и такимъ образомъ устранятся конфликты.

Вообще намъ кажется, что юридическіе институты народовъ одной цивилизаціи не должны представлять такихъ громадныхъ отступленій, которыя оправдывали бы отстраненіе компетентныхъ законовъ во имя „публичнаго порядка“. Постоянные, основные элементы этихъ институтовъ всюду одни и тѣ же, или все болѣе дѣлаются таковыми; другіе, перемѣнные, должны быть терпимы, разъ это предписывается интересами международнаго общенія и, слѣдовательно, каждаго отдѣльнаго государства.

Что же касается роли понятія „публичнаго порядка“ (территоріальнаго или національнаго) при кодификаціи международнаго частнаго права, то она чисто отрицательна. Тамъ, гдѣ кодификаторъ увѣренъ, что призываемый имъ къ дѣй-

ствію законъ долженъ господствовать всюду и вездѣ, онъ не стѣсняется „публичными порядками“ того или другого государства. Тамъ, гдѣ онъ въ этомъ не увѣренъ, онъ оставляетъ за территоріальнымъ или національнымъ закономъ въ извѣстныхъ случаяхъ право уклоненія,—но это только временная мѣра, до уравненія матеріальнаго права или до полнаго выясненія высшей цѣнности того или другого закона для международнаго общенія. Очевидно, что случаи такихъ отступленій отъ компетентнаго закона должны быть строго опредѣлены и очерчены. а отнюдь не расплываться въ туманное пятно „публичнаго порядка“.

III.

Результаты нашего изслѣдованія идеи „публичнаго порядка“ мы резюмируемъ, поэтому, въ слѣдующихъ положеніяхъ.

1. Съ точки зрѣнія международнаго общенія нормы такъ называемаго публичнаго порядка суть нормы анормальныя вторгающіяся въ чужую сферу.

2. Въ основаніи ихъ временнаго признанія лежитъ неувѣренность въ абсолютной компетентности того или другого закона, или желаніе недопустить на нашу почву институты, несоизмѣримые съ нашей цивилизаціею.

3. Международный законодатель долженъ точно опредѣлить случаи, въ которыхъ онъ терпитъ дѣйствіе „публичнаго порядка“.

4. Нормы „публичнаго порядка“ имѣютъ только отрицательное дѣйствіе, не нарушающее единства и тождества правъ человѣка въ международномъ общеніи.

5. Нормы „публичнаго порядка“ исчезнутъ съ уравненіемъ во всѣхъ цивилизованныхъ государствахъ „постоянныхъ элементовъ“ юридическихъ институтовъ, и съ установленіемъ болѣе устойчивыхъ воззрѣній на компетенцію законовъ, регулирующихъ „перемѣнные элементы“ этихъ институтовъ.

Раздѣлъ четвертый.

Принципъ свободы воли сторонъ (автономіи).

Въ историческомъ очеркѣ мы уже неоднократно высказывались противъ теоріи, по которой воля сторонъ можетъ вліять непосредственно на опредѣленіе компетентнаго права. Субъектами международнаго права являются не частныя лица, а государства. Сначала рѣшается съ международной точки зрѣнія вопросъ о примѣнимости того или другого закона, а потомъ уже вопросъ о степени свободы уклоненія, которую этотъ законъ предоставляетъ частнымъ лицамъ. Каждый законодатель международнаго общенія долженъ въ этомъ отношеніи помнить золотыя слова Бара, къ которымъ трудно что либо прибавить [1])

Раздѣлъ пятый.

На основаніи всего сказаннаго, мы резюмируемъ свой взглядъ на кодификацію международнаго частнаго права въ слѣдующихъ положеніяхъ:

I. Кодификація эта одна способна избавить международную жизнь отъ внѣшнихъ столкновеній законовъ, положительныхъ и отрицательныхъ. Знаменитый вопросъ „отсылки“ падетъ самъ собою, если международное частное право будетъ кодифицировано.

II. Точно также кодификація одна способна смягчить или уничтожить внутреннія столкновенія законовъ, т. е. коллизіи опредѣляющихъ моментовъ, понятій и отношеній.

III. Международный кодификаторъ долженъ стремиться къ возможному ограниченію дѣйствія „публичнаго порядка“, и разграничивать юрисдикціи независимо отъ воли частныхъ лицъ.

---

[1]) Bar, II, p. 4: Bevor wir also dem Parteiwillen sein Recht lassen, müssen wir wissen, welchem territorialen Rechte wir die Schranken dieses Parteiwillens zu entnehmen haben.

Отдѣлъ пятый.

Гаагскія конференціи.

§ 1. Предвѣстники конференцій.

Уже въ 1874 году Голландское правительство обратилось къ нѣкоторымъ державамъ съ предложеніемъ созвать международную конференцію для выработки условій исполненія иностранныхъ рѣшеній, а также правилъ, предупреждающихъ столкновенія между законами различныхъ государствъ. Но предложеніе это не имѣло практическихъ результатовъ, хотя нѣкоторыя государства и отнеслись къ нему сочувственно.

Въ Италіи, съ первыхъ дней образованія королевства, замѣчается движеніе въ пользу разработки и кодификаціи международнаго частнаго права. Въ 1863, въ 1866, въ 1873 годахъ итальянская палата депутатовъ высказалась въ этомъ смыслѣ. Въ 1867 и въ 1877 годахъ итальянское правительство вело переговоры съ иностранными правительствами, не имѣвшіе, впрочемъ, успѣха. Въ 1881 году министръ иностранныхъ дѣлъ Манчини пожелалъ возобновить эти переговоры, и разослалъ итальянскимъ представителямъ за границей меморандумъ, очень живо рисующій неудобства современнаго положенія вещей. Новые переговоры не имѣли, однако, тоже практическихъ послѣдствій, равно какъ и формальное предложеніе итальянскаго правительства (1883 года)

собраться на юридическій конгрессъ въ Римѣ для разрѣшенія вопроса объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній. Можетъ быть, какъ эту неудачу, такъ и первоначальный неуспѣхъ Голландіи слѣдуетъ приписать тому обстоятельству, что державы усумнились въ практичности дѣлаемыхъ предложеній, выдвигавшихъ сразу одинъ изъ самыхъ трудныхъ вопросовъ международнаго частнаго права [1]).

Южно-американскія республики сдѣлали еще въ 1877 г., на конгрессѣ въ Лимѣ, попытку регулировать свои отношенія въ области международнаго частнаго права. А въ 1889 году, на конгрессѣ въ Монтевидео эти республики заключили цѣлый рядъ трактатовъ по вопросамъ международнаго права, въ томъ числѣ договоръ о разрѣшеніи конфликтовъ законовъ (12 Февраля 1889 года) [2]). Договоръ этотъ представляетъ цѣлый кодексъ международнаго частнаго права [3]).

Кодификаціей международнаго частнаго права занимался также юридическій конгрессъ въ Мадридѣ 1892 года, въ которомъ, кромѣ южно-американскихъ государствъ, участвовали Испанія и Португалія. Мадридскій конгрессъ не далъ новыхъ договоровъ, а только рядъ заключеній [4]).

Выдающаяся, если не главная роль въ подготовкѣ умовъ къ Гаагскимъ конференціямъ принадлежитъ, конечно, институту международнаго права.

На первой же своей сессіи (въ Женевѣ, въ 1874 году). Институтъ занялся вопросами международнаго частнаго

---

[1]) Baron Guiliaume, l. c., pp. 13 — 22, Chapitre II.

[2]) Baron Guillaume, l. c., pp 284 — 291.

[3]) Титулъ I: о лицахъ; титулъ II: о домицилѣ; титулъ III: о безвѣстномъ отсутствіи; титулъ IV о бракѣ; титулъ V: объ отцовской власти; титулъ VI: о происхожденіи: титулъ VII: объ опекѣ и попечительствѣ; титулъ VIII: постановленія, касающіяся титуловъ IV, V и VI; титулъ IX: о вещахъ; титулъ X: о сдѣлкахъ; титулъ XI: о брачныхъ договорахъ; титулъ XII: о наслѣдствахъ; титулъ XIII: о давности; титулъ XIV: о подсудности; общія постановленія (Meili, Kodification, pp. 103 — 123).

[4]) Baron Guillaume, pp 293 — 295.

права, и принялъ къ свѣдѣнію слѣдующія „общія положенія“, предложенныя Манчини:

I. Институтъ признаетъ очевидную пользу и даже въ нѣкоторыхъ случаяхъ необходимость для цивилизованныхъ государствъ принять съ общаго согласія обязательныя и единообразныя нормы международнаго частнаго права, коими должны были бы руководиться публичныя власти и. въ особенности, суды договаривающихся государствъ для разрѣшенія вопросовъ, касающихся лицъ, вещей, актовъ, наслѣдствъ, процедуры и иностранныхъ рѣшеній.

II. Институтъ полагаетъ, что лучшимъ средствомъ къ достиженію этой цѣли было бы приготовленіе самимъ институтомъ проектовъ этихъ договоровъ, какъ объ общихъ, такъ и о частныхъ вопросахъ, и въ особенности о конфликтахъ касающихся браковъ, наслѣдствъ и исполненія иностранныхъ рѣшеній. Эти проекты договоровъ могли бы служить основаніемъ для оффиціальныхъ переговоровъ и для окончательной редакціи, которые были бы поручены конференціи юрисконсультовъ и спеціальныхъ делегатовъ разныхъ государствъ, при чемъ государствамъ, не участвовавшимъ въ конференціи, могло бы быть въ извѣстныхъ случаяхъ предоставлено право присоединенія къ ея постановленіямъ.

III. Эти договоры не должны обязывать государствъ къ полному уравненію своихъ кодексовъ и законовъ; такое требованіе только затормозило бы прогрессъ цивилизаціи. Но не касаясь законодательной независимости, эти договоры должны заранѣе опредѣлить, какой изъ сталкивающихся законовъ примѣнимъ къ различнымъ правоотношеніямъ. Такимъ образомъ это опредѣленіе будетъ совершаться внѣ противорѣчій иногда непримиримыхъ законодательствъ различныхъ народовъ, внѣ опаснаго вліянія національныхъ интересовъ и предразсудковъ, и внѣ сомнѣній юриспруденціи и даже самой науки.

IV. При настоящемъ положеніи науки международнаго права, было бы преувеличеніемъ принципа независимости и

территоріальнаго суверенитета націй приписывать имъ право отказывать иностранцамъ въ признаніи ихъ гражданскихъ правъ, и не признавать естественной юридической способности иностранцевъ упражнять эти права повсюду. Эта способность существуетъ независимо отъ всякихъ договоровъ и внѣ всякихъ договоровъ взаимности. Допущеніе иностранцевъ къ пользованію этими правами, и примѣненіе иностранныхъ законовъ къ правоотношеніямъ, отъ нихъ зависящимъ, не могутъ вытекать изъ простой вѣжливости (comitas gentium), а признаніе и уваженіе этихъ правъ со стороны всѣхъ государствъ должны разсматриваться какъ обязанность международной справедливости. Эта обязанность прекращается только тогда, когда права иностранца и примѣненіе иностранныхъ законовъ несовмѣстимы съ политическими учрежденіями территоріи, подчиненной другому суверенитету, или съ ея публичнымъ порядкомъ.

Въ 1875 году, въ Гаагѣ, Институтъ вотировалъ слѣдующій принципъ:

„Правила международнаго частнаго права, становящіяся закономъ государства вслѣдствіе международнаго договора, примѣняются судами, при чемъ на правительствѣ не лежитъ международной обязанности наблюдать за этимъ примѣненіемъ административнымъ путемъ“.

На слѣдующихъ своихъ сессіяхъ Институтъ международнаго права выработалъ слѣдующія положенія.

Въ Цюрихѣ (1877): о предупрежденіи столкновеній законовъ процессуальныхъ.

Въ Парижѣ (1878): объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній.

Въ Оксфордѣ (1880): о конфликтахъ законовъ гражданскихъ.

Въ Туринѣ (1882): о конфликтахъ законовъ торговыхъ.

Въ Мюнхенѣ (1883), Брюсселѣ (1885), Гейдельбергѣ (1887) и Лозаннѣ (1888): о конфликтахъ законовъ о бракѣ и разводѣ.

Въ Брюсселѣ (1885): о конфликтахъ законовъ въ области морского права.

Въ Гамбургѣ (1891): а) о конфликтахъ законовъ объ опекѣ несовершеннолѣтнихъ, и б) о конфликтахъ законовъ объ акціонерныхъ обществахъ [1]).

§ 2. Гаагская конференція 1893 года.

Въ 1893 году нидерландскому правительству удалось, наконецъ, собрать въ Гаагѣ международную конференцію, которую оно созывало еще въ 1874 году. Въ этой Конференціи приняли участіе: 1) Германія (делегаты: баронъ фонъ-Секкендорфъ, графъ Арко-Валлей; 2) Австро-Венгрія (бар. Гаанъ, Коризмичъ); 3) Бельгія (бар. д'Анетанъ, фонъ-Клеемнутте, Беекманъ, фанъ-ден-Бульке); 4) Данія (Матценъ); 5) Испанія (де-Вилла-Урутія, Оливеръ-и-Эстеллеръ, Торресъ Кампосъ); 6) Франція (Легранъ, Рено); 7) Италія (гр. Сонназъ, Фузинато); 8) Люксембургъ (Шомэ); 9) Голландія (Ассеръ, Беелаэртсъ фонъ-Блокландъ, Фейтъ, Рагузенъ); 10) Португалія (бар. Сендалъ); 11) Румынія (Миссиръ); 12) Россія (проф. Мартенсъ, г. Манухинъ и г. Малевскій-Малевичъ); 13) Швейцарія (Мейли, Рогэнъ).

Конференція открылась 12 Сентября 1893 года. Голландскій Министръ Иностранныхъ Дѣлъ фонъ-Тинговенъ привѣтствовалъ делегатовъ слѣдующей рѣчью:

„Милостивые Государи!

Я счастливъ, что мнѣ выпало на долю истолковать Вамъ чувства Правительства Ея Величества Королевы и открыть Ваши засѣданія.

Я подразумѣваю чувства глубокой признательности, обращенныя къ государствамъ большей части Европы, которыя поспѣшили принять наше приглашеніе, въ то время, какъ другія, смущенныя великими трудностями задуманнаго дѣла, дали все-таки доказательства интереса, который оно имъ

[1]) Baron Guillaume, l. c., pp. 23 — 43.

внушаетъ и не отказали въ своемъ содѣйствіи его выполненію.

Къ этимъ чувствамъ присоединяется чувство удовлетворенія, такъ какъ ваше присутствіе въ этой залѣ свидѣтельствуетъ о томъ, что препятствія, о которыя разбились въ 1874 и 1881 годахъ усилія Голландіи и Италіи придти къ международному соглашенію для разрѣшенія конфликтовъ законовъ, уже не существуютъ, или, по крайней мѣрѣ, ослабѣли.

Задача подготовить это разрѣшеніе, — великая и благородная задача. Но она и весьма нелегка и потому достойна вашихъ усилій.

Обезпеченность частныхъ интересовъ путемъ обезпеченія правъ не только во взаимныхъ отношеніяхъ подданныхъ одного государства, но также и при сношеніяхъ съ иностранцами, есть непремѣнное условіе благосостоянія индивидовъ и націй, какъ и всякаго соціальнаго прогресса.

Эта истина, признанная въ наше время всѣми цивилизованными націями, не позволяла даже въ древности считать слова hostis и peregrinus синонимами.

Древняя исторія учитъ насъ, что не только силою оружія, но и признаніемъ правъ иностранцевъ и побѣжденныхъ народовъ, Римляне успѣли утвердить и удержать свою гегемонію въ Италіи и на Средиземномъ морѣ, и сдѣлать изъ своей столицы властительницу міра и колыбель права, которому суждено было стать общимъ достояніемъ.

Принципы права и справедливости, разъ признанные человѣчествомъ, болѣе не гибнутъ.

Въ слѣдующіе вѣка права даже подданныхъ были часто мало обезпечены, такъ какъ наукѣ и юриспруденціи приходилось колебаться между множествомъ законовъ и статутовъ; тѣмъ не менѣе, было очевидно, что среди націй, водворившихся въ Европѣ на развалинахъ Римской Имперіи, принципъ обезпеченности интересовъ путемъ обезпеченія правъ, какъ туземцевъ, такъ и иностранцевъ, не потеряется въ разнообразіи несовершенныхъ системъ.

Въ нашъ вѣкъ кодификація дала эту обезпеченность гражданамъ одного и того же государства, но почти всюду на этомъ и остановились.

Хотя кодексы новаго времени и признали права иностранцевъ, все же безспорно, что различіе и недостатки системъ, основанныхъ на прежнемъ режимѣ, приводятъ къ многочисленнымъ неудобствамъ, сказывающимся особенно въ нашу эпоху, когда уничтожаются разстоянія и стираются границы, благодаря все разростающимся желѣзнымъ сѣтямъ и морскимъ путямъ, связывающимъ между собою всѣ страны, всѣ материки земного шара.

Нельзя отрицать, что для обезпеченія интересовъ, соединяющихъ въ наше время различныя націи, и для удовлетворенія потребностей, необходимыхъ для ихъ общаго благополучія, международныя отношенія нуждаются въ точныхъ и однообразныхъ правилахъ, прекращающихъ неизвѣстность, проистекающую изъ различія законовъ разныхъ странъ.

Но какъ согласовать эти правила съ уваженіемъ автономіи и суверенитета отдѣльныхъ государствъ?

Неужели было бы иллюзіей—вѣрить въ возможность созданія въ будущемъ кодекса международнаго частнаго права, который приняли бы всѣ націи, составляющія цивилизованный міръ? Неужели также иллюзія — вѣрить теперь уже въ возможность международнаго соглашенія, облеченнаго въ форму договоровъ или идентичныхъ законовъ, съ цѣлью достигнуть разрѣшенія конфликтовъ законовъ?

Ваши труды отвѣтятъ на эти вопросы.

Конечно, высокая важность и практическая польза дѣла не позволяютъ отступать передъ затрудненіями, которыя, впрочемъ, здѣсь, какъ и всюду, будутъ исчезать или, по крайней мѣрѣ, уменьшаться, по мѣрѣ вашего углубленія въ работу.

Что же касается насъ, то мы имѣемъ полную увѣренность въ вашемъ успѣхѣ. Увѣренность наша проистекаетъ, во-первыхъ, отъ общности принциповъ права, на которыхъ

основаны законодательства націй, которыя вы представляете, и во-вторыхъ отъ общности интересовъ, существующей между этими націями. Онѣ въ большинствѣ случаевъ уже соединены различными договорами, имѣющими предметомъ общіе интересы. Я ограничусь ссылкою на недавно заключенную въ Бернѣ конвенцію о перевозкѣ грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ.

Но есть другая, болѣе возвышенная причина, которая поддерживаетъ насъ въ этой увѣренности: надъ суверенитетами народовъ возвышается суверенитетъ справедливости и права, передъ которымъ склоняются всѣ цивилизованныя націи.

Въ самомъ дѣлѣ, здѣсь не приходится говорить ни о послѣдствіи, вытекающемъ изъ comitas gentium, ни о необходимости, созданной исключительно матеріальными интересами, но прежде всего объ основномъ принципѣ справедливости, по которому каждому воздается по заслугамъ, — jus suum cuique.

Торжество этого принципа, примѣненіе его по всѣмъ положеніямъ, во всѣхъ странахъ, только вопросъ времени.

Настоящее время намъ кажется, кромѣ того, благопріятнымъ для соглашенія относительно нѣкоторыхъ вопросовъ международнаго частнаго права. Мы видимъ, что въ Америкѣ нѣсколько государствъ уже соединились для введенія въ свои законодательства единообразныхъ правилъ.

Ваше благоразуміе найдетъ средства установить на самомъ широкомъ основаніи тѣ пункты, относительно которыхъ существуетъ communis opinio, и мы не сомнѣваемся, что вы выработаете правила, основанныя на этой communis opinio, и такимъ образомъ подготовите и укажете путь, по которому должны слѣдовать какъ представляемые вами народы, такъ и другіе, которые не замедлятъ примкнуть къ соглашенію, какъ только его возможность и польза будутъ доказаны.

Предметъ, которымъ вамъ предстоитъ заняться, не есть terra incognita для большинства изъ васъ, и я радъ привѣтствовать среди васъ не только выдающихся европейскихъ дипломатовъ, но и знаменитыхъ ученыхъ, которые за послѣднее время своими трудами, лекціями и періодическими

съѣздами безъ отдыха работали для торжества принциповъ справедливости, которые должны управлять международными отношеніями.

Привѣтствуя васъ, правительство Ея Величества выражаетъ страстное пожеланіе, чтобы, благодаря вашимъ работамъ, правительства, пославшія васъ сюда, могли бы пожать плоды вашихъ усилій, и чтобы вашъ трудъ былъ шагомъ по направленію къ задуманному нами дѣлу мира, и свидѣтельствовалъ лишній разъ потомству о томъ, что европейскіе народы XIX вѣка, хотя и во многомъ между собою расходившіеся, все же были тѣсно связаны любовью къ праву и справедливости“ [1]).

Въ отвѣтъ на эту рѣчь баронъ д'Анетанъ предложилъ избрать въ предсѣдатели Конференціи одного изъ голландскихъ министровъ. Эти послѣдніе отклонили, однако, эту честь, и предложили вмѣсто себя члена Нидерландскаго Государственнаго Совѣта, извѣстнаго ученаго Ассера, который и былъ избранъ единогласно въ президенты.

Вступительная рѣчь г. Ассера не менѣе замѣчательна, чѣмъ только что приведенная рѣчь фонъ-Тинговена.

„Я не хочу скрывать глубокаго волненія“ сказалъ г. Ассеръ, „которое я испытываю, приглашая васъ приступить къ работѣ.

Мечта моей юности, повидимому, близка къ осуществленію.

Благодаря вашему цѣнному содѣйствію, вашимъ познаніямъ и вашей опытности, мы успѣемъ, безъ сомнѣнія, выработать единообразныя нормы, удобныя для законодателей, и мы положимъ, такимъ образомъ, основаніе кодификаціи международнаго частнаго права.

Какому методу будемъ мы слѣдовать для достиженія этой цѣли? Каковъ будетъ порядокъ нашихъ трудовъ? Гдѣ исходная точка нашихъ преній?

Эти вопросы разрѣшите вы сами, милостивые государи.

---

[1]) Actes de la Conférence de la Haye 1893, pp. 23 — 25.

Но что бы вы ни рѣшили, я думаю, что выражу вашу мысль, сказавъ, что для достиженія цѣли мы всѣ должны будемъ сдѣлать взаимныя уступки: мы должны будемъ принести въ жертву на алтарь международнаго соглашенія многія дорогія намъ мнѣнія и идеи.

Мы не забудемъ также возраженій, колебаній, сомнѣній, которыя возникнутъ во многихъ странахъ, когда дѣло дойдетъ до санкціи правилъ, нами выработанныхъ; мы не забудемъ, что для обезпеченія этой санкціи не всегда придется выбрать наиболѣе радикальную систему.

Мы уважаемъ суверенитетъ и автономію государствъ. Мы не стремимся къ объединенію всего гражданскаго права. Вѣдь, именно различіе національныхъ законовъ заставляетъ чувствовать необходимость единообразнаго разрѣшенія международныхъ конфликтовъ.

Такимъ образомъ, программа этой Конференціи, сама по себѣ является данью національной независимости.

Для утопистовъ, мечтающихъ объ объединеніи всѣхъ законовъ, разрѣшеніе конфликтовъ ихъ не имѣетъ смысла.

Для насъ объединеніе мыслимо и желательно только для нѣкоторыхъ категорій законовъ, носящихъ особенно космополитическій характеръ, какъ то законы о векселяхъ, морской торговлѣ, международныхъ транспортахъ и другихъ торговыхъ договорахъ.

Въ этомъ отношеніи Бернская конвенція 1890 года о международныхъ транспортахъ грузовъ по желѣзнымъ дорогамъ, уже упомянутая г. Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ, составляетъ большой прогрессъ, и проекты единообразныхъ законовъ о векселяхъ и о морскомъ правѣ, — результатъ иниціативы Бельгійскаго правительства въ 1885 году — заслуживаютъ всего нашего вниманія.

Объединеніе желательно, кромѣ того, всякій разъ тогда, когда правило, предложенное для разрѣшенія конфликтовъ, предполагаетъ, какъ основаніе своей дѣйствительности, единообразный законъ о нѣкоторыхъ матеріяхъ.

Если напр. мы подчиняемъ извѣстныя правоотношенія національному закону, слѣдуетъ уничтожить всякія сомнѣнія относительно національности индивидовъ. Отсутствіе гармоніи между законами, регулирующими пріобрѣтеніе и потерю національности, очень часто ведетъ къ подобнымъ сомнѣніямъ. Для уничтоженія ихъ имѣется только одно дѣйствительное средство — единообразный законъ о національности.

Правила, которыя вы предложите, по всей вѣроятности, будутъ имѣть универсальный характеръ въ томъ смыслѣ, что они войдутъ въ положительное право принявшихъ ихъ государствъ, а не будутъ введены какъ спеціальные законы, предназначенные исключительно для регулированія юридическихъ отношеній между договаривающимися государствами.

Будутъ, конечно, и исключенія. Возможно, что предлагая международное признаніе извѣстныхъ институтовъ, имѣвшихъ до сихъ поръ чисто національный характеръ, вы пожелаете ограничить примѣненіе новой системы договаривающимися государствами.

Что касается формы, наиболѣе подходящей къ новому международному праву, то слѣдуетъ ли выбрать договоры или единообразные національные законы?

Вы знаете лучше меня удобства и неудобства присущія каждой изъ этихъ двухъ системъ.

Что касается меня, то я полагаю, что невозможно сдѣлать рѣшительный выборъ.

Для нѣкоторыхъ матерій форма договоровъ неизбѣжна, для другихъ гораздо легче будетъ достигнуть цѣли путемъ національныхъ законовъ, по возможности совпадающихъ съ проектами, предложенными законодателямъ международнымъ центральнымъ комитетомъ, какъ я уже теперь позволю себѣ назвать эту конференцію, открытую при счастливыхъ предзнаменованіяхъ. Часто можно будетъ также комбинировать обѣ системы, включая основные принципы въ договоръ, и предоставляя отдѣльнымъ законодателямъ заботу о способѣ ихъ примѣненія и о подробностяхъ [1]). . . . . .“

[1]) Actes etc., 1893, pp. 26 — 27.

Въ заключеніе г. Ассеръ предложилъ назначить:

1. Почетными президентами конференціи: голландскихъ Министровъ Иностранныхъ Дѣлъ и Юстиціи, и посланниковъ Бельгіи, Испаніи, Франціи и Италіи.

2 Вице-президентами: барона Секендорфа, барона Гаана и проф. Мартенса.

3. Секретарями: г. Теста, графа Биландта, барона де Фос-фанъ-Стеевейкъ и Брейкельмана.

Предложенія эти были приняты конференціей.

Вслѣдъ за тѣмъ начались пренія о способѣ выраженія конференціей своихъ мнѣній. Предсѣдатель предложилъ принципъ большинства голосовъ; другіе делегаты (проф. Мартенсъ, баронъ Секкендорфъ) высказались за необходимость единогласія. Но послѣ того какъ было констатировано, что голоса, поданные делегатами, выражаютъ только личные взгляды послѣднихъ, и не связываютъ самихъ правительствъ, конференція приняла предложеніе предсѣдателя [1]).

На засѣданіи 13 Сентября нѣкоторые делегаты нашли, что представленная Нидерландскимъ правительствомъ программа занятій, обхватывающая почти все международное частное право, слишкомъ обширна и носитъ черезчуръ общій характеръ. Поэтому было рѣшено заняться прежде всего вопросами о 1) бракѣ, 2) формѣ актовъ, 3) наслѣдованіи, 4) процедурѣ [2]).

Анализъ работъ конференціи и ея коммисій будетъ нами данъ въ особенной части этого труда. Здѣсь мы удовольствуемся приведеніемъ заключительной рѣчи г. Ассера (27 Сентября 1893 года), резюмирующей все сдѣланное первымъ парламентомъ международнаго частнаго права.

„Милостивые государи.

Наша работа окончена. И хотя она имѣла только подготовительный характеръ, я думаю, мы можетъ быть довольны ея результатами.

---

[1]) Actes etc., 1893, pp. 27 — 28.

[2]) Actes etc., 1893, pp. 29 — 33.

Сочувствіе, которое встрѣтило предложеніе Ея Величества королевы Нидерландской со стороны почти всѣхъ государствъ Европы, уже само по себѣ очень многозначительно, такъ какъ до настоящаго времени всѣ анологичныя предложенія не приводили къ созванію конференціи.

Констатируя всю важность факта, что правительствамъ угодно было быть здѣсь представленными, я позволю себѣ добавить, что самымъ выборомъ своихъ делегатовъ эти правительства какъ бы хотѣли заявить, что они считаютъ задачу конференціи весьма серьезной и требующей содѣйствія лучшихъ юридическихъ силъ, которыми располагаютъ различныя государства.

На первыхъ же засѣданіяхъ мы могли убѣдиться, сколь много этотъ счастливый выборъ посодѣйствуетъ успѣху нашихъ работъ.

Хотя нѣкоторые изъ васъ, милостивые государи, только за нѣсколько дней до открытія конференціи были извѣщены о своемъ назначеніи и такимъ образомъ не имѣли возможности спеціально подготовиться, тѣмъ не менѣе, послѣ краткаго обмѣна мыслей, установилось замѣчательное единогласіе какъ относительно предметовъ, подлежащихъ вашему обсужденію, такъ и относительно метода обсужденія.

Вамъ показалось необходимымъ остановиться на спеціальныхъ вопросахъ, особенно нуждающихся въ единообразныхъ правилахъ разрѣшенія. Но вы формулировали также нѣсколько правилъ общаго значенія, въ особенности относительно формы актовъ, а въ правилахъ о бракѣ вы признали принципъ національности.

Принятыя вами общія правила объ актахъ вы не сочли, однако, удобнымъ предложить правительствамъ для заключенія дипломатическаго договора.

Эти правила не внесены поэтому въ „окончательный протоколъ“, но они всетаки должны свидѣтельствовать о единомысліи правительствъ относительно выраженныхъ въ нихъ принциповъ, и будущіе законодатели, конечно, будутъ имѣть въ виду ваши резолюціи.

Кромѣ того, эти правила послужатъ основаніемъ для положеній, которыя въ международныхъ договорахъ о спеціальныхъ матеріяхъ будутъ регулировать форму актовъ.

Такимъ образомъ, вы уже имѣли случай примѣнить эти правила въ проектѣ регламента международнаго брачнаго права, и въ проектѣ регламента, касающагося завѣщаній.

Проектъ регламента о бракахъ, предложенный конференціей на усмотрѣніе правительствъ, долженъ стать международнымъ закономъ, или ставъ предметомъ одной или нѣсколькихъ конвенцій между государствами, или же будучи принятъ законодателями, какъ единобразный законъ. За этимъ регламентомъ неизбѣжно послѣдуютъ регламенты о послѣдствіяхъ брака для личныхъ и имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ и о разводѣ и разлученіи. Но такъ какъ вашъ проектъ крайне тщательно редактированъ и обнимаетъ свой предметъ всею полностью, то ничто, на мой взглядъ, не препятствуетъ принятію его даже до достиженія соглашенія относительно другихъ частей брачнаго права.

Въ области наслѣдствъ и завѣщаній вами принято весьма важное правило: принципъ единства наслѣдства, вытекающій изъ повсемѣстнаго примѣненія національнаго закона покойнаго.

Принятіе этого принципа, уже принятаго гражданскими кодексами Италіи и Испаніи, делегатами почти всей континентальной Европы, само по себѣ фактъ первой важности.

Однако, такъ какъ обыкновенно признаютъ, что этотъ принципъ можетъ быть признанъ государствами только съ извѣстными оговорками, отстраняющими его примѣненіе въ случаяхъ нарушенія законовъ публичнаго порядка или соціальнаго интереса, и такъ какъ конференція эта не приняла общей формулировки принципа, которую мы находимъ въ итальянскомъ и испанскомъ кодексахъ — то является необходимость опредѣлить исключенія, которыя каждая страна сочтетъ нужнымъ сдѣлать въ интересахъ публичнаго порядка.

Будущая конференція займется этими вопросами, исходя изъ вотированныхъ вами общихъ началъ.

Наконецъ вы рѣшили предложить вашимъ правительствамъ два проекта регламентовъ гражданскаго и торговаго судопроизводства. Одинъ изъ нихъ касается судебныхъ порученій (commissions rogatoires), другой — сообщенія судебныхъ или внѣ-судебныхъ актовъ.

Для того чтобы этотъ послѣдній, крайне важный, проектъ могъ бы войти прочно въ систему положительнаго международнаго права, на мой взглядъ, необходимо и крайне желательно, чтобы порядокъ врученія повѣстокъ иностранцамъ былъ бы измѣненъ въ нѣкоторыхъ государствахъ.

Проектъ о судебныхъ порученіяхъ въ этомъ не нуждается. Заключеніе договора относительно этого вопроса между государствами, представленными на конференціи, могло бы безъ неудобствъ послѣдовать въ непродолжительномъ времени, и одно уже это обезпечило бы вамъ благодарность всѣхъ тѣхъ, кто заинтересованъ въ правильномъ ходѣ процесса и въ уничтоженіи путъ, которые мѣшаютъ еще торжеству права въ гражданскихъ спорахъ.

Изъ сказаннаго мною слѣдуетъ, что во многихъ отношеніяхъ было бы желательно созвать новую конференцію для развитія и пополненія сдѣланнаго вами. Конференціи эта необходима и для продолженія вашихъ трудовъ въ другихъ областяхъ права.

Будемъ надѣяться, что эта новая конференція, на которой желательно бы видѣть представленными и страны, теперь не пославшія делегатовъ, собралась въ не слишкомъ отдаленную эпоху. Постараемся о томъ, чтобы эта конференція приняла методъ занятій, который позволилъ бы делегатамъ подготовиться къ работамъ до оффиціальнаго открытія.

Если приглашенія будутъ разосланы безъ замедленій, — назначенія делегатовъ, которыя, надѣюсь, будутъ только подтвержденіемъ мандатовъ нынѣшнихъ, могутъ послѣдовать за нѣсколько мѣсяцевъ до начала коллективнаго труда, что по-

зволитъ членамъ настоящихъ коммисій подготовить, хотя оффиціозно, положенія, которыя они предложатъ конференціи, по вопросамъ, указаннымъ сообща правительствами.

Я кончаю, милостивые государи, выраженіемъ глубокой благодарности.

Когда вы оказали мнѣ великую честь выбрать меня предсѣдателемъ, я просилъ вашего снисхожденія.

Вы не отказали мнѣ въ немъ.

Благодаря крайней любезности, благодаря дружескому и товарищескому духу вашихъ преній, задача президента была и легка и пріятна.

Позвольте мнѣ также поблагодарить гг. секретарей конференціи, которые въ теченіе этихъ двухъ недѣль несли тяжелыя обязанности и исполняли ихъ съ замѣчательной ровностью и самоотверженностью".

Послѣ заключительныхъ словъ барона д'Анетана и Министра иностранныхъ дѣлъ, и благодарности, вотированной г. Ассеру, этотъ послѣдній объявилъ закрытой первую конференцію международнаго частнаго права [1]).

„Protocole Final" конференціи содержитъ слѣдующія постановленія: I. Dispositions concernant le mariage. II. Dispositions concernant la communication d'actes judiciaires ou extrajudiciaires. III. Dispositions concernant les commissions rogatoires. IV Dispositions concernant les successions.

Вторая Гаагская Конференція (1894 года).

Вторая Гаагская конференція открылась 25 Іюня 1894 года. Приводимъ выдержки изъ вступительной рѣчи (26 Іюня) г. Ассера, снова избраннаго въ президенты.

„...Вскорѣ послѣ закрытія I-ой конференціи, Голландское Правительство сообщило правительствамъ всѣхъ представленныхъ здѣсь государствъ, что оно принципіально санкціонировало всѣ резолюціи Конференціи и предложило эти резо-

[1]) Actes etc., 1893, pp. 81 — 84.

люціи, какъ базисъ будущихъ работъ. Въ надеждѣ, что это предложеніе будетъ сочувственно принято, Голландское правительство предложило въ тоже время созвать вторую Конференцію въ Гаагу, къ 25 Іюня 1894 года и представило вмѣстѣ съ тѣмъ на усмотрѣніе правительствъ проектъ программы вопросовъ, которыми могла бы заняться новая конференція.

Этотъ проектъ содержалъ слѣдующіе пункты:

1. Послѣдствія брака по отношенію къ личности и имуществу супруговъ.

   Расторженіе и ничтожность брака.

   Разлученіе.

2. Опека.

   Попечительство.

3. Уравненіе иностранцевъ съ туземцами (въ гражданскомъ процессѣ).

   Cautio judicatum solvi.

   Pro-Deo.

4. Конкурсъ.

5. Наслѣдства и завѣщанія.

Какъ вы видите, Нидерландское правительство сочло нужнымъ поставить на очередь не только важные вопросы, обсуждавшіеся въ Сентябрѣ прошлаго года, но и два новыхъ: объ опекѣ и конкурсѣ.

Результатъ былъ самый благопріятный. Всѣ правительства, представленныя въ 1893 году, приняли предложеніе, и, кромѣ того, мы имѣемъ удовольствіе видѣть среди насъ почтенныхъ делегатовъ Швеціи и Норвегіи.

Одно изъ представляемыхъ правительствъ, Датское, принимая новое приглашеніе, сдѣлало оговорку по отношенію къ резолюціямъ 1893 года, подчиняющимъ нѣкоторыя правоотношенія національному закону, тогда какъ датскій законъ отдаетъ предпочтеніе legi domicilii.

Нѣкоторыя правительства, принимая приглашенія, сочли нужнымъ констатировать, что резолюціи конференціи не могутъ связывать правительствъ.

Эта точка зрѣнія безусловно правильна. Нашъ мандатъ не идетъ далѣе разсмотрѣнія вопросовъ, намъ предложенныхъ, и редакціи проектовъ, которые покажутся намъ удобными для предупрежденія правовыхъ конфликтовъ. Мы не можемъ предрѣшать постановленій правительствъ ни относительно содержанія, ни относительно формы этихъ проектовъ.

Вы вспомните, можетъ быть, милостивые государи, что на первомъ же засѣданіи I-ой конференціи президентъ, именемъ своего правительства, констатировалъ, что вопросъ о формѣ, которая должна придать вашимъ резолюціямъ силу закона, долженъ быть оставленъ на усмотрѣніе государствъ. Правительства рѣшатъ, должны-ли резолюціи, вотированныя вами и одобренныя правительствами, быть санкціонированы международными договорами или единообразными національными законами; вѣроятно, этотъ вопросъ не будетъ рѣшенъ одинаково для различныхъ матерій. Правительства же рѣшатъ, должны-ли международныя конвенціи носить универсальный характеръ, какъ Почтовая Унія, Телеграфная и т. д., или же конвенціи будутъ заключены между ограниченнымъ числомъ державъ. И здѣсь, вѣроятно, предметъ, подлежащій регламентаціи, повліяетъ на форму.

Во всякомъ случаѣ, я могу сказать, что Голландское правительство, обращаясь къ другимъ государствамъ съ своей нотой въ 1892 году, не думало предложить имъ образованіе уніи международнаго частнаго права, аналогичной обширнымъ ассоціаціямъ въ области экономическихъ отношеній, о которыхъ я только что говорилъ.

Но нельзя отрицать, что для нѣкотораго числа юридическихъ вопросовъ, цѣль не будетъ достигнута иначе, какъ при участіи большого числа державъ. Я позволю себѣ указать здѣсь на регламенты, касающіеся судебныхъ порученій и передачи судебныхъ актовъ, уже вотированные вами, а также и на проекты объ уничтоженіи cautio judicatum solvi и объ оказаніи безмездной помощи неимущимъ иностранцамъ (pro deo).

Оговорки, сдѣланныя нѣкоторыми государствами при при-

нятіи приглашенія Голландіи, вполнѣ совпадаютъ съ намѣреніями моего правительства; но эти оговорки все-таки не уменьшаютъ значенія вашихъ трудовъ и резолюцій. Даже признавая, что въ нѣкоторыхъ областяхъ права невозможно принять идентичныя правила для всѣхъ государствъ, все же нельзя отрицать высокаго практическаго значенія вашей совмѣстной работы, потому что она поможетъ выяснить, до какой степени возможно реализовать гармонію, и дастъ проекты, которые послужатъ типами для законовъ и договоровъ о международномъ частномъ правѣ.

Хотя мы только начинаемъ свои труды, я убѣжденъ, въ виду всего сдѣланнаго раньше, что всѣ члены Конференціи воодушевлены желаніемъ придти къ рѣшеніямъ, которыя правительствамъ окажется возможнымъ принять не въ отдаленномъ будущемъ, а немедленно, и не вводя въ свои законодательства слишкомъ радикальныхъ измѣненій (modifications subversives) . . . .

Если г. Рено правъ, говоря, что Голландское правительство хочетъ „ковать желѣзо, пока оно горячо“, т. е. воспользоваться благопріятными обстоятельствами для приступленія къ высоко-человѣчной работѣ кодификаціи международнаго частнаго права, — то отсюда не слѣдуетъ, чтобы это правительство желало подвергнуть опасности практическое значеніе и прочность начатаго имъ дѣла посредствомъ слишкомъ поспѣшныхъ или слишкомъ идеальныхъ резолюцій.

Мы всѣ понимаемъ, что международный законъ еще болѣе, чѣмъ законъ отдѣльнаго государства, долженъ быть приготовленъ и обсужденъ въ величайшемъ спокойствіи и съ величайшемъ стараніемъ „. . . здѣсь въ особенности примѣнимы слова поэта: „Vingt fois sur le métier nous remettrons notre ouvrage, nous le polirons sans cesse et le repolirons“ . . .“

Нельзя не отмѣтить крайней осторожности, которой проникнута вся рѣчь почтеннаго президента. Осторожность эта отразилась и на работахъ конференціи, и, какъ мы позволяемъ себѣ думать, она не всегда дала желательные результаты. Чрезмѣрная боязнь, какъ бы международный законо-

проектъ не былъ сочтенъ тѣмъ или другимъ государствомъ „подрывающимъ основы“ (subversif), привела къ тому, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ конференція просто освятила, а не разрѣшила существующіе конфликты между законами. — Международный законодатель долженъ, конечно, дѣйствовать осмотрительно, но если онъ поставитъ себѣ главною цѣлью не интересы международнаго общенія, а полное удовлетвореніе частныхъ интересовъ всѣхъ отдѣльныхъ государствъ, то онъ не придетъ ни къ какому результату. Идея международнаго общенія должна ему служить компасомъ, указывая, когда интересъ одного государства долженъ уступить другому. Справедливость требуетъ, однако, констатировать, что задача Конференціи была не изъ легкихъ, и что, если въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ она и дѣйствовала недостаточно рѣшительно, то за то въ общемъ она выработала рядъ замѣчательныхъ проектовъ, являющихся выраженіемъ юридическаго сознанія современнаго цивилизованнаго міра, и принятіе которыхъ будетъ большимъ шагомъ впередъ на пути прогресса и замиренія человѣчества.

II-я Гаагская конференція выработала слѣдующіе проекты:

I. О бракѣ. II. Объ опекѣ. III. О гражданскомъ процессѣ. IV. О конкурсѣ. V. О наслѣдствахъ и завѣщаніяхъ.

Третій проектъ (о гражданскомъ процессѣ) [1]) въ настоящее время уже составляетъ предметъ международной конвенціи, заключенной 2 (14) Ноября 1896 года въ Гаагѣ между всѣми государствами, участвовавшими на Гаагскихъ конференціяхъ, въ томъ числѣ Россіей.

Въ Январѣ 1898 года „Нидерландское правительство обратилось къ державамъ, отправлявшимъ своихъ делегатовъ на первую и вторую Гаагскія конференціи, съ приглашеніемъ при-

[1]) III. Dispositions concernant la procédure civile.
a) Communication d'actes judiciaires ou extra — judiciaires.
b) Commissions rogatoires.
c) Caution judicatum solvi.
d) Assistance judiciaire.
e) Contrainte par corps.

нять участіе и въ третьей конференціи по частному международному праву, имѣющей собраться въ г. Гаагѣ въ первой половинѣ 1899 года для окончательной подготовки почвы для международнаго соглашенія по предметамъ", которыхъ не коснулась конвенція 1896 года. „При этомъ въ нотѣ Нидерландскаго посланника при нашемъ Дворѣ отъ 4 (16) Января 1898 года, въ коей передавалось Императорскому правительству означенное приглашеніе, была выражена, между прочимъ, обращенная ко всѣмъ приглашаемымъ державамъ, просьба сообщить Нидерландскому правительству, въ видахъ облегченія будущей конференціи исполненія ея задачи, свои замѣчанія и предположенія по вопросамъ, имѣющимъ составить предметъ будущихъ занятій конференціи. Выраженныя, такимъ образомъ, мнѣнія, съ которыми, конференція должна будетъ считаться, Нидерландское правительство намѣревается сообщить всѣмъ заинтересованнымъ державамъ, что позволило бы послѣднимъ дать болѣе точныя инструкціи своимъ делегатамъ, которые, въ свою очередь, нашли бы въ 1899 году на Конференціи почву надлежаще подготовленную" [1]).

Согласно съ этимъ желаніемъ Голландскаго правительства, при нашемъ Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ было образовано, подъ предсѣдательствомъ Ф. Ф. Мартенса, совѣщаніе изъ представителей разныхъ вѣдомствъ, которое разсмотрѣло представленную Гаагскимъ кабинетомъ программу новой конференціи, и представило свои соображенія. Соображенія эти, послѣ одобренія подлежащихъ вѣдомствъ, должны послужить основаніемъ имѣющей быть преподанной нашимъ делегатамъ инструкціи.

Третья Конференція по международному частному праву не состоялась въ 1899 году, въ виду созыва въ Гаагу Мирной Конференціи. Она соберется, вѣроятно, весною 1900 года.

---

[1]) Объяснительная Записка къ журналамъ Совѣщанія, образованнаго въ 1898 году при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ, стр. 2.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ.

Стран	*Строка.*	*Напечатано.*	*Нужно читать.*
17	3 снизу	jure	iure
21	5 »	Bonomia	Bolonia
24	10 »	въ виду, l rei sitae	въ виду l rei sitae
75	13 сверху	l c § 119	l c § 115
75	13 »	несовершеннолѣтнихъ	несовершеннолѣтнихъ,
75	примѣч [2])	l. c § 21 и сл.	l c § 91 и сл
76	6 снизу	подданныхъ соблюденія	подданныхъ безусловнаго соблюденія
76	11 »	(l c § 60)	(Chap XXVII, § 45)
76	14 »	(Chap XXIII § 75)	(Chap XXIII §§ 75—77)
78	4 »	(§ 64)	(Это слѣдуетъ изъ сопоставленія §§ 64, 51, 74 Chap XXI и § 11 Chap XXIV)
78	8 »	(§ 65)	(Это слѣдуетъ изъ сопоставленія §§ 65, 69, 76, 77 и 83).
1—92	въ разныхъ мѣстахъ	загранцей	за границей.
100	1 снизу	герриторіальное	территоріальному
103	2 »	Унтона	Уитона
107	13 сверху	не согласны	несогласны
108	примѣч. [2])	опредѣляются	опредѣляется
109	» [1])	вчиняются	вчинаются
113		Уортолъ	Уортонъ
113	15 снизу	главнымъ мотивомъ	главный мотивъ
142	4 »	криторія	критерія
143	12 сверху	не примѣнимъ	непримѣнимъ
143	13 снизу	должно	должна
146	14 сверху	ие	не
146	6 снизу	прорывающимися	прорывающимся
148	7 сверху	и примѣнимъ	и непримѣнимъ
170	15 снизу	вглядываться	вглядѣться
171	1 »	комбинаціи	комбинація
185	6 сверху	самаго	самого
200	1 снизу	nincht ehr	nicht mehr
208	2 сверху	было	было бы
240	10 снизу	Anknüpfungsbegriff	Anknupfungsmoment
241	3 сверху	»	»

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА

ANDRÉ MANDELSTAM.

TROISIEME DROGMAN DE L'AMBASSADE IMPÉRIALE DE RUSSIE À CONSTANTINOPLE

LES CONFÉRENCES DE LA HAYE

RELATIVES

AU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

TOME II.

LA CODIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PAR RAPPORT AU MARIAGE ET DIVORCE.

ST. PÉTERSBOURG.
1900.

А. Н. Мандельштамъ.

Третій Драгоманъ ИМПЕРАТОРСКАГО Россійскаго Посольства въ Константинополѣ.

ГААГСКІЯ КОНФЕРЕНЦІИ

о

КОДИФИКАЦІИ

МЕЖДУНАРОДНАГО ЧАСТНАГО ПРАВА.

Πάντα ῥεῖ

Томъ II.

КОДИФИКАЦІЯ МЕЖДУНАРОДНАГО БРАЧНАГО ПРАВА.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
1900.

По опредѣленію юридическаго факультета Императорскаго С.-Петербургскаго университета печатать разрѣшается 14 февраля 1900 года.

Деканъ *В. Лебедевъ.*

Типографія А. Бенке, Новый переулокъ № 2.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ

Личныя условія вступленія въ бракъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція. Стр
А. Браки французовъ за границей. . . . 1
В. Браки иностранцевъ во Франціи 6
§ 2. Бельгія 12
§ 3 Голландія 15
§ 4. Италія 16
§ 5. Испанія 21
§ 6. Португалія 22
§ 7. Румынія 23
§ 8. Греція 23
§ 9. Сербія 24
§ 10. Швейцарія.
А. Браки швейцарцевъ за границей. 24
В. Браки иностранцевъ въ Швейцаріи 25
§ 11. Австрія.
А. Браки австрійцевъ за границей 27
В. Браки иностранцевъ въ Австріи 29
§ 12. Венгрія.
А. Браки венгровъ за границей 31
В. Браки иностранцевъ въ Венгріи 32
§ 13. Германія.
А. Браки иностранцевъ въ Германіи 33
В. Браки германцевъ за границей. 37
§ 14. Швеція 39
§ 15. Данія. 40
§ 16. Англія 41
А. Браки англичанъ и домицилированныхъ въ Англіи лицъ за границей 42
В. Браки домицилированныхъ за границей лицъ въ Англіи . 43
§ 17. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты 46

Стр.

§ 18. Южно-американскія республики:
1. Аргентина 47
2. Бразилія 48
3. Чили. 48
4. Перу. 48
5. Союзъ южно-американскихъ государствъ 48
§ 19. Турція.
A. Браки турокъ за границей. 49
B. Браки иностранцевъ въ Турціи:
1. Браки мусульманъ 52
2. Браки православныхъ 53

II Россія.

A. Браки русскихъ за границей. 53
B. Браки иностранцевъ въ Россіи 59

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ 62
II. Институтъ международнаго права 69

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія конференціи:
1. Конференція 1893 года 71
2. Конференція 1894 года 76
II. Критика Гаагскаго протокола:
Къ 1 статьѣ протокола о бракѣ. 79
„ 2 „ „ „ 91
„ 3 „ „ „ 98
III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи 100

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

Формальныя условія вступленія въ бракъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.
A. Браки французовъ за границей. 104
1. Оглашенія 105
2. Форма заключенія:
a) Пространство дѣйствія правила „locus regit actum“ . 112

Стр.
b) Отступленія отъ правила „locus regit actum“ . . 116
Консульскіе и дипломатическіе браки . . 116
3. Формальности, слѣдующія за бракомъ. 118
B. Браки иностранцевъ во Франціи:
1. Оглашенія 120
2. Форма заключенія брака.
a) по правилу „locus regit actum“ 121
b) дипломатическіе и консульскіе браки во Франціи 125
§ 2. Бельгія.
A. Браки бельгійцевъ за границей:
1. Оглашенія 125
2. Форма заключенія брака:
a) по правилу „locus regit actum“. 127
b) дипломатическіе браки . 128
3. Транскрипція брака . . 130
B. Браки иностранцевъ въ Бельгіи.
1. Формальности предшествующія браку. 131
2. Форма заключенія брака.
a) по правилу „locus regit actum“ 131
b) дипломатическіе и консульскіе браки. . . . 132
§ 3. Голландія.
A. Браки голландцевъ за границей:
1. Оглашенія 132
2. Заключеніе брака . . 133
3. Транскрипція 133
B. Браки иностранцевъ въ Голландіи . . . 133
§ 4. Италія.
A. Браки итальянцевъ за границей:
1. Оглашенія 134
2. Форма заключенія брака:
a) по правилу „locus regit actum“ . . . 135
b) дипломатическіе и консульскіе браки. . . 135
3. Транскрипція брака 136
B. Браки иностранцевъ въ Италіи:
1. Оглашенія 137
2. Форма заключенія брака 137
§ 5. Испанія.
A. Браки иностранцевъ въ Испаніи 139
B. Браки испанцевъ за границей 140
§ 6. Португалія.
A. Браки иностранцевъ въ Португаліи . 141
B. Браки португальцевъ за границей . 141
§ 7. Румынія.
A. Браки румынъ за границей . 142
B. Браки иностранцевъ въ Румыніи 142

Стр

§ 8. Грецiя.
А. Браки иностранцевъ въ Грецiи 144
В. Браки грековъ за границей 144
§ 9. Сербiя . 145
§ 10. Швейцарiя.
А. Браки швейцарцевъ за границей . 145
Б Браки иностранцевъ въ Швейцарiи 146
§ 11. Австрiя.
А. Браки австрiйцевъ за границей.
1. Оглашенiя . 148
2. Заключеніе брака
a) въ формѣ мѣстнаго закона . 148
b) въ формѣ австрiйскаго закона 148
В. Браки иностранцевъ въ Австрiи:
1. Оглашенiя . 149
2. Заключеніе брака. 150
a) въ формѣ австрiйскаго закона 150
b) дипломатическiе браки 150
§ 12. Венгрiя.
А. Браки венгерцевъ за границей . 151
В. Браки иностранцевъ въ Венгрiи 151
§ 13. Германiя.
А. Браки германцевъ за границей 151
В. Браки иностранцевъ въ Германiи:
1. Оглашенiя 154
2. Форма заключенiя брака 154
§ 14. Швецiя.
А. Браки иностранцевъ въ Швецiи:
1. Оглашенiя 155
2. Заключеніе брака 156
В. Браки шведовъ за границей:
1. Оглашенiя 156
2. Заключеніе брака 156
§ 15. Данiя.
А. Браки иностранцевъ въ Данiи 157
Б. Браки датчанъ за границей 157
§ 16. Англiя.
А. Браки великобританскихъ подданныхъ за границей:
1. Въ формѣ мѣстнаго закона 158
2. Въ формѣ англiйскаго закона 159
В. Браки иностранцевъ въ Великобританiи:
1. Въ Англiи 164
2. Въ Шотландiи 166
3. Въ Ирландiи 167

§ 17. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты:
А. По правилу „locus regit actum“ . 168
В. Консульскіе и дипломатическіе браки 168
§ 18. Южная Америка.
1. Аргентинская республика 169
2. Бразилія . 169
3. Перу 170
4. Чили . . 170
5. Конгрессъ въ Монтевидео . 170
§ 19. Турція.
А. Браки турокъ за границей:
1. Браки мусульманъ . 171
2. Браки немусульманъ 174
В. Браки иностранцевъ въ Турціи 175

II. Россія.

§ 1 Теоріи высшихъ русскихъ правительственныхъ установленій:
А. Браки русскихъ за границей 176
В. Браки иностранцевъ въ Россіи 188
§ 2. Комментаріи къ приведеннымъ теоріямъ.
А. Браки русскихъ подданныхъ, заключаемые за границей:
1. Браки православныхъ 193
2. Браки католиковъ 198
3. Браки протестантовъ . . . 202
4. Браки нехристіанъ . . 204
В. Браки иностранцевъ въ Россіи . 205

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ:
1. Обоснованіе правила: „locus regit actum“ . . 210
2. Факультативность или обязательность правила съ точки зрѣнія территоріальнаго закона 213
3. Соотношеніе національнаго закона брачущихся и lex loci actus 217
4. Дипломатическіе и консульскіе браки . . 221
II. Институтъ международнаго права 223

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагская конференція 1893 года. 226
II. Гаагская конференція 1894 года. 229
III. Критика Гаагскаго протокола. 231
IV. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи 243

Стр

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

Личныя отношенія между супругами.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1 Франція:
А. Старое французское право 247
В. Дѣйствующее право:
1. Французскіе супруги за границей . . 249
2. Иностранные супруги во Франціи . 251
§ 2. Бельгія . 253
§ 3. Голландія 254
§ 4. Италія 254
§ 5 Испанія. . 255
§ 6 Португалія 255
§ 7. Румынія 255
§ 8. Греція . 255
§ 9 Сербія . 256
§ 10. Швейцарія . . . 256
§ 11. Австрія. . . 258
§ 12. Германія . . 258
§ 13. Данія. 259
§ 14. Англія 260
§ 15. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты . 260
§ 16. Южная Америка . 261

II. Россія. . . 261

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ 265
II. Институтъ международнаго права 272

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія конференціи. 272
II. Критика Гаагскаго протокола
Къ 1 статьѣ 275
Къ 2 статьѣ 276
Къ 3 статьѣ 278
III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи. 279

Стр

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

Личныя отношенія между родителями и дѣтьми.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.
A. Старое французское право 282
B. Современное французское право 283
1. Возникновеніе родительской власти.
a) черезъ рожденіе въ законномъ бракѣ. . . 283
b) черезъ узаконеніе:
α) дѣтей французскихъ родителей . 287
β) дѣтей иностранныхъ родителей . . 288
2. Упражненіе родительской власти 289
§ 2. Бельгія. 291
§ 3. Швейцарія . 291
§ 4. Великобританія 293
§ 5. Германія. 296
§ 6. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты . . 297
§ 7. Аргентинская республика . 298

II. Россія 298
1. Узаконеніе дѣтей иностранцевъ въ Россіи . 299
2. Узаконеніе дѣтей русскихъ подданныхъ за границей. 303

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ:
A. Возникновеніе родительской власти черезъ узаконеніе или рожденіе въ законномъ бракѣ.
1. Узаконеніе . . 303
2. Рожденіе въ законномъ бракѣ . 307
B. Упражненіе и прекращеніе родительской власти 309
II. Институтъ международнаго права . . 313

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія конференціи . . 313
II. Критика Гаагскаго протокола:
1. Узаконеніе добрачныхъ дѣтей . 314
2. Рожденіе въ законномъ бракѣ 316
3. Упражненіе и прекращеніе родительской власти 316
III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи. 318

Стр.

ОТДѢЛЪ ПЯТЫЙ.

Разводъ и разлученіе.

ГЛАВА ПЕРВАЯ

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.
1. Судебная компетенція.
А Компетенція французскихъ судовъ . . 319
a) Главныя основанія:
1. Законъ или договоръ 319
2. Добровольное подчиненіе супруговъ французской юрисдикціи 320
3. Отсутствіе компетенцій иностранной юрисдикціи . 322
b) Побочныя основанія . 324
В. Компетенція иностранныхъ судовъ . 326
2. Законодательная компетенція:
А. Разлученіе и разводъ иностранцевъ во Франціи . 327
В Разлученіе и разводъ французовъ за границей . . 329
3 Вліяніе перемѣны подданства на право разлученія или развода 330
А. Натурализація французскихъ супруговъ за границей 330
Первая гипотеза: Оба французскихъ супруга натурализуются за границей, и тамъ разводятся по новымъ національнымъ законамъ 330
Вторая гипотеза: Мужъ одинъ натурализуется за границей 330
Третья гипотеза: Жена одна натурализуется за границей . . 331
В. Натурализація иностранныхъ супруговъ во Франціи:
Первая гипотеза: Мужъ одинъ натурализуется во Франціи 332
Вторая гипотеза: Жена одна натурализуется во Франціи 336
§ 2. Бельгія.
1. Судебная компетенція. . . 337
2. Законодательная компетенція 338
§ 3. Голландія 338
§ 4. Италія.
1. Судебная компетенція:
А. Компетенція итальянскихъ судовъ. . . . 339
В. Компетенція иностранныхъ судовъ. 341
2. Законодательная компетенція 343
§ 5—9 Испанія, Португалія, Румынія, Греція, Сербія . . . 344
§ 10. Швейцарія.
1. Судебная компетенція:
А. Компетенція швейцарскихъ судовъ. 344

Стр
B. Компетенція иностранныхъ судовъ. 346
2. Законодательная компетенція . . . 347
§ 11. Австрія.
1 Судебная компетенція.
A. Компетенція австрійскихъ судовъ . 347
B. Компетенція иностранныхъ судовъ . . 348
2. Законодательная компетенція:
A. Разлученіе и разводъ иностранцевъ въ Австріи . 348
B. Разводъ и разлученіе австрійцевъ за границей . . . 349
3. Вліяніе перемѣны подданства на право разлученія или развода 350
§ 12. Венгрія . . 351
§ 13. Германія.
1. Судебная компетенція. 352
2. Законодательная компетенція 354
§ 14—15. Швеція, Данія 359
§ 16. Англія.
1. Судебная компетенція:
A. Компетенція англійскихъ судовъ. . . 359
B. Компетенція иностранныхъ судовъ . 362
2. Законодательная компетенція:
A. Разводъ и разлученіе иностранцевъ въ Англіи 364
B. Разводъ и разлученіе англичанъ за границей. . 364
3. Вліяніе перемѣны домицила на право разлученія или развода 366
§ 17. Шотландія 369
§ 18. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.
1. Судебная компетенція. . . . 370
2. Законодательная компетенція 372
§ 19. Южная Америка 372
§ 20. Турція.
1. Разводъ мусульманъ. 373
2. Компетенція Вселенскаго Патріархата для развода иностранцевъ:
A. Расторженіе браковъ между турецкими подданными и иностранцами 375
B. Расторженіе браковъ между одними иностранцами 376

II. Россія.

1. Разводъ въ Россіи 381
A. Браковъ, заключенныхъ за границей иностранцами 381
B. Браковъ, заключенныхъ за границей русскими 384
C. Браковъ, заключенныхъ въ Россіи иностранцами . . 384
2. Разводъ за границей.
A. Браковъ русскихъ подданныхъ, заключенныхъ въ Россіи 385
B. Браковъ русскихъ подданныхъ, заключенныхъ внѣ Россіи 387
3 Вліяніе перемѣны подданства на разводъ 388

Стр

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ:
1. Судебная компетенція 389
2. Матеріальная компетенція. 392
3 Вліяніе перемѣны подданства:
А. Оба супруга мѣняютъ подданство . . . 396
В. Одинъ изъ супруговъ мѣняетъ подданство 397
II. Институтъ международнаго права. 398

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагская конференція 1894 года . . . 399
Ходъ преній . 401
II. Критика Гаагскаго протокола:
Къ 1 статьѣ . . 407
Къ 2 статьѣ 409
Къ 3 и 4 статьямъ 410
Къ 5 статьѣ 411
Къ 6 статьѣ . . . 414
III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи 416
Заключеніе 418

ПРИЛОЖЕНІЯ.

I.

Дѣло прусской подданной Е. 425
Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 7 Сентября 1881 года, № 4200 425
Отношеніе Управляющаго Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирса отъ 19 Сентября 1881 года, № 8570 425
Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій отъ 21 Апрѣля 1883 года, № 1889 427

II.

Дѣло У. 427
Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ исповѣданій Статсъ-Секретарю у принятія прошеній отъ 8 Іюля 1883 года, № 2789 427
Отношеніе Министра Иностранныхъ Дѣлъ Статсъ-Секретарю у принятія прошеній отъ 28 Сентября 1883 года, № 7521 429
Отношеніе Командующаго Императорской Главной Квартирой отъ 11 Января 1887 года, № 564 432

Стр

III.

Дѣло X. — Т. 433

IV.

Дѣло о бракахъ англійскихъ подданныхъ въ Россіи 434
Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 18 Іюня 1886 года, № 2883 434
Отношеніе Министра Иностранныхъ Дѣлъ отъ 12 Іюля 1886 года, № 5312 435

V.

Дѣло по нотѣ Великобританскаго посла о гражданскихъ бракахъ Великобританскихъ подданныхъ въ Россіи 436
Нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 13 Января 1890 года № 300 436

VI.

Дѣло по отношенію Посольства въ Берлинѣ по вопросу о вѣнчаніи въ Германской Имперіи лицъ православнаго исповѣданія согласно мѣстнымъ законамъ . . . 437
Донесеніе Посла въ Берлинѣ Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 15/27 Января 1879 года, № 111 437
Dépêche de Mr. de Staal au Chancelier de l'Empire, 5/17 Janvier 1878, № 139 438
Dépêche de Mr. de Staal au Chancelier de 7/19 Janvier 1879, № 158 . 439
Письмо Министра Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода отъ 17 Февраля 1879 года, № 1160 440
Отношеніе Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 7 Марта 1879 г., № 1151 442
II Отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, 11 Марта 1879 года, № 179, Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу . 444
Записка Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 18 Апрѣля 1879 года, № 4182 447
Нота германскаго посла отъ 18 Іюля 1879 года, № 2484 455
Донесеніе Императорскаго Посла въ Берлинѣ отъ 30 Іюля 1880 года, № 1443 455
Notice remise à Mr. Philippsborn 456
Записка Германскаго Министерства 458
Отъ Д. Т. С. бар. Жомини — П. А. Сабурову 7 Октября 1880 года, № 9431 459
Отвѣтъ П. А. Сабурова 30 Ноября 1880 года, № 2132 460
Нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 7 Февраля 1881 года, № 1192, послу въ Берлинѣ 461
Императорская миссія въ Стутгартѣ 16 Апрѣля 1888 года, № 119, Министерству Иностранныхъ Дѣлъ 463

Стр
Отвѣтная нота Министерства 23 Мая 1888 года 464
Донесеніе миссіи въ Мюнхенѣ 15 Марта 1889 года, № 102 . 464
Донесеніе консульства въ Шверинѣ 12 Марта 1889 года, № 3 . 465
Донесеніе миссіи въ Дрезденѣ 9 Марта 1889 года, № 49 . . 465
Донесеніе миссіи въ Гамбургѣ 11 Марта 1889 г., № 70 . 465
Донесеніе консульства въ Лейпцигѣ 6 Марта 1889 года, № 58 466
Донесеніе генер консула во Франкфуртѣ 4 Марта 1889 года, № 62 466
Донесеніе консула въ Штетинѣ 3 Марта 1889 года, № 44 . . . 166
Донесеніе консула въ Кенигсбергѣ 3 Марта 1889 года, № 63 . 466
Донесеніе консула въ Любекѣ 11 Марта 1889 года, № 42 467
Preussisches Gesetz vom 13 März 1854. . 468
Preussischer Circular-Erlass vom 2 Marz 1871 468
Erlass der preussischen Regierung vom 16 April 1889 . 469
Вѣдомство Православнаго Исповѣданія Г-ну Министру Иностранныхъ Дѣлъ, 18 Сентября 1888 г, № 310. . . . 470
Отношеніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ 20 Мая 1889 г. (№ 4961) г. Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода 472
Отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ Министерству Иностранныхъ Дѣлъ отъ 21 Февраля 1889 г., № 3435 . 473
Записка 475
Отношеніе Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода къ Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 11 Сентября 1889 г. № 233 475
Отношеніе г. Министра Иностранныхъ Дѣлъ г. Министру Юстиціи отъ 8 Марта 1890 г., № 1710 480
Отношеніе Министра Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 8 Марта 1890 г., № 1711 486
Отношеніе Департамента Внутреннихъ Сношеній М И. Д. въ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій отъ 2 Мая 1890 г. № 3884 491
Отношеніе Министра Юстиціи Министру Иностранныхъ Дѣлъ 16 Іюля 1890 г. № 20784 493
Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 13 Октября 1890 г., № 254 496

VI.

Дѣло по нотѣ Бельгійской миссіи о вступленіи бельгійцевъ въ бракъ съ иностранцами . . 500
Отношеніе Министра Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 4 Октября 1882 года, № 9103 . . . 500
Отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 18 Ноября 1882 г, № 4153. . 502
Записка о примѣненіи Бельгійскаго закона о бракахъ въ Россіи. . . 503
Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 29 Ноября 1882 г., № 189 . . . 509
Отношеніе Упр. Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Министру Юстиціи отъ 15 Января 1883 года, № 366 . . 512

Стр

Отношеніе г. Министра Юстиціи г. Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 11 Іюля 1883 г., № 15587 514

Отношеніе Упр. Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 11 Ноября 1883 года, № 9232 . 516

Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода г. Управляющему Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ отъ 29 Ноября 1883 года, № 212 517

Отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 4 Января 1884 года, № 5761 . . 518

Нота Министра Иностранныхъ Дѣлъ Бельгійскому посланнику въ С.-Петербургѣ отъ 24 Февраля (7 Марта) 1884 года, № 1482 . . 518

Нота Бельгійскаго посланника отъ 10 Января 1888 г. (29 Декабря 1887 г.). 521

Отношеніе Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ въ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій отъ 9 Января 1888 г.. № 167 . 522

Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 20 Февраля 1888 г., № 151 522

Нота Бельгійскаго посланника отъ 28 Марта (9 Апрѣля 1884 г.). 523

VII.

Дѣло по нотѣ Бельгійской миссіи о сообщеніи оной свѣдѣній о дѣйствующихъ у насъ узаконеніяхъ о бракахъ иностранцевъ съ нашими подданными, заключаемыми за границею по мѣстнымъ обрядамъ и установленіямъ . 523

Отношеніе Министерства Юстиціи въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 13 Декабря 1874 года, № 21900 523

VIII.

Дѣло Гроссе . . 524

IX.

Полное Собраніе Законовъ. Томъ 1731 г. № 5892, Ноября 29. Синодскій 525

X.

Consultation donnée paz S E. Ibrahim Hakki Bey. 529

XI.

Рѣшеніе Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената отъ 10 Января 1889 года по дѣлу прусскаго подданнаго Іосифа Хмѣльника. 535

Отдѣлъ первый.

Личныя условія вступленія въ бракъ.

Глава первая.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.

A. Браки французовъ за границей.

Дореволюціонная французская юриспруденція повидимому обсуждала браки французовъ за границей съ точки зрѣнія теоріи in fraudem legis. Любопытныя указанія на этотъ счетъ мы находимъ у Бугіе [1]). Французскіе парламенты не признавали браковъ, заключенныхъ за границей между французами, въ обходъ національныхъ законовъ объ испрошеніи согласія родителей. Таково напр. рѣшеніе парижскаго парламента 19 февраля 1664 г., признавшее ничтожнымъ бракъ двухъ французовъ въ Безансонѣ, какъ совершенный безъ упомянутаго согласія [2]). Но въ случаяхъ, когда только женихъ былъ французомъ, юриспруденція мѣнялась, и бракъ признавался дѣйствительнымъ во имя bonne foi иностранной невѣсты, которая не обязана де знать законы Франціи [3]); Бугіе заклю-

[1]) Bouhier, Tome I, Ch. XXVIII, §§ 64—66.

[2]) Bouhier, l. c, § 62.

[3]) Перечислимъ рядъ рѣшеній въ этомъ смыслѣ. Parlement de Paris 26 Mars 1624: признаніе дѣйствительнымъ брака 19-ти-лѣтняго парижанина, женившагося, безъ вѣдома родителей, въ Лотарингіи на мѣстной

чаетъ, что юриспруденція въ данномъ вопросѣ окончательно установилась [1]).

Парламентскія рѣшенія, цитированныя Бугіе, не доходятъ до конца 17 вѣка. Это объясняется, конечно, изданіемъ королевской декларації 16 Іюня 1685 г. [2]), поставившей самую возможность браковъ французовъ за границей въ зависимость отъ королевскаго разрѣшенія. Декларація грозитъ ослушникамъ галерами и вѣчнымъ изгнаніемъ и, независимо отъ того, конфискаціей имущества. Роль парламентовъ послѣ этого указа должна была, конечно, съузиться до простого констатированія наличности королевскаго разрѣшенія.

Code civil не воспроизводитъ декларації 1685 года. Напротивъ того, 170 статья регулируетъ браки французовъ за границей, подчиняя ихъ съ формальной стороны lex loci, а съ точки зрѣнія бракоспособности — національному закону. Къ сожалѣнію, редакція Art 170 далеко не удачная и подала поводъ къ большимъ пререканіямъ [3]). Толкуя эту статью буквально, нужно заключить, что бракъ французовъ, совершенный за границей, ничтоженъ, если не соблюдено какое бы то ни было условіе Chap. I., Tit. V, Liv. I C. Civil., даже носящее только препятствующій, а не разрывающій характеръ [4]).

уроженкѣ;—Parlement de Paris 26 Juin 1634: признаніе дѣйствительнымъ брака 26-ти-лѣтняго француза и савоярки, заключеннаго, безъ извѣщенія матери жениха, въ Шамбери; Parlement de Provence 11 Juin 1662: признаніе дѣйствительнымъ брака несовершеннолѣтняго сына семейства, который, находясь въ качествѣ студента въ Авиньонѣ, женился тамъ на совершеннолѣтней вдовѣ, не извѣстивъ родителей.

[1]) Bouhier, l. c. §§ 64 — 66. Мнѣніе Бугіе раздѣляетъ и Boullenois, Traité I, p. 495—496.

[2]) Weiss, Traité, p. 446, note 2.

[3]) Art 170: „Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers sera valable, s'il a été célébre dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'Art 63, au titre „des Actes de l'état civil", et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenus au chapitre précédent".

[4]) Такъ думаетъ напр. Fuzier Hermann. „Du mariage des prêtres français à l'étranger". Revue pratique du droit Français 1876, Tome 41 p. 109—115.

Но уже Феликсъ возстаетъ противъ такого узкаго толкованія Art 170: по его мнѣнію эта статья означаетъ только, что постановленія Code Civil о внутреннихъ условіяхъ дѣйствительности брака примѣнимы къ союзамъ, заключаемымъ. какъ во Франціи. такъ и за границей. Это мнѣніе принято современной доктриной[1]).

Юриспруденція избрала средній путь. Вопросъ былъ перенесенъ на практическую почву по поводу такъ называемыхъ „actes respectueux“ (Art 151, 154, 155 Code Civil). коими уже совершеннолѣтніе французы испрашиваютъ совѣтъ своихъ родственниковъ передъ вступленіемъ въ бракъ. Несоблюденіе этихъ предписаній никогда не влечетъ за собою ничтожности брака, заключеннаго во Франціи. Юриспруденція не сочла однако возможнымъ лишить Art 151 всякой санкціи и при заграничныхъ бракахъ. Она находитъ, что отсутствіе actes respectueux, особенно когда оно соединено съ отсутствіемъ оглашеній, можетъ повести къ признанію брака заключеннымъ въ обходъ закона, или тайнымъ (clandestin),— слѣдовательно, ничтожнымъ (Art 191 C. C.). „Тайный“ характеръ брака каждый разъ особо устанавливается судомъ[2]).

170 ст. подаетъ поводъ къ недоразумѣнію другого рода. Она ссылается только на препятствія первой главы титула о бракѣ. Между тѣмъ нѣтъ никакого сомнѣнія, что статьи 228 (о срокѣ, до истеченія котораго женщина не можетъ вступить во второй бракъ), 298 (запрещеніе супругу, разведенному за прелюбодѣяніе, вступить въ бракъ съ соучастникомъ), и 348 (препятствія къ браку, основанныя на усыновленіи), обязательны для французовъ, брачущихся за границей, хотя онѣ и не содержатся въ упомянутой I главѣ. Это слѣдуетъ прямо изъ Art 3 Code Civil[3]).

---

[1]) Foelix-Demangeat (Tome II p. 376); Laurent (IV § 271); Audinet § 510; Durand, p. 314—315; Despagnet, § 393; Wéiss, p. 473.

[2]) См. объ этомъ ниже. Имѣется лишь одно судебное рѣшеніе. C. d'Aix 16 Janv 1895 (Journal 1895, p. 616), по которому несоблюденіе 151 ст. C. C. никогда не влечетъ за собою ничтожности брака.

[3]) Les Lois concernant l'état et la Capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers; см. объ этомъ Audinet § 50.

Французская судебная практика послѣдовательно проводитъ національное начало относительно возраста брачущихся, согласія родственниковъ на браки несовершеннолѣтнихъ [1]), степеней родства и свойства [2]) и т. д. и вообще относительно всѣхъ брачныхъ препятствій, ни мало не заботясь о возможности нарушенія иностраннаго публичнаго порядка. Въ высшей степени любопытны разсужденія Понтуазскаго гражданскаго суда, которому пришлось обсуждать дѣйствительность брака, заключеннаго французомъ съ цвѣтною женщиной въ Лузіанѣ, гдѣ такіе смѣшанные браки воспрещены. Судъ нашелъ, что лузіанскій законъ изданъ не въ интересахъ цвѣтныхъ, а бѣлыхъ, притомъ лузіанскихъ подданныхъ; что иностранцы подчинены мѣстному закону лишь относительно формы заключенія брака; что, наконецъ, всякое ограниченіе свободы брака, не предусмотрѣнное французскимъ кодексомъ, противно публичному и соціальному порядку Франціи. Поэтому бракъ объявленъ дѣйствительнымъ съ точки зрѣнія французскаго закона [3]).

Точно также по національному закону опредѣляется сила обѣтовъ безбрачія, данныхъ членами французскаго католиче-

[1]) Cour de Rouen 13 Juil. 1880 (Journal 1881, p. 256); Trib. Seine 26 Avril 1887 (Journal 1887, p. 476); C. Bezanson 4 Juim 1888 (Journal 1888, p. 90); эти рѣшенія признаютъ недѣйствительными браки лицъ моложе 25 лѣтъ, заключенные безъ согласія родителей.

[2]) Cassation 8 Nov. 1824 (Journal du Palais, Tome 18, Juillet 1823—1824, p. 1051) призналъ ничтожнымъ бракъ французскихъ шурина и невѣстки, заключенный за границей; тоже Trib. Seine 4 Déc. 1873 (Journal 1875, p. 21), Trib. Draguignan 21 Août 1863 объявилъ ничтожнымъ бракъ французскихъ дяди и племянницы, не получившихъ диспензаціи французскаго правительства (Weiss, p. 447; Vincent et Pénaud, p. 523).

[3]) Trib. Civ. de Pontoise 12 et 20 Juin, 4 Juillet et 6 Août 1884 (Journal 1885, pp. 296—301): „Attendu que l'on ne saurait méconnaitre que, dans l'état actuel de notre législation, toutes les lois qui tiennent au mariage et à la constitution de la famille touchent à l'ordre public, et que toute restriction à la liberté des mariages fondée sur d'autres empêchements que ceux formellement prévus par nos Codes et basée notamment sur des distinctions de race ou de couleur, doit être regardée comme devant porter atteinte à cet ordre public et social tel qu'il est établi par nos lois constitutionnelles, et ne saurait, à ce point de vue être sanctionnée en France".

скаго духовенства. Въ виду молчанія Code Civil, въ литературѣ существуетъ большой споръ о томъ, составляютъ ли вообще эти обѣты препятствіе къ браку [1]). Но если рѣшить этотъ вопросъ утвердительно, то обѣты не могутъ быть обойдены посредствомъ заключенія брака за границей [2]).

Право опорочиванія браковъ, заключенныхъ за границей, упражняется, конечно, лицами, указанными французскимъ закономъ. Тотъ же законъ опредѣляетъ условія вчинанія исковъ [3]) этими лицами.

Отмѣтимъ въ заключеніе интересное рѣшеніе Сенскаго гражданскаго суда 14 Іюня 1887 г. [4]), касающееся дѣйствительности брака русскаго и датчанки, заключеннаго въ Копенгагенѣ. Судъ высказалъ, что брачоспособность всегда

[1]) См. напр. Cour de Cassation 23 Fév. 1847 (Dalloz 1847, I, 129) pro и тотъ же касс судъ 25 Janv. 1886 contra (Dalloz 1886 I, 97).

[2]) Cassation 23 Fév. 1847 et 26 Févr. 1878 (Vincent et Pénaud, p. 528); Trib. Seine 29 Déc 1886 (Journal 1887, pp. 66—67). Это послѣднее рѣшеніе признаетъ ничтожность брака, заключеннаго въ Англіи католическимъ священникомъ, основываясь на томъ, что органическій законъ о конкордатѣ 18 Germinal An X до сихъ поръ дѣйствуетъ во Франціи.—Другого мнѣнія Fuzier Herman (Revue Pratique 1876, Tome 41, pp. 109—115), который указываетъ, что по духу французскаго законодательства запрещеніе духовенству вступать въ бракъ нельзя относить къ разрывающимъ препятствіямъ; а такъ какъ къ тому же обѣтъ безбрачія не содержится въ числѣ препятствій I главы V титула I книги Code Civil (на которую ссылается Art 70), то онъ не можетъ повліять на признаніе ничтожнымъ брака, заключеннаго за границей.

[3]) Ср. Vincent et Pénaud § 193, Mariage.—Bastia 7 Mai 1859 (Sirey 1860, II, 333): Art 182 C. C. примѣнимъ къ бракамъ, заключеннымъ въ Испаніи; поэтому смерть родителей погашаетъ ихъ право опорочивать бракъ, заключенный безъ ихъ согласія.—C. Lyon 29 Déc. 1881 (Journal 1881, p. 534) „la possession d'état de femme légitime et l'abstention des parents ayants qualité pour attaquer le mariage, corrigent les défauts originaires de cet acte". Бракъ, заключенный безъ согласія родителей несовершеннолѣтними, при названныхъ условіяхъ, дѣйствителенъ (Art 183 et 196).—C. Lyon 18 Janv., 1894 (Journal 1894, p. 1020): Art 183 C. C. касается браковъ, заключенныхъ за границей.—Tr. d'Avignon 14 Déc. 1880 (Journal 1881, p. 516): Бракъ заключенъ французами въ Аргентинской республикѣ безъ оглашеній во Франціи. Супругъ не протестовавшій въ теченіе года (Art 183), теряетъ право опорочиванія.

[4]) Journal 1889, p. 104.

опредѣляется по личному статуту, и такимъ образомъ придалъ этому принципу универсальное значеніе.

B. Браки иностранцевъ во Франціи.

Какъ извѣстно, юридическое положеніе иностранцевъ во Франціи крайне неопредѣленное. 11 ст. Code Civil (L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra), касается только подданныхъ государствъ, съ которыми заключены договоры. Вслѣдствіе этого пробѣла въ доктринѣ и юриспруденціи образовались три главныхъ системы. По первой, иностранецъ имѣетъ лишь тѣ права, которыя ему дарованы закономъ; согласно второй, ему принадлежатъ ipso jure т. наз. „естественныя" права; по третьей, иностранецъ пользуется всѣми гражданскими правами, которыя у него не отняты прямо закономъ [1]).

Впрочемъ авторы всѣхъ этихъ системъ сходятся въ томъ что иностранцы имѣютъ право вступать въ бракъ во Франціи. Въ первой системѣ это выводится изъ ст. 12 и 19 С. С., которыя постановляютъ, что француженка и иностранка слѣдуютъ національности мужа (Weiss, 46, 54) [2]). При этомъ, дѣеспособность иностранцевъ должна бы опредѣляться, конечно, всегда по національному закону (выводъ a contrario изъ Art 3 Alinca

---

[1]) См. Weiss, pp. 43—53.

[2]) Обратимъ однако вниманіе на обстоятельство, что право иностранцевъ на свободное вступленіе въ бракъ во Франціи можетъ легко стать призрачнымъ. Французскіе суды, какъ извѣстно, признаютъ себя некомпетентными для разсмотрѣнія дѣлъ, касающихся гражданскаго состоянія иностранцевъ (état civil). Стоитъ иностранному компетентному лицу заявить протестъ противъ совершенія брака (opposition à la célébration du mariage, см. Chap. III Liv. I, Tit V, C. Civil), и бракъ невозможенъ, такъ какъ французскіе суды могутъ не принять иска о снятіи запрета (mainlevée de l'opposition), какъ вчиненнаго иностранцемъ противъ иностранца же. C. Rennes 16 Mars 1842; Lille 1 Mai 1884 (Vincent, Mariage, § 166)—Feraud-Girand. De la compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers (Journal 1880, pp. 151—152) указываетъ на всю нелогичность такой юриспруденціи.

3 Code Civil). Прослѣдимъ, однако, какимъ образомъ французская юриспруденція согласуетъ принципъ національности съ требованіями французскаго публичнаго порядка, выраженными въ Alin. 1 того же Art. 3 C. C.: „законы полиціи и безопасности обязываютъ всѣхъ живущихъ на территоріи".

Прежде всего, національный законъ кажется компетентнымъ для опредѣленія возраста брачущихся. Между тѣмъ циркуляры министра юстиціи отъ 10 Мая 1824 г. и 29 Апрѣля 1832 г. предписываютъ иностранцу. не достигнувшему брачнаго совершеннолѣтія по Code Civil, испрашивать диспензаціи, французскаго правительства [1]).

Относительно согласія родственниковъ обыкновенно приводится національный принципъ. Швейцарцы могутъ уже въ 20 лѣтъ вступать во Франціи въ браки безъ согласія восходящихъ [2]); итальянцы не обязаны предъявлять actes respectueux [3]). За то препятствія къ заключенію брака, основанныя на близости степеней родства или свойства, считаются относящимися къ французскому публичному порядку; въ случаяхъ, указанныхъ Code Civil (Art. 164) иностранцы наравнѣ съ туземцами, должны испрашивать диспензаціи французскаго правительства [4]). Циркуляры 26 Февраля 1840 г. и 4 Іюля 1844 г. намѣтили было поворотъ къ личному началу [5]).

---

[1]) Weiss, 447—448, который однако находитъ, что французскіе суды не обязаны руководствоваться этими циркулярами, Vincent et Pénaud, Dictionnaire, p. 525, § 126.

[2]) Циркуляръ министра юстиціи 2 авг. 1884, Vincent et Pénaud p. 524, § 122.

[3]) Циркуляры 26 Янв. 1876 и 10 Марта 1883 годовъ, Vincent et Pénaud p. 524, § 123. Укажемъ однако на судебное рѣшеніе, противное духу этихъ циркуляровъ: Trib. de la Seine рѣшилъ, что actes respectueux требуются въ интересахъ дѣтей, которыхъ законъ желаетъ оградить отъ необдуманныхъ браковъ; и что поэтому испрошеніе согласія восходящихъ обязательно даже, когда оно неизвѣстно личному статуту этихъ послѣднихъ. Trib. Seine. 1 ch. 21 Déc 1885 (Journal 1886, pp. 448—449).

[4]) Circulaire du Garde des Sceaux du 10 Mai 1824, Vincent et Pénaud, 527, § 146; Weiss, p 453.

[5]) Vincent et Pénaud, 527, § 147

Но письмо Аміенскаго генеральнаго прокурора 18-го Іюля 1877 года подтверждаетъ прежній порядокъ: иностранные шуринъ и невѣстка для вступленія въ бракъ во Франціи нуждаются въ диспензаціи французскаго правительства [1]).

Подданный страны, признающей полигамію, не можетъ, конечно, при жизни жены вступить во второй бракъ во Франціи, такъ какъ подпадаетъ дѣйствію 340 ст. уголовнаго уложенія [2]).

За періодъ времени отъ 1816 до 1884 года, когда разводъ исчезъ изъ французскаго кодекса, судамъ приходилось довольно часто разбирать слѣдующій интересный вопросъ: имѣетъ ли иностранецъ, законно разведенный въ своемъ отечествѣ, право вступить во второй бракъ во Франціи? Несмотря на положительное разрѣшеніе вопроса кассаціоннымъ судомъ въ 1860 году [3]), судебная практика долго колебалась, считая такое право иностранцевъ противнымъ публичному порядку [4]). Но наконецъ, кассаціонный судъ вторично высказался въ положительномъ смыслѣ, и разрѣшилъ означенному классу иностранцевъ вступать въ браки даже съ француженками, основываясь на томъ, что сами французы, разведенные до закона 1816 года, могли вступать во вторичные браки [5]). Въ настоящее время это правило сохраняетъ

[1]) Journal, 1877, p. 573

[2]) Weiss, 452; Vincent et Pénaud, 526 § 144.

[3]) Sirey, 1860, I, 210.

[4]) C. de Paris 30 Août 1824; C. de Paris 28 Mars 1843; C. de Paris 4 Juillet 1859 (Weiss, p 451); Vincent et Pénaud, Divorce § 73. Trib. Lille 18 Août 1876; Cour de Douai 8 Janvier 1877 (Journal, 1877, pp. 39 — 40).

[5]) Cassation, 15 Juillet 1878 (Journal, 1878, p. 499), дѣло Plaquet; въ томъ же смыслѣ и по тому же дѣлу Cour d'Amiens 1880 (Journal 1880, p. 298). Обстоятельства этого дѣла очень любопытны: Бельгіецъ Plaquet женился въ Lille на француженкѣ, съ которой потомъ развелся въ Бельгіи. Послѣ этого Plaquet вернулся въ Lille и пожелалъ вступить въ бракъ передъ тѣмъ же мэромъ съ другою француженкою; первая его жена проживала тамъ же. Мэръ отказался обвѣнчать Plaquet, и его поддержали выше цитированныя рѣшенія суда въ Lille и палаты Douai. Но кассаціонный судъ и затѣмъ Аміенская палата взглянули на дѣло иначе и предписали совершеніе брака.

значеніе для иностранцевъ, разведенныхъ на основаніи поводовъ, недопускаемыхъ французскимъ закономъ.—За то къ публичному порядку относится опредѣленіе срока, по истеченіи котораго разведенная женщина (или вдова) можетъ вступить во второй бракъ. Этотъ срокъ устанавливается для предупрежденія т. наз. turbatio sanguinis (filiation équivoque. сомнительность происхожденія), и парижскій апелляціонный судъ совершенно правильно постановилъ, что 10-ти мѣсячный срокъ Art 228 C. C. обязателенъ для иностранки. національный законъ которой не содержитъ этого ограниченія [1]).

Публичный порядокъ Франціи противится признанію нѣкоторыхъ препятствій къ браку, основанныхъ на чисто-политическихъ воззрѣніяхъ иностраннаго закона. Такъ. иностранный рабъ или осужденный на гражданскую смерть можетъ вступить въ бракъ во Франціи [2]), равно какъ иностранный дезертиръ, потерявшій бракоспособность въ глазахъ своего бывшаго отечества [3]). Слѣдуетъ, однако, замѣтить, что французскіе суды нѣсколько разъ признавали неспособность къ вступленію въ бракъ иностранныхъ священниковъ или монаховъ, основанную на національномъ законѣ. Такъ, Парижскій апелляціонный судъ 13 Іюня 1814 г. [4]) призналъ ничтожнымъ бракъ испанскаго монаха Busqueta, заключенный имъ во Франціи съ француженкой; любопытенъ мотивъ „что было бы чудовищнымъ (un alliage monstreux) признать бракъ дѣйствительнымъ въ одной и ничтожнымъ въ другой странѣ“. Правда Dejamme [5]) утверждаетъ, что въ настоя-

---

[1]) C. de Paris, 13 Février 1872 (Journal, 1874, p. 31).

[2]) Cass. 7 Janv., 1806; C de Caen 16 Mai 1846 (Vincent et Pénaud, p. 528, § 162.

[3]) C. de Caen 16 Mai 1846 (Dalloz, 1847, II, 33) признаетъ эту способность за прусскимъ дезертиромъ, такъ какъ прусскіе законы не могутъ дѣйствовать на французской территоріи.

[4]) Sirey, 1815, II, 67.

[5]) De la condition juridique des prêtres étrangers en France p. 116—123, Journal, 1892.

щее время французскіе суды считаютъ обѣты безбрачія иностранныхъ священниковъ противными французскому публичному порядку. Тѣмъ не менѣе еще 23 Марта 1888 г. Cour de Paris позволила ирландскому священнику вступленіе въ бракъ лишь потому, что онъ былъ домицилированъ во Франціи, и его національный законъ опредѣлялъ бракоспособность по lex domicilii [1]).

По мнѣнію Вейсса, необходимость правительственнаго разрѣшенія для вступленія въ бракъ не считается противной французскому публичному порядку, если только такое требованіе установлено иностраннымъ государствомъ для всѣхъ подданныхъ [2]), а не только для извѣстнаго класса лицъ. Не дозволить иностранному принцу вступить въ бракъ во Франціи вслѣдствіе отсутствія спеціальнаго разрѣшенія главы его дома — было бы несогласно съ французскимъ публичнымъ правомъ, основанномъ на равенствѣ [3]).

Въ случаѣ, когда иностранцы, вступающіе въ бракъ во Франціи, принадлежатъ къ разнымъ націямъ, дѣеспособность каждаго изъ брачущихся опредѣляется по его національному закону. Французскіе суды находятъ, что руководствоваться однимъ національнымъ закономъ жениха было бы petitio principii. До перемѣны своей національности посредствомъ брака, невѣста остается подчиненной своему личному статуту [4]).

Обязанность доказывать свою способность къ вступленію въ бракъ лежитъ на брачущихся. На основаніи циркуляра министра Юстиціи отъ 4 Марта 1831 г., иностранцы должны предъявлять отъ имени компетентныхъ властей своего мѣста

---

[1]) Т. е. во имя принципа отсылки. См. Journal 1889, p. 639.

[2]) Trib. Bordeaux 18 Janvier 1882 призналъ ничтожность брака, заключеннаго въ 1835 году въ Испаніи баварской подданной, не испросившей разрѣшенія суверена (Journal 1882, p. 539).

[3]) Weiss. p. 449.

[4]) Cour de Paris 28 Mai 1880 (Journal, 1880, p. 300); Weiss, p. 454; Trib. Seine 4 Août 1880 (Vincent et Pénaud, p. 525, § 129).

рожденія или послѣдняго мѣстожительства на родинѣ цертификаты объ отсутствіи препятствій къ вступленію въ бракъ[1]). Циркуляръ этотъ привелъ къ большимъ недоразумѣніямъ на практикѣ, такъ какъ многія страны отказываютъ, для предупрежденія эмиграціи, въ выдачѣ упомянутыхъ свидѣтельствъ. Поэтому, французскіе суды разрѣшали обыкновенно иностранцамъ установлять свою дѣеспособность посредствомъ acte de notoriété въ формѣ Art 70 и 71 C. C.[2]), да и вообще всякимъ способомъ, а иногда даже вовсе освобождали ихъ отъ представленія цертификатовъ[3]). Циркуляръ Хранителя Печатей 11 Ноября 1875 г. вновь предписываетъ французскимъ должностнымъ лицамъ требовать или „диспензаціи иностраннаго правительства, или доказательства, что національные законы

[1]) Vincent et Pénaud, p. 525, § 131.

[2]) Circulaire du procureur de la République de la Seine 7 Juillet 1835 Vincent et Pénaud, 525, § 134). — Этотъ способъ доказательства бракоспособности нельзя признать удачнымъ. Феликсъ (Foelix-Demangeat, изд. 1866, pp. 385 — 391) основательно указываетъ, что acte de notoriété (Art 70—71 C. Civil) никакъ не можетъ замѣнить цертификата отечественныхъ властей иностранца. Acte de notoriété по закону замѣняетъ свидѣтельство о рожденіи и содержитъ относящіяся къ этому факту показанія семи свидѣтелей. Онъ не касается вовсе бракоспособности. Законъ совершенно извращается если семь парижанъ свидѣтельствуютъ о невозможности для иностранныхъ подданныхъ добыть необходимые цертификаты для вступленія въ бракъ. Такой случай имѣлъ мѣсто 20 марта 1841 года, когда Trib de la Seine утвердилъ acte de notoriété, свидѣтельствующій о невозможности для швейцарца и нассауянки добыть цертификаты своихъ правительствъ, и разрѣшить имъ вступать въ бракъ. Подобные браки рискуютъ, конечно, не быть признанными отечествомъ брачущихся, такъ какъ они могутъ быть заключены съ нарушеніемъ національныхъ законовъ о бракоспособности. Въ данномъ случаѣ, напр., не имѣлось согласія родителей.

[3]) Такъ напр., Trib. de Rouen 26 Janv. 1842 (Dalloz 1842, III, p. 155). швейцарецъ и пруссачка заявили суду, что не могутъ представить цертификатовъ, такъ какъ не въ состояніи внести за нихъ суммы, требуемыя ихъ правительствомъ. Судъ предписалъ мэру обвѣнчать просителей, такъ какъ, въ виду ихъ бѣдности, настаивать на предъявленіи цертификата было бы равносильно лишенію ихъ возможности вступить въ бракъ. Между тѣмъ, „Le mariage est un contrat du droit des gens“, замѣчаетъ судъ.

жениха или невѣсты не препятствуютъ предполагаемому браку". Но это предписаніе имѣетъ абсолютную силу лишь въ случаяхъ браковъ француженокъ съ иностранцами [1]).

Франко-бельгійскій договоръ 18 Октября 1879 года значительно облегчаетъ доказательство бракоспособности: officiers de l'état civil договаривающихся сторонъ довольствуется представленіемъ документовъ, засвидѣтельствованныхъ судебными мѣстами, исключая, впрочемъ, случаевъ, когда возникаетъ сомнѣніе въ подлинности [2]).

Отмѣтимъ, наконецъ, что письмо французскаго министра юстиціи къ генеральному прокурору Алжира разрѣшаетъ вступленіе въ бракъ иностранцамъ, которымъ національное правительство отказываетъ въ выдачѣ цертификатовъ вслѣдствіе уклоненія ихъ отъ воинской повинности [3]).

§ 2. Бельгія.

Въ Бельгіи пока еще дѣйствуетъ Code Civil, но ст. 170 этого кодекса замѣнена закономъ 20 Мая 1882 г. о бракахъ бельгійцевъ за границей. Этотъ законъ обусловливаетъ дѣйствительность такихъ браковъ отсутствіемъ разрывающихъ препятствій по бельгійскому праву; бракоспособность же иностранной женщины, выходящей за бельгійца, опредѣляетъ по ея личному статуту [4]).

---

[1]) Vincent et Pénaud, p. 526, § 139.

[2]) Journal 1879, p. 591—592.

[3]) Revue Pratique de Droit International Privé за 1892 г., p. 248.

[4]) Loi du 20 Mai 1882, 5°: „Les mariages célébrés dans les formes prescrites par les nos 1, 2 et 3 de la présente loi, seront valables si les Belges n'ont point contrevenu aux dispositions prescrites sous peine de nullité du chap. I, titre V, livre I du Code Civil", 6°: „La capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel" (Bar. Guillaume, p. 331). Редакцію 5° нельзя не признать весьма неудачной; изъ нея напр. вытекаетъ, что супругъ, разведенный за прелюбодѣяніе, можетъ вступить за границей въ бракъ съ соучастникомъ своего преступленія, такъ какъ Art 298 C. C. прямо воспрещающій этотъ бракъ, не помѣщенъ въ главѣ, на которую ссылается законъ 1882 г. Этотъ логическій выводъ сдѣланъ Гентскимъ апелляціоннымъ судомъ 21 Апр. 1888 г. (Journal 1889, p. 719). Врядъ ли

Проектъ новаго бельгійскаго гражданскаго кодекса подчиняетъ личныя и семейныя права національному закону [1]). Проектъ не различаетъ при этомъ бельгійцевъ и иностранцевъ, дѣлаетъ, однако, оговорку, что иностранные законы не могутъ быть примѣнены въ королевствѣ, если они противны бельгійскимъ законамъ, охраняющимъ какое нибудь соціальное право или соціальный интересъ [2]).

Понятіе „соціальнаго права", конечно, нисколько не опредѣленнѣе понятія „публичнаго порядка", введеннаго въ итальянскій кодексъ. Желая предупредить всякія недоразумѣнія, составители проекта новаго уложенія перечисляютъвсѣ препятствія къ браку, относимыя ими къ соціальному праву или интересу, и примѣнимыя вслѣдствіе этого къ иностранцамъ, брачущимся въ Бельгіи [3]).

это, однако, имѣло въ виду бельгійское министерство Frère-Orban, выработавшее новый законъ. Напротивъ того, еще въ циркулярѣ 1 Іюня 1882 г. оно предписывало консуламъ требовать отъ разведенныхъ супруговъ, вступающихъ въ другіе браки, копій рѣшеній о разводѣ, дабы предупредить обходъ Art 298 C. C. (Bar Guillaume, p. 337)

[1]) Art 4 du Titre préliminaire du projet de Révision du Code Civil Belge „L'état et la capacité des personnes ainsi que les rapports de famille sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent (Meili, die Kodification, p 24).

[2]) Art 14 du Titre préliminaire: „Nonobstant les articles qui précédent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social" Meili, Die Kodification, p. 24).

[3]) Art 38 du Titre du Mariage de l'avant-projet: „Les dispositions des articles 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 et 21 du chap. I du présent Titre sont applicables aux étrangers qui contractent mariage en Belgique". Статьи эти гласятъ слѣдующее: браки воспрещены въ прямой линіи между всѣми выходящими и нисходящими родственниками, законными или незаконными, а также между свойственниками въ той же линіи (Art 13); въ боковой линіи между братомъ и сестрою, законными или незаконными, и между свойственниками въ той же степени (Art 14); между дядей или grand-oncle и племянницей или внучатной племянницей, а также между теткой или grande tante и племянникомъ или внучатнымъ племянникомъ, законными или незаконными (Art 15). Король можетъ, однако, въ важныхъ случаяхъ снимать запрещенія, установленныя 15

Бельгійское правительство заключило рядъ конвенцій съ иностранными державами, касающихся порядка доказательства бракоспособности. По англо-бельгійской конвенціи 1889 года, бельгійскій посланникъ въ Англіи выдаетъ въ случаѣ надобности (le cas échéant) цертификатъ, коимъ удостовѣряется какъ бракоспособность бельгійцевъ вообще, такъ и условія дѣйствительности ихъ браковъ съ иностранцами [1]). Достойно всякаго

статьею, ровно какъ запретъ брака между шуриномъ и невѣсткой, установленный въ 14 статьѣ. Незаконное родство или свойство, о которомъ говорятъ Art 13, 14 и 15 можетъ служить препятствіемъ къ браку лишь тогда, когда оно законно констатировано или же опредѣлено на основаніи титула „о происхожденіи“ (Art 17). Браки воспрещены также между усыновителемъ, усыновленнымъ и ихъ нисходящими; между пріемными дѣтьми одного и того же лица; между усыновленнымъ и дѣтьми усыновившаго, между усыновленнымъ и супругомъ усыновленнаго (Art 18). Воспрещается вступать во второй бракъ до расторженія или признанія ничтожнымъ перваго (Art 19).—Въ случаѣ, когда разводъ постановленъ вслѣдствіе адультера, виновный супругъ никогда не можетъ вступить въ бракъ съ соучастникомъ преступленія (Art 21). (Baron Guillaume l c. p. 314).

[1]) Посланникъ заявляетъ: I) что бельгійцы не могутъ вступить въ бракъ безъ согласія родителей или заступающихъ ихъ мѣсто; II) что данное лицо, желающее вступить въ извѣстный бракъ, бельгійской національности, III) что оглашенія совершены согласно бельгійскому закону; IV) что будущій супругъ представилъ документы, свидѣтельствующіе о согласіи родителей или заступающихъ ихъ мѣсто, на бракъ, или же о представленіи имъ actes respectueux, или наконецъ о ихъ смерти; V) что до дня выдачи цертификата не имѣлось ни съ чьей стороны протеста противъ брака, и что, если таковой протестъ не воспослѣдуетъ, этотъ бракъ могъ бы быть заключенъ въ Бельгіи. Кромѣ того, посланникъ заявляетъ, что бракъ, заключенный за границей между бельгійцемъ и иностранцемъ, дѣйствителенъ, если совершенъ по законамъ страны и при условіяхъ: 1) что будущіе супруги имѣютъ законный возрастъ, 18 лѣтъ для жениха и 15 для невѣсты (Art 144 C. Civil), или же что они получили диспензацію; 2) что бракъ заключенъ безъ всякаго принужденія (Art 146 C. C.); 3) что ни одинъ изъ супруговъ не связанъ предшествующимъ бракомъ (Art 147 C C.); 4) что предполагаемый бракъ не нарушаетъ запрещенія браковъ между родственниками и свойственниками въ извѣстныхъ степеняхъ (Art 161 — 163 C. C.), или же, что получены диспензаціи отъ этого запрещенія (Art 164). Посланникъ свидѣтельствуетъ наконецъ, что иностранка, выходящая за бельгійца, становится ео ipso бельгійской, а дѣти изъ такого брака бельгійцами. (Baron Guillaume, l. c. p. 355 — 358).

вниманія, что въ случаѣ смѣшанныхъ браковъ брачное совершеннолѣтіе не только бельгійца, но и иностранца опредѣляется здѣсь по бельгійскимъ законамъ. Такое противорѣчіе закону 20 Мая 1882 года (см. выше), предписывающему опредѣлять бракоспособность иностранки по ея „личному статуту", можно объяснить только тѣмъ, что бельгійскій законодатель считаетъ браки женщинъ, не достигшихъ 15-ти-лѣтняго возраста противными бельгійскому публичному порядку.

Подобныя же конвенціи Бельгія заключила съ Италіей и Швейцаріей. Соглашеніе съ Германіей 8 Октября 1875 г. стипулируетъ, что подданные обѣихъ странъ должны представлять цертификаты объ отсутствіи препятствій къ браку по національному закону [1]). Съ сосѣдними странами — Голландіей, Пруссіей, Люксембургомъ и Франціей — Бельгія заключила договоры, по которымъ цертификаты о бракоспособности не нуждаются въ дипломатическомъ visa, а принимаются на вѣру, если удостовѣрены отечественными судами или управленіями [2]).

§ 3. Голландія.

„Законы, касающіеся правъ, состоянія и дѣеспособности лицъ обязательны для голландцевъ, даже когда они находятся за границей [3]). Соотвѣтственно этому общему принципу, 138 ст. голландскаго гражданскаго кодекса требуетъ, чтобы голландцы, брачущіеся за границей, соблюдали личныя условія нидерландскаго закона [4]). Однако, несоблюденіе этихъ условій не влечетъ за собою ipso jure ничтожности брака; голландскій кассаціонный судъ толкуетъ 138 ст. въ томъ смыслѣ, что браки голландцевъ за границей ничтожны въ тѣхъ же случаяхъ, въ какихъ ничтожны браки, заключенные въ Гол-

---

[1]) Baron Guillaume, p 358.
[2]) Baron Guillaume, l. c., p. 359—365.
[3]) Art 6, законы 15 Мая 1829 года, см. Meili. Die kodification, p. 35.
[4]) Bar. Guillaume, p. 451.

ландіи [1]). Ничтожность брака должна быть непремѣнно постановлена судомъ.

§ 4. Италія.

Въ 6 статьѣ „Общихъ Положеній“ гражданскаго кодекса, итальянскій законодатель подчиняетъ личныя и семейныя права національному закону, при чемъ не дѣлаетъ никакого различія между туземцами и иностранцами (Art 6 Disposizione Preliminarie Codice Civile: „Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono“). Это начало ограничено однако въ своемъ примѣненіи 12-ою статьею того же кодекса, гласящей слѣдующее: „Несмотря на постановленія предыдущихъ статей, законы, акты и судебныя рѣшенія иностраннаго государства, равно какъ распоряженія и договоры частныхъ лицъ, не могутъ ни въ какомъ случаѣ дерогировать запретительнымъ законамъ королевства касательно лицъ, вещей и договоровъ, ни законамъ, относящимся какимъ бы то ни было образомъ къ публичному порядку и добрымъ нравамъ“. Въ развитіе этихъ общихъ положеній, 100-ая статья гражданскаго кодекса требуетъ отъ итальянца, брачущагося за границей, соблюденія постановленій II раздѣла I главы V титула, касающихся личныхъ условій вступленія въ бракъ. А статья 102 опредѣляетъ бракоспособность иностранца по его національному закону, обусловливая ее однако также отсутствіемъ препятствій, перечисленныхъ въ томъ же раздѣлѣ итальянскаго кодекса [2]).

---

[1]) Нидерланд. Кассац. Судъ 7 Дек. 1877: бракъ двухъ голландцевъ въ Англіи, заключенный безъ согласія родителей, признанъ дѣйствительнымъ, такъ какъ отсутствіе согласія не есть разрывающее препятствіе по голландскому закону.—(Journal 1882, p. 64—69). См. также Bar. Guillaume, p. 451, Note.

[2]) Art 100: Il matrimonio seguito in paese estero tra cittadini, o tra un cittadino ed uno straniero è valido, purchè sia celebrato secondo le forme stabilite in quel paese, e il cittadino non abbia contravvenuto alle disposizioni contenute nella sezione seconda del capo I di questo titolo.

Нужно сознаться, что эти тексты не вполнѣ ясны, чѣмъ и объясняется весьма разнорѣчивое толкованіе ихъ доктриной. Въ самомъ дѣлѣ 12 ст. какъ бы лишаетъ всякой силы національный принципъ, признанный въ 6-ой [1]). Но по мнѣнію компетентныхъ итальянскихъ ученыхъ мы имѣемъ здѣсь дѣло только съ неудачной редакціей. По толкованію Эспер-сона [2]) требованіе непротиворѣчія итальянскимъ запретительнымъ законамъ о лицахъ, вещахъ и дѣйствіяхъ, выставляемое 12 статьею относится лишь къ распоряженіямъ и договорамъ частныхъ лицъ, т. е. содержитъ только извѣстное правило гражданскаго права: „Privatorum conventio juri publico non derogat". Ограниченія же, налагаемыя публичнымъ порядкомъ и добрыми нравами, касаются также иностранныхъ законовъ, актовъ и приговоровъ. Кромѣ того изъ преній подготовительной коммиссіи съ очевидностью слѣдуетъ, что итальянскій законодатель хотѣлъ создать коррективъ принципа 6 статьи, а не уничтожить его. Мнѣніе Эсперсона о характерѣ 12 статьи раздѣляется извѣстнымъ Фіоре [3]).

Несовсѣмъ ясна также и статья 102, подчиняющая иностранца „препятствіямъ" 2 раздѣла первой главы V титула. По толкованію Фіоре, подъ этими препятствіями никоимъ образомъ нельзя разумѣть условія касающіяся возраста и согласія родителей, такъ какъ иначе первая часть статьи 102 потеряла бы всякій смыслъ. Кромѣ того, не обязательны для иностранца

Art 102: La capacità dello straniero a contrarre matrimonio è determinata dalle leggi del paese a cui appartiene.

Anche lo straniero però è soggetto agli impedimenti stabiliti nella sezione seconda del capo I di questo titolo.

Art 103: Lo straniero che voglia contrarre matrimonio nel regno deve presentare all'uffiziale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del paese a cui appartiene, dal quale consti che giusta le leggi da cui dipende, nulla osta al divisato matrimonio...

[1]) Cp. Laurent, Droit Civil International, IV, § 217.

[2]) Pietro Esperson, Le Droit international privé dans la législation italienne, Journal 1880, pp. 254—257.

[3]) Pasquale Fiore, Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne, Journal 1886, pp. 164—166.

препятствія, только препятствующія браку (impedimentia tantum); это слѣдуетъ, между прочимъ, изъ различія терминовъ 101 и 102 статьи. Итальянецъ за границей подчиненъ всѣмъ „постановленіямъ“ (dispositioni) II разд. I гл. V титула, иностранецъ же въ Италіи только „препятствіямъ“ этого раздѣла [1]). Эсперсонъ проводитъ туже мысль, раздѣляя препятствія къ браку на положительныя и отрицательныя и подчиняя иностранца только послѣднимъ [2]).

Международное значеніе спеціальныхъ статей итальянскаго гражданскаго кодекса о различныхъ условіяхъ вступленія въ бракъ слѣдующимъ образомъ выясняется Фіоре.

Первое условіе дѣйствительности брака наличность согласія обѣихъ сторонъ (105 ст. II разд.); поэтому, напр., бракъ Албанки, выданной замужъ отцомъ противъ своей воли, ничтоженъ въ глазахъ итальянскаго закона [3]). За то итальянскій кодексъ не признаетъ недѣйствительности брака въ случаяхъ, когда согласіе дано вслѣдствіе ошибки или обмана. Но, такъ какъ это объясняется только увѣренностью законодателя въ прирожденной смѣтливости итальянцевъ, то иностранцы могутъ, не нарушая публичнаго порядка, просить о признаніи и такихъ браковъ ничтожными [4]).

Абсолютно-территоріальный характеръ имѣетъ запрещеніе вступать въ бракъ съумашедшимъ [5]).

Половая неспособность выставляется 107 ст. итальянскаго кодекса какъ поводъ для признанія брака ничтожнымъ, но Фіоре не относитъ такую ничтожность къ публичному порядку и подчиняетъ иностранца національному закону [6]). Статьи, воспрещающія браки между восходящими и нисходящими родственниками и свойственниками, а также между братьями и сестрами (Art. 58 и 59 alinea 1) относятся, ко-

[1]) Fiore, l. c., Journal 1880, pp. 166—167.
[2]) Esperson, l. c, Journal 1880, p. 343.
[3]) Fiore, Journal 1887, p. 50.
[4]) P. 51.
[5]) Pp. 52 — 53.
[6]) P. 52.

нечно, къ публичному порядку. Но запрещеніе браковъ деверя и невѣстки, дяди и племянницы, племянника и тетки (Art 59 alinea 2 и 3), не связываетъ иностранцевъ, такъ какъ эти препятствія могутъ быть устранены и для итальянцевъ диспензаціею короля. Наоборотъ, статья 60, запрещающая браки между усыновителемъ и усыновляемымъ и его потомствомъ, а также между усыновленными одного и того же лица дѣйствуетъ и на иностранцевъ [1]).

Къ публичному порядку относится также запрещеніе двоеженства (Art Cod. Civ.) [2]). Сюда же Фіоре относилъ раньше [3]) и ничтожность второго брака, заключеннаго супругомъ безвѣстно отсутствующаго (ст. 56, 104 и 113 ит. гр. код.). Въ своемъ курсѣ онъ придерживается, однако, противоположнаго взгляда, и утверждаетъ, что супругъ отсутствующаго голландца, можетъ, согласно своему національному закону, вступить во второй бракъ въ Италіи, даже съ итальянцемъ [4]).

Разводъ не признается итальянскимъ кодексомъ, тѣмъ не менѣе и Эсперсонъ [5]) и Фіоре [6]) утверждаютъ, что разведенный по своему національному закону иностранецъ можетъ вступить во второй бракъ въ Италіи; Фіоре дѣлаетъ только исключеніе для случая, когда иностранецъ развелся съ итальянкой и съ итальянкой же желаетъ вторично сочетаться въ Италіи. Не касается также иностранцевъ запрещеніе 57 ст., по которой женщина не можетъ вступить въ новый бракъ до истеченія 10 мѣсяцевъ по прекращеніи предыдущаго; по мнѣнію Фіоре [7]), это постановленіе имѣетъ въ виду однѣ итальянскія семьи.

Статью 62, запрещающую бракъ убійцы одного изъ супруговъ съ другимъ, конечно, нужно отнести къ публичному по-

[1]) Pp. 157 — 158.
[2]) Journal 1887, p. 156.
[3]) Journal 1887, p. 157.
[4]) Fiore-Antoine, II, § 587.
[5]) Esperson, Journal 1888, pp. 344 и слѣд.
[6]) Fiore, Journal 1886, p. 175.
[7]) Journal 1886, p. 169.

рядку. Римскій Кассаціонный судъ рѣшилъ, однако, что если убійца осужденъ иностраннымъ судомъ, то препятствіе исчезаетъ, такъ какъ поддержаніе его было бы равносильно исполненію иностраннаго уголовнаго рѣшенія. Фіоре сильно критикуетъ это рѣшеніе [1]): признаніе эффектовъ приговора, говоритъ онъ, не есть еще его исполненіе.

Ограниченія дѣеспособности къ вступленію въ бракъ, основанныя на различіи религіи, равно какъ воспрещеніе брака монашествующимъ не имѣютъ силы въ Италіи [2]). Этой же силы лишены иностранные законы, запрещающіе цѣлому классу лицъ вступать въ бракъ безъ согласія суверена. Обязанность такого согласія можетъ быть признана, по мнѣнію Фіоре, лишь для иностранныхъ принцевъ, и то лишь изъ вѣжливости (courtoisie) [3]). Наконецъ, весьма любопытно, что и 116 ст. кодекса, установляющая путативный бракъ, относится Фіоре къ публичному порядку; законодатель, говоритъ онъ, руководствовался въ данномъ случаѣ гуманными соображеніями, которыя имѣютъ силу и для иностранцевъ [4]).

По 103 ст. кодекса возможность браковъ иностранцевъ въ Италіи обусловлена предъявленіемъ свидѣтельства компетентныхъ властей родины о дѣеспособности. Эта статья подвергалась недавно оживленнымъ комментаріямъ въ доктринѣ по поводу любопытнаго дѣла Куццера [5]). Куццеръ, австрійскій подданный, уроженецъ Тріеста, уклонился отъ отбытія

---

[1]) Journal 1887, p. 159.

[2]) Относительно этихъ двухъ случаевъ приходится снова отмѣтить самопротиворѣчіе Фіоре, который въ своемъ курсѣ (Le Droit International Privé, Tome II, §§ 575 и 577) утверждаетъ, что такія препятствія, установляемыя національнымъ закономъ, будутъ признаны въ Италіи. Правильно мнѣніе, выраженное въ текстѣ, какъ еще недавно (5 Мая 1894) рѣшилъ гражд. судъ Ливорно; бракъ тунизійскаго еврея и итальянки признанъ дѣйствительнымъ, хотя по талмуду евреи не могутъ вступать въ бракъ съ иновѣрцами (Journal Clunet 1898, p. 415).

[3]) Fiore Journal 1887, pp. 53 — 54.

[4]) Fiore, p. 160—161.

[5]) См. статью H. de Rolland въ Revue Pratique de Droit International Privé Vincent'a за 1892 г., pp. 243 — 248.

воинской повинности; вслѣдствіе этого австрійскій консулъ отказалъ ему въ выдачѣ цертификата для заключенія брака въ Италіи, а Миланскій аппелляціонный судъ рѣшилъ, что Куццеръ, за отсутствіемъ свидѣтельства, въ бракъ вступить не можетъ.

Это рѣшеніе одобряется итальянскимъ писателемъ Риччи (Riccі). Различіе между гражданскими и политическими законами, говоритъ онъ, трудно установимо, да и нѣтъ основанія отказывать однимъ послѣднимъ въ экстратерриторіальной силѣ; итальянскій публичный порядокъ не нарушится отъ поддержанія дисциплины въ австрійской арміи.—Напротивъ того, Ролланъ и Фузинато сильно нападаютъ на Миланскій судъ. Ролланъ замѣчаетъ, что 3 ст. ит. кодекса установляетъ равноправность итальянцевъ и иностранцевъ, и что послѣднихъ нельзя лишать естественнаго права на бракъ, въ зависимости отъ предъявленія цертификатовъ, которыхъ къ тому же нѣкоторыя правительства не выдаютъ вовсе. А проф. Фузинато въ противоположность Риччи считаетъ лишеніе Куццера права вступленія въ бракъ безусловно противнымъ итальянскому публичному порядку, тѣмъ болѣе, что Куццеръ родомъ изъ итальянской провинціи Австріи. — Такимъ образомъ, характеръ 103 ст. остается спорнымъ.

§ 5. Испанія.

Новый испанскій гражданскій кодексъ 1889 г. подчиняетъ личныя и семейныя права испанцевъ, пребывающихъ за границей, ихъ національному закону (Art 9) [1]); спеціально о личныхъ условіяхъ для вступленія въ бракъ за границей кодексъ не распространяется; за то они регулированы 41 ст. неотмѣненнаго закона 18 Іюня 1870 года о гражданскомъ бракѣ. „Бракъ, заключенный за границей между двумя испанцами

[1]) Meili, Die Kodification p. 39; Audinet, Journal 1891, p. 114; текстъ 9 статьи: „Las leyes relativas à los derechos y dleberes de familia, ol estado, condicion y capacidad legal de las personas, obligan los espanoles, aunque residan en pais extranjero“.

или между испанцемъ и иностранцемъ, дѣйствителенъ въ Испаніи, если ..... договаривающіяся стороны были способны къ вступленію въ бракъ по испанскимъ законамъ“ [1]). Такимъ образомъ и иностранецъ, брачущійся съ испанцемъ, подчиненъ препятствіямъ испанскаго закона.

Гражданскій кодексъ 1889 г. не говоритъ вовсе объ иностранцахъ въ Испаніи. Одинэ думаетъ, что по общему духу кодекса и иностранцы подчинены національнымъ законамъ: вѣдь даже недвижимости подчинены испанскимъ законодателемъ національному закону наслѣдодателя [2]). Однако, въ виду только что приведенной 41 ст. закона 1870 г., трудно согласиться съ этимъ мнѣніемъ, особенно если эту статью сблизить съ Art 11 исп. гр. кодекса, которая (подобно Art 12 Disp. Prel. итальянскаго гражд. уложенія) придаетъ территоріальную силу запретительнымъ испанскимъ законамъ о лицахъ, дѣйствіяхъ и имуществѣ [3]). Если даже иностранцы, брачущіяся за границей, подчинены испанскимъ законамъ, то тѣмъ паче это подчиненіе обязательно при бракахъ, заключаемыхъ въ Испаніи — во всякомъ случаѣ, когда одна сторона испанецъ.

§ 6. Португалія.

Португальскій гражданскій кодексъ опредѣляетъ бракоспособность португальскихъ подданныхъ и при заграничныхъ бракахъ по національному закону; это правило касается какъ браковъ португальцевъ между собою, такъ и браковъ португальцевъ съ иностранками, или иностранцевъ съ португальцами. Португальскій законъ, въ противность испанскому,

---

[1]) Baron Guillaume, l. c. p. 403.

[2]) Audinet, l. c. p. 115.

[3]) Meili. Die kodification, Art. 11: „ . . . las leyes prohibitivas concernientes à las personas, suas actos, o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden pùblico y las buenas costambres, no quedaran sin efecto por leyes ò sentencias dictadas, ni por disposiciones ò convenciones acordadas en pais extranjero“. См. критику этой довольно неясной статьи у Audinet, l. c. p. 119.

не притязаетъ на регулированіе бракоспособности иностранцевъ, даже при смѣшанныхъ бракахъ [1]). Онъ выставляетъ какъ общій принципъ, что: „права состоянія и гражданская дѣеспособность иностранцевъ опредѣляется по законамъ ихъ государства“ [2]).

§ 7. Румынія.

Браки, заключенные за границей между румынами или между румынами и иностранцами, дѣйствительны въ глазахъ румынскаго закона, если румыны не нарушили постановленій этого закона о бракоспособности [3]).

По свидѣтельству Суліотиса бракоспособность иностранцевъ въ свою очередь обсуждается по ихъ національному закону [4]).

§ 8. Грецiя.

Иностранцы, заключающіе бракъ въ Греціи, подчиняются относительно бракоспособности своимъ національнымъ законамъ [5]). Законъ 15 — 27 Октября 1861 г. разрѣшилъ браки между православными и неправославными христіанами, подъ условіями: 1) что они будутъ совершены по обряду православной церкви и 2) что дѣти будутъ воспитаны въ православіи [6]). Этотъ законъ касается, по мнѣнію греческаго ученаго Діобуніотиса, и браковъ между греками и иностранцами [7]). Браки православныхъ грековъ съ нехристіанами (туземцами или иностранцами) ничтожны.

---

[1]) См. португ. гражд. кодексъ ст. 1065 и 1066 у Baron Guillaume, p. 459.

[2]) Порт. гр. код. ст. 27 (Baron Guillaume, p. 459).

[3]) Art 152 рум. гр. код. (Baron Guillaume, p. 464. См. также статью Busdugan въ Journal 1899, pp. 56 — 74.

[4]) Suliotis въ Journal 1887, p. 559.

[5]) Законъ 29 Окт. 1856 Art 4 alinea 3, см. у Typaldo-Bassia въ Journal 1896, p. 61.

[6]) См. Diobouniotis въ Böhm's Zeitschrift 1898, pp. 16—32.

[7]) Diobouniotis, l. c. p. 27.

§ 9. Сербія.

Сербскій гражданскій кодексъ не касается международнаго брачнаго права. Что сербы и за границей связаны личными условіями національнаго закона, явствуетъ изъ 5 ст. упомянутаго кодекса: „Всякій Сербъ, пребываетъ ли онъ въ Сербіи или за границей, обязанъ повиноваться настоящему уложенію [1]).

§ 10. Швейцарія.

А. Браки швейцарцевъ за границей.

До 1874 г. швейцарскіе кантоны были суверенны въ области брачнаго законодательства. По заключенному между ними конкордату 1820 г., швейцарецъ, для вступленія въ бракъ внѣ родного кантона, нуждался въ разрѣшеніи этого послѣдняго [2]).

54 статья федеральной конституціи 29 Мая 1874 года объединила все швейцарское брачное право. Въ то же время она провозгласила, что бракъ, заключенный за границей согласно мѣстнымъ законамъ, будетъ признанъ дѣйствительнымъ въ Швейцаріи [3]).

Это любопытное постановленіе получило дальнѣйшее развитіе въ 54 ст. федеральнаго закона о бракѣ 24 Дек. 1874 г., по которой „бракъ, заключенный за границей въ сферѣ дѣйствій мѣстныхъ законовъ, можетъ быть объявленъ ничтожнымъ только тогда, когда ничтожность вытекаетъ какъ изъ иностраннаго такъ изъ швейцарскаго закона [4]).

---

[1]) Baron Guillaume, p. 481.

[2]) Roguin, Conflits des Lois Suisses 1891, pp. 53—54.

[3]) Art 54 de la Constitution Fédérale du 29 Mai 1874 (совпадаетъ съ Art. 25 de la loi du 24 Décember 1874 sur le Mariage): „Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confidération.... Sera reconnu comme valable dans toute la Confédération le mariage conclu dans un canton ou à l'étranger conformément à la législation qui y est en vigeur. Baron Guillaume, l. c. p. p. 490).

[4]) Art 54: „Un mariage contracté à l'étranger sous l'empire de la législation qui y est en vigueur ne peut être déclaré nul que lorsque la nullité résulte en même temps de la législation étrangère et des dispositions de la présente loi (Baron Guillaume, l. c. p. 493).

Такимъ образомъ, швейцарцы, вступающіе въ бракъ за границей, должны быть способны либо по швейцарскому, либо по иностранному закону. Обходу отечественныхъ законовъ открытъ, конечно, большой просторъ. Рогэнъ не задумывается даже признать за швейцарцами право заключать полигамическіе браки, если таковые дозволены по lex loci contractus [1]). Правда, федеральный Совѣтъ высказался противъ обхода швейцарскихъ законовъ [2]). И такого же мнѣнія швейцарскій юристъ Мугеймъ [3]). Мнѣніе Рогэна, однако, не что иное, какъ логическій выводъ изъ текста закона.

В. Браки иностранцевъ въ Швейцаріи.

По конкордату 1820 года между кантонами, иностранецъ могъ вѣнчаться въ Швейцаріи лишь съ согласія своего государства [4]). Это начало перешло и въ федеральный законъ о бракѣ 24 Декабря 1874 года.

По 37 статьѣ этого закона, въ случаѣ если женихъ — иностранецъ, бракъ можетъ быть совершенъ въ Швейцаріи лишь послѣ предъявленія цертификата компетентной иностранной власти о томъ, что она признаетъ этотъ бракъ со всѣми его послѣдствіями [5]).

Изъ этой статьи очевидно слѣдуетъ, что иностранецъ, брачущійся въ Швейцаріи, связанъ иностраннымъ закономъ; но

---

[1]) Roguin l. c., § 43.

[2]) Message du Conseil Fédéral 15 (Roguin l. c. § 43).

[3]) Muheim, Die Principien des Internationalen Privatrechts im Schweizerischen Privatrechte 1887, p. 190—191.

[4]) Roguin, l. c. pp. 53—54.

[5]) Art 37: Si l'époux est étranger, le mariage ne peut être célébré que sur présentation d'une déclaration de l'autorité étrangère compétente, constatant que le mariage sera reconnu par elle avec toutes ses suites légales. Est reservé toutefois le droit de dispense des gouvernements cantonaux.... (Baron Guillaume, l. c. p. 494). — Швейцарскій Федеральный Совѣтъ рѣшилъ 25 Марта 1891 года, что свидѣтельство объ отсутствіи препятствій къ браку не можетъ замѣнить этотъ цертификатъ (Journal 1891, p. 692).

остается неяснымъ, поскольку на него распространяются и территоріальныя нормы [1]).

Затѣмъ возбуждаетъ сомнѣнія и то обстоятельство, что 37 статья говоритъ лишь объ иностранномъ женихѣ (futur époux étranger). Эрнестъ Рогэнъ, слѣдующій communis opinio полагаетъ, что только иностранецъ, вступающій въ бракъ въ Швейцаріи, долженъ удовлетворять личнымъ условіямъ какъ иностраннаго, такъ и швейцарскаго права; иностранка же должна быть бракоспособна только по швейцарскому праву. Согласно съ этой теоріей, Союзный Совѣтъ [2]) не разрѣшилъ иностранкѣ, способной по національному закону, вступить въ бракъ, который составилъ бы случай turbatio sanguinis по швейцарскому праву; и въ томъ же году постановилъ, что итальянки могутъ вступать въ бракъ въ Швейцаріи лишь при достиженіи 16-ти-лѣтняго возраста, тогда какъ въ Италіи онѣ имѣютъ это право уже съ 15-ти лѣтъ [3]). А въ 1892 году Совѣтъ заявилъ Австрійскому посольству, что швейцарскій officier de l'état civil могъ обвѣнчать разведеннаго швейцарца-протестанта съ австрійской католичкой, такъ какъ швейцарское право не знаетъ религіозныхъ ограниченій бракоспособности.

Но и иностранцы могутъ легко заключить въ Швейцаріи бракъ, осуждаемый ихъ національнымъ правительствомъ. Та же 37 ст. даетъ кантональнымъ правительствамъ право освобождать отъ представленія цертификатовъ бракоспособности; да и цертификаты гарантируютъ только признаніе брака иностраннымъ закономъ, а не юриспруденціей; мало того, эта гарантія общая, не обезпечивающая признанія даннаго брака

[1]) Ernest Roguin на 100 стр. считаетъ бракъ ничтожнымъ при нарушеніи иностраннаго или швейцарскаго закона; а на 101 стр. считаетъ для дѣйствительности достаточнымъ соблюденіе одного иностраннаго закона.

[2]) Rapport 1884, 23.

[3]) Ernest Roguin, l, c. §§ 34—35; Contra: Franz Muheim. Die Principien des Internationalen Privatrechts im Schweizerischen Privatrecht 1887, p. 188; König y Roguin § 34

A съ B, который легко можетъ быть опороченъ по особымъ причинамъ [1]).

Вообще должно признать, что 37 статья закона 24 Декабря 1874 года имѣетъ весьма неудачную редакцію. Сфера дѣйствія швейцарскаго закона не очерчена вовсе; сфера „иностранной компетентной власти“ только косвенно. Къ тому же неизвѣстно, понимать ли подъ этой послѣдней властью законъ отечества, или lex domicilii?

Большой шагъ впередъ представляетъ швейцаро-итальянская конвенція 20 Ноября 1890 г., по которой подданные договаривающихся державъ допускаются къ браку послѣ представленія свидѣтельства отечественныхъ властей объ отсутствіи препятствій къ браку. Это свидѣтельство выдается officier de l'état civil, который совершилъ оглашеніе и касается, слѣдовательно, даннаго брака.

§ 11. Австрія.

A. Браки австрійцевъ за границей.

Австрійскій гражданскій кодексъ (§ 4) подчиняетъ акты и сдѣлки туземцевъ, совершаемые ими за границей, національнымъ законамъ, ограничивающимъ ихъ дѣеспособность; несоблюденіе этихъ законовъ влечетъ за собою ничтожность упомянутыхъ актовъ и сдѣлокъ въ предѣлахъ Австріи [2]). Австрійская юриспруденція примѣняетъ эти начала къ опредѣленію бракоспособности австрійцевъ, заключающихъ заграничные браки [3]).

[1]) Roguin, l. c. § 40; непредставленіе цертификата, по мнѣнію Рогэна, есть только препятствующее, а не разрывающее препятствіе къ браку.

[2]) Oesterreichisches Civilgezetsbuch § 4: „Die bürgerlichen Gezete verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kundgemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, an diese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. (Meili, Die Kodification, p. 25).

[3]) Jettel, Handbuch, p. 30 — 37.

По 111 ст. гр. код., супруги, изъ коихъ одинъ былъ католикомъ въ моментъ заключенія брака, лишены права развода. Декретъ 4 Августа 1814 года лишаетъ этого права также супруговъ, изъ коихъ одинъ принялъ котоличество уже послѣ брака. По тому же декрету католики не могутъ вступить въ браки даже съ разведенными протестантами [1]). Высшій Судъ распространилъ дѣйствіе этихъ правилъ и на браки, заключаемые за границей и съ иностранцами. Теорію Суда можно резюмировать въ слѣдующихъ положеніяхъ:

Австрійскій католикъ, отлученный отъ ложа и стола, не можетъ при жизни супруга вступить во второй бракъ, хотя бы онъ перешелъ въ протестанство и хотя бы второй супругъ былъ иностранецъ протестанскаго исповѣданія. Австрійскій протестантъ не можетъ жениться на иностранной католичкѣ, разведенной послѣ перехода въ протестанство. Мало того, австрійскій католикъ не можетъ даже жениться на разведенной съ мужемъ, иностранной протестанткѣ [2]).

Точно также по теоріи Высшаго Суда имѣетъ внѣземельную силу запрещеніе австрійскимъ и венгерскимъ христіанамъ вступать въ браки съ евреями, хотя бы такіе смѣшанные браки разрѣшались національнымъ закономъ евреевъ [3]).

---

[1]) Jettel, p. 36.

[2]) Oberster Gerichtshof 17 Jan. 1871 (Journal, 1877, p. 77): Австрійская католичка, разлученная съ мужемъ въ Вѣнѣ, вступила въ Готѣ въ бракъ съ пруссакомъ-протестантомъ, принявъ предварительно сама протестанство. Бракъ ничтоженъ въ силу 111 ст. гр. код. Иностранная власть не могла сдѣлать дѣеспособной австрійскую подданную. — Ob. Gerichtsh 6 Nov. 1883 (Journal 1888, p. 484): Австріецъ-протестантъ женился на венгеркѣ-католичкѣ, перешедшей въ протестанство и разведенной съ мужемъ. Бракъ ничтоженъ, такъ какъ австріецъ не можетъ жениться на католичкѣ при жизни перваго мужа. — Ob. Gerichtshof 6 Nov. 1894 (Böhm's Zeitschrift 1895, p. 75): Австріецъ-католикъ женился въ Швейцаріи на разводкѣ—протестанткѣ. Бракъ ничтоженъ. Переходъ мужа въ протестанство не имѣетъ значенія, такъ какъ совершенъ послѣ брака.

[3]) Ob. Gerichtshof 6 Marz 1878 (Journal, 1878, p. 500): Бракъ венгерскаго еврея и прусской протестантки, заключенный въ Берлинѣ ничтоженъ, хотя пруссачка имѣетъ право выйти за еврея. — Ob. Gerichtshof 10 Febr. 1891 (Journal 1891, p. 1005): Заключенный въ Берлинѣ, бракъ между

Недѣйствительны въ Австріи и браки бывшихъ членовъ австрійскаго католическаго духовенства, совершенные ими за границей послѣ перехода въ протестанство [1]).

Австрійскіе несовершеннолѣтніе могутъ вступать и за границей въ браки не иначе какъ съ согласія отца или лица его замѣняющаго [2]).

Въ случаяхъ, когда иностранныя власти требуютъ отъ австрійцевъ цертификатовъ ихъ бракоспособности, таковые выдаются властями австрійскаго домициля. Согласно Циркул. Мин. Вн. Дѣлъ отъ 26 Апр. 1873 г. и 28 Окт. 1879 г., цертификаты эти свидѣтельствуютъ какъ о бракоспособности вообще, такъ и о способности заключить бракъ за границей. Но цертификаты никоимъ образомъ не гарантируютъ, что заключенный бракъ будетъ признанъ въ Австріи. Это входитъ всецѣло въ компентенцію судовъ [3]).

В. Браки иностранцевъ въ Австріи и за границей.

§ 34 австрійскаго гражданскаго кодекса постановляетъ; „Личная способность иностранцевъ къ заключенію юридическихъ сдѣлокъ вообще опредѣляется по законамъ, которымъ иностранецъ подчиненъ вслѣдствіе своего мѣстожительства: или же, если у него нѣтъ домициля, по законамъ его родины“ [4]); частные случаи могутъ быть однако регулированы и особо.

Наука понимаетъ 34 ст. какъ опредѣленіе личнаго ста-

австрійскимъ евреемъ и венгерской католичкой, перешедшей въ еврейство (что противно венгерскимъ законамъ), ничтоженъ въ глазахъ австрійскаго и венгерскаго законовъ.

[1]) Ob. Gerichtshof 16 Mai 1876 (Journal, 1877, p. 72).

[2]) Ob. Gerichtshof 26 April 1892 (Journal, 1894, p. 1074).

[3]) Baron Guillaume l. c., p. 385.

[4]) § 34: „Die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften ist insgemein nach den Gesetzen des Ortes, denen der Fremde vermöge seines Wohnsitzes oder, wenn er keinen eigentlichen Wohnsitz hat, vermoge seiner Geburt als Unterthan unterliegt, zu beurtheilen; insofern nicht fur einzelne Fälle in dem Gesetze etwas anderes verordnet ist“. (Meili, Die Kodification p. 26).

тута иностранцевъ по lex domicilii [1]). Практика однако другого мнѣнія, въ виду того, что буквальное пониманіе § 34 гр. код. противорѣчитъ духу § 4 того же уложенія, опредѣляющаго, какъ мы видѣли, личныя права туземцевъ по національному закону. Высшій Австрійскій Судъ высказался за опредѣленіе бракоспособности иностранца по національному закону, во всякомъ случаѣ тогда, когда у него нѣтъ домициля въ Австріи [2]).

Намъ думается, что опредѣленіе бракоспособности иностранцевъ по національному закону врядъ-ли возможно основывать на первой части 34 ст. Но та же статья исключаетъ изъ сферы своего дѣйствія „случаи особо регулированные закономъ". Такое особое регулированіе бракоспособности имѣется въ видѣ декрета Австрійской Канцеляріи Двора отъ 22 Декабря 1814 г. и Циркуляра Министра Внутр. Дѣлъ отъ 22 Ноября 1859 г. Эти указы предписываютъ австрійскимъ властямъ требовать отъ иностранцевъ, брачущихся въ Австріи, цертификатовъ отечественныхъ властей, свидѣтельствующихъ

---

[1]) См. объ этомъ Stoerk, Journal 1880 p. 329; Jettel, Handbuch, p. 24.

[2]) Ob. Gerichtshof 28 Dec. 1893 (Bohm's Zeitschrift 1894, p. 171). Сынъ венгерскаго подданнаго, находящагося на турецкой военной службѣ, женился въ Царскомъ Селѣ на русской по православному обряду. Впослѣдствіи мужъ вчинилъ въ Вѣнскомъ Landsgericht искъ о признаніи ничтожнымъ его брака, какъ заключеннаго безъ согласія отца. Въ этомъ искѣ отказано во всѣхъ инстанціяхъ. Аргументы Высшаго Суда: Женихъ, какъ католикъ, былъ бракоспособенъ по венгерскому каноническому праву, установляющему брачный возрастъ въ 14 лѣтъ, тогда какъ ему было 19; по тому же праву, отсутствіе согласія отца не есть поводъ къ признанію брака ничтожнымъ. 34 ст. австр. гр. код. слѣдуетъ толковать въ пользу принципа національности; но даже при противоположномъ пониманіи этого текста, въ данномъ случаѣ примѣнимъ національный (венгерскій законъ), такъ какъ 34 ст. за отсутствіемъ домициля въ Австріи уже прямо предписываетъ примѣненіе закона родины. Правда, истецъ ссылается на то, что онъ имѣлъ домициль въ Турціи, гдѣ, въ силу Австрійскаго Указа 29 Января 1855 г., правовыя сдѣлки, подлежащіи австро-венгерской консульской юрисдикціи, обсуждаются по одному австрійскому праву; но послѣ 1855 г. введена дуалистическая система, и на домицилѣ венгра въ Турціи нельзя основывать опредѣленіе его дѣеспособности по австрійскому закону.

ихъ бракоспособность по закону родины [1]). На этомъ основаніи, можно утверждать, что бракоспособность иностранцевъ въ Австріи опредѣляется по ихъ національнымъ законамъ.

Нужно, однако, замѣтить, что и австрійскій законодатель придаетъ нѣкоторымъ препятствіямъ къ браку, имѣющимъ публичный характеръ, территоріальную силу. Такъ, католики, отлученные отъ ложа и стола, не могутъ вступать въ Австріи во вторые браки [2]). Мало того, по свидѣтельству Іеттеля, такія impedimenta publici juris дѣлаютъ ничтожными даже браки иностранцевъ, заключенные не въ Австріи [3]).

§ 12. Венгрія.

Венгерскій законъ, 1894 года, введшій гражданскій бракъ содержитъ слѣдующія постановленія о бракоспособности венгровъ за границей и иностранцевъ въ Венгріи [4]).

А. Браки венгровъ за границей.

Дѣйствительность брака, заключеннаго за границей, по сколько рѣчь идетъ о возрастѣ и дѣеспособности супруговъ, зависитъ отъ національнаго закона каждаго изъ нихъ; во всѣхъ же остальныхъ случаяхъ дѣйствительность должна быть основана на національныхъ законахъ обоихъ супруговъ, если только эти законы не ссылаются на другіе (Art 108).

Эта статья имѣетъ, однако, въ виду только браки иностранцевъ между собою или съ венгерками, ибо слѣдующая

---

[1]) Baron Guillaume l. c., p. 386; Jettel, Handbuch, p. 33.

[2]) Jettel, Handbuch, p. 35—36, который приводитъ рѣшеніе Ob. Gerichtshof 14 Juli 1886; нужно, однако, замѣтить, что въ данномъ случаѣ иностранные супруги, бракъ которыхъ признанъ ничтожнымъ, были домицилированы въ Австріи и собирались тамъ же вести супружескую жизнь.

[3]) Jettel, l. c., p. 35 и приводимыя рѣшенія; онъ констатируетъ, однако (p. 49), что большинство этихъ рѣшеній касается браковъ бывшихъ австрійцевъ, натурализовавшихся за границей. По мнѣнію Уеттеля, если натурализовалась одна жена, бракъ ея, заключенный in fraudem legis, ничтоженъ; но того же нельзя сказать, если оба супруга натурализовались до брака въ иностранномъ государствѣ (Jettel, p. 50).

[4]) Lehr, Journal 1895, p. 751—760.

(109) статья закона гласитъ: если женихъ венгерецъ, то всѣ вообще условія дѣйствительности брака, кромѣ возраста и дѣеспособности жены-иностранки, опредѣляются по одному венгерскому закону; при этомъ разрывающія препятствія связываютъ венгра при заграничныхъ бракахъ точно такъ же, какъ еслибы бракъ былъ заключенъ въ Венгріи (Art 110).

Если lex loci actus требуетъ отъ венгровъ цертификатовъ ихъ бракоспособности, таковые выдаются имъ венгерскимъ министерствомъ культовъ [1]); но дѣйствительность брака никоимъ образомъ не зависитъ отъ выдачи этихъ свидѣтельствъ.

В. Браки иностранцевъ въ Венгріи.

109 статья распространяетъ свое дѣйствіе и на браки венгровъ съ иностранками, заключенные въ самой Венгріи. Слѣдующія ниже постановленія касаются поэтому браковъ иностранцевъ между собою или съ венгерками. Именно, если бракъ заключается въ Венгріи, то препятствія венгерскаго закона, основанныя на родствѣ, свойствѣ, существованіи другого брака, или покушеніи на жизнь супруга, распространяются и на иностранцевъ; въ остальномъ же статья 108 примѣнима и къ бракамъ иностранцевъ (Art 111).

Если несовершеннолѣтній иностранецъ не можетъ, безъ вины съ своей стороны, добиться согласія родителей или опекуновъ, требуемаго національнымъ закономъ — то венгерское опекунское учрежденіе мѣстожительства можетъ назначить несовершеннолѣтнему попечителя, и по выслушаніи послѣдняго, разрѣшить бракъ (Art 112).

Иностранцы вообще должны доказывать отсутствіе препятствій къ браку по національному закону. Но Министерство Юстиціи можетъ ихъ освободить отъ представленія этихъ доказательствъ [2]).

---

[1]) Указы 10 Окт. 1875 и 1 Авг. 1883 у Jettel, Handbuch, p. 31.

[2]) См. нѣмецкій текстъ закона у Neumann, Int. Privatrecht, pp. 228—229.

§ 13. Германія.

А. Браки иностранцевъ въ Германіи.

Прусскій Ландрехтъ 1794 года (§ 23) подчинялъ личныя права закону домициля, не дѣлая исключенія для иностранцевъ (§ 34) [1]). Законъ 13 Марта 1854 г. постановилъ однако, что иностранцы, вступающіе въ бракъ въ Пруссіи, должны доказать свою бракоспособность посредствомъ цертификатовъ своей страны; правительство могло, впрочемъ, диспенсировать отъ этихъ цертификатовъ, а англичане, французы и американцы вообще освобождены министерскими циркулярами отъ ихъ представленія. Законъ 9 Марта 1874 г. требовалъ отъ всѣхъ брачущихся доказательствъ ихъ бракоспособности; въ мотивахъ къ § 15 этого закона поясняется, что имѣлось въ виду затруднить браки иностранцевъ въ Пруссіи, гдѣ ихъ не знаютъ [2]).

По 39 ст. баварскаго закона 16 Апрѣля 1868 года, иностранцы, желающіе вступить въ бракъ въ Баваріи, должны представить цертификатъ въ томъ, что законодательство отечества жениха не препятствуетъ этому браку, и что онъ будетъ имѣть тѣ же послѣдствія, какъ еслибы онъ былъ заключенъ на родинѣ [3]). Главная цѣль этого закона [4]) — освобо-

[1]) Meili, Die Kodification, pp. 12 — 14.

[2]) Felix Stoerk (Journal 1883, pp. 5 — 12): De la condition des étrangers en Prusse. Онъ же приводитъ рѣшеніе Berliner Landesgericht, по которому англичанинъ, даже не домицилированный въ Германіи, долженъ доказать, что онъ имѣетъ согласіе восходящихъ на вступленіе въ бракъ хотя это не требуется англійскимъ правомъ. Министерскіе циркуляры признали ошибочность взгляда суда.— См. также Baron Guillaume. l. c., p. 371,

[3]) Art 39. „Ausländer, welche auf bayrischem Gebiete, ohne nach Bayern förmlich eingewandert zu sein, eine Ehe schliesssen wollen, haben der Distriktsverwaltungsbehörde des Ortes, an welchem der das Aufgebot anordnende zuständige Standesbeamte seinen Sitz hat, den Nachweis vorzulegen, dass nach den im Heimatlande des Mannes geltenden Gesetzen diese Eheschliessung zulässig ist und dieselben Wirkungen hat, wie wenn sie im Heimatlande selbst erfolgt wäre. — Ist dieser Nachweis geliefert, so hat die Distriktsverwaltungsbehörde ein Zeugniss auszustellen, dass der Eheschliessung kein Hindernis im Wege stehe“ (Niemeyer, Positives Internationales Privatrecht, I, p. 84.)

[4]) По объясненію Министерства Внутр. Дѣлъ, 5 Декабря 1875 года.

дить Баварію отъ обязанности содержать семьи иностранцевъ, браки которыхъ съ баварками не признаны въ отечествѣ мужей.

Въ настоящее время, впрочемъ, въ силу 13 Art § 1 Einfuhrungsgesetz'a къ германскому гражданскому кодексу, баварскія власти должны устанавливать бракоспособность какъ иностраннаго жениха, такъ и иностранной невѣсты по національному закону каждаго.

На основаніи 39 ст. баварскія власти отказываются вѣнчать иностранцевъ, національный законъ которыхъ запрещаетъ смѣшанные браки, несмотря на то, что Имперскій законъ 3 Іюля 1869 года уничтожилъ всѣ правоограниченія, основанныя на религіи. Баварскій Министерскій Указъ отъ 4 Февраля 1889 года предписываетъ соблюдать австрійское запрещеніе браковъ христіанъ съ нехристіанами [1]).

Баденскія власти требовали прежде отъ иностранцевъ, женящихся на баденскихъ подданныхъ, цертификатовъ, что ихъ жены будутъ приняты въ общинѣ мужа; выходящія же за баденцевъ иностранки должны были обладать небольшимъ денежнымъ капиталомъ [2]). 24 ст. Баденскаго закона 9 Декабря 1875 года постановляетъ, что не-германцы (Nicht-Deutche), для вступленія въ бракъ въ Баденѣ, должны доказать отсутствіе препятствій по національному праву; мотивы къ этому закону указываютъ на то, что непризнаніе браковъ иностранцевъ въ ихъ отечествѣ можетъ отразиться и на туземцахъ, и что вообще не слѣдуетъ способствовать обходу иностраннаго права [3]).

Въ Ганноверѣ и Кургессенѣ отъ иностранцевъ требовали цертификатовъ, что ихъ жены — мѣстныя подданныя

---

[1]) I. Keidel. Du Mariage des étrangers en Bavière. (Journal 1896. pp. 981—990).

[2]) 150 fl.; законъ 31 Декабря 1831 года. См. у Foelix-Demangeat l. c., Tome II, p. 486—487.

[3]) См. Bohm's Zeitschrift, Band VI, 1896, p. 161, гдѣ приведено рѣшеніе Amtsgericht Karlsruhe 26 Іюня 1895, по которому Art 24 закона 9 Декабря 1875 неприменнимъ къ такъ называемому Heimathslose, ибо у нихъ нѣтъ отечества, которое могло бы выдать имъ цертификаты.

будутъ приняты въ новомъ отечествѣ. Въ Великомъ Герцогствѣ Гессенѣ священники, подъ страхомъ штрафа, не могли вѣнчать иностранцевъ, не доказавшихъ отсутствія препятствій къ браку на основаніи цертификатовъ отечественныхъ властей; бюргеръ общины, женящійся на иностранкѣ, долженъ доказать, что она приноситъ ему 200 флориновъ [1]).

Въ Рейссѣ Младшей Линіи браки иностранцевъ регулированы инструкціей для Standesbeamten 11 Ноября 1875 года. По этой инструкціи иностранцы должны представить цертификаты компетентныхъ властей родины въ томъ, что предполагаемый бракъ не встрѣчаетъ препятствій со стороны законовъ этой родины, и что иностранецъ будетъ принятъ ею вмѣстѣ съ женою. Рейсскіе суды признали недавно, что этотъ цертификатъ никакъ не можетъ быть замѣненъ свидѣтельствомъ о бракоспособности по національному закону [2]).

Саксонскій гражданскій кодексъ (§ 13) постановляетъ: „Заключеніе и расторженіе брака обсуждается по законамъ государства, коего подданнымъ состоитъ мужъ“ [3]).

Имперскій законъ о бракѣ 6 Февраля 1875 года (Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung) гласитъ въ своей 38 статьѣ, что партикулярныя нормы, подчиняющія браки иностранцевъ особому разрѣшенію, остаются въ силѣ; отсутствіе разрѣшенія не можетъ, однако,

---

[1]) Foelix-Demangeat l. c., Tome II, pp. 498—500.

[2]) Австрійскій подданный Бл., желая сочетаться бракомъ съ рейсской подданной, представилъ рейсскому Standesbeamter свидѣтельство австрійскихъ властей о своей бракоспособности, а также о томъ, что жена по австрійскому праву слѣдуетъ національности мужа. Но рейсскій чиновникъ требовалъ цертификата въ томъ, что онъ, Бл., способенъ по австрійскимъ законамъ къ вступленію именно въ данный бракъ, и что именно этотъ бракъ будетъ признанъ въ Австріи. Австрійскія власти отказались выдать такое свидѣтельство, такъ какъ признаніе или непризнаніе конкретнаго брака входитъ въ судебную компетенцію; а рейсскіе суды поддержали отказъ чиновника приступить къ вѣнчанію (Gräsel Eheschliessung von Ausländern in Deutschen Reiche въ Böhm's Zeitschrift 1895, pp. 113—123).

[3]) Meili, Die Kodification, p. 28.

повести къ признанію брака ничтожнымъ [1]). Имперскій Министерскій указъ 23 Іюля 1892 года вообще освободилъ уроженцевъ нѣкоторыхъ государствъ отъ представленія цертификатовъ [2]).

Вопросъ о томъ, посколько нормы германскаго закона вліяютъ на опредѣленіе бракоспособности иностранцевъ, брачущихся въ Германіи, относится, конечно, къ области Имперскаго Права. Германская доктрина и юриспруденція рѣшали до сихъ поръ единогласно, что имперскій законъ 6 Февраля 1875 года о бракѣ не конкуррируетъ съ національнымъ закономъ иностранца о его бракоспособности [3]).

Новый германскій гражданскій кодексъ опредѣляетъ бракоспособность каждаго брачущагося въ Германіи по его національному закону [4]). Если, однако, иностранный законъ самъ уступаетъ свою компетенцію германскому, то эта отсылка принимается (Art. 27 des Einf. Ges.), и такимъ образомъ вмѣсто національнаго закона можетъ оказаться компетентнымъ либо lex domicilii, либо даже lex loci contractus [5]).

Новый германскій кодексъ содержитъ еще другое, довольно оригинальное, ограниченіе принципа національности. Жена безвѣстно отсутствующаго иностранца, послѣднее мѣстожительство котораго было въ Германіи, можетъ требовать объявленія его умершимъ по германскимъ законамъ, если

[1]) Baron Guillaume l. c., p. 375.

[2]) Именно уроженцевъ: 1) Англіи, 2) Соединенныхъ Штатовъ, 3) Австріи (за исключеніемъ Венгріи, Тироля, Зальцбурга, Форальберга и Карніолы), 4) Голландіи, 5) Швеціи и Норвегіи, 6) Швейцаріи, 7) Бельгіи, 8) Франціи и 9) Италіи; однако отъ подданныхъ послѣднихъ трехъ странъ требуется совершеніе оглашеній на родинѣ, или же свидѣтельство, что нѣтъ препятствій къ браку. См. Journal 1893, p. 257.

[3]) Keidel, l. c. Journal 1896.

[4]) Art. 13 des Einfuhrungs-Gesetzes zum Burg. Gesetzbuche, Abs. 1, „Die Eingehung der Ehe wird, sofern auch nur einer der Verlobten ein Deutscher ist, in Ansehung eines jeden der Verlobten nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dem er angehört. Das Gleiche gilt für Ausländer die im Inlande eine Ehe eingehen".

[5]) Ср. Erich Aron, Bohm's Zeitschrift 1896, pp. 1 — 24; Barazetti: Das Internationale Privatrecht im Bürg. Gesetzbuche, 1897, p. 12.

только она сама нѣмка или была нѣмкой до замужества. (Art. 9 Abs. 3, Einf. Ges.). Если она затѣмъ вступаетъ въ новый бракъ, то ея бракоспособность обсуждается по германскому закону (Art. 13, Abs. 2 Einf. Gesetz). Это положеніе жены безвѣстно отсутствующаго иностранца кажется особенно страннымъ, если сравнить его съ положеніемъ жены объявляемаго умершимъ нѣмца, которая приняла впослѣдствіи иностранное подданство; бракоспособность послѣдней будетъ обсуждаться по иностранному праву! Барацетти предлагаетъ, поэтому, толковать Abs. 2 Art. 13 въ томъ смыслѣ, что бракоспособность жены объявляемаго умершимъ иностранца опредѣляется по германскому праву только, посколько это логически вытекаетъ изъ примѣненія германскихъ нормъ о безвѣстномъ отсутствіи (Verschollenheitsrecht) [1]; во всемъ же остальномъ бракоспособность должна зависѣть отъ національнаго закона [2].

В. Браки германцевъ за границей.

Законы германскихъ государствъ относились къ бракамъ туземцевъ за границей крайне несочувственно.

Такъ, Баварскій Ордонансъ отъ 12 Іюля 1808 г. даже вообще запрещаетъ браки баварцевъ за границей, подъ страхомъ ничтожности и тюремнаго заключенія. Декретъ 6 Августа 1815 года разрѣшилъ, однако, администраціи ратифицировать эти браки [3], а законъ 16 Апрѣля 1868 г. дозволилъ ихъ вообще при условіи испрошенія согласія отечественныхъ властей. Наконецъ, законъ 17 Марта 1892 года установилъ слѣдующій порядокъ: бракъ совершается лишь на основаніи свидѣтельства компетентной власти, что не существуетъ къ нему препятствій по баварскому закону; совершенный безъ такого свидѣтельства бракъ, хотя и дѣйствителенъ, но не имѣетъ ни гражданскихъ, ни публично правовыхъ послѣдствій для

[1]) Barazetti, l. c., p. 62

[2]) См. также Mariolle y Bohm 1899, p. 104 — 107.

[3]) Foelix-Demangeat, l. c. Tome II, p. 494 — 495.

жены и дѣтей [1]). Эти послѣдніе эффекты брака наступаютъ лишь послѣ выдачи свидѣтельства [2]).

Подобныя же постановленія существовали въ законодательствахъ другихъ германскихъ государствъ [3]). Изъ нихъ явствуетъ, что бракоспособность туземцевъ въ глазахъ отечества оставалась и за границей подчиненной національнымъ законамъ; а въ нѣкоторыхъ нѣмецкихъ законодательствахъ это было выражено и прямо.

Имперскій законъ 4 Мая 1870 года регулируетъ только браки нѣмцевъ, заключенные передъ дипломатическими или консульскими агентами. Юриспруденція признаетъ, однако, право нѣмцевъ вступать въ браки и передъ иностранными мѣстными властями, опредѣляя въ такихъ случаяхъ бракоспособность по нѣмецкому закону. Такъ, Германскій Имперскій судъ рѣшилъ, что принцы и за границей не могутъ вступать въ браки съ неравнородными. (Reichsgericht 7 Mai 1886 [4]). Тотъ же судъ установилъ необходимость со-

[1]) Niemeyer, Positives Int. Privatrecht I, p. 84.

[2]) Ср. Keidel въ Journal, 1897, pp. 986—997; Reichsgericht рѣшилъ 12 Апрѣля 1886, что къ браку, заключенному безъ разрѣшенія властей примѣнимы уголовные законы о прелюбодѣяніи.

[3]) Foelix-Demangeat (l. c. Tome II, pp. 485 — 500) приводитъ слѣдующія свѣдѣнія: бракъ, заключенный Баденцемъ за границей безъ разрѣшенія правительства, дѣйствителенъ, но влечетъ за собою потерю гражданства. (Art. 11 гражд. код.); браки Вюртембержцевъ, заключенные при аналогичныхъ условіяхъ, ничтожны; въ Кургессенѣ указъ 24 Марта 1721 года облагалъ совершеніе браковъ за границей in fraudem legis заключеніемъ въ рабочій домъ; циркуляръ 20 Ноября 1825 предписываетъ чиновникамъ заручаться согласіемъ начальства, а для прочихъ гражданъ установляетъ цертификатъ, что они способны упражнять какую нибудь профессію, за отсутствіемъ котораго иностранные жены и дѣти гессенца не могутъ поселиться въ Гессенѣ. Точно также и въ Ганноверѣ не принимали иностраннаго супруга, если бракъ былъ заключенъ безъ разрѣшенія ганноверскаго правительства. Разрѣшенія не требовалось отъ подданныхъ Саксоніи. Въ герцогствѣ Нассау оно было обязательно лишь для евреевъ.

[4]) Принцъ Сайнъ-Витгенштейнъ женился въ женевскомъ кантонѣ на г-жѣ Лиліенталь, которая послѣ его смерти продолжала носить его титулъ и гербъ. Судъ рѣшилъ, что бракъ имѣлъ лишь гражданскій эффектъ (Journal 1883, p. 312).

гласія родителей при бракахъ несовершеннолѣтнихъ жителей рейнской провинціи, совершаемыхъ за границей [1]).

Изъ Abs. 1 Art. 13 Einf. Ges. новаго германскаго кодекса слѣдуетъ, что, при заграничныхъ бракахъ нѣмцевъ между собою и съ иностранцами, брачоспособность каждаго изъ нихъ обсуждается по его національному закону. Исключеніе дѣлается, какъ мы уже видѣли, только для жены иностранца, объявленнаго умершимъ по германскому закону (Abs. 2 Art. 13) О заграничныхъ бракахъ иностранцевъ между собою законъ не упоминаетъ.

§ 14. Швеція.

Браки иностранцевъ, заключенные за границей и дѣйствительные по національному закона мужа, признаются и въ Швеціи, исключая, однако, случаевъ, когда такіе браки явно безнравственны (напр. мормонскіе браки). Это правило распространяется даже на шведовъ, принявшихъ иностранное подданство in frandem legis: если шведъ натурализуется въ Даніи, женится тамъ на своей племянницѣ (что противно шведскому закону), и вернется въ Швецію, его бракъ долженъ быть дѣйствительнымъ и въ послѣдней странѣ.

Что же касается брачоспособности иностранцевъ, вступающихъ въ бракъ въ Швеціи, то она безусловно обсуждается по шведскому закону; при этомъ безразлично, совершается ли бракъ между шведами и иностранцами, или между одними послѣдними, какъ не оказываетъ вліянія и то обстоятельство, что супруги послѣ брака покидаютъ Швецію. Пасторъ или гражданскія власти, совершающіе бракъ, строго слѣдятъ за тѣмъ, чтобы не было препятствій къ нему по шведскому закону. Датчанинъ не можетъ жениться въ Швеціи на племянницѣ; такой бракъ будетъ признанъ ничтожнымъ, а пасторъ или гражданская власть, совершившіе его подвергнуты уголовной отвѣтственности [2]).

[1]) Reichsgericht 27 Октября 1891 (Böhm's Zeitschrift 1893, p. 154).

[2]) D'Olivecrona. Du mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger (Journal 1883, p. 343—356).

Браки шведовъ за границей дѣйствительны, если совершены согласно lex loci, если не составляютъ кровосмѣшенія по кодексу 1734 года, и не противны добрымъ нравамъ [1]).

§ 15. Данія.

Указъ 1827 года запрещаетъ датчанамъ заключать за границей браки, недозволенные въ Даніи, и снабжаетъ этотъ запретъ особой санкціей: король можетъ признать ничтожнымъ такой бракъ, хотя бы обойденное препятствіе не имѣло разрывающаго значенія въ Даніи [2]).

Законъ 19 Февраля 1892 года разрѣшилъ датскимъ консуламъ совершать браки датскихъ подданныхъ, какъ между собою, такъ и съ иностранцами. До совершенія брака консулъ долженъ удостовѣриться въ бракоспособности обѣихъ сторонъ. Брачный возрастъ и необходимость согласія родителей опредѣляются для каждаго брачущагося по его національному закону. Препятствіе родства или свойства должно отсутствовать по національнымъ законамъ обѣихъ сторонъ. Бракъ возможенъ, лишь при соблюденіи слѣдующихъ условій датскаго закона:

1) Ни одна сторона не должна быть связана предшествующимъ бракомъ. 2) Послѣ прекращенія послѣдняго брака невѣсты долженъ истечь годичный срокъ, или же должно быть достовѣрно извѣстно, что она не беременна отъ прежняго мужа (§ 5 закона 1892 года).

Свою бракоспособность стороны доказываютъ или письменными цертификатами, или представленіемъ двухъ поручителей, или же присягой; но консулъ можетъ и инымъ путемъ удостовѣриться въ истинности приводимыхъ фактовъ (§ 6).

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ можетъ уполномочить консула на диспенсацію отъ соблюденія предписаній дат-

---

[1]) Baron Guillaume, p. 486.

[2]) См. анонимную статью „Eherechtliches aus Dänemark“ у Böhm, Band I (1891), p. 539—543.

скаго закона касательно препятствій, основанныхъ на возрастѣ, родствѣ или свойствѣ (§ 7) [1]).

§ 16. Англія [2]).

До начала нынѣшняго вѣка англійская судебная практика опредѣляла какъ личныя, такъ и формальныя условія заключенія брака по lex loci contractus [3]). Въ настоящее же время, по свидѣтельству всѣхъ писателей, установился принципъ, по которому личныя условія опредѣляются по закону мѣстожительства брачущихся. Одинъ Вестлэкъ, опираясь на приведенныя старинныя рѣшенія, утверждаетъ, что способность къ вступленію въ бракъ должна имѣться какъ по l. domicilii, такъ и по lex contractus [4]).

Новое начало подвергается, однако, англійскими судами очень опасному ограниченію. Именно, подъ личными или существенными условіями брака они разумѣютъ отсутствіе однихъ разрывающихъ препятствій. Всѣ же остальныя препятствія, и въ особенности необходимость согласія родителей или ихъ замѣняющихъ лицъ, относятся къ формамъ, какъ не влекущія

[1]) См. текстъ закона у Böhm, Zeitschrift, Band II, p. 414—415.

[2]) Dicey Conflict of Laws, Chap. XXVI, p. 626—654; Dicey-Stocquart, Le statut personnel anglais, Tome II., pp. 1 — 84; J. A Foote, A concise treatise on Private International Jurisprudence, pp. 47 — 59; Westlake-Holtzendorff, Lehrbuch, §§ 126 — 128; Phillimore, Commentaries IV, Chapt. XVIII, Alexander, Du mariage en droit international suivant la jurisprudence anglaise (Journal VIII, pp. 193 — 205), Story Commentaries on the Conflict of Laws Edition 1865, Chap. V.

[3]) Знаменитый авторъ Marriage Act. 1753, Lord Hardwicke, какъ до, такъ и послѣ изданія акта, опредѣлялъ бракоспособность по lex loci contractus; въ 1748 году (дѣло Roach v-Garvan) онъ призналъ бракъ 11-ти-лѣтней несовершеннолѣтней англичанки, совершенный во Франціи, а въ 1756 году (Butler v. Freeman) бракъ англійскаго несовершеннолѣтняго заключенный въ Остендѣ (Story § 124, примѣч. 5). — Scrimshire v. Scrimshire, 1752 (Westlake, § 14). — Compton v Bearcroft 1768; въ этомъ дѣлѣ High Court of Delegates рѣшилъ, что бракъ дѣйствителенъ, если удовлетворяетъ условіямъ lex loci contractus, хотя бы былъ заключенъ in fraudem legis (Story, § 123a). Middleton v. Janverin 1802 (Westlake, § 14). — Dalrymple v. Dalrymple 1811. (Phillimore IV, CCCXVII, f. Dicey-Stocquart. p. 6, примѣчаніе).

[4]) Ср. Westlake, § 14 съ § 20.

за собою ничтожности брака, и подчиняются lex loci contractus.

А. Браки англичанъ и домицилированныхъ лицъ въ Англіи за границей.

По остроумной догадкѣ Дайси, такое странное ограниченіе понятія существенныхъ условій брака (essentials) объясняется переживаніемъ прежнихъ идей, подъ господствомъ которыхъ знаменитые Гретно-Гринскіе браки, заключенные въ Шотландіи безъ согласія англійскихъ родителей, всетаки признавались въ Англіи. Когда суды стали опредѣлять личную способность по l. domicilii, для поддержанія дѣйствительности этихъ браковъ осталось одно средство — отнести согласіе родителей къ формамъ [1]).

Опредѣленіе личныхъ условій по закону мѣстожительства освящено палатой лордовъ въ 1861 году, по дѣлу Brook v. Brook [2]); лордъ Кампбелль призналъ ничтожность брака, заключеннаго въ Даніи вдовцомъ съ сестрою покойной жены, тогда какъ обѣ стороны были домицилированы въ Англіи. На такомъ же основаніи судья Крессвелль еще въ 1859 году объявилъ недѣйствительнымъ бракъ супруговъ Mette [3]).

Принципъ домициля господствуетъ однако далеко не исключительно въ англійскомъ правѣ. Такъ, Royal Marriage Act 12 Geo 3. c 11 запрещаетъ потомкамъ короля Георга II (даже не домицилированнымъ въ Англіи) вступать въ бракъ безъ разрѣшенія суверена, и поражаетъ такіе браки ничтожностью [4]).— Неспособность къ вступленію въ бракъ, какъ послѣдствіе уголовнаго наказанія, не можетъ имѣть экстратерриторіальной силы. Англійская юриспруденція рѣшила даже, что браки заключенные за границей лицами, пораженными „British acts

---

[1]) Dicey-Stocquart, l. c., p. 6, примѣчаніе.

[2]) Westlake, § 17; Foote, p. 48; Phillimore, p. 278—279.

[3]) Foote, p 49; Dicey-Stocquart, § 180.

[4]) Этотъ законъ получилъ напр. примѣненіе въ 1844 году; Sussex Peerage Case, Westlake § 22; Dicey-Stocquart, p. 72.

of attainder", должны быть признаны дѣйствительными въ самой Англіи [1]).

Браки, считающіеся въ англійскомъ правѣ за кровосмѣшеніе, ничтожны, гдѣ бы и кѣмъ бы они ни были заключены [2]); они слѣдовательно невозможны и для англичанъ, домицилированныхъ внѣ Англіи. Наконецъ, въ виду того, что англійскій законъ признаетъ только моногамическій бракъ, англичане, домицилированные въ мусульманскихъ странахъ, не могутъ вступить во второй бракъ при жизни первой жены [3]).

B. **Браки домицилированныхъ за границей лицъ въ Англіи** послѣдовательно подчиняются тѣмъ же началамъ. Сюда относятся знаменитыя дѣла Simonin v. Mallac и Sottomayor v. de Barros.

Въ дѣлѣ Simonin v. Mallac (1860) англійскій судъ (Full Court of Divorce) призналъ дѣйствительность брака, заключеннаго въ Англіи двумя французами, не испросившими согласія родителей посредствомъ actes respectueux. При этомъ судья сэръ Крессвелль сдѣлалъ нѣсколько вѣскихъ замѣчаній противъ теоріи обхода законовъ, указавъ на невозможность доказать злую волю сторонъ. Это рѣшеніе получило косвенную санкцію палаты лордовъ, гдѣ лордъ Кампбелль (въ дѣлѣ Brook v. Brook 1861) выяснилъ, что несоблюденіе предписанія объ actes respectueux не влечетъ за собою ничтожности брака въ глазахъ самого французскаго закона, и что слѣдовательно это условіе чисто формальное [4]).

Въ дѣлѣ Sottomayor v. de Barros представляло рѣшить вопросъ, могутъ ли двоюродный братъ и сестра, жительствующіе въ Португаліи, вступить между собою въ бракъ въ Англіи, согласно англійскому и вопреки португальскому закону. Знаменитый Филлиморъ (судья въ I инстанціи) нашелъ

---

[1]) Kynnaird v. Leslie 1866; (Foote, p. 58).
[2]) Dicey-Stocquart, II, p. 71.
[3]) Court of Appeal 7 February 1893 (Journal Clunet 1893, p. 915).
[4]) Phillimore, l.c. CCCCXXXV, A; Foote, p. 50; Westlake § 21.

въ этомъ случаѣ аналогію съ дѣломъ Simonin v. Mallac, и призналъ бракъ дѣйствительнымъ. Но апелляціонный судъ (въ составѣ судей Джемсъ, Баггалей и Коттонъ) въ 1877 году отмѣнилъ это рѣшеніе, и выставилъ какъ общій принципъ, что личная способность къ вступленію въ бракъ зависитъ отъ закона мѣстожительства. „Probate and Divorce Division“ (первая судебная инстанція) всетаки признала дѣйствительность брака, но уже по той причинѣ, что супруги оказались домицилированными не въ Португаліи, а въ Англіи [1]).

Апелляціонный судъ выставилъ однако важное ограниченіе своего принципа. По мнѣнію судьи Коттона, бракъ только тогда можетъ быть признанъ ничтожнымъ на основаніи lex domicilii, если обѣ стороны имѣютъ мѣстожительство въ странѣ его воспрещающей; Англія не обязана признать неспособность, которую устанавливаетъ иностранный законъ по отношенію къ лицу, жительствующему въ королевствѣ. Судья Ганненъ высказался еще опредѣленнѣе въ пользу примѣненія lex loci contractus, если стороны разныхъ національстей. Въ самомъ дѣлѣ, восклицаетъ онъ, какому же изъ двухъ иностранныхъ статутовъ, противорѣчащихъ другъ другу, долженъ поклониться (to pay the compliments) англійскій законъ [2])?

Другія ограниченія дѣйствія личнаго статута брачущихся основаны на требованіяхъ англійскаго публичнаго порядка.

Первое условіе признанія какого бы то ни было брака — соотвѣтствіе его англійскому представленію объ этомъ институтѣ. „Probate and Divorce Division of the High Court“ въ дѣлѣ Hyde v. Hyde отказался признать мормонскій бракъ, заключенный въ Ута вслѣдствіе его полигамическаго характера, и притомъ не взирая на то, что въ данномъ случаѣ этотъ бракъ остался моногамическимъ [3]).

---

[1]) 6 Августа 1879, судья Hannen.

[2]) См. о дѣлѣ Sottomagor v. de Barros y Alexander Journal VIII, pp. 194 — 199, Foote, p. 51, Dicey-Stocquart, pp. 80 — 81; Weslake § 17.

[3]) Foote, p. 53; за моногамическое пониманіе брака также рѣшенія: Ju re Bethell 1888 и Brinkley v. Attorney General 1890 (Dicey, Conflict of Laws, p. 639).

Англійскіе суды не признаютъ также браковъ, въ которыхъ они видятъ кровосмѣшеніе (incest). Какъ справедливо замѣчаетъ Стори, только браки между родственниками въ прямой линіи и между братьями и сестрами могутъ считаться за кровосмѣшеніе въ сознаніи всего человѣчества [1]); затѣмъ уже начинается субъективное усмотрѣніе территоріальныхъ законодательствъ. Но англійское право претендуетъ на абсолютную непогрѣшимость, и Лордъ Леонардсъ выразилъ это въ весьма характерной формѣ, сказавъ въ дѣлѣ Brook v. Brook буквально слѣдующее: „Мы не допустимъ дѣйствія иностраннаго закона на нашей территоріи, если онъ противенъ Божьему закону, въ нашемъ пониманіи этого закона“ [2]). Согласно этому взгляду постановлены рѣшенія въ дѣлахъ Birtwhistle v. Vardill и Harford v. Morris [3]).

Англійскій публичный порядокъ оказываетъ на иностранный личный статутъ не только отрицательное, но и положительное дѣйствіе. По свидѣтельству Дайси [4]), препятствіе къ браку, неизвѣстное англійскому праву, никогда не признается въ Англіи: такъ ни цвѣтъ кожи, ни монашескій санъ не препятствуютъ заключенію браковъ въ Соединенномъ Королевствѣ, что бы ни постановляли lex domicilii брачущихся. Неспособность, основанная на иностранномъ уголовномъ приговорѣ, конечно, тоже не признается въ Англіи. Наконецъ, нелишне отмѣтить удивительное заявленіе Дайси, что англій-

[1]) Story, Conflict of Laws, § 14, VI edition.

[2]) We do not admit any foreign law to be of force here, when it is opposed to god's law, according to our view of that law; Story, Conflict of Laws, 6 edition, § 114a.

[3]) Foote, p. 53. Въ дѣлѣ Warrender v. Warrender предложенъ критерій для опредѣленія понятія кровосмѣшенія по англійскому праву: нужно различать, запрещенъ ли бракъ вслѣдствіе его „inexpediency“ (примѣръ: бракъ между двоюродными братомъ и сестрою), или же въ виду его „immorality“ (примѣръ: бракъ между дядей и племянницей). Только запретъ, основанный на „immorality“, дѣйствуетъ и на иностранцевъ домицилированныхъ внѣ Англіи. Критерій, конечно, весьма шаткій (Dicey-Stocquart, l. c., p. 71 — 72).

[4]) Dicey, Conflict of Laws, p. 647.

скіе суды никоимъ образомъ не допустятъ дѣйствія въ Англіи иностраннаго статута, воспроизводящаго постановленія Royal Marriage Act. 12 Geo III, Cap 11 [1]).

§ 17. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.

Въ Сѣверной Америкѣ, по свидѣтельству Уортона, господствуетъ теорія „національной политики", направленная къ поддержанію браковъ. Эту теорію онъ резюмируетъ въ двухъ слѣдующихъ положеніяхъ.

1. Браки иностранцевъ, заключаемые въ Штатахъ, дѣйствительны, если брачущіеся удовлетворяютъ личнымъ условіямъ американскаго закона, хотя бы они и были неспособны къ браку по національному праву.

2. Браки американскихъ гражданъ, бракоспособныхъ по американскому праву, заключаемые за границей не могутъ быть опорочены на основаніи lex loci contractus [2]).

Эти правила касаются также отношеній отдѣльныхъ штатовъ между собою.

Въ развитіе перваго правила, Уортонъ сообщаетъ, что ни въ одномъ штатѣ не будутъ признаны ограниченія бракоспособности, основанныя на родствѣ въ боковыхъ степеняхъ дальше первой степени [3]), какъ и запрещенія брака съ сестрой покойной жены [4]). Иностранцы могутъ вступать въ браки въ Америкѣ, хотя бы они были несовершеннолѣтни по національному закону, или не имѣли установленнаго симъ закономъ согласія родителей [5]). Точно также, ограниченія бракоспособности, основанныя на принадлежности къ духовенству, монашеству, на религіи, цвѣтѣ кожи, не дѣйствуютъ въ Америкѣ, равно какъ и особенныя ограниченія бракоспособности членовъ царствующихъ домовъ [6]).

[1]) Dicey, Conflict of Laws, p. 27.
[2]) Wharton, Conflict of Laws, Second Edition 1881, § 127.
[3]) § 137.
[4]) § 140.
[5]) §§ 147, 150.
[6]) §§ 154 — 159.

Свое второе правило Уортонъ дополняетъ въ томъ смыслѣ, что подданные штата не могутъ обходить его законовъ посредствомъ заключаемыхъ за границей браковъ. Въ видѣ примѣровъ, онъ указываетъ на рѣшеніе Высшаго Суда Сѣверной Каролины и на новый статутъ Массачузеттса, который ставитъ однако ничтожность брака въ зависимость отъ наличности fraus [1]). Отсутствіе fraus въ нѣкоторыхъ штатахъ выводится изъ того, что брачущіеся пріобрѣли bona fide домициль внѣ штата, въ которомъ они жили до брака [2]).

Бассетъ Муръ, снабдившій сочиненіе Дайси превосходными замѣтками о современной американской юриспруденціи [3]), высказывается еще рѣшительнѣе, чѣмъ Уортонъ за lex loci contractus. „Бракъ, дѣйствительный тамъ, гдѣ онъ былъ заключенъ, всюду дѣйствителенъ, исключая случаи кровосмѣшенія (incest) (браковъ восходящихъ съ нисходящими и брака съ сестрою) и полигаміи“. Теорія in fraudem legis, по свидѣтельству Мура, примѣняется еще въ нѣкоторыхъ штатахъ, но только въ случаѣ если брачущіеся не пріобрѣли домициля внѣ предѣловъ запретительнаго статута. Такъ напр., въ дѣлѣ Dupre v. Boulard, бракъ бѣлаго и цвѣтной, заключенный во Франціи, не признанъ въ Лузіанѣ, странѣ домициля; но Лузіанскій же судъ призналъ бракъ двухъ такихъ лицъ, заключенный послѣ того, какъ они пріобрѣли домициль въ Испаніи (Succesion of cavallero) [4]).

§ 18. Южно-американскія республики.

1. Аргентинія.

Браки аргентинцевъ, заключенные за границей по lex loci actus, признаются въ Аргентинской республикѣ, даже въ

[1]) Ср. также рѣшенія Нью-Іорскаго суда 7 Февраля 1881, Thorp c. Thorp, коимъ второй бракъ нью-іорскаго жителя, заключенный въ Пенсильваніи, признанъ ничтожнымъ на томъ основаніи, что онъ не имѣлъ на это права, какъ виновный въ адультерѣ, мотивировавшемъ разводъ перваго брака (Journal Clunet 1882, p. 447).

[2]) Тенесси, Нью-Іоркъ, Wharton § 135.

[3]) Basset Moore, American Notes къ Dicey's Conflict of Laws.

[4]) Basset Moore y Dicey, pp 656—657.

случаяхъ обхода аргентинскихъ законовъ о бракоспособности. Исключеніе имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда нарушенъ аргентинскій публичный порядокъ (напр. при заключеніи за границей полигамическаго брака, или же вступленіи въ бракъ католическаго священника [1]).

2. Бразилія.

Бразиліанскіе Суды обсуждаютъ бракоспособность иностранцевъ-католиковъ, какъ съ точки зрѣнія каноническаго права, такъ и со стороны національнаго закона брачущихся; для дѣйствительности брака необходимо соблюсти личныя условія того и другого [2]). Отсюда слѣдуетъ, что бракоспособность иностранцевъ—некатоликовъ обсуждается по ихъ національному закону.

3. Чили.

Способность чилійцевъ къ вступленію въ бракъ остается и за границей подчиненной чилійскимъ законамъ. Браки же нечилійцевъ обсуждаются и со стороны формы и со стороны личныхъ условій по lex loci contractus [3]).

4. Перу.

Перуанцы, брачущіеся за границей, подчинены личнымъ условіямъ ст. 158 перуанскаго гражданскаго кодекса [4]).

5. Союзъ южно-американскихъ государствъ.

12 Февраля 1889 года Аргентинія, Бразилія, Чили, Перу, Боливія, Уругвай и Парагвай заключили въ Монтевидео дого-

---

[1]) Daireaux, De la condition légale des étrangers dans la république argentine (Journal 1886, p. 291), который ссылается на §§ 159—165 аргентин. гражд. кодекса.

[2]) Dr. Souza Bandeira Filho „Le mariage au Brésil“ (Journal 1881, p. 340).

[3]) Art 119 чил. гр. код., см. Fabres: „Le droit international prie dans la législation du Chili“ (Journal 1887, p. 140).

[4]) Pradier-Fodéré: „Da la condition légale des étrangers au Pérou“ Journal 1879, p. 47—49).

воръ регулирующій ихъ отношенія въ области международнаго частнаго права. 11 ст. IV титула опредѣляетъ способность къ вступленію въ бракъ по lex loci contractus. Договаривающіяся государства сохраняютъ однако за собою право не признавать браковъ, заключенныхъ при наличности слѣдующихъ препятствій: A. Незрѣлаго возраста (для мужчинъ минимумъ 14 лѣтъ, для женщинъ 12); B. Родства (законнаго или незаконнаго) въ прямой линіи; C. Родства въ 1 степени боковой линіи, т. е. между братьями и сестрами (законными или незаконными) D. Убійства одного изъ супруговъ, съ цѣлью брака съ другимъ (препятствіе касается, конечно, убійцы) E. Существованія другого нерасторгнутаго брака [1]).

§ 19. Турція.

A. Браки турокъ за границей.

Турецкій юристъ Измаилъ Хакки перечисляетъ слѣдующія препятствія къ браку:

1. Родство (Карабетъ). Воспрещаются браки съ родственницами въ прямой линіи, а также съ сестрами, племянницами и тетками; разрѣшаются браки съ двоюродными сестрами.

2. Свойство (Мусахаретъ). Свойственницами считаются: дочери и внучки жены, съ которой мужъ имѣлъ уже сношенія; мать и бабки жены во всякомъ случаѣ; жены и конкубины дѣдовъ, отца, сыновей и внуковъ. Свойство возникаетъ также черезъ половой актъ, и даже черезъ прикосновеніе къ женщинѣ или созерцаніе извѣстныхъ частей ея тѣла; а именно родственники по прямой линіи мужчины становятся свойственниками такой женщины, а ея родственницы свойственницами его самого.

3. „Молочное родство“, степени котораго исчисляются, какъ степени кровнаго родства.

4. Соединеніе (Джам'). Это препятствіе касается полигамическихъ браковъ: воспрещается брать одновременно въ

[1]) Baron Guillaume, p. 292.

жены лицъ, которыя не могли бы вступить между собою въ бракъ, если бы были разнаго пола, напр. двухъ сестеръ, тетку и племянницу и т д.

5. Рабство. Однако авторъ замѣчаетъ, что въ нынѣшнія времена жениться на своей рабынѣ — хорошее дѣло.

6. Религія. Мусульмане не могутъ жениться на огне- и идолопоклонницахъ; за то могутъ жениться на еврейкахъ и христіанкахъ, какъ признающихъ „книгу“ (библію).

7. Проклятіе (Ли'анъ). Если мужъ обвинилъ свою жену передъ кадіемъ въ прелюбодѣяніи и призвалъ на свою голову проклятіе, на случай если онъ обвинилъ ее неправильно — бракъ расторгается, и супруги не могутъ уже вступить между собою въ новый бракъ.

8. Препятствіе касается воспрещенія брака съ гермафродитомъ, полъ котораго не выяснился.

9. Запрещается вступленіе въ бракъ съ женою другого до истеченія извѣстнаго срока послѣ смерти ея мужа или развода съ нимъ.

10. Запрещается одновременно вступать въ бракъ съ свободной и рабыней. Только первый бракъ дѣйствителенъ.

11. Тройной разводъ. Если мусульманинъ разведется съ своей женою посредствомъ троекратной формулы, то онъ можетъ на ней жениться вновь только при слѣдующемъ условіи: разведенная должна выйти за другого человѣка, имѣть съ нимъ сношеніе и потомъ развестись съ нимъ. Только тогда первый мужъ можетъ вновь на ней жениться.

12. Запрещается имѣть больше четырехъ женъ [1]).

Остановимся теперь подробнѣе на отсутствіи въ мусульманскомъ правѣ самаго существеннаго условія дѣйствительности брака по понятіямъ цивилизованнаго міра — свободнаго согласія брачущихся.

---

[1]) Измаилъ Хакки: Васаилу-ль фелахъ фи-ль масаилу-ль никахъ (Средства Спасенія въ дѣлахъ брака). Стамбулъ 1313 Гиджры. — Глава IV „о препятствіяхъ“; pp. 24—35).

Совершеннолѣтнія женщины могутъ вступать въ бракъ безъ разрѣшенія опекуновъ (валіевъ). Но если онѣ сочетаются съ людьми ниже своего положенія, или за нихъ заплатятъ вѣно ниже обычнаго, то валіи — агнаты сохраняютъ право опорочить такой бракъ передъ судомъ [1]), однако только пока жена еще не забеременѣла.

Что касается несовершеннолѣтнихъ обоего пола, то слѣдуетъ различать права отца и дѣда отъ правъ другихъ родственниковъ. Вали — отецъ или дѣдъ можетъ выдать несовершеннолѣтнюю за неравнороднаго человѣка, женить мальчика или выдать дѣвочку съ нарушеніемъ ихъ имущественныхъ интересовъ, безъ того, чтобы опекаемые могли опорочить такія дѣйствія. Этотъ актъ продажи ребенка въ рабство — иначе его трудно назвать — ничтоженъ только, если отецъ или дѣдъ извѣстенъ своимъ безнравственнымъ поведеніемъ, или совершилъ его въ состояніи опьяненія [2]).

Другіе родственники — валіи могутъ женить или выдавать своихъ несовершеннолѣтнихъ опекаемыхъ только съ соблюденіемъ условій о вѣнѣ и равнородствѣ; кромѣ того, опекаемые имѣютъ право требовать расторженія брака при достиженіи совершеннолѣтія [3]).

Очевидно, что ни одно цивилизованное государство не допуститъ совершенія такихъ браковъ, заключаемыхъ опекунами за опекаемыхъ, на своей территоріи.

Турецкое право не содержитъ спеціальныхъ постановленій, регулирующихъ бракоспособность турецкихъ подданныхъ за границей. На практикѣ турецкіе суды обсуждаютъ эту способность по турецкому праву [4]); т. е., мусульмане должны удовлетворить требованіямъ шеріета, а немусульмане своимъ церковнымъ законамъ. Отмѣтимъ, кстати, для разсѣянія до-

---

[1]) Измаилъ Хакки, § 43.

[2]) Измаилъ Хакки § 48

[3]) l. c. § 49.

[4]) См. консультацію Ибрагима-Хакки Бея, юрисконсульта Блистательной Порты (въ приложеніяхъ къ этой книгѣ) пунктъ I § 1 in fine.

вольно распространеннаго заблужденія, что если по шеріету мусульманки не могутъ вступать въ бракъ съ немусульманами, то за то мусульмане могутъ жениться на христіанкахъ или еврейкахъ [1]). А такъ какъ шеріетъ не дѣлаетъ никакихъ различій между немусульманами турецко-подданными и немусульманами-иностранцами, то турокъ можетъ жениться на русской, француженкѣ или нѣмкѣ. Но бракоспособность невѣсты будетъ обсуждаться турецкими судами не по ея національному закону, а по шеріету [2]).

В. **Браки иностранцевъ въ Турецкой Имперіи.**

1. Браки мусульманъ.

Указъ 24 Сентября 1290 года Гиджры запрещаетъ браки между турецкими и персидскими подданными.

Ст. 1. Браки между турецкими и персидскими подданными строго воспрещены по прежнему.

Ст. 2. Лица, имѣющія право совершать браки, будутъ отвѣтственны за нарушеніе запрета.

Ст. 3. Если турецко-подданная выйдетъ, вопреки запрету, за персидско-подданнаго, то всетаки и она и ея дѣти считаются турецко-подданными, и послѣднія будутъ подлежать набору, бедели-аскеріе, и всякимъ другимъ государственнымъ повинностямъ [3]).

Подданные другихъ мусульманскихъ государствъ подчинены общему праву и могутъ вступать свободно въ бракъ въ предѣлахъ имперіи, если удовлетворяютъ требованіямъ Шеріета [4]).

---

[1]) Мы обращались для окончательнаго разъясненія этого вопроса къ Шейх-уль-исламу и получили отъ этого главы мусульманской церкви слѣдующую фетву:

Вопросъ: Можетъ ли Зейдъ мусульманинъ, жениться на Гиндѣ, христіанкѣ, какъ на признающей книгу?

Отвѣтъ. Можетъ.

[2]) Консультація Ибрагима Хакки, пунктъ VII.

[3]) Дестуръ, Томъ IV, стр. 614

[4]) Консультація Ибрагима-Хаккн Бея, п IX.

Если иностранные подданные — немусульмане принимаютъ исламъ, они могутъ свободно вступить во вторые браки съ мусульманами хотя бы ихъ первые браки не были расторгнуты. Случай такого рода намъ пришлось наблюдать лѣтомъ 1899 года въ Константинополѣ: г-жа Н., итальянская подданная, убѣжала отъ мужа. приняла исламъ и вступила въ бракъ съ мусульманиномъ (туркомъ).

2. Браки православныхъ.

Вселенскій патріархатъ всегда допускалъ браки между православными иностранцами и туземцами; только въ періодъ времени отъ 1825 — 1850 гг. такіе браки были запрещены по политическимъ причинамъ [1]). Патріархатъ разрѣшаетъ также совершеніе браковъ между одними иностранцами, но требуетъ при этомъ цертификата ихъ консульскихъ или религіозныхъ властей, свидѣтельствующаго объ отсутствіи препятствій къ браку [2]).

II. Россія.

А. Браки русскихъ за границей.

Наше законодательство не регулируетъ браковъ русскихъ подданныхъ за границей и иностранцевъ въ Россіи. Судебныя рѣшенія, сюда относящіяся, крайне скудны. Но имѣется очень любопытная переписка нашего Министерства Иностранныхъ Дѣлъ съ подвѣдомственными ему миссіями, а равно и съ Министерствами Внутреннихъ Дѣлъ и Юстиціи, и съ Вѣдомствомъ Православнаго Исповѣданія, отражающая взгляды нашего правительства на вопросы международнаго брачнаго права [3]).

---

[1]) Циркуляръ Патріархата (Ἐγκύκλιος Πατριαρχικὴ καὶ Συνοδικὴ отъ 20 Января 1825 г. и Письмо Патріарха (Γράμμα Πατριαρχικόν) отъ 22 Января 1847 г. (См. Μιχαηλ Γ. Θεοτοκα Νομολογια του οικουμενικου πατριαρχειου εν κωνσταντινουπολει 1807, p. 46 — 47).

[2]) Μιχαηλ Γ. Θεοτοκα (l. c. p. 48) приводить въ этомъ смыслѣ Πρακτικὰ Ἱερᾶς Συνόδου отъ 28 Іюня 1888.

[3]) Переписка эта, извлеченная нами изъ архивовъ соотвѣт. министерствъ, цѣликомъ напечатана въ Приложеніи къ этому труду.

На основаніи этой переписки мы можемъ утверждать, что Русское правительство подчиняетъ бракоспособность русскихъ и за границей отечественнымъ законамъ.

Въ письмѣ Министра Иностранныхъ Дѣлъ къ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 7 февраля 1879 года (№ 1160) мы читаемъ: „Слѣдуетъ во избѣжаніе затруднительныхъ послѣдствій, войти въ сношеніе съ Германскимъ Правительствомъ о томъ, чтобы не были допускаемы предварительные гражданскіе браки въ тѣхъ степеняхъ родства, при которыхъ не дозволяется вступленіе въ бракъ по правиламъ Православной церкви". Присоединяясь вполнѣ къ этому мнѣнію, Оберъ-Прокуроръ Св. Синода графъ Толстой [1]) указываетъ на обязательность для русскихъ подданныхъ условій дѣйствительности брака, содержащихся въ 37 ст. X т., ч. 1 св. зак. и въ церковныхъ постановленіяхъ. Такимъ образомъ, русскіе православные, лишенные послѣ развода права вступить въ новый бракъ, вообще не имѣютъ этого права и въ Германіи, хотя германскій законъ воспрещаетъ только бракъ съ соучастникомъ въ прелюбодѣяніи. Остаются въ силѣ и за границей воспрещенія браковъ: монашествующихъ, а равно посвященныхъ уже въ Іерейскій или Діаконскій санъ; православныхъ съ нехристіанами; несовершеннолѣтнихъ; перешедшихъ 80-ти-лѣтній возрастъ; лицъ, состоящихъ уже въ бракѣ; лицъ, состоящихъ въ воспрещенныхъ православною церковью степеняхъ родства и свойства; лицъ, состоявшихъ уже въ 3 бракахъ. Диспенсація отъ этихъ препятствій не можетъ быть дана иностранными правительствами. Такъ напр., § 40 германскаго закона 1875 года относитъ диспенсаціи къ компетенціи государства. „Но" продолжаетъ Оберъ-Прокуроръ Св. Синода, „въ числѣ препятствій для православныхъ русскихъ подданныхъ могутъ быть и такія, которыя, на основаніи обязательныхъ для нихъ отечественныхъ постановленій, разрѣшаются только властью православныхъ епар-

[1]) Отношеніемъ отъ 7 Марта 1879 года, № 1151

хіальныхъ архіереевъ (напр. браки въ нѣкоторыхъ степеняхъ родства, или при недостаткѣ нѣсколькихъ мѣсяцевъ до брачнаго совершеннолѣтія), и такія, которыя ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ разрѣшенію (напр. браки лицъ, разведенныхъ по нарушенію супружеской вѣрности). А потому желательно было бы, чтобы § этотъ отнюдь не былъ примѣненъ къ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія".

Анологичное мнѣніе высказало и Министерство Внутреннихъ Дѣлъ [1]).

Руководствуясь этими соображеніями, наше правительство вступило въ переговоры съ германскимъ, и это послѣднее согласилось въ 1880 г. разослать всѣмъ членамъ союза циркуляръ, перечисляющій всѣ препятствія къ браку по русскому праву [2]). Оказалось однако вскорѣ, что этотъ циркуляръ былъ разосланъ далеко не всѣмъ союзнымъ правительствамъ [3]), и мѣстныя германскія власти начали отказывать „въ совершеніи браковъ русскихъ подданныхъ до представленія послѣдними такихъ отъ дипломатическихъ представителей нашихъ въ Германіи свидѣтельствъ, которыя служили бы ручательствомъ въ томъ, что бракъ, подлежащій заключенію, будетъ признанъ въ Россіи законнымъ" [4]). Миссіи же не считали себѣ компетентными для выдачи подобныхъ свидѣтельствъ.

По этому любопытному вопросу нашими Высшими Правительственными мѣстами высказаны слѣдующія мнѣнія. Оберъ-Прокуроръ Св. Синода замѣчаетъ, что по существующему у насъ порядку вопросъ о наличности законныхъ препятствій къ браку рѣшается тѣми самыми священнослужителями, которымъ предстоитъ совершеніе означеннаго бра-

---

[1]) Записка Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 18 Апрѣля 1879 года, за № 4182.

[2]) Донесеніе Императорскаго Посла въ Берлинѣ Сабурова отъ 30 Іюля 1880 г., № 1443 и „Prometmoria" германскаго правительства.

[3]) Донесеніе Императорской Миссіи въ Штутгартѣ 16 — 28 Апрѣля 1888 г., № 119.

[4]) Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода отъ 11 Сентября 1889 г., за № 233.

косочетанія. Представленіе же брачущими какихъ либо удостовѣреній со стороны правительственныхъ мѣстъ въ томъ, что предположенный бракъ будетъ непремѣнно признаваться законнымъ, вовсе не требуется, и при томъ по той причинѣ, что на дѣлѣ подобное обстоятельство не можетъ быть никѣмъ удостовѣрено: незаконность открывается иногда совершенно неожиданно, по истеченіи многихъ лѣтъ послѣ совершенія брака. Оберъ-Прокуроръ Св. Синода находитъ поэтому возможнымъ разрѣшить нашимъ дипломатическимъ представителямъ выдачу свидѣтельствъ, не заключающихъ въ себѣ безусловнаго ручательства въ дѣйствительности брака. Образцомъ такого удостовѣренія можетъ служить требуемое Виртембергскими властями свидѣтельство, что бракъ будетъ принятъ въ Россіи, если въ точности соблюдены были всѣ дѣйствующія съ Россіи узаконенія относительно препятствій къ браку. Оберъ-Прокуроръ рекомендуетъ также истребованіе надлежащихъ свѣдѣній отъ пребывающаго за границей православнаго русскаго церковнаго причта [1]).

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ признало, что выдача миссіями свидѣтельствъ о неимѣніи препятствій къ браку противна русскому законодательству, предоставляющему дѣла брачныя, во всѣхъ ихъ стадіяхъ, вѣдѣнію духовной власти. Тѣмъ не менѣе, въ виду обнаружившейся несостоятельности соглашенія съ Германіей, министерство высказывается за участіе нашихъ миссій въ бракахъ русскихъ подданныхъ за границей, и предлагаетъ установить, что

1) Браки русскихъ подданныхъ въ Германіи могутъ быть заключаемы не иначе, какъ по представленіи брачущимися свидѣтельства отъ русскихъ миссій о неимѣніи препятствій къ браку;

2) Миссіи, предварительно выдачи такого свидѣтельства, объявляютъ брачущимся о тѣхъ требованіяхъ, которыя рус-

[1]) Отношеніе Оберъ-Прокурора Св. Синода отъ 18 Сентября 1888 г., № 310 Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

скимъ закономъ поставлены для заключенія законнаго брака, то есть о непремѣномъ требованіи церковнаго вѣнчанія и о всѣхъ ограничительныхъ законоположеніяхъ, заключающихся въ т. X св. зак.

3) Брачущіеся должны давать миссіи подписку въ томъ, что такое объявленіе ими сдѣлано, и что обстоятельствъ, препятствующихъ, по русскому закону, вступленію ихъ въ бракъ, не имѣется [1]).

Рѣшительнѣе всего противъ участія нашихъ миссій въ заключеніи браковъ высказалось Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, основываясь на 1 ст., т. X, ч. 1 св. зак. По этой статьѣ лица православнаго исповѣданія могутъ вступать въ браки, не испрашивая на сіе ни особаго отъ правительства дозволенія, ни увольненія отъ сословій и обществъ; при чемъ бракъ, чтобы быть законнымъ, долженъ совершаться во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ православной Церкви. Точный смыслъ этого основного правила исключаетъ, по мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, всякую возможность обусловливать совершеніе браковъ русскихъ православныхъ подданныхъ, хотя бы и за границей, представленіемъ брачущимися свидѣтельства отъ гражданскаго учрежденія (миссіи) о неимѣніи препятствій къ браку, тѣмъ болѣе, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ именно о тѣхъ существенныхъ препятствіяхъ къ брачному союзу, о коихъ говорится въ ст. 37, т. X, ч. 1 св. зак., и выясненіе котораго при каждомъ отдѣльномъ бракосочетаніи, принадлежитъ по нашему закону священнослужителямъ, совершающимъ означенное таинство. Поэтому Министерство Иностранныхъ Дѣлъ считаетъ свидѣтельства, выдаваемыя миссіями, лишенными всякаго значенія и высказывается противъ проекта Министерства Внутреннихъ Дѣлъ [2]).

---

[1]) Отношеніе Тов. Мин. Вн. Дѣлъ кн. Гагарина Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 21 Февраля 1889 г., за № 3435.

[2]) Отношеніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Св. Синода отъ 8 Марта 1890 г., за № 1711.

Въ концѣ концовъ отрицательно относится къ проекту и Оберъ-Прокуроръ Св. Синода, нѣсколько измѣнившій свое первоначальное мнѣніе [1]), а также и Министерство Юстиціи [2]).

Нельзя не согласиться съ нашимъ правительствомъ, что личныя условія вступленія въ бракъ для нашихъ подданныхъ и за границей остаются подчиненными русскимъ законамъ. За отсутствіемъ прямыхъ указаній на этотъ счетъ нашего законодательства, его слѣдуетъ, конечно, толковать въ духѣ дѣйствующаго международнаго права. Поэтому то, что сказано въ приведенной перепискѣ о бракахъ православныхъ, слѣдуетъ примѣнить и къ бракамъ русскихъ подданныхъ другихъ вѣроисповѣданій. Такъ напр., русскіе протестанты и за границей не могли бы вступать въ браки съ язычниками (ст. 85, ч. 1, т. X).

Что же касается вопроса о цертификатахъ, то намъ казалось бы предпочтительнѣе принять первоначальное мнѣніе Оберъ-Прокурора Св. Синода. Нѣтъ сомнѣнія, что обыскъ о брачущихся православныхъ долженъ производиться тѣмъ причтомъ, который предполагаетъ совершить бракосочетаніе (ст. 25—29, ч. 1, т. X) [3]). Но мы не можемъ понять, почему бы этотъ причтъ не могъ сообщать о результатахъ своего обыска заинтересованной русской миссіи, которая являлась бы, такимъ образомъ, только передаточной инстанціей, и свидѣтельствовала бы передъ иностранной властью не объ отсутствіи препятствій къ вступленію въ бракъ, а о достовѣрности предлагаемаго цертификата. Такой порядокъ имѣлъ бы и то преимущество, что онъ принуждалъ бы всѣхъ брачущихся за границей обращаться предварительно къ своей духовной власти для совершенія оглашеній и обыска.

---

[1]) Отношеніе его къ Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 11 Сентября 1889 года, за № 233.

[2]) Отношеніе Министру Иностранныхъ Дѣлъ 16 Іюля 1890 года, за № 20784.

[3]) См. проф. М. И. Горчаковъ „О тайнѣ супружества“ стр, 319.

B. Браки иностранцевъ въ Россіи.

На основаніи вышесказаннаго, можно утверждать, что наше правительство опредѣляетъ бракоспособность русскихъ за границей по національному закону. Но въ то же время оно примѣняетъ противоположное начало территоріальности къ бракамъ иностранцевъ въ Россіи.

Въ нотѣ нашего Министерства Иностранныхъ Дѣлъ къ Бельгійской миссіи отъ 24 Февраля 1884 года мы читаемъ слѣдующее:

„Законы, регулирующіе бракъ въ Россіи, касаются одинаково какъ браковъ между одними русскими, такъ и между русскими и иностранцами". А когда въ 1888 году Бельгійская миссія сообщила нашему правительству текстъ новаго закона, модифицирующаго бракоспособность бельгійцевъ, ходатайствуя о сообщеніи его русскимъ духовнымъ властямъ, для руководства, то Министерство Внутреннихъ Дѣлъ дало слѣдующій отзывъ: „Удовлетвореніе изложеннаго ходатайства было бы прямымъ нарушеніемъ 995 ст., т. IX св. зак., по силѣ которой иностранцы, проживающіе въ Россіи, подлежатъ, какъ лично, такъ и по имуществу, дѣйствію Россійскихъ законовъ" [1]).

Намъ кажется, однако, что Министерство Внутреннихъ Дѣлъ слишкомъ широко толкуетъ 995 ст., т. IX св. зак. Статья эта гласитъ: „Иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично, такъ и по имуществу ихъ, подлежатъ дѣйствію Россійскихъ законовъ *(a)*, и пользуются общею оныхъ защитою и покровительствомъ *(b)*".

Подъ *(a)* сдѣлана только одна ссылка на Таможенный уставъ 1819, Дек. 14, § 446 котораго гласитъ: „Невѣденіемъ закона никто, Россійскій подданный ни иностранный оправдываться не можетъ" [2]). Какъ уже указалъ проф. Н. М. Кор-

[1]) Отношеніе въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 20 Февраля 1888 г., № 151.

[2]) П. С. 3, № 28030.

куновъ [1]), эта статья, очевидно, не означаетъ отрицанія всего частнаго международнаго права.

Подъ *(b)* мы находимъ слѣдующія 3 ссылки:

1) на манифестъ 16 Апрѣля 1702 года „о вызовѣ иностранцевъ въ Россію съ обѣщаніемъ имъ свободы вѣроисповѣданія". Извлекаемъ изъ него слѣдующія крайне любопытныя мѣста: „А дабы иноземцы не удерживаемы были отъ пріѣзда въ Россію опасеніемъ, чтобы ихъ не подвергли установленіямъ, судебной расправѣ или роду наказаній, несообразныхъ съ ихъ земскими законами и обычаями; того ради Мы, симъ и въ силу сего повелѣли изъ иноземцевъ, искусныхъ въ дѣлахъ военнаго штата образовать Тайную военнаго Совѣта Коллегію ..... и отъ оной Коллегіи будутъ зависѣть всѣ и всякія дѣла, касающіяся иностраннаго военнаго штата... Впрочемъ не токмо всѣ и всякія лица, высшаго и низшаго званія, которыя состоятъ въ Нашемъ Иноземномъ высшемъ штатѣ ..... касательно воинскихъ или иныхъ дѣлъ вещныхъ или личныхъ договоровъ или исковъ, судомъ и расправою Нашей Тайной военнаго совѣта Коллегіи вѣдомы быть имѣютъ; но оному же суду и расправѣ подчиняемъ Мы всѣхъ прочихъ иноземцевъ, которые вступивъ въ Нашу службу, какимъ либо образомъ отъ военнаго вѣдомства зависѣть будутъ, дабы и они не опасалися, чтобы не подпасть суду, не соотвѣтствующему земскимъ ихъ законамъ, обычаямъ и правиламъ; въ таковыхъ случаяхъ Мы дозволяемъ, чтобъ Наша Тайная военнаго совѣта Коллегія правосудія чинила во-первыхъ по Законамъ Божескимъ, а потомъ по Римскому гражданскому праву и другимъ народнымъ обычаямъ, милостиво полагаясь на то, что притомъ Наши Царскія преимущества, права и принадлежности всегда соблюдаемы будутъ" [2]).

2) Вторая ссылка сдѣлана на Именной указъ 24 Ноября 1802 г. „О скорѣйшемъ производствѣ дѣлъ по прошеніямъ иностранцевъ" [3]), коимъ предписывается, чтобы по тяжебнымъ

[1]) „Укорененіе иностранцевъ" 1895 г, стр. 16.
[2]) П. С. З. № 1910. [3]) П. С. З. № 20524.

дѣламъ иностранцевъ „было поступаемо безъ всякой проволочки на ряду съ прочими людьми".

3) Наконецъ, третья ссылка сдѣлана на Сенатскій указъ 19 Іюня 1835 года[1]). „О подлежательности иностранцевъ пребывающихъ въ Россіи общимъ уголовнымъ законамъ".

Если теперь съ помощью этихъ ссылокъ освѣтить 995 ст., т. IX св. зак., то окажется, что вторая ея часть противорѣчитъ первой (въ пониманіи Мин. Вн. Дѣлъ). Дѣйствительно „общая защита и покровительство", которое должно быть оказано иностранцамъ, выражается въ заботѣ о томъ, чтобы они не подпали суду, не соотвѣтствующему ихъ земскимъ законамъ. Правда, манифестъ 1702 года говоритъ только о служилыхъ иностранцахъ, какъ бы установляя въ пользу ихъ привилегію. Но составители второй части *(b)* 995 ст. очевидно придали этой привилегіи распространительный характеръ, ибо толкуя ее „a contrario" нельзя было бы говорить о „защитѣ и покровительствѣ". А разъ уже допущено такое широкое пониманіе „защиты и покровительства", то оно несовмѣстимо съ полнымъ отрицаніемъ дѣйствія иностранныхъ законовъ въ Россіи, о которомъ будто бы говоритъ 1 часть *(a)* 995 статьи.

Тѣмъ не менѣе въ вопросѣ о бракѣ наши Министерства правы. Подъ „защитой и покровительствомъ" иностранцамъ составители свода разумѣли, какъ мы видѣли, и подчиненіе иностранцевъ русскимъ уголовнымъ законамъ. Если указъ 1835 года помѣстить подъ 1 частью 995 ст., то мы получимъ вполнѣ удовлетворительное ея толкованіе. Но какъ бы то ни было, подчиненіе это несомнѣнно, и изъ него то и вытекаютъ тѣ выводы, которые Министерства Внутреннихъ и Иностранныхъ Дѣлъ неправильно дѣлаютъ изъ мнимой общеобязательности для иностранцевъ всѣхъ русскихъ гражданскихъ законовъ.

Дѣло въ томъ, что изъ первой главы XI раздѣла уложенія о наказаніяхъ (о преступленіяхъ противъ союза брачнаго) явствуетъ, что нарушеніе любого изъ личныхъ условій всту-

---

[1]) П. С. З. № 8253.

пленія въ бракъ ведетъ не только къ его ничтожности, но и къ уголовной отвѣтственности нарушителя [1]). До тѣхъ поръ, пока наше уложеніе будетъ содержать эти драконовскія постановленія, личныя условія вступленія въ бракъ и для иностранцевъ должны будутъ опредѣляться по русскому праву. Это слѣдуетъ не только изъ смысла 2 части 995 ст. IX тома свода, но и изъ 170 ст. того же уголовнаго уложенія: „Иностранцы въ Россіи жительствующіе, или временно въ оной пребывающіе, подлежатъ дѣйствію законовъ о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ на томъ же основаніи, какъ и подданные Россійскіе, если о какомъ либо изъ сего изъятія не сдѣлано особеннаго постановленія въ договорѣ съ тою иностранною державою, у коей они находятся въ подданствѣ".

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

1. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ.

§ 1. Задача науки въ занимающемъ насъ вопросѣ заключается въ размежеваніи сферъ дѣйствія lex loi contractus и личнаго закона брачущихся; въ опредѣленіи этого личнаго закона по домицилю или національности; наконецъ, въ выясненіи соотношенія личныхъ законовъ жениха и невѣсты.

[1]) Такъ составляютъ преступленія: принужденіе къ вступленію въ бракъ (ст 1550), бракъ съ сумасшедшимъ (ст. 1551); вступленіе христіанъ во второй бракъ при существованіи прежняго (ст. 1554); новые браки нехристіанъ при существованіи прежнихъ, когда сіе противно законамъ ихъ вѣры (ст. 1558), браки христіанъ въ недозволенныхъ степеняхъ родства или свойства (ст. 1559 и 1560), вступленіе въ бракъ прежде или позднѣе опредѣленнаго законами церковными или государственными возраста (ст 1563); браки православныхъ съ нехристіанами и четвертые ихъ браки (ст 1564), браки католиковъ съ нехристіанами (ст. 1568); браки, заключенные безъ согласія родителей или опекуновъ (ст. 1566 и 1567), а также начальства (ст. 1565); браки духовныхъ лицъ, коимъ по законамъ церкви ихъ воспрещено вступать въ брачный союзъ (ст. 1569); кровосмѣшеніе (ст. 1593—1594).

Подчиненіе личныхъ условій вступленія въ бракъ одной lex loci contractus защищается только нѣкоторыми американскими писателями. Сюда относятся Фильдъ [1]) и Стори [2]). Однако оба эти писателя допускаютъ исключенія изъ выставляемаго ими правила. Такъ Стори не признаетъ дѣйствительности браковъ, заключенныхъ по lex loci, если они составляютъ кровосмѣшеніе (incestuons by the law of nature), и не отрицаетъ права отечества опорочивать браки, заключенные in fraudem legis. Фильдъ послѣдовательнѣе и не дѣлаетъ послѣдняго ограниченія. По его мнѣнію господство lex loci contractus, какъ общаго правила, обезпечиваетъ гармонію судебной практики.

Совершенно оппортюнистической слѣдуетъ признать теорію „національной политики“ Уортона [3]). Эта теорія отвергаетъ исключительное господство какъ lex loci contractus, такъ и личнаго закона, и комбинируетъ ихъ такимъ образомъ, что американцы, брачущіеся за границей, не подчинены препятствіямъ lex loci, а иностранцы, брачущіеся въ Америкѣ, свободны отъ стѣсненій своего личнаго закона. Теорія эта вызвана желаніемъ увеличить во что бы то ни стало населеніе Соединенныхъ Штатовъ.

§ 2. Въ настоящее время все болѣе торжествуетъ воззрѣніе, опредѣляющее бракоспособность по личному закону брачущихся; компетенція этого закона является, однако, далеко не исключительной, и всѣ писатели дѣлаютъ болѣе или менѣе обширныя изъятія въ пользу закона мѣста заключенія брака.

Еще Бульнуа [4]) высказался за lex domicilii, замѣтивъ, что несовершеннолѣтній не долженъ имѣть возможности обходить за границей законъ о необходимости согласія родителей.

---

[1]) Dudley Field Outlines of an International Code 1876, §§ 546—549.
[2]) Story Commentaries 1865, §§ 116—124.
[3]) Wharton, Conflict of Laws 1881 §§ 127, 137, 161—155.
[4]) Boullenois, Traité de la Pérsonnalité, pp. 495—496.

Савиньи[1]) предлагаетъ руководствоваться lex domicilii жениха, будущаго главы семьи, и для опредѣленія бракоспособности невѣсты. Lex loci actus не допуститъ, однако, совершенія безнравственнаго, напр. полигамическаго брака.

За lex domicilii стоятъ также всѣ англійскіе писатели, дѣлая тѣ же отступленія во имя публичнаго порядка, такъ, напр. Филлиморъ[2]) не допускающій браковъ, которые по lex loci считаются полигамическими или составляютъ кровосмѣшеніе, Дайси[3]) и др.

§ 3. Громадное большинство современныхъ писателей высказывается за опредѣленіе бракоспособности по національному закону.

Броше[4]) правда признаетъ, что въ пользу lex loci contractus можно привести удобство, соединенное съ примѣненіемъ одного закона и къ внутреннимъ и къ внѣшнимъ условіямъ брака. Но публичный характеръ брака побуждаетъ автора пренебрегать этимъ удобствомъ и опредѣлять разрывающія препятствія и тѣ изъ препятствующихъ только (impedimentia tantum), которыя изданы съ соціальной или моральной цѣлью по національному закону брачущихся. Въ случаѣ разногласія этихъ національныхъ законовъ, законъ невѣсты должно принять во вниманіе во всемъ, касающемся ея возраста, физическихъ или нравственныхъ недостатковъ; но и препятствія, основанныя на родствѣ, усыновленіи и религіи должны обсуждаться по законамъ обоихъ брачущихся, ибо они существуютъ еще до брака. Броше прибавляетъ, что иногда и lex loci должна быть принята во вниманіе, напр. при опредѣленіи срока для вторичнаго выхода замужъ вдовы, во избѣжаніе turbatio sanguinis.

Баръ опровергаетъ аргументъ сторонниковъ lex loci, что брачущійся не обязанъ знать личнаго закона контрагента, и

[1]) System VIII, p. 326.
[2]) Phillimore IV, CCCLXXI и XVIII.
[3]) Dicey, Conflict of Laws, Rule 169.
[4]) Brocher, Nouveau Traité, pp. 135 — 139.

потому можетъ быть обманутъ. Такое разсужденіе умѣстно при другихъ контрактахъ, но не при бракѣ, гдѣ освѣдомленіе о личномъ правѣ другой стороны болѣе чѣмъ естественно [1]). Баръ дѣлаетъ, однако, legi loci значительныя уступки; кромѣ браковъ полигамическихъ и составляющихъ кровосмѣшеніе, этотъ законъ можетъ воспретить браки вдовъ до истеченія траура и браки совершенно незрѣлыхъ лицъ [2]). При разногласіи національныхъ законовъ жениха и невѣсты, препятствія къ браку, созданныя въ интересахъ семьи или государства (напр. касающіяся степеней родства или религіи супруговъ), обсуждаются по закону жениха, будущаго главы семьи. Тому же закону подчинены ограниченія бракоспособности, основанныя на духовномъ санѣ, на соціальномъ положеніи, даже на цвѣтѣ кожи; lex loci не признаетъ только ограниченія бракоспособности раба, если вообще не знаетъ рабства. Другія препятствія частноправового характера, какъ то: незрѣлый возрастъ, ошибка или принужденіе при заключеніи брака, изданы съ покровительственной цѣлью, и потому отечество невѣсты вправѣ требовать ихъ соблюденія, безъ котораго она недѣеспособна. Но требованіе согласія отца для брака несовершеннолѣтней дочери не есть покровительственная норма, и не можетъ притязать на экстратерриторіальную силу. Это частное право отца [3]).

Проф. Ф. Ф. Мартенсъ рѣшительно высказывается противъ исключительнаго преобладанія закона будущаго мужа надъ закономъ невѣсты. Личныя условія должны опредѣляться по національнымъ законамъ обоихъ брачущихся. Кромѣ того, „безусловно запретительные мѣстные законы исключаютъ примѣненіе къ иностранцамъ отечественныхъ законовъ“. Какъ примѣры такихъ запретительныхъ нормъ приводятся законы о степеняхъ родства, препятствующихъ браку [4]).

---

[1]) Bar, I, 442.
[2]) Bar, I, 449 — 451.
[3]) Bar I, 451 — 459.
[4]) Современное Международное Право 3 изд. Томъ II, стр. 323—324.

У Вейсса „Международный публичный порядокъ“ въ брачномъ правѣ можетъ имѣть и положительное и отрицательное значеніе. Съ одной стороны, препятствія личнаго закона, основанныя на религіозныхъ, расовыхъ, политическихъ соображеніяхъ, не помѣшаютъ иностранцамъ вступить въ бракъ согласно lex loci; съ другой, lex loci требуетъ отъ всѣхъ соблюденія своихъ постановленій о моногаміи и бракахъ вдовъ. Возрастъ брачущихся, необходимость согласія родныхъ, право разведеннаго супруга на второй бракъ, зависятъ отъ одного національнаго закона [1]). Степени родства, въ которыхъ дозволяется бракъ, опредѣляются какъ по національному, такъ и по территоріальному закону. Диспенсаціи, выдаваемыя территоріальной властью для заключенія браковъ въ запрещенныхъ степеняхъ родства, испрашиваются и иностранцами.

Такіе же приблизительно взгляды высказываетъ Деспанье [2]). Замѣтимъ, что право супруга безвѣстно отсутствующаго лица на вступленіе въ другой бракъ авторъ относитъ къ личному статуту, какъ и воспрещенія браковъ между опекунами и опекаемыми, въ виду ихъ чисто покровительственнаго характера. Это не мѣшаетъ, однако, Деспанье опредѣлять степени родства, въ коихъ дозволены браки, по lex loci.

Фіоре [3]) раздѣляетъ законы, регулирующіе внутреннія условія заключенія брака, на двѣ категоріи. Первая имѣетъ цѣлью поддержаніе нравственнаго начала, и потому абсолютно территоріальна. Сюда относятся законы, запрещающіе полигамію, браки восходящихъ съ нисходящими и братьевъ съ сестрами, браки усыновителей съ усыновленными. Во вторую категорію входятъ законы, организующіе семью согласно взглядамъ законодателя, и обязательные только для его подданныхъ. По національному закону опредѣляются, поэтому, препятствія, основанныя на религіи супруговъ, на монашескомъ состояніи, на родствѣ въ боковыхъ степеняхъ (кромѣ

[1]) Weiss, pp. 445 — 457.
[2]) Despagnet, pp. 402 — 413.
[3]) Fiore-Antoine II, § 3.

браковъ братьевъ съ сестрами), и даже на неистеченіи извѣстнаго срока послѣ перваго брака. Всѣ эти условія приходится, такимъ образомъ, признать установленными безъ всякихъ нравственныхъ мотивовъ, или, во всякомъ случаѣ, по нравственнымъ мотивамъ менѣе высокаго свойства.

Оливи [1]) относитъ къ „національному публичному порядку“ вопросы о значеніи возраста брачущихся, о согласіи родителей, безвѣстномъ отсутствіи, половой неспособности, усыновленіи и отсутствіи свободной воли; къ „универсальному публичному порядку“, обязывающему и иностранцевъ— право монаховъ, рабовъ и пораженныхъ гражданской смертью вступать въ бракъ согласно lex loci actus. Самъ авторъ не отрицаетъ субъективности такой конструкціи. — Другое построеніе универсальнаго порядка предлагается относительно препятствій, основанныхъ на родствѣ или свойствѣ: они должны признаваться всѣми христіанскими государствами, чтобы имѣть абсолютную территоріальную силу. Но вѣдь тогда исчезаетъ возможность конфликтовъ?

Лоранъ распредѣляетъ личныя условія заключенія брака между реальнымъ (территоріальнымъ) и личнымъ статутомъ. Къ реальному статуту относятся условія, касающіяся добрыхъ нравовъ:

1. Запрещеніе полигаміи основано не на христіанскомъ характерѣ брака (такъ какъ правила этой религіи не обязательны для нехристіанъ), а на уголовномъ характерѣ этого закона. Но въ то же время это запрещеніе, какъ установляющее препятствіе къ браку, входитъ въ область личнаго статута и обязательно повсюду [2]).

2. Кровосмѣшеніе Лоранъ, вмѣстѣ съ Монтескье, подраздѣляетъ на естественное (браки восходящихъ съ нисходящими и братьевъ съ сестрами) и гражданское. Препятствія, основанныя на первомъ, и личны и территоріальны. По-

[1]) Olivi, „Du mariage en droit international privé „въ Revue 1883, pp. 209—242.

[2]) Laurent, IV, 527.

нятіе же гражданскаго кровосмѣшенія (inceste civil) различно въ разныхъ государствахъ, и въ принципѣ, препятствія на немъ основанныя, должны зависѣть отъ одного личнаго статута. Во всякомъ случаѣ, препятствія, которыя и по lex loci устранимы посредствомъ диспенсаціи, должны уступать иностранному разрѣшительному закону [1]).

3. Законъ, по которому отсутствовавшій можетъ требовать уничтоженія второго брака, заключеннаго его супругомъ во время его отсутствія, имѣетъ тоже какъ экстратерриторіальный, такъ и территоріальный эффектъ [2]). Рѣшеніе тѣмъ болѣе удивительное, что оно не касается разрывающаго препятствія къ браку, и что вслѣдъ за тѣмъ препятствіе, основанное на усыновленіи, относится къ личному статуту именно потому, что не влечетъ за собою абсолютной ничтожности брака [3]).

4. Абсолютно территоріальный характеръ Лоранъ придаетъ свободѣ брака отъ всякихъ религіозныхъ стѣсненій; неспособность къ вступленію въ бракъ, основанная на вѣроисповѣданіи брачущихся или на принадлежности ихъ къ духовенству, никогда не можетъ быть признана внѣ предѣловъ установившаго ее государства. Секуляризація брака касается основъ общества и не можетъ быть потрясена національными законами брачущихся [4]). Но въ то же время Лоранъ утверждаетъ, что если священникъ имѣетъ право на вступленіе въ бракъ по національному закону, то lex loci не можетъ ему помѣшать въ этомъ! Очевидно такое самопротиворѣчіе коренится въ извѣстной ненависти автора къ католицизму.

Къ „условіямъ, не составляющимъ реальнаго статута“ Лоранъ относитъ.

1. Возрастъ брачущихся, который долженъ зависѣть отъ

---

[1]) Laurent, IV‘ pp. 538, 547.
[2]) Laurent, IV, pp. 547—549.
[3]) Laurent, IV, p. 549.
[4]) Laurent, IV, pp 593—609.

одного національнаго закона, единственно компетентнаго для опредѣленія физической и умственной зрѣлости лица [1]).

2. По тому же закону должно опредѣляться необходимость согласія родителей. Лоранъ, сильно критикующій постановленія Code Civil, говоритъ однако только о томъ, что территоріальный законъ не можетъ одержать верхъ надъ національнымъ, гарантирующимъ независимость ребенка [2]).

3.4.5. Къ покровительственнымъ законамъ „частнаго порядка“ относятся также нормы, регулирующія браки вдовъ до истеченія извѣстнаго срока, браки съумашедшихъ, наконецъ, даже законы, опредѣляющіе значеніе ошибки, обмана или насилія въ бракѣ [3]); между тѣмъ нравственные и соціальные мотивы скорѣе заставляли бы ожидать отнесеніе этихъ нормъ къ территоріальному статуту.

Мы уже достаточно говорили о самопротиворѣчіяхъ Лорана въ общей части. Его теорія международнаго брачнаго права страдаетъ самымъ крайнимъ субъективизмомъ. Руководствуясь его же мотивами, можно было бы перевести почти всѣ условія личнаго статута въ территоріальный, и наоборотъ.

II. Институтъ Международнаго Права.

Институтъ Международнаго Права во время нѣсколькихъ сессій очень подробно обсуждалъ вопросы, связанные съ бракомъ.

На Мюнхенской сессіи 1883 года члены Арнцъ и Вестлэкъ представили проектъ, не представляющій принципіальнаго значенія: въ немъ предлагалось опредѣлять брачоспособность по lex loci contractus и по національному закону брачущихся. Проектъ не встрѣтилъ сочувствія и обсужденіе вопроса было отложено [4]).

---

[1]) Laurent, IV, pp. 551—561.
[2]) Laurent, IV, pp. 581—583.
[3]) Laurent, IV, pp. 583—590.
[4]) Annuaire de l'Institut de Droit International, VII, pp. 42—49.

Въ Брюсселѣ, въ 1885 году, Институту были представлены два новыхъ проекта: 1. Кенига 2. Бара и Брузы.

Проектъ Кенига сильно склоняется въ пользу lex loci. Необходимость согласія родителей для заключенія брака образуетъ, по мнѣнію автора, право родителей, а потому зависитъ отъ законовъ страны, гдѣ это право должно быть упразднено, т. е. lex domicilii или lex loci contractus. Возрастъ брачущихся опредѣляется по тѣмъ же законамъ. Другія разрывающія препятствія зависятъ прежде всего отъ національнаго закона, но и отъ lex loci и lex domicilii; препятствія только препятствующаго свойства—отъ одной lex loci [1]).

Проектъ Бара и Брузы подчиняетъ личныя условія вступленія въ бракъ принципіально національному закону мужа, но требуетъ также соблюденія: 1) національнаго закона невѣсты для опредѣленія ея возраста и необходимости согласія родителей; и 2) постановленія lex loci contractus относительно возраста какъ жениха, такъ и невѣсты. Судъ мѣста заключенія брака можетъ, впрочемъ, разрѣшить невѣстѣ обойтись безъ согласія родителей, если это согласіе требуется только ея національнымъ закономъ. Баръ замѣчаетъ въ своемъ докладѣ, что необходимость согласія родныхъ является часто стѣсненіемъ личной свободы, а не покровительственной мѣрой, и въ такомъ случаѣ не обязательно для третьихъ государствъ. Судъ мѣста заключенія можетъ также пренебречь постановленіями lex loci относительно возраста невѣсты, если она бракоспособна и по своему закону, и по закону жениха. За то никоимъ образомъ не можетъ быть заключенъ бракъ, являющійся въ глазахъ lex loci преступленіемъ [2]).

Проекты Вестлэка и Арнца, Кенига, Бара и Брузы были приведены въ соотношеніе и сдѣлались предметомъ обсужденія Института на его Гейдельбергской сессіи 1887 года и на Лозаннской 1888 года. На этой послѣдней Инсти-

[1]) Annuaire VIII, pp. 70 et suiv.
[2]) Annuaire IX, p. 69, 83—89.

тутъ вотировалъ „Международный регламентъ конфликтовъ законовъ въ области брака и развода [1]).

По ст. 5 этого регламента способность къ вступленію въ бракъ внѣ отечества какъ для жениха, такъ и для невѣсты опредѣляется по національному закону каждаго, во всемъ, что касается

1. Возраста.
2. Степеней родства.
3. Согласія родителей или опекуновъ.
4. Публикацій.

Кромѣ того, относительно 2 и 4 пунктовъ необходимо также соблюсти lex loci contractus.

По ст. 6-й власти страны заключенія брака могутъ диспенсировать отъ препятствій, основанныхъ на родствѣ и отсутствіи согласія родителей, въ тѣхъ случаяхъ, когда такая диспенсація могла бы быть дана отечественными властями брачущихся.

По ст. 7-й дипломатическія и консульскія власти уполномочены для свидѣтельствованія о бракоспособности своихъ соотечественниковъ.

Изъ ст. 8 явствуетъ, что отсутствіе согласія родителей или опекуновъ невѣсты не составляетъ разрывающаго препятствія къ браку. Только препятствующими являются также всѣ препятствія, установленныя lex loci contractus.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія Конференціи.

1. Конференція 1893 года.

Коммиссія, учрежденная на первой Гаагской Конференціи (12 — 27 Сентября 1893 года) для разработки вопросовъ международнаго брачнаго права, представила проектъ,

[1]) Annuaire, X, pp. 75–79.

первыя три статьи котораго посвящены личнымъ условіямъ вступленія въ бракъ. Предсѣдатель этой коммисіи [1]), французскій делегатъ проф. Рено говоритъ въ своемъ докладѣ, что она поставила себѣ задачей не провозглашеніе новыхъ началъ, а составленіе „практическаго синтеза“ уже признанныхъ или предложенныхъ правилъ. Коммисія старалась держаться въ сторонѣ и отъ „слишкомъ абсолютныхъ идей“, и отъ „слишкомъ строгихъ формулъ“.

Коммисія исходитъ изъ мысли, что способность къ вступленію въ бракъ должна опредѣляться „единымъ и постояннымъ закономъ“ (loi unique et stable), и таковымъ считаетъ національный законъ. Но въ то же время она сама пробиваетъ брешь въ этотъ принципъ, принимая отсылку (renvoi) національнаго закона въ пользу lex domicilii или lex loci contractus [2]).

Нужно сознаться, что въ этомъ отношеніи предложенія коммисіи дѣйствительно являются синтезомъ французской и бельгійской юриспруденціи, но за то совершенно игнорируютъ извѣстные намъ аргументы науки противъ отсылки.

Какъ общее правило провозглашается затѣмъ въ докладѣ коммисіи преобладаніе національнаго закона надъ lex loci contractus.

Неспособность къ вступленію въ бракъ, установленная отечественнымъ закономъ, должна имѣть безусловную экстратерриторіальную силу: при противоположной системѣ бракъ не будетъ пользоваться повсемѣстнымъ признаніемъ, да и территоріальный публичный порядокъ не требуетъ признанія за индивидами способности, въ которой имъ отказываетъ національный законъ, и которой они могли бы пользоваться для

---

[1]) Коммисія состояла, подъ предсѣдательствомъ проф. Рено (Франція), изъ слѣдующихъ членовъ: Н. А. Малевскій-Малевичъ (Россія); Meili (Швейцарія); Graf Arco Valley (Германія); Van den Bulke (Бельгія); Oliver y Esteller (Испанія); Beelaerts van Blokland (Голландія).

[2]) Actes de la Conférence de la Haye 1893, I partie, pp. 45 — 46.

введенія невѣсты въ заблужденіе относительно дѣйствительности брака въ ихъ отечествѣ.

Не съ одинаковой строгостью проводится за то національный принципъ для способности къ вступленію въ бракъ. „Публичное право страны, не требующее непремѣннаго совершенія брака, запрещеннаго иностраннымъ закономъ, можетъ воспротивиться совершенію брака, по иностранному праву дозволеннаго“. Но въ то же время, коммисія, осуждая туманную формулу „публичнаго порядка“, точно опредѣляетъ случаи, въ которыхъ lex loci получаетъ преобладаніе. Ихъ всего два.

Первый случай касается степеней родства, въ которыхъ воспрещенъ бракъ, и здѣсь докладъ отличаетъ „радикальныя“ препятствія отъ допускающихъ диспенсацію. Только первыя обязательны и для иностранцевъ. Что же касается вторыхъ, то коммисія, расходясь съ Институтомъ Международнаго Права (см. выше), полагаетъ, что диспенсаціи могутъ быть выданы только отечественными властями, которыя однѣ компетентны для опредѣленія необходимости отступленія отъ національнаго закона.

Второй и послѣдній случай касается полигамическихъ браковъ, совершенію которыхъ lex loci, конечно, можетъ воспротивиться [1]).

Вышеизложенныя соображенія легли въ основаніе первыхъ трехъ пунктовъ проекта коммисіи:

„Ст. 1. Право вступленія въ бракъ управляется національнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ, если только этотъ законъ не содержитъ ссылки на законъ мѣста жительства или на законъ мѣста заключенія.

Посему, и съ вышесказаннымъ ограниченіемъ, для того, чтобы бракъ могъ быть совершенъ внѣ отечества супруговъ или одного изъ нихъ, необходимо, чтобы будущіе супруги удовлетворяли условіямъ, содержащимся въ національныхъ

[1]) Actes etc., pp. 46—47.

законахъ каждаго, въ особенности же во всемъ, касающемся возраста, степеней родства или свойства, согласія родителей, опекуновъ или семейнаго совѣта.

Ст. 2. Законъ мѣста заключенія можетъ воспротивиться совершенію брака иностранцевъ, нарушающаго его абсолютныя предписанія относительно степеней родства и свойства, или же постановленія относительно необходимости расторженія предыдущаго брака.

Ст. 3. Иностранцы, вступающіе въ бракъ, должны представить цертификаты отъ компетентныхъ властей или дипломатическихъ или консульскихъ властей своей страны, коими тѣ свидѣтельствуютъ, либо, что имъ неизвѣстно никакого препятствія къ предполагаемому браку, либо, что условія поставленныя національнымъ закономъ для дѣйствительности брака, выполнены“ [1]).

Проектъ коммисіи началъ обсуждаться на засѣданіи конференціи 22 Сентября 1893 года. Вслѣдствіе нѣкоторыхъ замѣчаній голландскихъ делегатовъ, проф. Рено разъяснилъ, что перечисленіе личныхъ условій въ 1 ст. проекта отнюдь не имѣетъ исчерпывающаго характера; и что всѣ личныя условія принципіально обсуждаются по національному закону, который и рѣшаетъ, имѣютъ ли они разрывающее значеніе. Тѣмъ не менѣе Конференція нашла удобнѣе вычеркнуть конецъ 1 статьи, начиная со словъ „въ особенности“ (notamment).

При обсужденіи 2-ой статьи бельгійскіе делегаты предложили третье исключеніе въ пользу lex locі, запрещающей виновному въ прелюбодѣяніи супругу вступленіе въ новый бракъ, а австрійскій делегатъ Ганъ высказался въ пользу общей формулы, обнимающей препятствія нравственнаго характера. Но оба эти предложенія не имѣли успѣха.

При обсужденіи 3 ст. проекта выяснилось, что представленіе цертификатовъ не обязываетъ мѣстныхъ властей къ

[1]) Actes etc. 1893, p. 49.

совершенію брака, и что, съ другой стороны, эти власти могутъ и инымъ способомъ убѣждаться въ наличности способности къ вступленію въ бракъ. Кромѣ того докладчикъ Рено замѣтилъ, что многія правительства не согласятся выдавать цертификаты въ слишкомъ категорической формѣ, и относительно Россіи это мнѣніе было поддержано г. Малевскимъ-Малевичемъ [1]).

На засѣданіи 23 Сентября проф. Рено представилъ окончательную редакцію проекта и констатировалъ, что только 3 ст. потерпѣла измѣненія по существу; мысль конференціи онъ резюмировалъ слѣдующимъ образомъ: „Юридически цертификатъ отечественныхъ властей будущихъ супруговъ ни необходимъ, ни достаточенъ; фактически, онъ почти всегда будетъ и необходимъ, и достаточенъ". Затѣмъ 3 статьи были вотированы единогласно [2]).

Приводимъ окончательный текстъ ихъ, вошедшій въ I протоколъ, на французскомъ языкѣ [3]).

[1]) Actes etc 1893, pp 39—42.

[2]) Actes etc. 1893, p. 52.

[3]) . . . . . I.

Dispositions concernant le mariage.

ARTICLE 1.

Le droit de contracter mariage est réglé par loi nationale de chacun des futurs époux, à moins que cette loi ne s'en rapporte soit à la loi du domicile, soit à la loi du lien de la célébration En conséquence et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des deux époux au de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective.

ARTICLE 2.

La loi du lien de la célébration peut interdire le mariage des étrangers, qui serait contraire à ses dispositions concernant les degrés de parenté ou d'alliance, pour lesquels il y a une prohibition absolue et la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur.

ARTICLE 3.

Les étrangers doivent, pour se marier, établir que les conditions, nécessaires d'après leurs lois nationales pour contracter mariage, sont remplies.

2. Конференція 1893 года.

Первая статья протокола о международномъ правѣ, санкціонирующая принципъ отсылки, вызвала строгую критику проф. Lainé [1]). Докладъ г. Рено обосновалъ понятіе этого принципа простымъ утвержденіемъ, что онъ примѣняется во имя самого національнаго закона, и что нельзя притязать на лучшую защиту подданныхъ этого закона, чѣмъ та, которую установляетъ онъ самъ [2]). Проф. Лэне съ этимъ совершенно несогласенъ. Во первыхъ, во имя высшей справедливости можно притязать на наиболѣе эффективную защиту. Во вторыхъ, очень сомнительно, чтобы національный законъ даже принимающій отсылку, требовалъ подчиненія своихъ подданныхъ legi domicilii или loci contractus; правильнѣе предполагать, что онъ (какъ напр. швейцарскій законъ) только позволяетъ подчиниться этимъ законамъ, не исключая, конечно, своей собственной нормальной компетенціи. Поэтому Лэне предлагаетъ такую редакцію 1-ой статьи: „право вступленія въ бракъ управляется національнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ. Если однако въ національномъ законодательствѣ каждаго изъ нихъ содержится постановленіе, разрѣшающее примѣненіе lex domicilii, или lex loci contractus, то бракъ, удовлетворяющій тому или другому изъ этихъ законовъ, нигдѣ не долженъ считаться ничтожнымъ".

Вторая Гаагская конференція (25 Іюня — 13 Іюля 1894 года) отнеслась къ этой критикѣ съ особеннымъ вни-

---

Ils pourront faire cette preuve soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires ou bien des autorités compétentes de leur pays soit par tout autre mode jugé suffisant par l'autorité locale, qui aura, sauf convention internationale contraire, toute liberté d'appréciation dans les deux cas.

[1]) См. его статью „La Conference de la Haye etc." въ Journal Clunet, 1894, pp. 247 — 253.

[2]) Actes etc. 1893, p. 46; „En agissant ainsi on se conformera à la loi nationale elle-même et on ne peut avoir la prétention de mieux protéger ses nationaux qu'elle ne le fait elle-même".

маніемъ. Новый докладъ проф. Рено признаетъ, что Лэне вполнѣ правъ, и что I конференція не совсѣмъ ясно выразила свою мысль, которая по существу вполнѣ совпадаетъ съ положеніями знаменитаго парижскаго ученаго. Поэтому коммисія предложила новую редакцію 1-ой статьи: „Право вступать въ бракъ управляется національнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ; можно однако руководствоваться либо закономъ мѣстожительства, либо закономъ мѣста заключенія, если національный законъ это позволяетъ. Посему. и съ вышесказаннымъ ограниченіемъ, для того, чтобы бракъ могъ быть совершенъ внѣ страны супруговъ или одного изъ нихъ, необходимо, чтобы будущіе супруги удовлетворяли условіямъ, предусмотрѣннымъ ихъ соотвѣтственными національными законами“ [1]). Эта новая редакція 1-ой статьи принята въ засѣданіи II Гаагской конференціи отъ 3 Іюля [2]).

Вторую статью I протокола I конференціи коммисія предполагала оставить безъ измѣненія. Докладъ высказывается рѣшительно противъ туманной формулы публичнаго порядка. Въ то же время мы находимъ здѣсь очень цѣнное указаніе, что понятіе родства и свойства должно опредѣляться по lex loci contractus; этотъ законъ суверенно рѣшаетъ, возникаетъ ли родство или свойство изъ одного законнаго брака, или также изъ незаконной связи или усыновленія [3]). Другими словами, коллизія опредѣляемыхъ понятій (Collision der Anknüpfungsbegriffe) рѣшается въ пользу lex loci contractus.

На засѣданіи конференціи 3 Іюля, германскій делегатъ баронъ Секкендорфъ и бельгійскіе делегаты вновь внесли

[1]) Actes, etc. 1894, pp. 47 — 49.

[2]) При этомъ г. Beekman замѣтилъ, что выраженіе „позволяетъ“ a fortiori обнимаетъ случай. когда національный законъ требуетъ соблюденія lex domicilii или contractus; а г. Roguin указалъ, что цѣль статьи — сохранить неприкосновенность швейцарскаго законодательства. Actes, etc. 1894, p. 43.

[3]) „Le pays de la célébration a le droit de faire respecter ses empêchements absolus à raison de la parenté ou de l'alliance, qu'il s'agisse de liens produits par le mariage, une union illégitime ou l'adoption, c'est sa législation qui sert ici de règle“ Actes etc 1894, p. 48.

дополнительное предложеніе къ 2-ой статьѣ, отвергнутое въ 1893 году: „lex loci можетъ воспретить вступленіе въ бракъ лицамъ, виновнымъ въ прелюбодѣяніи, вслѣдствіе котораго бракъ одного изъ нихъ расторгнутъ". На этотъ разъ предложеніе было принято большинствомъ всѣхъ голосовъ противъ двухъ [1]). Было также выяснено, что примѣненіе этого параграфа предполагаетъ наличность судебнаго рѣшенія [2]).

Третья статья протокола осталась безъ измѣненія. Такимъ образомъ окончательная редакція первыхъ трехъ статей I протокола Гаагской Конференціи 1894 года представляется въ слѣдующемъ видѣ:

I.

Dispositions concernant le mariage.

a) *Conditions pour la validité du mariage.*

Article 1.

Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux, sauf à tenir compte, soit de la loi du domicile, soit de la loi du lieu de la célébration, si la loi nationale le permet. En conséquence et sauf cette réserve, pour que le mariage puisse être célébré dans un pays autre que celui des époux ou de l'un d'eux, il faut que les futurs époux se trouvent dans les conditions prévues par leur loi nationale respective.

Article 2.

La loi du lieu de la célébration peut interdire le mariage des étrangers, qui serait contraire à ses dispositions concernant.

1° la nécessité de la dissolution d'un mariage antérieur;

2° les degrés de parenté ou d'alliance, pour lesquels il y a une prohibition absolue;

[1]) Швейцарія вотировала противъ; Италія воздержалась въ виду того, что въ Италіи вопросъ будетъ рѣшенъ судомъ согласно Art. 12 disp. prel. Cod. Civ.

[2]) Actes etc. 1894, p. 43 — 44.

3° la prohibition absolue de se marier, édictée contre les coupables de l'adultére, à raison duquel le mariage de l'un d'eux a été dissout.

Article 3.

Les étrangers doivent, pour se marier, établir que les conditions, nécessaires d'après leurs loci nationales pour contracter mariage, sont remplies.

Ils pourront faire cette preuve soit par un certificat des agents diplomatiques ou consulaires ou bien des autorités compétentes de leur pays, soit par tout autre mode jugé suffisant par l'autorité locale, qui aura, sauf convention internationale contraire, toute liberté d'appréciation dans les deux cas [1]).

II. Критика Гаагскаго протокола.

Постараемся теперь формулировать наше собственное мнѣніе о достоинствахъ Гаагскаго протокола. Справедливая оцѣнка возможна, конечно, только при сравненіи его съ элементами, коихъ онъ является „практическимъ синтезомъ", т. е. данными положительнаго права и науки.

Къ 1 статьѣ протокола о бракѣ.

1. Способность къ вступленію въ бракъ должна, по нашему мнѣнію, опредѣляться національностью, а не домицилемъ брачущихся.

Ratio. A. Въ семейномъ правѣ, болѣе чѣмъ въ какомъ нибудь другомъ, отражаются національныя воззрѣнія. Правда, національность часто пріобрѣтается чрезъ натурализацію, и тогда уже нельзя подчиненіе личныхъ правъ отечественному закону основывать на расовыхъ и климатическихъ особенностяхъ, какъ то дѣлаетъ итальянская школа. Но за то въ данномъ случаѣ мы имѣемъ полное основаніе предполагать

[1]) Protocole Final de la Conférence de La Haye de 1894, см. Actes etc., 1894.

добровольное подчиненіе національному закону со стороны натурализующагося: разъединеніе политическихъ и гражданскихъ правъ въ духѣ Лоримера совершенно немыслимо, и естественно предполагать, что человѣкъ, избирающій новое отечество, желаетъ пользоваться и его гражданскими правами Того же нельзя сказать о домицилѣ. Еще Броше указалъ. что хотя пріобрѣтеніе новаго домициля обыкновенно актъ свободной воли, но индивидъ далеко не всегда имѣетъ при этомъ въ виду подчиненіе другому праву [1]). Того же мнѣнія Баръ [2]). И новѣйшій сторонникъ приципа домициля, Шоссъ, долженъ сознаться, что въ области брачнаго права національный законъ болѣе подходитъ для презумптивнаго установленія воли сторонъ [3]). Примѣненіе lex domicilii къ брачному праву почти всегда привело бы къ нарушенію bona fides. Съ этой точки зрѣнія (а не съ точки зрѣнія итальянской школы) національность является наиболѣе „естественнымъ“ опредѣляющимъ моментомъ [4]).

В. Но не только съ точки зрѣнія отдѣльныхъ государствъ и индивидовъ, и съ международной слѣдуетъ отдать предпочтеніе національному закону. Именно потому, что домицильмѣняется совершенно свободно, нельзя эту перемѣну соединять съ измѣненіемъ всей юридической физіономіи индивида. Баръ совершенно основательно указываетъ, что невозможно регулированіе семейныхъ правъ предоставить государству

---

[1]) Brocher, Nouveau Traité, § 19

[2]) Bar I, p. 270.

[3]) Chausse du rôle international du domicile, Journal Clunet 1897, p. 28

[4]) Замѣтимъ, для предупрежденія всякихъ недоразумѣній, что сказанное выше вовсе не противорѣчитъ нашему общему взгляду на значеніе воли сторонъ. Международный законодатель, конечно, не долженъ руководствоваться произволомъ частныхъ лицъ, тѣмъ, что хотятъ отдѣльныя особи въ частныхъ случаяхъ, но онъ долженъ за то заботиться о томъ, чтобы его законы не нарушали справедливыхъ ожиданій индивидовъ, основанныхъ на ихъ конклюдентныхъ дѣйствіяхъ. Онъ долженъ принимать во вниманіе не то, чего они хотятъ, а то, чего они должны хотѣть. Онъ долженъ заботиться о совпаденіи международныхъ законовъ съ разумной волею индивидовъ. (Ср. Bar l. c. II).

мѣстожительства, которое можетъ вѣдь въ любой моментъ выслать иностранцевъ [1]). Личныя права должны быть регулированы единообразно и на болѣе продолжительный срокъ; поэтому нельзя ихъ связывать съ домицилемъ, пріобрѣтеніе котораго не пріурочено ни къ какимъ формамъ [2]). Національность мѣняется съ гораздо большимъ трудомъ и при соблюденіи извѣстныхъ формальностей, а потому является болѣе постояннымъ опредѣляющимъ моментомъ (Anknüpfungsmoment).

С. Самый серьезный аргументъ противъ принципа національности, на нашъ взглядъ, выставляетъ Шоссъ. Съ увеличеніемъ международныхъ сношеній, говоритъ онъ, національности переплетутся во всѣхъ государствахъ и станетъ весьма трудно и опасно для оборотовъ сохранить за каждымъ человѣкомъ его національный законъ [3]). Намъ кажется, однако, что съ этой опасностью слѣдуетъ бороться посредствомъ умѣлой комбинаціи jus sanguinis съ jus soli, т. е. ассимилируя иностранцевъ во второмъ или третьемъ поколѣніи туземцамъ. Но до этой ассимиляціи иностранцы должны остаться иностранцами, и если въ нѣкоторыхъ областяхъ гражданскаго права ихъ можетъ быть и слѣдуетъ подчинить lex domicilii или loci contractus, то во всякомъ случаѣ не въ области брачнаго права, гдѣ національныя особенности выступаютъ рельефнѣе всего.

Однородный аргументъ приводится Уортономъ [4]), утверждающимъ, что національный принципъ ведетъ къ усиленному обходу законовъ. Натурализованный, послѣ краткаго пребыванія за границей, возвращается въ прежнее отечество и пользуется здѣсь новымъ статутомъ, что является прямымъ

[1]) Bar I, 270.

[2]) Rosshirt въ Archiv für die civilistische Praxis 1863, XLVI Band, (pp. 328 — 329); см. также Chausse l. c. p. 20: le lieu domiciliare est précaire puisqu'il est à la discrétion de l'individu et peut être brisé par un arrêté d'expulsion.

[3]) Chausse, l. c., p. 19.

[4]) Wharton, Conflict of Laws, § 8.

вызовомъ (defiance) для отечества. Домициль же не можетъ возникнуть фиктивно. Но отсюда, на нашъ взглядъ, только слѣдуетъ, что перенесеніе домициля должно быть однимъ изъ условій натурализаціи, чѣмъ и будетъ предупреждена фиктивная перемѣна подданства [1]).

Уортонъ боится, впрочемъ, главнымъ образомъ подрыва туземныхъ законовъ со стороны домицилированныхъ иностранцевъ. Онъ не стѣсняется относить всѣ законы о дѣеспособности (personal capacity) къ публичному порядку, и этимъ приближается къ принципу абсолютной территоріальности, послѣ принятія котораго совершенно излишне разсуждать о международномъ правѣ [2]).

Д. Однимъ изъ главныхъ недостатковъ домициля, какъ опредѣляющаго момента, является его неопредѣленность или неустойчивость. Въ этомъ отношеніи мы можемъ почерпнуть весьма поучительныя свѣдѣнія у самаго авторитетнаго комментатора юриспруденціи Англіи, классической родины этого принципа [3]).

Каждое независимое лицо, говоритъ Дайси, можетъ пріобрѣсти домициль по своему выбору (domicil of choice), комбинируя мѣстопребываніе (residence) съ намѣреніемъ оставаться навсегда или на неопредѣленное время въ данномъ мѣстѣ (animus manendi) [4]). Такимъ образомъ, главная трудность заключается въ выясненіи намѣренія лица основаться въ данномъ мѣстѣ.

Прежде всего слѣдуетъ, конечно, выяснить элементы намѣренія. Одни суды требуютъ, что бы оно было вполнѣ добровольное и не зависѣло отъ „внѣшней необходимости“ (external necessity). Другіе думаютъ, что нельзя требовать наличности абсолютнаго намѣренія окончательно поселиться въ данной странѣ, ибо каждый человѣкъ сохраняетъ намѣ-

---

[1]) Ср. Bar, 1, 226.
[2]) Wharton, l. c., p. 24.
[3]) Dicey, Conflict of Laws, pp. 79 — 172.
[4]) Dicey, l. c., p. 104.

реніе при случаѣ перемѣнить домициль, если найдетъ это удобнѣе. Третьи требуютъ, чтобы такое абсолютное намѣреніе когда нибудь существовало. Наконецъ, намѣреніе должно имѣть объектомъ постоянное, или неопредѣленное пребываніе; намѣреніе поселиться на 25 лѣтъ въ данной странѣ не мѣняетъ прежняго домициля [1]).

Но какъ же доказать наличность этого туманнаго намѣренія?

Намѣреніе можетъ быть выведено изъ словъ или дѣйствій лица, но иногда и изъ самаго факта его пребыванія въ странѣ, въ зависимости отъ времени и характера (mode) этого пребыванія. Время не есть необходимый элементъ домициля, но это наиболѣе важное доказательство его: 30-ти-лѣтнее пребываніе въ Англіи является сильной презумпціей въ пользу намѣренія жить въ этой странѣ. Точно также, если лицо не только живетъ во Франціи, но и покупаетъ тамъ землю, то его можно предположить домицилированнымъ во Франціи [2]).

Но для того, чтобы служить доказательствомъ домициля, пребываніе должно быть прежде всего добровольнымъ. Плѣнники, преступники, изгнанники, послы, чиновники не могутъ считаться домицилированными въ мѣстѣ своего временнаго пребыванія. Съумашедшіе, по господствующей теоріи, сохраняютъ домициль, который имѣли до болѣзни, такъ какъ не могутъ свободно избрать новый. Относительно больныхъ (invalids) мы встрѣчаемъ уже разногласіе. Если больной уѣзжаетъ во Францію для шестимѣсячнаго леченія, онъ, конечно сохраняетъ англійскій домициль. Но если больной поселяется окончательно во Франціи, находя, что его здоровье страдаетъ отъ англійскаго климата, то, по мнѣнію однихъ, онъ пріобрѣтаетъ французскій домициль, такъ какъ здѣсь нѣтъ необходимости въ полномъ смыслѣ слова (necessity) для переселенія; иначе слѣдовало бы продолжать считать жительствующими въ Англіи лицъ, переселившихся для поправле-

[1]) Dicey, l. c., pp. 108 — 110.
[2]) Dicey, l. c., pp. 132 — 138.

нія состоянія (Hoskins v. Matthews 1856) [1]). Наконецъ, если умирающій переѣзжаетъ во Францію, для того, чтобы тамъ облегчить свои страданія, то англійскій домициль считается сохраненнымъ, хотя бы больной не разсчитывалъ уже вернуться въ Англію, такъ какъ онъ не имѣетъ animus manendi во Франціи (Moorhouse v. Lord 1863) [2]).

Лично Дайси возстаетъ противъ изысканій надъ вліяніемъ „внѣшней необходимости“ (external necessity). Нужно помнить, говоритъ онъ, что намѣреніе пребывать и фактъ пребыванія—единственные элементы домициля. Мотивы же для пребыванія могутъ лишь служить средствомъ установленія animus manendi. Такъ, священникъ можетъ считаться домицилированнымъ въ своемъ приходѣ, но не считается домицилированнымъ въ Индіи вице-король, назначаемый туда на извѣстный срокъ [3]).

Англійская теорія домициля остается тѣмъ не менѣе крайне неясной. Служатъ ли мотивы пребыванія элементами или доказательствомъ домициля, ихъ нужно всетаки выяснить, а это крайне трудно. Да и самое намѣреніе поселиться, независимо отъ мотивовъ, почти неуловимо, иногда даже для самого поселяющагося. Вѣдь рѣшилъ же англійскій судъ [4]), вопреки свидѣтельству самого заинтересованнаго, что онъ въ данное время не имѣлъ намѣренія поселиться въ Шотландіи!

Если сравнить эти туманныя правила съ Naturalization Acts 1870, 1872 и 1895 годовъ [5]), то окажется, что англійскую или иностранную національность несравненно легче опредѣлить, чѣмъ англійскій и иностранный домициль. Національность по англійскому праву пріобрѣтается и теряется

[1]) Именно такого вывода не побоялся, однако, лордъ Westbury который въ дѣлѣ Udny v. Udny (1869) подвелъ подъ „external necessity“ наряду съ болѣзнью—требованія кредиторовъ, l. c. p. 153.

[2]) Dicey, l. c., pp. 140 — 150.

[3]) Dicey, l. c., pp. 152—154.

[4]) Bell v. Kennedy 1868, Dicey, l. c., p. 86.

[5]) Dicey, pp. 170—199.

въ зависимости не отъ неуловимой „intention“ или шаткой „residence“, а въ связи съ очень легко установимыми фактами (рожденія, брака, пребыванія при родителяхъ), или съ дѣйствіями заинтересованныхъ лицъ (declarations) и самаго правительства (декреты и цертификаты о натурализаціи). Конечно, и здѣсь возможны конфликты съ иностранными правительствами. Но во всякомъ случаѣ, нѣтъ тѣхъ колебаній и неизвѣстности для самаго англійскаго права, которыя связаны съ чисто инквизиціонной процедурой выясненія сокровенныхъ помысловъ лица [1]). Понятіе подданства можетъ быть установлено международными договорами. Понятіе домициля всегда будетъ болѣе или менѣе зависѣть отъ интерпретаціи судомъ индивидуальной воли [2]).

Е. Уортонъ указываетъ на невозможность опредѣлять личныя права по національности, разъ дѣло идетъ о подданномъ сложнаго государства съ нѣсколькими мѣстными юрисдикціями [3]). Однако, если въ данномъ случаѣ и придется прибѣгнуть къ домицилю, мы этимъ отнюдь не нарушимъ принципа національности. Это весьма убѣдительно доказано Цительманомъ [4]).

Дѣло въ томъ, что нормы какого нибудь государства, разграничивающія областныя юрисдикціи, не суть нормы коллизій, а просто часть внутренняго матеріальнаго права; поэтому онѣ обязательны для заграничнаго судьи, признавшаго компетенцію закона этого государства. Опредѣляетъ ли центральная власть личный статутъ въ междуобластныхъ конфликтахъ по lex domicilii, или по lex originis, это внутреннее государственное дѣло. Мы добавимъ отъ себя, что въ госу-

[1]) Въ пользу національнаго принципа также Rosshirt, Archiv 46, pp. 329; Brocher, Nouveau Traité, § 19, которые оба указываютъ на трудность констатированія домициля.

[2]) Любопытно, но совершенно голословно утвержденіе Chausse, l. c., p. 16: „Le domicile est un fait universel et nécessaire; aussi sa notion est elle partout la même.

[3]) Wharton, l. c., p. 24.

[4]) Zitelmann I, p. 398, 403—495.

дарствѣ съ нѣсколькими юрисдикціями, общій національный законъ есть простая абстракція, матеріализирующаяся въ разныхъ областныхъ правахъ. Мы не можемъ примѣнить національнаго закона такого государства иначе, какъ въ видѣ lex domicilii или lex originis.

Въ томъ же духѣ высказался въ 1880 году Институтъ Международнаго Права: „Въ случаѣ, если различные гражданскіе законы существуютъ въ одномъ и томъ же государствѣ, вопросы, касающіеся состоянія и дѣеспособности иностранца, будутъ разрѣшаться согласно съ внутреннимъ правомъ страны, къ которой онъ принадлежитъ [1]).

Вопросъ осложняется, если центральная власть не регулировала междуобластныхъ конфликтовъ. Въ случаѣ, когда мы имѣемъ дѣло съ союзнымъ государствомъ, мы, согласно съ Цительманомъ, примѣнимъ общія нормы международнаго права, т. е. національные законы отдѣльныхъ государствъ. За то мы не можемъ принять мнѣнія названнаго автора, что въ случаѣ единаго государства съ разными правовыми областями, національный законъ перейдетъ въ областную lex domicilii. Разъ мы вообще опредѣляемъ личный статутъ по національности, то логичнѣе матеріализировать его въ данномъ случаѣ въ законѣ области происхожденія (lex originis).

Наконецъ, остается случай, когда у иностранца вовсе нѣтъ національности. По нашему мнѣнію, такихъ иностранцевъ слѣдовало бы обязать избрать таковую до вступленія въ бракъ, ибо невозможно ставить столь важный институтъ подъ защиту государства мѣстожительства.

Usus. Доказавъ такимъ образомъ теоретически превосходство принципа національности надъ принципомъ домициля, мы резюмируемъ вкратцѣ данныя практики.

Національный принципъ, смягчаемый требованіями „публичнаго порядка“, принятъ для опредѣленія бракоспособности положительнымъ правомъ слѣдующихъ государствъ:

[1]) Tableau général de l'Institut, p. 34, Art. VI Оксфордскихъ резолюцій.

1) Франціи, 2) Бельгіи, 3) Голландіи, 4) Италіи, 5) Португаліи, 6) Испаніи (во всякомъ случаѣ для испанцевъ), 7) Румыніи, 8) Сербіи, 9) Греціи, 10) Германіи, 11) Австріи, 12) Венгріи, 13) Даніи (для датчанъ), 14) Россіи (для русскихъ).

Lex loci contractus господствуетъ: 1) въ Соединенныхъ Штатахъ (во всякомъ случаѣ для браковъ, заключаемыхъ въ Штатахъ); въ Союзѣ южно-американскихъ государствъ, заключенномъ въ Монтевидео, 3) въ Швеціи (для иностранцевъ, брачущихся въ Швеціи), 4) въ Швейцаріи (гдѣ lex loci конкуррируетъ съ національнымъ закономъ). 5) въ Россіи (для браковъ иностранцевъ въ Россіи).

Lex domicilii опредѣляетъ личныя условія вступленія въ бракъ только въ Англіи.

Такимъ образомъ, нельзя пока говорить объ образованіи обычнаго международнаго права въ пользу принципа національности. Но несомнѣнно, что этотъ принципъ завоевываетъ себѣ все большее и большее признаніе и что за нимъ будущее. Мы, съ своей стороны, можемъ только привѣтствовать первыя слова первой статьи Гаагскаго протокола 1894 года: „Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale“.

2. Мы присоединяемся точно также къ предложенію конференціи опредѣлять способность къ вступленію въ бракъ по національному закону каждаго брачущагося. Противоположная теорія Бара, отчасти повліявшая на резолюціи Института международнаго права, не что иное, какъ одна изъ безчисленныхъ модальностей теоріи публичнаго порядка. Какъ различать публично-правовыя препятствія, опредѣляемыя исключительно по закону жениха, отъ частно-правовыхъ? Почему родство относится къ первой категоріи, а незрѣлый возрастъ ко второй? Развѣ государство невѣсты, запрещающее ей вступать въ бракъ въ извѣстныхъ степеняхъ родства, не издало этотъ законъ съ такою же „покровительственной цѣлью“, какъ законъ воспрещающій ей вступать въ бракъ до 16 лѣтъ. Намъ кажется, что теорія Бара есть чистѣйшая petitio principii, приводящая, кромѣ того, къ крайне несправедливому результату:

поглощенію закона невѣсты закономъ жениха, который a priori признается найлучшимъ.

Вполнѣ правильной слѣдуетъ поэтому признать практику австрійской юриспруденціи, по которой австрійская католичка не можетъ выйти за иностраннаго протестанта, которому такой бракъ не воспрещенъ, а австрійскіе евреи не могутъ жениться на иностранныхъ христіанкахъ.

Противъ теоріи Бара высказывается и § 108 новаго венгерскаго закона, опредѣляющій возрастъ и дѣеспособность брачущихся по національному закону каждаго, а остальныя личныя условія по національнымъ законамъ обоихъ. Различіе это очевидно основано на совершенно вѣрной мысли, что возрастъ и согласіе родителей являются условіями, касающимися одного лица или его права вступать въ бракъ вообще. Другія условія — родство, свойство, религія, соціальное положеніе — немыслимы внѣ отношенія къ другому брачущемуся. Очевидно, что въ первомъ случаѣ нормы отечествъ брачущихся могутъ расходиться по содержанію (законъ жениха требуетъ 18-ти-лѣтняго возраста и не упоминаетъ о согласіи родителей; законъ невѣсты требуетъ 16-ти-лѣтняго возраста и согласія); во второмъ — эти нормы должны непремѣнно совпадать (т. е. разрѣшать или не разрѣшать браковъ христіанъ съ евреями, дяди съ племянницей и т. д.). Но формула венгерскаго закона слишкомъ сложна. Если мы опредѣляемъ бракоспособность по національному закону „каждаго“, то мы этимъ самымъ косвенно, не допускаемъ браковъ, противорѣчащихъ законамъ „обоихъ“ брачущихся. Если же мы всегда опредѣляемъ бракоспособность по законамъ обоихъ, то мы этимъ самымъ помѣшаемъ бракамъ въ тѣхъ случаяхъ, когда мы намѣрены были довольствоваться законами каждаго. Поэтому формула Гаагскаго протокола намъ кажется заслуживающей предпочтеніе и передъ формулой венгерскаго закона.

3. Вторая часть 1 параграфа разбираемаго протокола принимаетъ, какъ мы видѣли, отсылку національнаго закона къ lex domicilii или lex loci contractus.

Правда, Нимейеръ [1]) старается доказать, что въ данномъ постановленіи вовсе не содержится отсылки: національный законъ объявляется безусловно компетентнымъ, и только параллельно съ нимъ допускается также компетентность двухъ другихъ законовъ, если онъ на нихъ ссылается. Тутъ нѣтъ подчиненія волѣ иностраннаго законодателя, и въ то же время уменьшается число коллизій и недѣйствительныхъ браковъ.

Но Канъ [2]) блестяще доказалъ слабость этой аргументаціи. Гаагская конференція, говоритъ онъ, только установила особый видъ отсылки, кумулировавъ этотъ принципъ съ идеею поддержанія брака (favor matrimonii): если бракъ дѣйствителенъ по національному закону, то онъ никакъ не можетъ быть опороченъ; если же онъ недѣйствителенъ поэтому закону, то допускается отсылка на валидирующіе его законы. Но будь она условна или безусловна, отсылка всегда останется отсылкой.

Въ защиту условной отсылки конференція выставляетъ крайне неудачный аргументъ, что нельзя притязать на лучшую защиту подданныхъ, чѣмъ та, которую имъ даетъ національный законъ. Если принять этотъ принципъ, то отсылку слѣдуетъ очевидно примѣнять во всѣхъ случаяхъ, т. е. и тогда, когда онъ ведетъ къ ничтожности брака.

Авторъ заканчиваетъ энергической филиппикой противъ Гаагской конференціи, которую онъ упрекаетъ въ совершенно излишнихъ концессіяхъ швейцарскому закону и въ вредномъ эклектицизмѣ. Не всегда достаточно, восклицаетъ онъ, сопоставлять, нужно выбирать и рѣшать, а не сопрягать противоположныя силы!

Мнѣніе Кана раздѣляетъ и Бартэнъ, большой авторитетъ въ этомъ вопросѣ [3]). Этотъ авторръ указываетъ, между прочимъ, что отсылку первой статьи протокола 1894 года нельзя толковать какъ норму матеріальнаго права національнаго закона. Этотъ законъ не имѣетъ ни малѣйшихъ основаній для

[1]) Niemeyer, Vorschläge, p. 190.
[2]) Kahn въ Jahrbücher fur die Dogmatik 1896, pp. 383 — 398.
[3]) Bartin въ Revue 1897, pp. 170 — 179.

измѣненія бракоспособности своихъ подданныхъ въ зависимости отъ ихъ домициля или мѣстонахожденія во время брака. Авторъ очевидно хочетъ сказать, что здѣсь нѣтъ нормы матеріальной отсылки (materielle Vermeisungsnorm), и имѣется чистѣйшая норма коллизіи.

И мы, съ своей стороны, должны энергично протестовать противъ международной санкціи формулы, которую осудила почти вся наука, и принятіе которой на конференціи объясняется только проникновеніемъ ея въ нѣкоторыя законодательства и во франко-бельгійскую юриспруденцію. Мы уже указывали въ общей части этого труда, что однимъ изъ самыхъ благодѣтельныхъ послѣдствій кодификаціи международнаго частнаго права явилось бы исчезновеніе отсылки, логически немыслимой при принятіи одного „опредѣляющаго момента“ (Anknüpfungsmoment) договаривающимися государствами. Постановленія же Гаагской Конференціи предполагаютъ, очевидно, что каждое государство, и послѣ подписанія конвенціи, сохранитъ свободу опредѣлять личныя условія вступленія въ бракъ по тому закону, по которому это ему заблагоразсудится. Только тогда II часть первой статьи и становится понятной.

И дѣйствительно, на засѣданіи 22 Сентября 1893 года нѣкоторые делегаты (проф. Мартенсъ, Рагузенъ, бар. д'Анстанъ, Матценъ) встревожились фразой, помѣщенной въ докладѣ г. Рено: „Коммисія, согласно желанію конференціи, предприняла выработку серіи правилъ, которыя, сообразно съ обстоятельствами, могли бы быть внесены въ проектъ внутренняго закона или проектъ международной конвенціи“ [1]). Г. Рагузенъ назвалъ эту фразу „опасной“, такъ какъ конференція призвана не къ законодательной дѣятельности, а только къ выработкѣ международныхъ правилъ: а проф. Мартенсъ просилъ занести въ протоколъ свое заявленіе, что постановленія конференціи не могутъ дерогировать внутреннему законодательству. На это г. Рено замѣтилъ совер-

[1]) Actes etc. 1893, p. 45.

шенно основательно, что онъ не считаетъ побужденія отдѣльныхъ государствъ къ изданію законовъ нарушеніемъ ихъ суверенитета и что не слѣдуетъ быть столь щепетильнымъ въ этомъ отношеніи. Проф. Мейли выразилъ также свое удивленіе, пояснивъ, что, разумѣется, каждое государство сохранитъ право привести или не привести свое законодательство въ соотношеніи съ постановленіями конференціи [1]).

Намъ кажется, что конференція, въ самомъ дѣлѣ, дѣйствовала черезчуръ уже осторожно. Разъ она провозгласила превосходство національнаго принципа, она и должна была держаться этой точки зрѣнія, — признанной найболѣе соотвѣтствующей интересамъ международнаго общенія. Международный законодатель вовсе не обязанъ считаться со всѣми субъективными воззрѣніями территоріальныхъ. Каждое государство вольно вступать или не вступать въ союзъ, но разъ оно вступило, оно обязано измѣнить свое внутреннее законодательство въ указанномъ конвенціей смыслѣ. Для интересовъ международнаго общенія было бы гораздо полезнѣе, если бы Швейцарія и Венгрія вовсе не вступили въ будущую Гаагскую Унію, чѣмъ, чтобы ихъ вступленіе было куплено такою дорогою цѣною, какъ международная санкціи принципа отсылки, вносящаго въ международную жизнь неизвѣстность и путаницу.

Мы присоединяемся поэтому къ мнѣніямъ Кана и Бартэна и требуемъ, чтобы вторая часть 1 статьи Гаагскаго протокола о бракѣ была вычеркнута, съ тѣмъ чтобы эта статья приняла, слѣдующій простой, ясный и опредѣленный видъ: „Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époaux“.

Къ 2 статьѣ протокола о бракѣ.

А. Гаагская конференція высказалась противъ ограниченія сферы дѣйствія національнаго закона туманной формулой

[1]) Actes etc, 1893, p. 40.

публичнаго порядка. Еще въ общей части мы пришли къ убѣжденію, что отступленія отъ нормально компетентнаго закона должно быть точно оговорены, во избѣжаніе подрыва принятаго принципа. Приведенный очеркъ теорій международнаго брачнаго права могъ только усилить это убѣжденіе въ полной непригодности понятія „публичнаго порядка“ для конструированія нормъ нашей науки.

Намъ остается теперь выяснить, насколько три ограниченія національнаго закона въ пользу lex loci contractus, предложенныя конференціей, соотвѣтствуютъ потребностямъ международнаго общенія.

1. Lex loci можетъ во-первыхъ запретить заключеніе брака лицамъ, уже связаннымъ брачными узами. Другими словами lex loci можетъ воспротивиться полигаміи. Конференція приняла эту статью, какъ само собою разумѣющуюся, безъ дебатовъ. Намъ кажется, однако, что она требуетъ оговорки.

Дѣйствительно, не мѣшаетъ вспомнить, что во многихъ цивилизованныхъ государствахъ полигамія существуетъ для извѣстной части населенія, именно для мусульманъ, напр. въ Россіи (ст. 79—84 X т., ч. 1 и 1554 ст. улож. о нак.), Англіи, Франціи, Нидерландахъ. Очевидно, что въ такихъ государствахъ 1 § 2-ой статьи Гаагскаго протокола долженъ примѣняться иначе, чѣмъ въ Австріи, Германіи или Италіи, не имѣющихъ мусульманскихъ подданныхъ. Очевидно, что турокъ не имѣетъ право вступить во второй бракъ въ Германіи, гдѣ полигамія запрещена абсолютно. Но было бы нелѣпо запретить турку или англійскому мусульманину вступить во второй бракъ въ Россіи, разъ это дозволено русскимъ мусульманамъ.

Текстъ 2-ой статьи Гаагскаго протокола составленъ, впрочемъ, весьма осторожно: „Законъ мѣста заключенія можетъ воспретить бракъ иностранцевъ, который оказался бы противнымъ его постановленіямъ касательно: 1⁰ необходимости расторженіи предыдущаго брака...“ Второй бракъ турецкихъ мусульманъ въ Россіи можно, конечно объявить не

противнымъ постановленіямъ русскаго закона о моногаміи. Съ такой оговоркой намъ кажется возможнымъ принять текстъ разбираемаго параграфа.

2. Второй параграфъ второй статьи Гаагскаго протокола разрѣшаетъ lex loci contractus воспротивиться совершенію иностранцами брака въ тѣхъ степеняхъ родства или свойства, относительно которыхъ существуетъ абсолютное запрещеніе. Намъ кажется, что здѣсь слѣдуетъ провести рѣзкую грань между тѣми браками, которые осуждаются сознаніемъ всѣхъ народовъ не только цивилизованныхъ, но и полукультурныхъ, и тѣми, къ которымъ территоріальныя законодательства относятся различно. Первые—браки между восходящими и нисходящими, а также между братомъ и сестрой,—конечно, не должны быть допущены. Но въ виду общности такого запрещенія во всѣхъ законодательствахъ, упоминаніе о нихъ совершенно излишне. Конфликтовъ здѣсь и быть не можетъ.

Что же касается „абсолютныхъ“ запрещеній браковъ въ другихъ степеняхъ родства и свойства, то постановленіе конференціи намъ кажется нелогичнымъ. Если преобладаніе lex loci основано на „абсолютности“ препятствія, т. е. на его неустранимости путемъ диспенсаціи, то слѣдуетъ ввести этотъ критерій и для другихъ препятствій. Вліяніе возраста, усыновленія, траурнаго срока, согласія родителей, религіи, окажутся такимъ образомъ во многихъ государствахъ подчиненными lex loci, и принципъ національности будетъ окончательно подорванъ. Такъ напр., въ Россіи трудно было бы разрѣшить вступленіе въ бракъ иностранцамъ, не достигшимъ возраста, установленнаго нашими законами, такъ какъ незрѣлый возрастъ объявляется въ той же 37 ст. 1 ч. X т. св зак. такимъ же разрывающимъ препятствіемъ, какъ и родство и свойство. Въ пользу предлагаемаго ограниченія нельзя также привести соображенія нравственности. Этому мѣшаетъ самая пестрота во времени и въ пространствѣ запрещеній браковъ въ извѣстныхъ степеняхъ родства и свойства. Въ

Англіи до послѣдняго времени существовало запрещеніе брака зятя и свояченицы, однако теперь этотъ бракъ допущенъ, какъ вполнѣ естественный и разумный. Русскіе православные не могутъ жениться на двоюродныхъ сестрахъ; а въ Германіи такіе браки составляютъ обыденное явленіе. Если поэтому наше нравственное чувство не возмущается бракомъ незрѣлыхъ по нашимъ законамъ лицъ, или усыновителя съ усыновляемой, то нѣтъ ему основанія возбуждаться по поводу заключенія брака въ возбраняемыхъ нашимъ закономъ степеняхъ — разъ это не бракъ, всюду считающійся безнравственнымъ.

Мы высказываемся поэтому противъ 2 параграфа второй статьи Гаагскаго протокола, признавая его отчасти излишнимъ, отчасти нелогичнымъ.

3. Высказанныя нами только что соображенія еще сильнѣе говорятъ противъ принятія 3-го параграфа второй статьи протокола, прибавленной только на конференціи 1894 года. Онъ касается „абсолютнаго“ воспрещенія вступать въ бракъ виновнымъ въ прелюбодѣяніи.

В. Гаагская конференція, очевидно, установила во 2 статьѣ максимумъ ограниченій компетентнаго національнаго закона. Устанавливая этотъ максимумъ, она должна была исключительно держаться международной точки зрѣнія. Такъ она и сдѣлала для перваго параграфа: Полигамія объявлена могущей принести столь большой соблазнъ, что она можетъ быть воспрещена по lex loci. Что же касается 2 и 3 параграфовъ (о родствѣ и адультерѣ), то здѣсь мы находимъ отсылку къ территоріальнымъ законамъ, которые сами опредѣлятъ, въ какихъ случаяхъ они могутъ получить преобладаніе. Намъ кажется, что конференція должна была и здѣсь точно обозначить степени родства, въ которыхъ она отдаетъ предпочтеніе lex loci. Ставя же это предпочтеніе въ зависимость отъ „абсолютности“ запрета, она незамѣтно сходитъ на субъективную почву. Можно задаться вопросомъ, почему не вообще предложена такая формула: lex loci можетъ не

допустить совершенія иностранцами брака, абсолютно воспрещенаго туземцамъ, или еще лучше составляющаго преступленіе по территоріальнымъ законамъ? Такая формула была бы умѣстнѣе всего съ точки зрѣнія конференціи, которая такъ страшилась нарушить суверенитетъ отдѣльныхъ государствъ. Очевидно, что ни одно государство не допуститъ нарушенія своихъ уголовныхъ законовъ иностранцами. У насъ напр. въ силу 170 ст. улож. о нак. и главы 1 и Отд. I Раздѣла XI улож. о нак. иностранцы подчинены положительно всѣмъ разрывающимъ препятствіямъ русскаго брачнаго права. Поэтому такая общая формулировка соотвѣтствовала бы гораздо болѣе дѣйствующему русскому законодательству.

Но если держаться точки зрѣнія, что конференція именно должна была выработать правила, которыя повліяли бы на отдѣльныя законодательства, то необходимо ограниченія національнаго закона выразить въ строго объективной формѣ.

Нѣтъ сомнѣнія, что въ этомъ территоріальномъ ограниченіи кроется идея универсальнаго права. Максимумъ ограниченія національнаго закона въ тоже время есть минимумъ существенныхъ элементовъ брака. Вопросъ публичнаго порядка постепенно превращается въ вопросъ квалификаціи. Бракъ восходящихъ съ нисходящими или брата съ сестрою, а также бракъ полигамическій (для христіанъ) не есть уже бракъ. Конференція должна была бы кромѣ того требовать отсутствія принужденія при заключеніи брака. Дѣйствительно, при настоящей редакціи протокола, турецкій отецъ можетъ выдать замужъ свою трехлѣтнюю дочь въ Германіи. Со временемъ, когда съ возрастающей цивилизаціей окажется возможнымъ вполнѣ уничтожить полигамію внутри культурныхъ государствъ, возможно будетъ эти три элемента брака, какъ союза: 1) двухъ только людей, 2) не являющагося кровосмѣшеніемъ, 3) заключаемаго посредствомъ добровольнаго согласія — ввести въ опредѣленіе этого института, и въ публичномъ порядкѣ не будетъ никакой надобности.

Мусульманскія государства конечно оказались бы послѣ этого отлученными отъ международнаго общенія: мусульманскій бракъ, не удовлетворяющій указаннымъ требованіямъ, сдѣлался бы несоизмѣримымъ съ бракомъ международнаго союза и потому не могъ бы обсуждаться по принятымъ для послѣдняго правиламъ. Но этотъ результатъ насъ не смущаетъ. Международное право должно регулировать отношенія цивилизованныхъ народовъ [1]), а не народовъ, стоящихъ на различной степени культурнаго развитія. Принятіе въ международное общеніе варварскихъ странъ только тормозитъ прогрессъ права этого общенія, и разбираемый случай является особенно яркимъ доказательствомъ этого положенія. Какъ только мы остаемся въ предѣлахъ естественнаго союза цивилизованныхъ государствъ, вопросъ публичнаго порядка теряетъ всякое практическое значеніе и обращается въ вопросъ квалификаціи брака. Если другія государства желаютъ воспользоваться нормами конфликтовъ, дѣйствующими въ предѣлахъ международнаго общенія, они должны предварительно довести свои юридическіе институты до общаго уровня этого общенія.

При настоящемъ положеніи дѣла мы лично предложили бы: 1) сохранить 1 § II статьи Гаагскаго протокола; 2) во 2 § ограничиться случаями кровосмѣшенія въ прямой линіи и въ 1 степени боковой, или же вовсе отбросить этотъ параграфъ; 3) 3 § замѣнить требованіемъ отсутствія принужденія брачущихся.

Мы не скрываемъ отъ себя, что принятіе II статьи въ такомъ видѣ предполагаетъ коренное измѣненіе многихъ законодательствъ, и въ томъ числѣ нашего, которое всѣ почти препятствія къ браку снабжаетъ уголовной санкціей и такимъ образомъ дѣлаетъ обязательными и для иностранцевъ. Но съ нашей точки зрѣнія такое косвенное побужденіе территоріальнаго правительства къ измѣненію своихъ устарѣв-

[1]) Какъ это постоянно доказывалъ проф. Ф. Ф. Мартенсъ.

шихъ законовъ есть только благодѣтельный результатъ международнаго общенія, и отнюдь не предосудителенъ. Впрочемъ, тотъ же результатъ получился бы и при принятіи редакціи Гаагской конференціи, а для нея, поддерживающей noli me tangere территоріальныхъ государствъ. это обстоятельство является уже упрекомъ. Въ случаѣ, если бы и на новой конференціи восторжествовала субъективная точка зрѣнія, мы предложили бы ей, чтобы остаться вѣрной себѣ, замѣнить всѣ три пункта II статьи однимъ:

„Законъ мѣста заключенія можетъ воспретить браки иностранцевъ, составляющіе по его постановленіямъ преступленіе".

Тогда щепетильность отдѣльныхъ государствъ была бы, по крайней мѣрѣ, вполнѣ уважена. Но намъ кажется, что изданіе такихъ статей мало послужило бы интересамъ международнаго общенія. Международная Конвенція должно говорить „de lege ferenda internationali", а не „de lege lata territoriali".

Замѣтимъ въ заключеніе, что на нашъ взглядъ конференція поступила вполнѣ правильно, подчинивъ національный законъ только запретительному, а не дозволительному мѣстному закону. Не дозволить русскому монаху вступить въ бракъ во Франціи кажется, правда, съ перваго взгляда жестокимъ и несогласнымъ съ французскимъ „публичнымъ порядкомъ". На самомъ же дѣлѣ разрѣшеніе брака, который никогда не будетъ признанъ въ Россіи, принесетъ монаху и его дѣтямъ еще больше вреда и нарушитъ единство этого института. Отрицательное дѣйствіе „публичнаго порядка", конечно, не ведетъ къ такому же результату, а потому и допустимо въ вышеуказанной мѣрѣ; положительное же не должно быть терпимо. Лица, желающія воспользоваться всѣми правами lex loci, вопреки національному закону, могутъ выйти предварительно изъ своего подданства. Это ихъ право и не составляетъ никакого „обхода законовъ" (naturalisatio in fraudem legis).

Гаагскіе протоколы не говорятъ вовсе о диспенсаціяхъ. Но докладъ проф. Рено, какъ мы видѣли, лишаетъ мѣстныя власти права выдавать диспенсаціи даже въ случаяхъ, разрѣшаемыхъ національнымъ закономъ, какъ того хочетъ институтъ международнаго права. Намъ думается, что конференція была права, не послѣдовавъ за институтомъ. Выдача диспенсаціи есть актъ внутренней политики, для совершенія котораго компетентны однѣ національныя власти брачущихся.

Къ 3 статьѣ протокола о бракѣ.

Въ третьей статьѣ мы отмѣтимъ прежде всего, что иностранцы должны будутъ доказывать передъ мѣстными властями только свою способность къ вступленію въ бракъ, а не послѣдующее признаніе этого брака въ ихъ отечествѣ. Такимъ образомъ конференція отвергла теорію швейцарскаго закона, по которой предъявляемый цертификатъ долженъ гарантировать признаніе даннаго брака. Теорія эта неосновательна. Мы видѣли, что почти всѣ страны категорически отказываютъ въ выдачѣ такихъ свидѣтельствъ, стѣсняющихъ свободу судовъ, которые одни признаны къ опредѣленію законности браковъ.

Но мы отказываемся понимать, почему конференція не придала цертификатамъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ или отечественныхъ учрежденій иностранцевъ безусловно обязательной силы въ глазахъ мѣстныхъ властей? Разъ эти агенты и учрежденія свидѣтельствуютъ только объ отсутствіи препятствій къ вступленію въ бракъ по національнымъ законамъ, то почему же не считать эти свидѣтельства достаточными? Неужели эти власти не наиболѣе компетентны въ этомъ вопросѣ?

Докладъ г. Рено на первой Гаагской конференціи стоялъ на защищаемой нами точкѣ зрѣнія. Онъ опровергнулъ, между прочимъ, странное мнѣніе, будто признаніе иностраннаго цертификата нарушаетъ территоріальный суверенитетъ, и указывалъ на существованіе конвенцій между различными госу-

дарствами, стипулирующихъ взаимное признаніе свидѣтельствъ о способности къ вступленію въ бракъ [1]). Намъ кажется, кромѣ того, что скорѣе можно было бы говорить о нарушеніи суверенитета государства, свидѣтельство котораго о собственныхъ подданныхъ не принимается на вѣру, и врядъ ли при такихъ условіяхъ какое либо правительство согласится на выдачу цертификатовъ. Мы высказываемся поэтому за достаточность цертификатовъ отечественныхъ властей иностранцевъ.

Съ другой стороны, мы не раздѣляемъ также взгляда конференціи, что представленіе этихъ цертификатовъ факультативно. Если отечество иностранца отказываетъ ему въ выдачѣ свидѣтельства, то оно, очевидно, не желаетъ заключенія имъ брака за границей. Сюда относятся напр. отказы въ выдачѣ цертификатовъ дезертирамъ. Разъ уже конференція признала, что территоріальный дозволительный законъ уступаетъ иностранному запретительному, то логика требовала не допускать также заключенія браковъ, почему либо неугодныхъ иностранному правительству. Иначе мы опять возвращаемся къ теоріи публичнаго порядка. Да и кромѣ того, мы имѣли случай видѣть, чѣмъ иногда замѣняется свидѣтельство отечественныхъ властей: врядъ ли „acte de notoriété“ въ формѣ Art 70 и 71 C. Civil представляетъ какую нибудь гарантію, что бракъ будетъ признанъ въ отечествѣ брачущихся иностранцевъ.

Мы позволимъ себѣ поэтому предложить слѣдующую редакцію 3 статьи Гаагскаго протокола о бракѣ:

„Иностранцы должны для вступленія въ бракъ доказать, что условія, необходимыя по ихъ національнымъ законамъ для бракосочетанія, выполнены.

Они должны доказать это обстоятельство посредствомъ свидѣтельствъ, исходящихъ отъ дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ, или компетентныхъ властей своей родины“ [2]).

[1]) Actes etc., 1893, p. 48.

[2]) Въ французскомъ текстѣ 3 статьи мы замѣняемъ второе слово II alinea „pourront“ посредствомъ „devront“ и отбрасываемъ конецъ статьи, отъ словъ „soit par tout autre mode“.

III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи.

Какъ мы уже говорили, въ 1898 году при нашемъ Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ было образовано совѣщаніе изъ представителей разныхъ вѣдомствъ, подъ предсѣдательствомъ Ф. Ф. Мартенса, для выработки программы будущей третьей конференціи въ Гаагѣ [1]). Программу эту нельзя не привѣтствовать, какъ рѣшительный шагъ нашего правительства на встрѣчу потребностямъ международнаго общенія.

Въ „Объяснительной Запискѣ къ журналамъ совѣщанія“ мы читаемъ, между прочимъ, слѣдующее [2]):

„Что касается самаго содержанія сообщеннаго Нидерландскимъ правительствомъ проекта программы занятій будущей конференціи, то нельзя не остановиться, прежде всего, на томъ, что постановленія этой программы, по всѣмъ почти затронутымъ въ ней предметамъ, съ одной стороны, противорѣчатъ предписаніямъ нашего дѣйствующаго законодательства, а съ другой — восполняютъ существующіе въ немъ крупные пробѣлы. Обстоятельство это не можетъ, однако, по мнѣнію Совѣщанія, само по себѣ служить поводомъ къ отрицательному отношенію со стороны нашего правительства къ положеніямъ программы. Именно существующее въ настоящее время разнорѣчіе въ постановленіяхъ положительныхъ законодательствъ по важнѣйшимъ вопросамъ изъ сферы частныхъ международныхъ правоотношеній и происходящія отсюда пагубныя послѣдствія и вызвали общую потребность въ установленіи единообразныхъ началъ въ отношеніи примѣненія законовъ отдѣльныхъ государствъ къ иностранцамъ или внѣ предѣловъ ихъ территорій. Достиженіе же этой цѣли, — къ которой отнеслось вполнѣ сочувственно, между прочимъ, и наше правительство, — невозможно безъ уступокъ со стороны отдѣльныхъ государствъ и отказовъ ихъ отъ тѣхъ или дру-

[1]) См. I томъ.

[2]) Стр. 3.

гихъ, проведенныхъ въ нихъ законодательствахъ, началъ матеріальнаго или процессуальнаго права. Поэтому, при обсужденіи такихъ положеній программы, которыя окажутся несхожими съ общими началами, положенными въ основаніе нашихъ гражданскихъ законовъ или нашего процесса, надлежитъ лишь уяснить себѣ, затрогиваютъ ли эти положенія такія лежащія въ основаніи нашихъ законовъ, общія начала, отъ которыхъ нельзя отказаться, не колебля основъ нашего правового строя, или которыя находились бы въ непримиримомъ противорѣчіи съ религіозными или нравственными воззрѣніями русскаго народа, или же, напротивъ того, положенія эти касаются вопросовъ второстепенной важности. Въ этихъ случаяхъ, если всестороннее обсужденіе подлежащихъ вопросовъ приводитъ къ заключенію о превосходствѣ началъ, провозглашаемыхъ программой, не можетъ, казалось бы, встрѣтиться препятствій къ принятію этихъ началъ, во вниманіе къ тому, что присоединеніе Россіи къ проектируемой международной конвенціи, въ которой начала эти выражены, могло бы, во всякомъ случаѣ, осуществиться не иначе, какъ съ утвержденія Высочайшей власти въ порядкѣ законодательномъ".

Можно только пожелать, чтобы взгляды, высказанные въ „Объяснительной Запискѣ", восторжествовали на Третьей Гаагской Конференціи и освободили ее отъ излишней боязни нарушить существующія нормы отдѣльныхъ государствъ, боязни, въ значительной степени содѣйствовавшей эклектическому характеру постановленій Гаагскаго протокола.

Въ той же „Объяснительной Запискѣ" Совѣщаніе высказываетъ свое принципіальное сочувствіе преобладанію національнаго закона въ области личныхъ и семейныхъ правъ, оставляя, такимъ образомъ, территоріальную точку зрѣнія, которой до сихъ поръ придерживалось наше правительство. „Не слѣдуетъ упускать изъ виду, что безусловное проведеніе территоріальнаго принципа, игнорирующее то значеніе, которое должно имѣть лицо, какъ субъектъ правъ и обязанностей, для опредѣленія его юридическаго положенія, давно

осуждено наукою, и что воззрѣніе, послѣдовательно проведенное на Гаагскихъ конференціяхъ, трудами наиболѣе выдающихся представителей теоріи и практики международнаго частнаго права, не можетъ не быть признаваемо выраженіемъ современнаго правосознанія въ этой области [1])".

При обсужденіи протокола о бракѣ, „представитель отъ вѣдомства Св. Синода, К. И. Дылевскій, выразилъ сомнѣніе въ возможности выработать такія правила, которыя совершенно устраняли бы настоящее положеніе вещей, при которомъ бракъ, признаваемый законнымъ по иностраннымъ законамъ, не признается таковымъ въ Россіи, и наоборотъ, и которыя вмѣстѣ съ тѣмъ могли бы быть приняты Православною Церковью.... По брачному праву Православной Церкви одинъ только священникъ, которому предстоитъ совершить Таинство брака, вправѣ судить о томъ, имѣются ли налицо всѣ условія для заключенія брака; при этомъ онъ руководствуется исключительно каноническими правилами Церкви; возлагать же на священниковъ обязанность соблюдать, кромѣ того, еще требованія иностранныхъ законовъ едва ли возможно". Но на это Предсѣдатель Совѣщанія, проф. Ф. Ф. Мартенсъ, и прочіе Члены (въ особенности П. Н. Гуссаковскій) возразили слѣдующее: „Отнюдь не имѣется въ виду въ чемъ либо посягать на основныя начала внутреннихъ законодательствъ отдѣльныхъ странъ, но положенія программы стремятся лишь къ тому, чтобы въ случаяхъ совершенія брака внѣ отечества брачущихся или хотя бы одного изъ нихъ, было обезпечено соблюденіе сверхъ законовъ государства, въ которомъ бракъ совершается, также и требованій отечественнаго закона будущихъ супруговъ, въ особенности насколько одинъ изъ этихъ законовъ воспрещаетъ бракъ. Конечно, священники, совершающіе въ Россіи браки, въ коихъ одна или же обѣ стороны принадлежатъ къ подданнымъ другого государства, должны будутъ при такихъ

[1]) „Объяснительная Записка", p. 4.

условіяхъ сообразоваться, до нѣкоторой степени, не только съ каноническими правилами Церкви, но и съ новыми для нихъ теперь постановленіями свѣтскаго характера, однако постановленія эти, разъ проектируемыя въ настоящей программѣ положенія будутъ закрѣплены международною конвенціею, къ которой присоединится и Россія, будутъ для нихъ уже не иностраннымъ, а отечественнымъ, обязательнымъ въ предѣлахъ Россіи закономъ. Особыхъ затрудненій для священниковъ едва ли можетъ отъ этого произойти, ибо и въ настоящее время они обязаны удостовѣриться, предварительно повѣнчанія при брачномъ обыскѣ, объ отсутствіи какихъ либо препятствій къ совершенію брака [1])".

При послѣдовавшемъ затѣмъ постатейномъ обсужденіи проекта программы, первыя три статьи Гаагскаго протокола приняты безъ измѣненія. По поводу 2 статьи К. И. Дылевскій замѣтилъ, что она не обнимаетъ собою всѣхъ случаевъ, въ коихъ бракъ безусловно воспрещается по русскимъ законамъ; вслѣдствіе чего надлежало бы изложить пунктъ 3-й этой статьи общее, исключивъ изъ него указаніе на спеціальный случай прелюбодѣянія. Но П. Н. Гуссаковскій возсталъ противъ изложенія статьи, допускающаго распространительное толкованіе, ибо это могло бы лишь умалить значеніе общаго принципа, положеннаго въ основаніе всѣхъ вообще постановленій программы о бракѣ. Совѣщаніе согласилось съ П. Н. Гуссаковскимъ.

Мы изложили выше свои воззрѣнія на первыя 3 статьи Гаагскаго протокола. Каковы бы ни были ошибки и промахи, въ нихъ допущенные, все же принятіе ихъ даже въ настоящемъ видѣ крайне желательно, такъ какъ знаменуетъ торжество національнаго принципа надъ территоріальнымъ. Присоединеніе же нашего правительства свидѣтельствуетъ лишній разъ о его готовности содѣйствовать обезпеченію правильныхъ международныхъ сношеній.

---

[1]) Журналы Совѣщанія, стр. 8 — 9.

Отдѣлъ второй.

Формальныя условія вступленія въ бракъ.

Глава первая.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.

А. Браки французовъ за границей.

Правило „locus regit actum“ примѣнялось къ формамъ брака уже въ дореформенной Франціи. Объ этомъ свидѣтельствуетъ Булльнуа, приводящій слѣдующій случай, относимый имъ къ 1740 году. Двое французскихъ католиковъ, домицилированныхъ въ Англіи, вступили между собою въ бракъ въ Лондонѣ; хотя вѣнецъ былъ совершенъ англійскимъ протестантскимъ священникомъ, тѣмъ не менѣе бракъ былъ признанъ во Франціи какъ дѣйствительный по англійскому праву [1]).

Code civil санкціонируетъ знаменитое правило въ своей 170 статьѣ „Бракъ, заключенный за границей между французами, а также между французами и иностранцами, дѣйствителенъ, если заключенъ въ формѣ, принятой въ этомъ иностранномъ государствѣ, при условіи (pourvu que), что совершены оглашенія, предписанныя Art 63 титула объ актахъ

[1]) Boullenois, Traité, I, p. 494 — 495.

гражданскаго состоянія, и поскольку французъ не нарушилъ постановленій предыдущей главы“ (касающихся личныхъ условій [1]).

Примѣняя 170 статью, французская судебная практика создала богатѣйшій и любопытнѣйшій матеріалъ для изслѣдователя международнаго брачнаго права. Мы считаемъ нужнымъ разсмотрѣть этотъ матеріалъ особенно тщательно, принявъ слѣдующій порядокъ:

1. Формальности, предшествующія браку (оглашенія).
2. Форма, въ которой заключается бракъ.
3. Формальности, слѣдующія за бракомъ (транскрипція).

1. Оглашенія (Publications).

170 ст. имѣетъ въ виду оглашенія, совершаемыя по французскому закону и во Франціи; французскій законодатель не имѣетъ компетенціи для предписанія публикацій за границей, необходимость которыхъ зависитъ всецѣло отъ lex loci actus [2]). Вопросъ же объ обязательности оглашеній на родинѣ породилъ цѣлыхъ три системы во французской юриспруденціи и наукѣ.

I. Первая — старѣйшая система исходитъ изъ буквальнаго толкованія 170 ст. и ея пресловутаго pourvu que: если браку французовъ, заключенному за границей, не предшествовали во Франціи оглашенія, предписанныя Art 63 C. C. — бракъ недѣйствителенъ. На аргументъ, что несоблюденіе публикацій при бракахъ, совершаемыхъ во Франціи, влечетъ за собою не ничтожность брака, а лишь пеню для officier de l'état civil и для сторонъ (Art 192, C. C.), защитники разбираемой системы возражаютъ слѣдующее:

Art 165 C. C. требуетъ публичнаго заключенія брака (Le mariage sera célébré publiquement. . .), а Art 191 даетъ

[1]) Art 170: Le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers, sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'Art 63, au titre des Actes de l'état civil, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent).

[2]) Толкованіе Weiss, p. 469—470.

какъ заинтересованнымъ лицамъ, такъ и прокуратурѣ право опорочивать браки, не заключенные публично. При бракахъ, заключенныхъ внѣ Франціи, единственнымъ средствомъ придать имъ гласность (publicité) на родинѣ являются оглашенія, за отсутствіемъ которыхъ бракъ можетъ быть опороченъ. При заграничныхъ бракахъ отпадаетъ также возможность обложить пенею officier de l'état civil (а можетъ быть и брачущихся), и законъ лишается всякой санкціи [1]).

По этой системѣ право опорочивать браки за отсутствіе публикацій должно упражняться по общимъ правиламъ IV главы V титула книги о бракѣ (Des demandes en nullité de mariage). Дѣйствительно, имѣются судебныя рѣшенія, по которымъ родители теряютъ право опорочивать браки, совершенные безъ оглашеній, если пропустили годичный срокъ Art 183 (касающагося собственно согласія родителей), а сами супруги въ случаѣ представленія брачнаго акта и наличности „possession d'état conforme“ [2]).

II. Вторая система, нынѣ господствующая во французской юриспруденціи, либеральнѣе первой. Бракъ, заключенный французомъ за границей безъ предварительныхъ оглашеній на родинѣ, не безусловно ничтоженъ. Его можно опорочивать лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда стороны имѣли въ виду обойти французскіе законы (faire fraude à la loi française) заключеніемъ тайнаго брака (mariage clandestin). Наличность же такого намѣренія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ констати-

---

[1]) C. de Montpellier 15 Janv. 1839 (Sirey 1839, II, 246): Cassat; 6 Mars 1831 (Sirey 1831, I, 142); Cassat. 6 Mars 1837 (Sirey 1837, I, 177). C. de Paris 1 Juillet 1861 (Sirey, 1862, II, 71) призналъ ничтожнымъ бракъ Жерома Бонапарта и г-жи Паттерсонъ, заключенный въ 1803 году въ Бальтиморе безъ согласія матери Жерома и безъ совершенія оглашеній во Франціи. Въ новѣйшее время эта система поддерживается лишь рѣшеніемъ Trib. Seine 14 Janv. 1885 (Journal 1885, p. 183), которое выводитъ желаніе сторонъ обойти законъ изъ самаго факта заключенія брака за границей.

[2]) C. de Rennes 6 Juil 1840 (Sirey 1840, II, 397); Cassat 17 Août 1841 I, 682); Cassat. 19 Juins 1845 (Sirey 1845, I, 726).

руется самими судами. Долгая практика выработала однако въ этомъ отношеніи извѣстныя правила.

Такъ, прежде всего считается тайнымъ бракъ, заключенный несовершеннолѣтними за границей безъ публикацій и безъ вѣдома или согласія родителей или заступающихъ ихъ мѣсто (требуемаго по Art 148), и, наоборотъ, признаются дѣйствительными союзы, коимъ не предшествовали оглашенія. но для заключенія которыхъ не требовалось или было дано согласіе компетентныхъ лицъ [1]).

Такого рѣшающаго значенія согласіе восходящихъ родственниковъ не имѣетъ при бракахъ *совершеннолѣтнихъ* французовъ. Несоблюденіе предписанія Art 151 C. C., относительно actes respectueux (коими такія лица должны испрашивать „совѣты“ своихъ родныхъ), никогда не влечетъ за собою ничтожности брака, заключеннаго во Франціи. Поэтому, и при бракахъ, заключенныхъ за границей безъ совершенія actes respectueux и оглашеній во Франціи, суды рѣшаютъ каждый разъ особо, имѣли-ли

---

[1]) C Bordeaux 14 Mars 1850 (Sirey 1852, II, 561):бракъ дѣйствителенъ, такъ какъ жениху-французу уже 38 лѣтъ и онъ не имѣлъ родителей. — C. de Nîmes 23 Fév. 1858: Супруги были вполнѣ бракоспособны и нельзя было ожидать ничьего протеста (Sirey 1858, II, 386). — C. d'Orléans 26 Août 1871 (Dalloz 1873, II, 61): французъ, женившійся за границей въ обходъ національнаго закона о публикаціяхъ и необходимости родительскаго согласія, можетъ совершить тотъ же бракъ вторично во Франціи — Trib. Seine 4 Août 1880 (Journal 1880, p. 478) и C. Rouen 13 Juillet 1880 (Journal 1881, p. 256): браки несовершеннолѣтнихъ французовъ, заключенные за границей безъ согласія отца и безъ публикацій, ничтожны. — C. de Paris 24 Fév. 1882 (Journal 1882, p. 309): бракъ Музуруса Бея, турецко-подданнаго, и француженки графини д'Имекуръ признанъ ничтожнымъ, какъ заключенный за границей единственно съ цѣлью обхода французскихъ законовъ и безъ вѣдома матери — Trib. Seine 5 Déc. 1883 (Journal 1884, p. 293): Бракъ, заключенный двумя французами въ Россіи, дѣйствителенъ, такъ какъ стороны и родители домицилированы въ этой странѣ, и слѣдовательно несоблюденіе публикацій во Франціи не могло имѣть цѣлью сдѣлать бракъ тайнымъ.—C d'Orléans 14 Avril 1886 (Journal 1886. p. 334). „Fraude“ выводится изъ того, что супруги заключили бракъ въ Англіи безъ публикацій во Франціи, подъ очевиднымъ опасеніемъ оппозиціи браку со стороны родственниковъ жениха. См. также Trib. Seine 26 Avril 1887 (Journal 1887, p 476).

стороны въ виду обходъ національныхъ законовъ посредствомъ тайнаго брака [1]).

Какъ примѣръ другихъ обстоятельствъ, на основаніи которыхъ французская юриспруденція констатируетъ наличность fraus или clandestinité, мы назовемъ:

Характеръ пребыванія брачущихся за границей [2]), разстояніе мѣста заключенія брака отъ Франціи [3]),

---

[1]) C Grenoble 30 Mars 1844 (Sirey 1844, II, 655): fraude выведена изъ того, что оглашенія совершены хотя и во Франціи, но не въ домицилѣ родителей жениха и что не было actes respectueux — C Douai 29 Déc 1875 (Journal 1877, p. 196): Отсутствіе actes respectueux и publications не дѣлаетъ бракъ ничтожнымъ, если не констатирована clandestinité. — Trib. Seine 14 Juin (Journal 1877, p 146) Это отсутствіе ведетъ къ ничтожности. когда бракъ заключенъ тайно — стороны обвѣнчались въ Англіи послѣ отказа родителей въ согласіи, и скрывая отъ нихъ бракъ. См. также Trib. Seine 27 Juin 1878 (Journal 1878, p. 609).—Trib. Seine 20 Janv. 1877 (Journal 1877, p. 164) — C d'Orléans 12 Juil 1893 (Journal 1893, p. 1170)

[2]) C. Caen 22 Mai 1850 (Dalloz 1853, II, 179)): отсутствіе fraude выведено изъ того, что женихъ былъ домицилированъ въ Батавіи, куда выселился для производства торговли. — C. Bordeaux 14 Janv 1852 (Dalloz 1853 II, 180) свидѣтельствуетъ, что браки французовъ, проживающихъ уже нѣкоторое время за границей, считаются дѣйствительными, хотя имъ не предшествовали публикаціи.—Trib. Seine 27 Juin 1878 (Journal 1878, p 609). женихъ оставилъ Францію не только съ цѣлью обойти ея законы — Trib. Seine 12 Juin 1879 (Journal 1879, p. 486): бракъ, заключенный французскими супругами въ Нейшателѣ, ничтоженъ, такъ какъ они отправились туда лишь для обхода Art 170 C C. и просили кантональныя власти диспенсировать ихъ отъ необходимости оглашеній во Франціи.—Trib Seine 6 Août 1886 (Journal 1887, p. 187): бракъ, заключенный въ Америкѣ, ничтоженъ, такъ какъ женихъ тайкомъ уѣхалъ туда, не извѣстивъ отца.— При аналогичныхъ условіяхъ признаны ничтожными нѣсколько браковъ, заключенныхъ во время краткихъ нарочитыхъ путешествій въ Англію — см. Seine 6 Fév. 1890 (Journal 1890, p. 487), Trib. Nice 18 Juin 1890 (Journal 1892, p. 992); Trib Toulouse 20 Juillet 1890 (Journal 1892, p. 1163): въ послѣднемъ случаѣ бракъ объявленъ ничтожнымъ, хотя родители невѣсты жили въ Англіи; C. d'Orléans 12 Juillet 1893 (Journal 1893, pp. 1170–1174).

[3]) C. Paris 11 Juin 1858 (Sirey 1858, II, 392). бракъ, заключенный въ Гватемалѣ безъ оглашеній во Франціи, признанъ дѣйствительнымъ. — Trib. Seine 14 Mars 1879 (Journal 1879, p. 281). Бракъ, совершенный въ Бразиліи при такихъ же условіяхъ, дѣйствителенъ, такъ какъ женихъ былъ при смерти и нельзя было медлить.

наличность или отсутствіе основаній для брачущихся скрывать свой бракъ [1]).

Но примѣры эти далеко не исчерпывающаго свойства, и каждый судъ свободно установляетъ гласность (publicité) или негласность (clandestinité) брака [2]).

---

[1]) C Pau 24 Mars 1859 (Sirey 1859, II, 519): бракъ безъ оглашеній дѣйствителенъ, такъ какъ стороны были увѣрены въ согласіи родителей, см. также Trib. Seine 7 Déc. 1869 (Dalloz 1870, III. 40): нельзя было ожидать ничьей оппозиціи браку, поэтому отсутствіе оглашенія не ведетъ къ ничтожности.

[2]) C Caen 22 Mai 1850 (Dalloz 1853, II, 179): „Il ne faut pas confondre les publications de mariage avec la publicité qui est de l'essence du contrat.“. C. Aix. 29 Avril 1874 (Journal 1875, p. 189): оглашенія составляютъ лишь элементъ гласности, наличность которой опредѣляется судомъ. Trib. du Havre, 27 Dec. 1873 (Journal 1875, p. 273): гласность обсуждается какъ по иностранному, такъ и по французскому закону. C. Amiens, 26 Juillet 1886 (Journal 1887): бракъ, заключенный въ Англіи безъ оглашеній во Франціи, дѣйствителенъ, такъ какъ былъ заключенъ публично. C. Bourges, 13 Juillet 1891 (Journal 1891, p. 1211) idem — полная гласность брака въ Англіи C. de Paris 20 Janvier 1873 (Sirey 1873, II, 177). C. Paris, 24 Avril 1874 (Journal 1875, p. 190). C. Douai, 29 Déc. 1875 (Journal 1877, p. 146). Trib. Seine, 20 Janv. 1877 (Journal 1878, p. 164). Trib. Seine, 21 Nov. 1877 (Journal 1878, p. 43). C. de Paris, 28 Fév. 1881 (Journal 1881, p. 364) C. Lyon, 24 Fév. 1881 (Journal 1881, p. 518). Послѣднія рѣшенія напираютъ на то, что констатированіе clandestinité оставлена на „appréciation souveraine des tribunaux“. Ср. также Cassat., 9 Nov. 1846 (Sirey 1847, I, 55): отсутствіе публикацій не влечетъ за собою ничтожности брака, если оно „le résultat innocent et quelquefois nécessaire des circonstances particulières où se sont trouvées les parties“. Trib. St. Malo, 26 Avr. 1879 (Journal 1882, p. 205): отсутствіе fraus выведено изъ того, что женихъ сообщилъ родителямъ о своемъ намѣреніи; что онъ не совершилъ публикацій лишь изъ экономіи; наконецъ, что бракъ получилъ полную гласность за границей. Cassat., 14 Déc. 1880 (Journal, 1881, p. 85) тоже основываетъ дѣйствительность брака на гласности, которую онъ получилъ за границей. Trib. Seine 12 Juillet 1888 (Journal 1889, p. 641) бракъ Сары Бернаръ и Дамала дѣйствителенъ, за отсутствіемъ fraus. C. de Bourges, 13 Juillet 1891 (Journal 1891, p. 1211): бракъ дѣйствителенъ, такъ какъ супруги отправились за границу лишь во избѣжаніе насмѣшекъ знакомыхъ надъ ихъ возрастомъ, и такъ какъ бракъ получилъ полную гласность въ Англіи, а потомъ и всюду. Trib. Narbonne 10 Nov. 1891 (Journal 1892, p 457): бракъ дѣйствителенъ, такъ какъ совершенъ въ Англіи не для fraude, а ради „convénances de la famille de l'épouse. Trib. Seine 17 Nov. 1893 (Journal, 1894, p. 138): отсутствіе Clandestinité выведено изъ слѣдующихъ обстоя-

На основаніи сказаннаго мы вправѣ сдѣлать выводъ, что французская юриспруденція въ отсутствіи оглашеній при бракахъ, совершенныхъ за границей, видитъ иногда нарушеніе 191 ст. Code Civil. Характеръ лицъ, коимъ принадлежитъ право опорочивать такіе браки и условія упражненія этого права, опредѣляется, конечно тоже по французскому закону. Такъ, сами супруги не могутъ вчинать исковъ о признаніи брака ничтожнымъ, если актъ о заключеніи брака представленъ officier del'état civil, и если они пользовались правами своего состоянія (lorsqu'il y a possession d'état), т. е. когда соблюдена 196 ст. Code Civil [1]). Восходящіе родственники теряютъ свое право въ случаяхъ, указанныхъ 183 ст. С. С., т. е. пропустивъ годичный срокъ или давъ свое согласіе на бракъ post factum [2]). Боковые родственники могутъ опорочивать браки, заключенные за границей безъ предварительныхъ оглашеній, лишь въ случаяхъ, указанныхъ Art 184, 187 и 191, т. е. когда у нихъ есть дѣйствительный интересъ добиться признанія брака [3]) ничтожнымъ. Что же касается правъ третьихъ лицъ, то юриспруденція не установилась [4]).

тельствъ церковному браку французовъ въ Англіи предшествовало составленіе брачнаго контракта въ Парижѣ передъ нотаріусомъ; при бракосочетаніи присутствовалъ братъ жениха, и наконецъ, черезъ 6 недѣль бракъ былъ занесенъ во французскіе регистры

[1]) C. Paris. 24 Avril 1874 (Sirey 1875, II, 49). Cassat. 8 Nov. 1853 (Sirey 1856, I, 17). Cassat 26 Juillet 1865 (Sirey 1865, I, 393) C Montpellier, 25 Avril 1844 (Sirey 1845, II, 7) Cassat, 25 Fév. 1839 (Sirey 1839, I, 187). C. Rennes. 6 Juill. 1840 (Sirey 1840, II, 397), Cassat.. 17 Avril 1841 (Sirey 1841, I, 681); Cass., 10 Mars 1841 (Sirey 1841, I, 302); C. Lyon, 28 Fev. 1880 (Journal 1880, p. 479); Trib. Seine 29 Déc. 1886 (Journal 1887, p. 66)

[2]) C. Caen, 22 Mai 1850 (Dalloz 1853, II, 179) C. Paris, 21 Janv. 1854 (Dalloz 1855, II, 213). C. Paris, 11 Juin 1858 (Sirey 1858, II, 392) C. Rennes 6 Juillet 1840 (Sirey 1840, IV, 397). Cassat., 12 Fév. 1833 (Sirey 1833, I, 195). Trib. Seine, 21 Juin 1883 (Journal 1884, p. 67). Seine 29 Déc. 1886 (J. 1886, p 66).

[3]) Cassat., 5 Nov. 1839 (Vincent et Pénaud Mariage, § 216). C. Paris, 20 Janv. 1873 (Sirey 1873, II, 177). C. Montpellier, 25 Avr. 1844 (Sirey 1845, II, 7). C. Douai, 12 Juillet 1838 (Sirey 1839, II, 256). C. Nimes, 23 Fév. 1858 (Sirey 1858, II, 385)

[4]) C. Montpellier, 15 Janv. 1839 (Sirey 1839, II, 246); третьи лица могутъ опорочивать браки, не смотря на то, что супруги доказываютъ

III. Третье толкованіе Art 170 C. C. принято нѣкоторыми французскими писателями по международному праву, которые полагаютъ, что браки, заключенные за границей безъ предварительныхъ оглашеній во Франціи, всегда дѣйствительны. Такъ, Despagnet находитъ, что нарушеніе Art 170 за границей должно имѣть то же послѣдствіе, какъ и нарушеніе его во Франціи, т. е. только пеню, налагаемую въ силу Art 192 C. Civil. Нельзя видѣть въ отсутствіи оглашеній признакъ „Clandestinité“, если бракъ заключенъ публично компетентнымъ чиновникомъ, и слѣдовательно соблюдена 191 статья C. C.[1]). Такого же мнѣнія Вейссъ[2]), Одинэ[3]) Напротивъ того Сюрвилль и Артюисъ[4]) принимаютъ теорію in fraudem legis.

Замѣтимъ, наконецъ, что какъ въ первой, такъ и во второй системѣ, оглашенія обязательны лишь при наличности условій Art 166 и 168 C. C. Если брачущіеся и имѣющіе надъ ними власть не сохранили домициля во Франціи, то публикаціи, очевидно, не могутъ быть совершены въ этой странѣ согласно французскимъ законамъ, предписывающимъ совершеніе ихъ именно въ мѣстѣ жительства. Если однако домициль за границей пріобрѣтенъ посредствомъ только 6 мѣсячнаго пребыванія, то оглашенія должны быть совершены въ послѣднемъ французскомъ домицилѣ, въ силу Art 167 C. C.[5]). Съ другой стороны, французскій законодатель не можетъ требовать отъ своихъ подданныхъ совершенія оглашеній за границей, хотя бы срокъ жительства ихъ тамъ превышалъ ше-

---

possession d'état. Наоборотъ: C. Bordeaux, 2 Juin 1875 (Dalloz 1876, II, 143): Въ случаѣ, если имѣется possession d'état и послѣдующее согласіе родителей (Art 183 и 196), и если третьи лица знали о существованіи брака, эти послѣдніе не могутъ основывать своихъ исковъ о признаніи его ничтожнымъ на отсутствіи публикаціи.

[1]) Despagnet, Précis, p. 396 — 397.

[2]) Weiss, Traité, p. 473.

[3]) Audinet, §§ 530 и 531.

[4]) Suraille et Arthyus, § 287.

[5]) Vincent et Pénaud Mariage, §§ 43—46; Despagnet § 384.

стимѣсячный [1]). Здѣсь вступаетъ въ свою силу правило locus regit actum [2]).

2. Форма заключенія.

а) Пространство дѣйствія правила: locus regit actum.

Относительно формы заключенія браковъ за границей французская судебная практика неуклонно примѣняетъ ст. 170 С. С. Какъ бы далеко ни расходились мѣстныя условія формальной дѣйствительности брака съ французскими — правило „locus regit actum“ сохраняетъ свою полную силу. При этомъ соблюденіе мѣстной формы не факультативно, а обязательно, какъ слѣдуетъ изъ самаго текста Art 170 С. С. Единственное исключеніе въ пользу національнаго закона дѣлается при такъ называемыхъ дипломатическихъ и консульскихъ бракахъ [3]).

Многочисленныя судебныя рѣшенія признаютъ дѣйствительность браковъ, заключенныхъ въ одной церковной формѣ между французами, или между французами и иностранцами [4]).

[1]) См. Weiss, l. c. p. 469: Art 74 и 167 касаются только браковъ французовъ во Франціи.

[2]) Замѣтимъ еще, что французское консульство въ Константинополѣ оставляетъ совершеніе оглашеній при смѣшанныхъ бракахъ на усмотрѣніе иностранной власти, отъ которой зависитъ женихъ француженки, а при бракахъ француженокъ съ турецкоподданными публикаціи не совершаются вовсе (См. Trib Consulaire de Constantinople 1 Juin 1877 (Journal 1878 p. 275) и критику редакціи, находящей такую практику противной Code Civil).

[3]) Французы могутъ вступать за границей въ бракъ въ любомъ мѣстѣ, не стѣсняясь предписаніемъ ст. 74 С. С., которая требуетъ совершенія брака въ домицилѣ одного изъ супруговъ, пріобрѣтенномъ 6 мѣсячнымъ пребываніемъ. Vincent et Pénaud, Mariage, § 26: Despagnet, § 381; Weiss. p. 467; Trib. Seine 21 Juin 1883 (Journal 1884, p. 67).—C. de Paris 28 Février 1881 (Journal 1881, p. 515) постановляетъ даже, что ничтожность брака нельзя основывать на неправильномъ показаніи мѣстопребыванія (résidence) передъ иностранными властями, если lex loci actus не караетъ такого ложнаго заявленія ничтожностью.

[4]) C. Bordeaux 10 Août 1831 (Sirey 1832, II, 106: Бракъ, заключенный французомъ съ иностранкой въ Лимбургѣ (гдѣ въ силѣ постановленія Три-

При этомъ соблюденіе мѣстной формы не факультативно, но обязательно [1]). Точно также юриспруденція не колеблясь проводитъ правило locus regit actum даже тогда, когда по мѣстному, напр. сѣверо-американскому, закону для заключенія брака достаточно согласія сторонъ, хотя бы даже это согласіе выводилось изъ одного факта сожительства на правахъ супруговъ [2]). Правило дѣйствуетъ также для браковъ, заключаемыхъ

дентскаго Собора), дѣйствителенъ, когда онъ заключенъ священникомъ въ присутствіи двухъ свидѣтелей.—Cassat. 16 Juin 1829 (Sirey 1829, I, 261) призналъ бракъ, заключенный въ 1803 г въ Гаваннѣ французскимъ эмигрантомъ Marquis de Noailles и испанкой по правиламъ Тридентскаго Собора.—Trib. Seine 14 Mars 1879 (Journal 1879, p 281): признаніе церковнаго брака французовъ, совершеннаго въ Бразиліи.—Trib. d'Avignon 14 Déc. 1880 (Journal 1880, p. 516). признаніе такого же брака, заключеннаго въ Аргентинской республикѣ.—Trib. Seine 5 Déc 1883 (Journal 1884, p. 293): бракъ двухъ французовъ, заключенный въ Россіи по католическому обряду, дѣйствителенъ—C. Bordeaux 21 Déc. 1886 (Journal 1887, p. 600): признаніе такого же брака, заключеннаго французами въ Лузіанѣ. — Конечно, церковные браки признаются ничтожными, если и мѣстный законъ не удовлетворяется религіознымъ освященіемъ брачнаго союза. — Cour Lyon 24 Fév. 1881 (Journal 1881, p. 518): церковный бракъ, заключенный въ Кантонѣ Valais. ничтоженъ.—Trib. Seine 24 Janvier 1882 (Journal 1882, p. 84) — точно также ничтоженъ церковный бракъ француза и итальянки, заключенный въ Италіи.

[1]) C. Montpellier 15 Janv. 1839 (Sirey 1839, II, 246): Бракъ, заключенный въ Испаніи (странѣ, гдѣ дѣйствуютъ постановленія Тридентскаго собора) не передъ священникомъ общины одного изъ брачущихся, — ничтоженъ.

[2]) C. Paris, 20 Janvier 1873: Бракъ француза съ американкой въ Нью-Іоркѣ признанъ дѣйствительнымъ, такъ какъ стороны жили открыто (notoirement) какъ мужъ и жена; французскіе суды при такихъ бракахъ должны только констатировать наличность 3 элементовъ: nomen, tractatus, fama.— Cassat. 20 Déc. 1841 (Sirey 1842, I, 321): Наоборотъ, сожительство 2 французовъ въ Пенсильваніи не признано бракомъ, такъ какъ въ данномъ случаѣ не имѣлось „la reputation publique et la possession d'état d'époux légitimes".—Cassat. 13 Janv. 1857 (Dalloz 1857, I, 106): Бракъ можетъ явствовать изъ одного сожительства, носящаго характеръ супружеской жизни, если этого достаточно по lex loci —Trib. Seine 20 Avril 1891 (Journal 1891, p. 932). Бракъ французовъ въ штатѣ Нью-Іоркѣ можетъ быть заключенъ посредствомъ одного взаимнаго соглашенія, безъ всякихъ формальностей.— Trib. Seine 3 Août 1894 (Journal 1895, p. 374). Заключеніе французами брака въ Нью-Іоркѣ выводится изъ факта длящагося сожительства, элементы

на Востокѣ По мнѣнію Cour de Cassation 18 Avril 1865 г., [1]) изъ фикціи экстерриторіальности вовсе не слѣдуетъ, что французы обязаны соблюдать на Востокѣ непремѣнно французскія формы. Такъ напр. французскіе суды признаютъ браки французовъ. заключенные въ Турціи у приходскихъ священниковъ, такъ какъ эти браки дѣйствительны по турецкимъ законамъ [2]). Вообще форма браковъ, заключенныхъ французами за границей, можетъ быть опорочена лишь при несоблюденіи иностраннаго закона [3]).

Правило locus regit actum настолько проникло во французское юридическое сознаніе, что суды примѣняютъ его даже въ случаяхъ браковъ двухъ иностранцевъ (не французовъ) за границей (не во Франціи). Такъ Ліонскій аппелляціонный судъ 21 Іюня 1871 [4]) призналъ дѣйствительность церковнаго брака, заключеннаго въ Венеціи двумя неаполитанцами въ то время, когда неаполитанскій кодексъ требовалъ предварительнаго обрученія (promesse) передъ officier de l'état civil. Судъ замѣтилъ, что „принципъ locus regit actum“ начертанъ во всѣхъ цивилизованныхъ кодексахъ“ [5]).

Нужно однако замѣтить, что въ самое послѣднее время Сенскій судъ постановилъ рѣшеніе, въ которомъ самое по-

---

котораго: пребываніе подъ одной кровлей, ношеніе женою фамиліи мужа, признаніе ея законной супругою всѣми посторонними и т. д.—C. Besançon 17 Juillet 1895 (Journal 1895, p. 1051). Сожительство французовъ въ Нью-Іоркѣ не признано за бракъ, такъ какъ не доказано, что стороны жили на положеніи супруговъ; или, говоря словами суда, такъ какъ не было „notoriété“.

[1]) Sirey 1865, p. 317.

[2]) C. d'Aix 20 Mars 1862 (Sirey 1862, II, 387).—Trib. Cons. de Constantinople 1 Juin 1877 (Journal 1878, p. 973): Бракъ француженки—католички и турецкоподданнаго православнаго исповѣданія по давнему обычаю (usage constant) дѣйствителенъ, если совершенъ однимъ католическимъ священникомъ, который дѣйствуетъ и въ качествѣ officier de l'état civil.

[3]) Trib. du Hâvre 27 Dec. 1873 (Journal 1875, p. 273).

[4]) Sirey 1872, II, 201.

[5]) Сенскій гражданскій судъ 14 Марта 1879 (Journal 1879, p. 547) призналъ дѣйствительность брака двухъ русскихъ евреевъ, совершеннаго согласно lex loci по еврейскому обряду.

нятіе „формы“ брака опредѣляется по національному закону брачущихся; бракъ русскаго подданнаго—католика и русской подданной—православной признанъ ничтожнымъ, какъ заключенный въ Лондонѣ въ одной католической церкви, въ нарушеніе 67 и 72 ст., X т., 1 ч. Св. Зак [1]).

Форма, въ которой доказывается существованіе брака, въ свою очередь, подчиняется lex loci actus. Если по мѣстному закону бракъ можетъ возникнуть на основаніи одного согласія, то элементы этого согласія констатируются французскими судами по тому же закону [2]). Если бракъ заключенъ при соблюденіи извѣстныхъ обрядностей (гражданскаго или церковнаго характера), онъ можетъ быть доказанъ не только метрической записью о бракѣ (acte de mariage), но вообще какими угодно доказательствами [3]), если только это допускается по lex loci. Отъ послѣдняго же закона зависятъ условія дѣйствительности самой записи (acte de mariage) о бракѣ [4]). Въ этомъ пунктѣ французская юриспруденція однако не вполнѣ послѣдовательна: она распространяетъ дѣйствіе Art 196 C. C. и на заграничные браки. Такимъ образомъ, possession d'état покрываетъ неправильности брака или записи, независимо отъ lex loci [5]).

---

[1]) Trib. Seine 21 Mai 1897 и Cour de Paris 26 Janv. 1898 (Journal 1898, p. 745.

[2]) C. de Besançon 17 Juillet 1895 (Journal 1895, p. 1051).

[3]) Cassat. 18 Mars 1868 (Sirey 1868 I, 205); Vincent et Pénaud, Mariage § 177.

[4]) Cassat. 15 Avr. 1861 (Dalloz 1861, I, p. 421): бракъ не можетъ быть опороченъ за то, что въ записи не упомянуто о согласіи родителей, компетенціи священника и оглашеніяхъ, если по lex loci достаточно записать день брака и имена супруговъ. Trib. Seine 15 Mars 1883 (Journal 1883) p. 392): Бракъ русскихъ евреевъ Лейтнеръ признанъ дѣйствительнымъ какъ совершенный въ Россіи въ формѣ русскаго закона. Фактъ брака доказанъ „Хетубой“, констатирующимъ его актомъ (хотя хетуба не есть acte de célébration въ смыслѣ Art 194—195 Code Civil) и свидѣтельскими показаніями.

[5]) C. de Paris 25 Juin 1884 (Journal 1884, p. 628).—Trib Pontoise Août 1884 (Journal 1885, p. 296): possession d'état покрываетъ ничтожность церковнаго брака, заключеннаго безъ разрѣшенія компетентной граждан-

b) Отступленія отъ правила locus regit actum.

1. Консульскіе и дипломатическіе браки.

Code civil прямо не регулируетъ такъ называемыхъ дипломатическихъ и консульскихъ браковъ. Но Art 48 кодекса разрѣшаетъ французамъ совершать за границей всякіе акты гражданскаго состоянія передъ своими дипломатическими или консульскими агентами, согласно французскимъ законамъ, — а это правило касается, конечно, и браковъ: Какъ замѣчаетъ Вейссъ (Weiss, l. c., p. 479), это явствуетъ уже изъ того, что III глава титула „Des Actes de l'état civil" озаглавлена: „Des Actes de mariage", и въ ней трактуется о всѣхъ формальностяхъ брака. Изъ сопоставленія Art 48 и Art 47 C. C. слѣдуетъ однако, что такое отступленіе отъ правила locus regit actum допускается лишь, когда оба брачущіеся французы [1]). Говоря словами кассаціоннаго суда 10 Августа 1819 [2]) въ дѣлѣ Sommariра, французскіе законы и должностныя лица за границей обладаютъ компетенціей относительно однихъ французовъ".

Ордонансъ 23 Октября 1833 [3]) окончательно утверждаетъ изложенное толкованіе Art 48 C. C., такъ какъ регулируетъ форму, въ которой дипломатическіе и консульскіе чиновники совершаютъ браки французовъ. Формы эти французскія, за

ской власти — Cass'at. 26 Juillet 1865 (Vincent, Mariage § 210) находитъ, что possession d'état покрываетъ всякую неправильность въ записи о бракѣ.—Vincent et Pénaud критикуютъ эту юриспруденцію (тамъ же § 211), какъ нарушающую извѣстный принципъ, что условія ничтожности и вчинанія иска о ней опредѣляются по тому закону, который нарушенъ, т. е. въ данномъ случаѣ по lex loci actus, которому подчинены формы заключенія брака.

[1]) Art 47: Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans le dit pays... — Art 48: Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou par les consuls.

[2]) Weiss, p. 386.

[3]) Weiss, p. 479.

нѣкоторыми незначительными отступленіями. Оглашенія дѣлаются въ канцеляріи консульства и заносятся въ особый регистръ, при чемъ консулы сообразуются съ предписаніями Code Civil. [1]). Оглашенія должны быть также совершены во Франціи, если со дня поселенія въ округѣ консульства хоть одного изъ брачущихся не прошло еще 6 мѣсяцевъ, или если родственники, подъ властью которыхъ онъ находился, домицилированы во Франціи [2]). Изъ текста Art 15 ясно, что онъ касается браковъ между одними французами (entre Français) [3]).

Признавая такимъ образомъ некомпетентность французскихъ дипломатическихъ и консульскихъ чиновниковъ для совершенія браковъ французовъ съ иностранцами, юриспруденція еще менѣе склонна признавать такіе смѣшанные браки, заключенные при посредствѣ агентовъ отечества иностранца. Эпинальскій судъ въ очень энергичныхъ выраженіяхъ объявилъ ничтожнымъ бракъ француженки и итальянца, совершенный итальянскимъ консуломъ въ Портъ-Саидѣ. Ничтожность эта считается „радикальной“ и требуется публичнымъ порядкомъ [4]). Даже possession d'état Art 196 не покрываетъ ея. По французскимъ законамъ для заключенія смѣшанныхъ браковъ компетентны лишь мѣстныя власти“ [5]).

---

[1]) Art 14 Ordonnance 1833.

[2]) Art 15.

[3]) Положеніе это измѣнено въ самое послѣднее время (1899). Палата вотировала законъ, уполномочивающій французскихъ агентовъ совершать браки французовъ съ иностранцами.

[4]) Trib. d'Epinal 14 Août 1889 (Journal 1889, p. 836).

[5]) Laurent (IV §§ 246—249) находитъ, что даже браки между одними французами, совершенные по Art 48 C. C., могутъ претендовать на дѣйствительность въ одной Франціи. Совершеніе брака французскими агентами на иностранной территоріи есть „узурпація территоріальнаго суверенитета“, которая не можетъ быть признана ни въ мѣстѣ совершенія брака, ни въ третьихъ государствахъ.

Браки, заключенные во время походовъ

Законъ 8 іюня 1893 года (Code Civil, Art 93—98) содержитъ спеціальныя правила для констатированія актовъ гражданскаго состоянія членовъ французской арміи и флота во время походовъ

3. Формальности, слѣдующія за бракомъ (Транскрипція).

Art 171 C. C. требуетъ отъ француза, вступившаго въ бракъ за границей, занесенія этого брака въ регистры французскаго домициля. Эта транскрипція должна быть совершена въ теченіе 3-хъ мѣсяцевъ по возвращеніи на родину [1]). 171 статья, какъ и 170-я, породила весьма разнорѣчивыя системы въ судебной практикѣ.

I. Въ первое время французская юриспруденція считала транскрипцію непремѣннымъ условіемъ дѣйствительности браковъ, при чемъ суды опирались, главнымъ образомъ на 194 Art. C. C. [2]).

II. Во второй системѣ различаютъ между дѣйствительностью брака относительно самихъ супруговъ, и эффектами, которые онъ имѣетъ для третьихъ лицъ. Относящіяся сюда судебныя рѣшенія считаютъ 171 ст. установленной въ интересахъ гласности (publicité). Поэтому если нѣтъ транскрипціи, супруги не могутъ ссылаться на свой бракъ, посколько

Браки этихъ лицъ могутъ совершаться по общимъ правиламъ. Но кромѣ того разрѣшается заключеніе ихъ передъ поименованными въ законѣ военными властями, въ присутствіи двухъ свидѣтелей. Бракъ заносится въ особые военные регистры, которые по окончаніи войны отсылаются въ военное или морское министерство; независимо отъ этого, офицеръ, совершившій вѣнчаніе, доноситъ объ этомъ немедленно министерству для занесенія брака въ регистры послѣдняго домициля мужа. Оглашенія совершаются въ послѣднемъ домицилѣ мужа, но, кромѣ того, помѣщаются въ приказахъ по корпусу или арміи за 25 дней до брака. Компетенція поименованныхъ въ законѣ офицеровъ для вѣнчанія распространяется не только на иностранныя государства, но и на Францію, въ случаяхъ мобилизаціи или осады. Въ послѣднемъ случаѣ офицеры могутъ вѣнчать даже не военныхъ.

[1]) Art 171: Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire du Royaume l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile.

[2]) Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne présente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil, sauf les cas prévus pas l'Art 46". Vincent et Pénaud Mariage § 68.

онъ вліяетъ на ихъ гражданскія отношенія къ третьимъ лицамъ, которыя могли и не знать о немъ. Такъ, жена считается способной вступать въ договоры безъ разрѣшенія мужа и не имѣетъ законной ипотеки въ его имуществѣ. Для самихъ же супруговъ бракъ остается въ полной силѣ [1]).

Разбираемая система основана на невѣрномъ базисѣ. Какъ убѣдительно доказалъ Вейссъ [2]), Art 171 вовсе не имѣетъ въ виду обезпечить гласность (publicité) брака. Транскрипція обязательна лишь чрезъ 3 мѣсяца, а до того времени бракъ дѣйствителенъ и безъ нея по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ; мало того, пока супруги не возвращаются во Францію, транскрипція тоже не требуется закономъ; наконецъ, гласность обезпечивается уже оглашеніями ст. 170. Наконецъ, несправедливо заставлять жену нести послѣдствія несоблюденія предписанія о транскрипціи, которая по 171 ст. лежитъ на обязанности одного мужа.

III. Третья система, принятая современной юриспруденціей, лишаетъ Art 171 всякой санкціи, разсматривая транскрипцію какъ мѣру, предписываемую въ интересахъ самихъ супруговъ, для облегченія доказательства брака. Art 194 C. C. объявляется не имѣющимъ отношенія къ бракамъ заключеннымъ внѣ предѣловъ Франціи [3]).

Министерскій циркуляръ 8 Августа 1814 года, равно какъ ордонансъ 23 Октября 1883 года, предписываютъ францу-

---

[1]) Cassat. 30 Août 1808 (Sirey 1809 I, 43). C. d'Agen, 8 Nov. 1822 (Sirey 1832, II, 563). C. de Montpellier, 3 Juin 1830 (Sirey 1831, II, 151). C. Bordeaux, 14 Mars 1850 (Sirey 1852, II, 561). Cassat. 28 Déc. 1874 (Sirey 1875, I, 347). Trib. Seine, 21 Nov. 1877 (Journal 1878, p. 43). См также Vincent et Pénaud Mariage § 72.

[2]) Weiss, p. 476—477.

[3]) Cassat. 23 Nov 1840 (Sirey, 1840, I, 929). Cassat. 16 Juin 1829 (Sirey 1829, I, 251). C. Nimes, 23 Février 1858 (Sirey 1858, II, 386). Trib. Seine, 17 Juin 1880 (Journal 1880, p. 396). Trib. Seine, 21 Juin 1883 (Journal 1884, p. 67). Tr. Narbonne. 10 Nov. 1891 (Journal 1892 p. 457). Vincent et Pénaud (Mariage §§ 74—75) утверждаютъ однако, что и въ этой системѣ fraude, т. е. обманное сокрытіе брака, дѣлаетъ его ничтожнымъ по отношенію къ третьимъ лицамъ.

скимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ представлять всѣ совершенные ими акты во Франціи для транскрипціи. По закону 8 Іюня 1893 года (Art 48 C. C.) названные агенты представляютъ своему министерству въ концѣ каждаго года копіи регистровъ гражданскаго состоянія. Но сами супруги не обязаны транскибировать своихъ браковъ на регистрахъ посольскихъ или консульскихъ канцелярій [1]). Въ виду возложеніи транскрипціи на оффиціальныхъ лицъ, надо думать, что и по возвращеніи на родину супруги не обязаны транскибировать своихъ браковъ; однако въ теоріи это спорно [2]).

B. Браки иностранцевъ во Франціи.

1. Оглашенія.

Иностранцы, вступающіе въ бракъ на французской территоріи, должны соблюдать предварительныя формальности, установленныя французскимъ закономъ. Это слѣдуетъ изъ правила locus regit actum. Поэтому бракамъ такихъ иностранцевъ обязательно должны предшествовать оглашенія во Франціи [3]). Письмо королевскаго прокурора одному изъ Парижскихъ мэровъ отъ 25-го Іюля 1818 года освобождаетъ отъ оглашеній иностранцевъ, не пробывшихъ полныхъ 6 мѣсяцевъ во Франціи. За то такіе иностранцы, по аналогіи съ Art 167 C. C. и въ силу министерскаго циркуляра отъ 4 Марта 1831 года, должны дѣлать публикаціи на родинѣ [4]). Въ послѣднее время французское министерство юстиціи требуетъ однако совершенія оглашеній въ отечествѣ брачущихся, независимо отъ публикацій во Франціи, въ случаяхъ, когда это

---

[1]) Trib. Consulaire de Constantinople, 1 Juin 1877 (Journal 1878, p. 273).

[2]) Vincent et Pénaud, Mariage, § 61.

[3]) Vincent et Pénaud, Mariage § 13; Weiss, p. 480, note 4; Despagnet, p. 402; Surville et Arthyus § 285. Contra Laurent V, § 272.

[4]) Vincent et Pénaud, Mariage § 14; Weiss l. c; Foelix l. c., pp. 385—387. Contra Surville et Arthyus l. c. § 285.

предписано національными законами брачущихся. Такъ, итальянцы и венгерцы обязаны для вступленія въ бракъ представить цертификаты о совершеніи публикацій на родинѣ [1]).

2. Форма заключенія брака.

а) По правилу „locus regit actum".

Code Civil не содержитъ постановленій о бракѣ иностранцевъ во Франціи. Но изъ духа 170 ст. юриспруденція выводитъ, что такіе браки должны совершаться въ формахъ французскаго закона. Въ пользу этого взгляда говорятъ также ст. 199—200 Code Pénal, которыя облагаютъ штрафомъ французскаго священника, обвѣнчавшаго стороны до совершенія ими гражданскаго обряда.

Правда, французскій министръ юстиціи въ письмахъ на имя президента консисторіи христіанской церкви Аугсбургской конфессіи въ Парижѣ отъ 16 Мая 1810 года и 13 Октября 1815 года, высказываетъ противоположный взглядъ. Говоря о предполагавшемся бракѣ гессенца и француженки, министръ находитъ, что иностранцы не связаны французскими законами и что ничто не мѣшаетъ французскому священнику соединить ихъ по закону церкви; точно также и француженка, желающая выйти за иностранца, имѣетъ право ограничиться формальностями, требуемыми закономъ домициля ея будущаго супруга. Эти письма (весьма оригинальныя со стороны содержанія) не имѣютъ однако, по правильному замѣчанію Лорана [2]), никакой обязательной силы,— такъ какъ министрамъ не принадлежитъ права толкованія гражданскаго кодекса. Дѣйствительно, C. de Paris рѣшеніемъ отъ 18 Декабря 1837 года призналъ ничтожнымъ бракъ, заключенный передъ

---

[1]) Lettre du Min. de la Justice au Procureur de la République près du Trib. de la Seine 10 Avril 1876 (Journal 1876, p. 237) касается итальянцевъ. Note du Min. de la Justice 30 Juin 1896 (Journal 1896, p. 1130) относительно венгерцевъ. Contra: Despagnet, p. 402; Surville et Arthuys § 285).

[2]) Laurent IV, § 234.

протестантскимъ священникомъ въ Парижѣ, хотя стороны были тѣ же гессенецъ и француженка, относительно которыхъ было запрошено мнѣніе хранителя печатей [1]). Точно также Сенскій гражданскій судъ 29 Января 1841 года не призналъ за священниками характера officiers d'état civil, безотносительно къ національности брачущихся. Противный взглядъ привелъ бы, по мнѣнію суда, къ нарушенію правъ французскаго суверенитета: французскіе священники упражняли бы на французской территоріи права, основанныя на делегаціи иностранной верховной власти [2]). Взглядъ Сенскаго суда до сихъ поръ не оспоренъ въ судебной практикѣ [3]). Въ послѣднее время и министерство юстиціи высказалось въ томъ же смыслѣ: письмо хранителя печатей прокурору республики въ Парижѣ отъ 11 Мая 1892 года [4]) напоминаетъ, что французскіе священники не могутъ вѣнчать иностранцевъ, до представленія ими сертификата о совершеніи гражданскаго брака.

Практика французскихъ судовъ одобряется большинствомъ компетентныхъ толкователей Code Civil — французскими и бельгійскими учеными — За обязательный характеръ правила locus regit actum стоитъ прежде всего Лоранъ [5]), который опирается на уголовный характеръ закона, запрещающаго церковное вѣнчаніе до гражданскаго: такой законъ обязателенъ въ силу Art 3 Code civil и для иностранцевъ. Того же мнѣнія Сюрвилль-Артюисъ [6]), Деспанье [7]), Одинэ [8]). Вейссъ [9]),

[1]) Dalloz, Répertoire, Mariage № 590, примѣчаніе 1.

[2]) См. Trib. Civ de la Seine 29 Janv. 1841 (Gazette des Tribunaux 4 Fév. 1841 № 4809): „il y aurait empiétement véritable sur la souveraineté du gouvernement français qui verrait les membres du culte exercer en France, en vertu des lois étrangères un pouvoir que notre législation leur dénie".

[3]) См. наприм. Trib. Corr. de Toulouse (Journal 1891, p. 223) приговорившаго къ штрафу французскаго священника, обвѣнчавшаго двухъ испанцевъ до совершенія гражданскаго обряда.

[4]) Journal 1892, p. 1242.

[5]) VI, § 234.

[6]) Surville Arthuys, § 185.

[7]) Despagnet, § 390.

[8]) Audinet, § 535.

[9]) Weiss l. c., p. 480 — 481.

считающій правило locus regit actum факультативнымъ, признаетъ дѣйствительность браковъ, заключаемыхъ во Франціи по національному закону, требующему одного согласія (per solum consensum); церковныхъ же браковъ иностранцевъ и этотъ авторъ не рѣшается допустить, и это потому, что они запрещены уголовнымъ закономъ и, слѣдовательно, противны „международному публичному порядку“ Франціи.

Въ противоположномъ лагерѣ мы находимъ двухъ католическихъ писателей: Дюрана и Арсена Лорана (однофамильца бельгійскаго ученаго). Этотъ послѣдній выдвигаетъ цѣлый арсеналъ весьма любопытныхъ аргументовъ въ пользу своего положенія, что церковный бракъ иностранцевъ во Франціи дѣйствителенъ по мысли самого французскаго законодателя [1]).

Арсенъ Лоранъ исходитъ изъ мысли, что какъ каждый законодатель, такъ и французскій, регулируетъ формы, касающіяся гражданскаго состоянія (état civil), имѣя въ виду только своихъ подданныхъ. Компетенція французскихъ дипломатическихъ агентовъ для совершенія браковъ французовъ за границей основана именно на этой идеѣ, а не на фикціи экстерриторіальности — иначе французскіе агенты могли бы обвѣнчать за границей двухъ иностранцевъ. Если, поэтому, національный законъ иностранцевъ довольствуется одною церковною формою, то ея соблюденія достаточно и при совершеніи брака во Франціи. Если считать церковную форму противной публичному порядку, то придется считать ничтожными и церковные браки иностранцевъ въ ихъ отечествѣ, равно какъ такіе же браки самихъ французовъ, совершенные за границей. А это очевидно недопустимо.

Мало того, французскіе суды, какъ извѣстно, объявляютъ себя некомпетентными для констатированія гражданскаго состоянія иностранцевъ и въ частности дѣйствительности ихъ

[1]) Arséne Laurent: De la validité du mariage religieux, non précédé du mariage civil, contracté en France par deux étrangers, Journal Clunet 1894, pp. 268 — 282.

браковъ, и признаютъ рѣшенія, постановленныя по этимъ вопросамъ національными судами. Такимъ образомъ, иностранное судебное рѣшеніе, признающее дѣйствительность церковнаго брака двухъ иностранцевъ во Франціи, должно быть признано въ этой странѣ. Почему же тогда не позволить этимъ иностранцамъ прямо доказывать французскому суду, что они обвѣнчаны по національному закону? Вѣдь признаніе иностраннаго судебнаго рѣшенія основано на примѣненіи того же закона, какъ компетентнаго [1]).

Французскій законодатель не обмолвился ни словомъ о бракахъ иностранцевъ, будь то за границей или во Франціи; слѣдовательно, онъ ввелъ обязательный гражданскій бракъ для однихъ французовъ. Статьи 199—200 уголовнаго уложенія санкціонируютъ ст. 54 — 55 органическаго закона 18 Germinal X года. 54 статья секуляризируетъ бракъ, а 55-ая — веденіе актовъ гражданскаго состоянія, заявляя, что отнынѣ записи священниковъ не могутъ замѣнять регистровъ, учреждаемыхъ для констатированія гражданскаго состоянія французовъ". Кромѣ того Art 199—200 Code Pénal стоитъ подъ рубрикой: „Des contraventions propres à compromettre l'état civil des personnes": очевидно, что въ случаѣ, когда церковный законъ иностранцевъ сливается съ гражданскимъ, священникъ не можетъ компрометировать ихъ гражданскаго состоянія, обвѣнчавъ ихъ.

Если, наконецъ, признавать компетенцію иностранныхъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ для совершенія браковъ ихъ соотечественниковъ на французской территоріи, то нѣтъ основанія отказывать въ ней французскимъ священникамъ: источникомъ компетенціи будетъ все тотъ же національный законъ.

Таковы аргументы Арсенія Лорана. Русскому писателю, конечно, трудно судить, насколько они соотвѣтствуютъ духу

[1]) Это разсужденіе Арсена Лорана основано на невѣрномъ базисѣ, Французскіе суды никогда не признаютъ рѣшеній иностранныхъ судовъ, провозглашающихъ дѣйствительность церковныхъ браковъ во Франціи.

французскаго права. Теоретическаго же ихъ значенія мы коснемся ниже.

b) Дипломатическіе и консульскіе браки во Франціи.

По аналогіи съ 48 ст. C. Civil, за иностранными дипломатическими и консульскими агентами во Франціи слѣдуетъ признавать право вѣнчать своихъ соотечественниковъ, и только ихъ. Доктрина высказывается въ этомъ смыслѣ [1]). Что же касается французской юриспруденціи, то она еще не имѣла случая высказаться опредѣленно. Цитируемыя обыкновенно рѣшенія Сенскаго суда отъ 2 Іюля 1872 года и 21 Іюля 1873 года, какъ замѣчаетъ проф. Lainé въ своихъ лекціяхъ, не вполнѣ рѣшаютъ вопроса. Первое рѣшеніе признало ничтожнымъ бракъ, заключенный въ англійской посольской церкви въ Парижѣ между англичаниномъ и француженкой; второе опорочило бракъ американца и француженки, заключенный въ церкви американской миссіи въ томъ же городѣ. Но въ обоихъ случаяхъ бракосочетаніе было совершено не дипломатическимъ агентомъ, а посольскимъ священникомъ [2]). Все же мы находимъ въ первомъ рѣшеніи цѣнное указаніе, что бракъ, если только одинъ изъ брачущихся французъ, долженъ непремѣнно совершаться передъ officier de l'état civil français (Art 165 C. Civil).

§ 2. Бельгія.

A. Браки бельгійцевъ за границей.

1. Оглашенія.

Предписаніе Art. 170 Code Napoleon толковалось обыкновенно въ бельгійской судебной практикѣ съ точки зрѣнія теоріи „in fraudem legis“; т. е. браки бельгійцевъ, заключен-

[1]) Weiss, pp. 482—484; Despagnet § 390.

[2]) Journal 1874, pp. 71—74; То же Trib. Seine 6 Juin 1893 (Journal 1893, p. 880), признавшій ничтожнымъ бракъ англичанина и француженки, совершенный капланомъ англійскаго посольства въ Парижѣ. См. также C. Paris 6 Avr. 1869 (Sirey 1870, II, 178)

ные за границей безъ предварительныхъ оглашеній въ Бельгіи, признавались всетаки дѣйствительными, если не имѣлось въ виду обойти бельгійскіе законы [1]).

Art 170 Cod. Nap. замѣненъ закономъ 20 Мая 1882 года. Этотъ законъ устанавливаетъ ничтожность заграничныхъ браковъ бельгійцевъ только при наличности разрывающихъ препятствій по бельгійскому праву [2]); отсутствіе оглашеній, предписанныхъ тѣмъ же закономъ въ отдѣльномъ параграфѣ [3]) и безъ всякой санкціи, можетъ поэтому повести къ ничтожности лишь въ случаѣ такъ называемыхъ тайныхъ браковъ (Art 191 C. C.). Для устраненія всякихъ недоразумѣній, коммиссія для ревизіи бельгійскаго гражданскаго уложенія, предлагаетъ, впрочемъ санкціонировать въ законѣ дискреціонную власть судьи „объявлять ничтожными смотря по обстоятельствамъ браки, заключенные за границей безъ оглашеній въ Бельгіи“ [4]).

Когда бельгійцы заключаютъ за границей бракъ передъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ, оглашеніе совершается въ канцеляріи миссіи или консульства въ формѣ

---

[1]) C. de Bruxelles 27 Juin 1831 (Pasicrisie Belge 1831, p. 171); 19 Juillet 1871 (Pas. 1871. II, 433); 13 Janvier 1873 (Pas. 1873, II, 345). — Апелляціонный исправительный судъ въ Гентѣ оправдалъ 12 Мая 1880 года священника, обвѣнчавшаго двухъ бельгійцевъ послѣ ихъ гражданскаго брака, имѣвшаго мѣсто за границей безъ оглашеній. Судъ замѣтилъ, что такой бракъ не ничтоженъ ab initio, и можетъ быть только опороченъ (Journal, 1881, pp. 85—87)

[2]) Loi du 20 Mai 1882, № 5: „Les mariages célébrés dans les formes prescrites par les №№ 1, 2 et 3 de la présente loi, seront valables si les Belges n'ont point contrevenu aux dispositions prescrites sous peine de nullité du Chapitre 1-er titre 5, livre 1-er du Code Civil“ (Baron Guillaume l. c., p. 331).

[3]) Art 4: Les mariages sont publiés conformément aux lois belges en Belgique, par l'officier de l'état civil et par les agents diplomatiques et les consuls dans les chancelleries où les unions seront célébrés (Bar. Guillaume, p. 331).

[4]) Art 66 de l'Avant projet: „Lorsque le mariage est attaqué pour défaut de publicité ou incompétence de l'officier de l'état civil, la cause de nullité est laissée à l'appréciation du juge — Si le mariage a été célébré à l'étranger, le juge peut, selon les circonstances en prononcer la nullité, pour défaut de publication en Belgique“ (Bar. Guillaume l. c., p. 339).

бельгійскаго закона [1]). При этомъ не требуется предварительнаго поселенія въ округѣ миссіи или консульства [2]). Если будущіе супруги не прожили 6 мѣсяцевъ въ этомъ округѣ, то кромѣ того обязательно совершеніе оглашенія въ Бельгіи [3]). Въ особо важныхъ случаяхъ вышеупомянутые агенты могутъ, впрочемъ, диспенсировать брачущихся отъ всякаго оглашенія и приступить немедленно къ браку [4]).

Законъ 16 Авг. 1887 г. требуетъ отъ совершеннолѣтнихъ бельгійцевъ испрошенія согласія родителей посредствомъ одного acte respectueux. Въ случаѣ несостоятельности будущихъ супруговъ, актъ согласія не необходимъ, если родители не имѣютъ домициля въ Бельгіи; но объ этомъ послѣднемъ долженъ быть составленъ актъ подъ присягой брачущихся и четырехъ свидѣтелей. При бракахъ несостоятельныхъ бельгійцевъ за границей, дипломатическіе и консульскіе агенты имѣютъ право принимать какъ акты согласія родителей, такъ и замѣняющія ихъ свидѣтельства о неизвѣстности ихъ бельгійскаго домициля [5]). Отсутствіе acte respectueux не дѣлаетъ, впрочемъ, брака ничтожнымъ, хотя бы онъ былъ заключенъ за границей [6]).

2. Форма заключенія брака.

а) По правилу „locus regit actum“.

Правило „locus regit actum“, санціонированное въ Art 170 Code Napoléon, принято также закономъ 20-го Мая

---

[1]) § 4 закона 20 Мая 1882.

[2]) Art 8 de la Loi du 26 Décembre 1891. Циркуляръ Министра Иностранныхъ Дѣлъ 29 Февраля 1892.

[3]) Art 3, 4, 5 закона 26 Декабря 1891 года; Циркуляръ Министра Иностранныхъ Дѣлъ 29 Февраля 1892 (Baron Guillaume, p. 348).

[4]) Art 7 de la loi du 26 Décembre 1891. (Baron Guillaume p. 309).

[5]) Loi du 16 Août 1887 Art 3 et 4 (Bar. Guillaume, p. 306); Circulaire Ministérielle du 3 Sept. 1887. (Bar. Guillaume, p. 341).

[6]) Trib. de Bruges, 3 Août 1874 (Journal 1875, p. 221) призналь дѣйствительнымъ бракъ 30 лѣтняго бельгійца, заключеннаго въ Англіи безъ испрошенія совѣта матери.

1882 года [1]) для заграничныхъ браковъ бельгійцевъ, какъ между собою, такъ и съ иностранцами. Бельгійская юриспруденція всегда примѣняла это начало [2]).

Проектъ новаго бельгійскаго гражданскаго кодекса признаетъ правило locus regit actum, но дѣлаетъ отъ него двоякое отступленіе. Во-первыхъ, частные акты могутъ быть составлены въ формѣ, допускаемой національными законами всѣхъ сторонъ (Art 9); во вторыхъ, если законъ, регулирующій данное юридическое отношеніе, требуетъ соблюденія какой нибудь торжественной формы, стороны обязаны придерживаться ея даже въ странахъ, гдѣ это требованіе не существуетъ (Art 10) [3]). Какая форма можетъ считаться торжественной, придется, конечно, опять опредѣлять по lex loci. Поэтому, бельгійцы по прежнему будутъ имѣть право вступать за границей въ церковные браки, но будутъ лишены возможности заключать браки per „nudum consensum“ [4]).

b) Дипломатическіе браки.

Art 47. C. Nap. санкціонировалъ право бельгійцевъ заключать передъ отечественными дипломатическими и консульскими агентами всякіе акты гражданскаго состоянія. Бель-

---

[1]) Loi 20 Mai 1882, № 1: „Les mariages en pays étrangers entre Belges et entre Belges et étrangers seront célébrés dans les formes usitées dans le dit pays“. (Bar. Guillaume, p. 330).

[2]) См. напр. Trib. d'Anvers, 14 Nov. 1878 (Pasicrisie Belge 1879, III, 164), который призналъ дѣйствительность брака, заключеннаго въ Соединенныхъ Штатахъ передъ однимъ пасторомъ; а также другія рѣшенія, приводимыя Bar. Guillaume, p. 320, Note 2.

[3]) Art 9: Les formes des actes authentiques et des actes sous seing privé sont réglées par la loi du pays où ils sont faits. Néanmoins, l'acte sous seing privé peut être dressé dans les formes admises par les lois nationales de toutes les parties.

Art 10: Lorsque la loi qui régit une disposition exige, comme condition substantielle, que l'acte ait la forme olographe, les parties ne peuvent suivre une autre forme, celle ci fût-elle autorisée par la loi du lieu ou l'acte est fait] (Meili, die Kodification, p. 24).

[4]) Ср. заключенія Lainé въ „Bulletin de la Société de Législation Comparée Tome XIX, pp. 555 — 564.

гійская юриспруденція признавала поэтому дѣйствительность браковъ, заключенныхъ у упомянутыхъ агентовъ, однако только въ случаяхъ, когда оба брачущіеся были бельгійцами.

Замѣчательный законопроектъ Министерства Frère-Orban очень живо рисуетъ всю недостаточность такого порядка вещей. Въ самомъ дѣлѣ, благодаря ему, бельгійцы оказывались часто лишенными возможности вступить за границей въ браки съ иностранками. Это происходило, напр., въ странахъ, признающихъ одинъ церковный бракъ. Мѣстныя церковныя власти, къ которымъ бельгійцы могли обратиться по Art 170 Code Nap., въ иныхъ странахъ отказывали въ совершеніи брака, напр. при наличности каноническихъ препятствій; въ другихъ взимали стѣснительные поборы или же совершали бракъ лишь при условіяхъ, противныхъ свободѣ совѣсти (напр. стипулировали, что дѣти будутъ воспитываться въ извѣстной вѣрѣ). Въ третьихъ не вѣнчали потому, что бельгіецъ не принадлежалъ ни къ одному изъ признанныхъ въ странѣ культовъ. Помимо того, браки, совершенные иностранными священниками, представляли мало гарантій соблюденія бельгійскихъ условій дѣйствительности брака.

Бельгійскій парламентъ внялъ доводамъ министерства и вотировалъ законъ 20 Мая 1882 года, который даетъ бельгійскимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ право вѣнчать бельгійцевъ не только между собою, но и съ иностранками; въ послѣднемъ случаѣ однако лишь тогда, когда эти агенты имѣютъ спеціальное полномочіе отъ Министра Иностранныхъ Дѣлъ [1]). Министерскій циркуляръ 1 Іюля 1882 г. подчеркиваетъ необходимость этого спеціальнаго разрѣшенія и напоминаетъ, что дипломатическіе и консульскіе агенты по

[1]) Loi du 20 Mai 1882, № 2 „Les mariages entre Belges pourront également être célébrés par les agents diplomatiques et les consuls de Belgique conformément aux lois belges; № 3: Les agents diplomatiques et les consuls de Belgique pourront célébrer les mariages entre Belges et étrangères, s'ils en ont obtenu l'autorisation spéciale du Ministre des Affaires étrangères". Baron Guillaume, p. 330.

прежнему некомпетентны для совершенія браковъ иностранцевъ съ бельгійками [1]).

Законъ 20 Мая предписываетъ опредѣлять бракоспособность иностранки по ея „личному статуту“ [2]). Упомянутый циркуляръ 1 Іюня настаиваетъ на этомъ постановленіи, признаетъ, однако, что оно не умаляетъ права иностранныхъ государствъ не признавать браковъ иностранокъ, совершенныхъ бельгійскими агентами на иностранной территоріи. Бельгійскія власти имѣютъ, безъ согласія территоріальныхъ властей, юрисдикцію надъ одними бельгійцами, а потому брачущіеся бельгіецъ и иностранка должны быть предупреждаемы, что ихъ бракъ рискуетъ быть дѣйствительнымъ въ одной Бельгіи [3]).

Брюссельскому аппеляціонному суду пришлось высказаться относительно дѣйствительности брака, заключеннаго бельгійцемъ съ англичанкой въ церкви англійскаго посольства въ Франкфуртѣ на Майнѣ. Судъ призналъ ничтожность этого брака, энергически протестовавъ противъ примѣненія фикціи экстерриторіальности „къ гражданскимъ актамъ, совершенно чуждымъ дипломатической неприкосновенности“, ради которой введена эта фикція [4]).

3. Транскрипція брака.

Предписанія Art 171 C. C. (о транскрипціи заграничныхъ браковъ бельгійцевъ на регистрѣ ихъ домициля въ Бельгіи) комментировалось въ Бельгіи столь же различно, какъ и во Франціи. Восторжествовала, повидимому, теорія, не видящая въ нарушеніи статьи повода къ признанію брака ничтожнымъ [5]).

Коммиссія, выработавшая новый проектъ гражданскаго ко-

[1]) Bar. Guilaume, p. 333.

[2]) № 6: La capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel.

[3]) Bar. Guillaume, pp. 334—335; См. также Edmond Picard (Journal 1885, pp. 46—54).

[4]) Pasicrisie Belge 1854, II, 54.

[5]) Trib. d'Anvers 11 Mai 1888 (Journal 1889, p. 718).

декса, удержала требованіе транскрипціи, но пояснила, что нарушеніе влечетъ за собою одинъ штрафъ [1]).

B. Браки иностранцевъ въ Бельгіи.

1. Формальности, предшествующія браку.

Иностранцы вѣнчаются въ Бельгіи, конечно, только послѣ предписаннаго бельгійскимъ закономъ оглашенія въ мѣстѣ жительства или пребыванія (Loi du 26 Déc. 1891 Art 4) Брюссельскій аппеляціонный судъ рѣшилъ, что иностранные супруги не могутъ быть принуждаемы къ оглашенію на родинѣ, если ихъ національный законъ этого не требуетъ [2]). Оглашеніе у бельгійскаго officier de l'état civil не обусловлено предшествовавшимъ поселеніемъ или даже пребываніемъ брачущихся въ его округѣ [3]). Бракъ совершается черезъ 10 дней послѣ оглашенія, или, въ случаѣ диспенсаціи, отъ послѣдняго, немедленно (Art 8).

2. Форма заключенія брака.

a) По правилу „locus regit actum".

Всѣ браки, заключаемые на бельгійской территоріи, какъ между бельгійцами, такъ и между иностранцами, совершаются обязательно въ гражданской формѣ; вѣнчаніе въ церкви факультативно, и ни въ какомъ случаѣ не можетъ предшество-

---

[1]) Art 37 du Titre V du Mariage de l'Avant-Projet: Dans les trois mois après le retour du Belge sur le territoire du Royaume, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger, est transcrit sur les registres publies des mariages du lieu de son domicile, s'il ne l'a déjà été en vertu de l'art 18 du Titre II". Этотъ Art 18 предписываетъ консуламъ и дипломатическимъ агентамъ сообщать Министерству Иностранныхъ Дѣлъ акты гражданскаго состоянія, совершенные у нихъ бельгійцами. Bar. Guillaume l c. 312—313).

[2]) C. de Bruxelles 11 Juin 1885 (Vincent et Pénaud, Mariage §§ 15—16)

[3]) Законъ 26 Дек. 1891, Art 4.

вать гражданскому браку [1]). Эта теорія санкціонирована Брюссельскимъ кассаціоннымъ судомъ, признавшимъ ничтожность брака, заключеннаго бельгійскимъ священникомъ между пруссакомъ и австріячкой до исполненія ими гражданскаго обряда. Судъ рѣшилъ, что Art 199 Code Pénal и Art 54 закона 18 Germinal X года, запрещающіе священникамъ вѣнчать до гражданскаго брака, суть законы полиціи и публичнаго порядка, и примѣнимы къ бракамъ иностранцевъ [2]).

b) Дипломатическіе и консульскіе браки.

Антверпенскій судъ призналъ недѣйствительность брака англичанина и бельгійки, заключеннаго у англійскаго вице-консула въ Брюсселѣ. Но это рѣшеніе [3]) состоялось до изданія закона 20 Мая 1882 года, и нужно думать, что въ настоящее время, по началу взаимности, иностранцы могутъ заключать въ Бельгіи дипломатическіе и консульскіе браки какъ между собою, такъ и съ туземками.

§ 3. Голландія.

A. Браки голландцевъ за границей.

1. Оглашенія.

Бракамъ голландцевъ за границей, заключеннымъ въ мѣстной формѣ, должны предшествовать оглашенія въ Голландіи (Art 138 C. C.). Но нарушеніе этого предписанія не

[1]) Art 16 de la Constitution Belge „... Le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, sauf les exceptions à établir par la loi, s'il y a lieu". Art 165 du Code Civil: „Le mariage sera célébré publiquement, devant l'officier civil du domicile de l'une des deux parties".

[2]) C. de Cassation de Belgique 19 Janvier 1852 (Pasicrisie Belge 1852, I, 85). Это рѣшеніе кассировало приговоръ C. de Liége 7 Août 1851, который допустилъ возможность одного церковнаго брака для иностранцевъ, основываясь на ихъ личномъ статутѣ, и ссылаясь на вышеприведенные циркуляръ и письмо французскаго хранителя печатей (отъ 16 Мая 1810 и 13 Октября 1815).

[3]) Trib. d'Anvers 4 Août 1877 (Journal 1881, p. 84).

влечетъ за собой ничтожности брака [1]). Въ случаяхъ консульскихъ браковъ оглашенія не обязательны, если супруги не имѣли въ теченіе послѣднихъ шести мѣсяцевъ домициля въ Голландіи (Art 13 закона 25 Іюля 1871 года) [2]).

2. Заключеніе брака.

Бракъ можетъ быть заключенъ или въ формѣ lex loci (Art 138 C. C.) или, если обѣ стороны голландцы, передъ нидерландскими консулами (Art 12 закона 25 Іюля 1871). Королевскій указъ 4 Мая 1890 года уполномочиваетъ на совершеніе браковъ только консуловъ въ Россіи, Греціи, Португаліи и Турціи. Консульскія конвенціи съ Бразиліей (27 Сентября 1878), Соединенными Штатами (23 Мая 1878) и Португаліей (1 Декабря 1880) ограничиваютъ компетенцію консуловъ браками между ихъ соотечественниками [3]).

3. Транскрипція.

Бракъ, совершенный голландцами за границей, заносится въ теченіе года по ихъ возвращеніи на родину, въ регистры ихъ домициля (Art 139 C. C.).

B. **Браки иностранцевъ въ Голландіи.**

Ст. 10 закона 15-го Мая 1829 года подчиняетъ форму всѣхъ актовъ законамъ страны ихъ совершенія. По комментарію бар. Гогендорна (чиновника голландскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ) эта статья несомнѣнно касается брака и всѣхъ связанныхъ съ нимъ формальностей. Иностранцы, брачущіеся въ Голландіи, должны, поэтому, соблюсти форму, предписанную голландскимъ закономъ. Браку предшествуютъ двукратныя оглашенія въ общинѣ домициля каждаго изъ супруговъ; если настоящій домициль основанъ только за шесть мѣсяцевъ, оглашенія дѣлаются также въ

[1]) Рѣшеніе Высшаго Суда отъ 7 Декабря 1877 (Journal 1882, p. 64—69).
[2]) Baron Guillaume, p. 454.
[3]) Baron Guillaume, p. 454 — 455.

общинѣ предыдущаго домициля. (Art 107 — 109 C. C.). Бракъ заключается обязательно въ гражданской формѣ (Art 131). религіозный обрядъ можетъ только слѣдовать за гражданскимъ (Art 136) [1]).

§ 4. Италія.

А. Браки итальянцевъ за границей.

1. Оглашенія.

Согласно 100 статьѣ итальянскаго гражданскаго кодекса, бракамъ итальянцевъ за границей должны предшествовать оглашенія на родинѣ, въ общинѣ мѣстожительства (residenza); если же брачущійся итальянецъ не жительствуетъ въ королевствѣ, оглашенія совершаются въ общинѣ его послѣдняго домициля.

Итальянская юриспруденція признаетъ единогласно, что несоблюденіе этого требованія 100 Art C. C. не влечетъ за собою ничтожности брака. Въ этомъ смыслѣ высказались Неаполитанскій и Римскій Кассаціонные Суды [2]). Юриспруденція эта вытекаетъ изъ текста самой 100 статьи. Отсутствіе оглашеній не влечетъ за собою ничтожности брака, заключеннаго въ Италіи, а 100 статья подчиняетъ оглашенія при заграничныхъ бракахъ общимъ правиламъ; несоблюденіе предписанія имѣетъ, поэтому, въ обоихъ случаяхъ одни карательныя послѣдствія — пеню для супруговъ [3]).

Въ случаяхъ, когда итальянцы заключаютъ за границей консульскій или дипломатическій бракъ, оглашенія должны быть сдѣланы, какъ въ Италіи, такъ и въ консульствѣ (или миссіи). Консулъ (или дипломатическій агентъ) можетъ, впрочемъ, въ важныхъ случаяхъ освобождать отъ второго

---

[1]) Baron Guillaume, pp. 448 — 450.

[2]) См. Buzzati, L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili, 1894, p. 270: Cassat. Napoli 26 giugno 1883; Cassat. Roma 21 Marzo 1885.

[3]) Ср. Fiore-Antoine Le Droit International, Privé 1894, Tome II, p. 71.

оглашенія. А въ особо важныхъ случаяхъ, правительство можетъ посредствомъ декрета даровать своимъ агентамъ въ дальнихъ странахъ право диспенсировать: 1) отъ обоихъ оглашеній, которыя должны быть сдѣланы въ консульствѣ (миссіи), при условіи представленія acte de notorété Art 78 C. C. 2) отъ оглашеній въ Италіи, если супруги живутъ болѣе года въ округѣ консульства (миссіи) [1]).

2. Форма заключенія брака.

a) По правилу „locus regit actum".

Форма браковъ, заключаемыхъ итальянскими гражданами за границей съ итальянцами или иностранцами, подчиняется итальянскимъ кодексомъ lex loci actus; выраженія закона (Art 100 C. Civile) не оставляютъ никакого сомнѣнія въ томъ, что это подчиненіе мѣстнымъ законамъ носитъ не факультативный, а обязательный характеръ [2]). Правда, Фіоре считаетъ возможнымъ отступить отъ правила „locus regit actum", когда мѣстный законъ требуетъ соблюденія двухъ формъ: церковной и гражданской; въ этомъ случаѣ итальянцы будто бы могутъ ограничиться одной гражданской формой, признанной ихъ національнымъ закономъ. Но это мнѣніе, не основанное на законѣ, не принято доктриной [3]).

b) Дипломатическіе и консульскіе браки.

Единственное исключеніе изъ правила locus regit actum сдѣлано итальянскимъ законодателемъ въ пользу такъ назы-

---

[1]) См. Итальянскій Консульскій Законъ 28 Января 1866 года. ст 36, 37, 38 и 42.

[2]) См. Trib. di Milano 27 Genn. 1894. (Journal 1898, p. 784).

[3]) См. Fiore, Journal 1886, p. 299 — 300; авторъ говоритъ, что итальянцы вѣдь все равно могутъ всегда избѣжать мѣстной церковной формы, вступая въ бракъ передъ консулами; но, какъ справедливо возражаетъ Chrétien, это уже не будетъ бракъ по мѣстной формѣ, о которомъ говоритъ Art 100 C. Civ. — Противъ Фіоре высказывается и Buzzati l. c. p. 224 — 225.

ваемыхъ дипломатическихъ и консульскихъ браковъ. Art 368 C. C. разрѣшаетъ королевскимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ вѣнчать итальянскихъ гражданъ въ формахъ итальянскаго кодекса. А 29 ст. консульскаго закона 28 Января 1866 года [1]), распространяетъ компетенцію консуловъ и на браки итальянцевъ съ иностранками, „если это допускается мѣстными законами или обычаями". По 39 ст. того же закона бракъ совершается публично, въ зданіи консульства (или миссіи), передъ консуломъ округа, гдѣ жительствуетъ или пребываетъ одинъ изъ супруговъ, съ соблюденіемъ формъ Codice Civile. 42 ст. консульскаго закона даетъ тѣ же права королевскимъ дипломатическимъ агентамъ.

Браки итальянцевъ въ Турціи подчинены общимъ правиламъ. Итальянскій консульскій судъ въ Константинополѣ призналъ было ничтожнымъ бракъ итальянца, заключенный въ этомъ городѣ съ гречанкой по обряду православной церкви, и основалъ свое рѣшеніе на фикціи экстерриторіалитета [2]). Но Туринскій Кассаціонный (29 Іюля 1870) по тому же дѣлу), равно какъ Неаполитанскій аппеляціонный судъ (4 Февраля 1870 eglia c. Del Balzo) признали, что экстерриторіальность итальянцевъ въ Турціи не мотивируетъ подчиненія формы ихъ браковъ національнымъ законамъ. Правило „locus regit actum" остается въ полной силѣ [3]). Рѣшеніе Итальянскаго консульскаго суда въ Константинополѣ отъ 24 Ноября 1895 года высказалось въ томъ же смыслѣ [4]).

c) Транскрипціи брака.

Итальянскіе граждане, заключившіе бракъ за границей, обязаны занести его въ теченіе 3 мѣсяцевъ по возвращеніи на родину, въ регистры общины, которую выберутъ своимъ

[1]) См. Baron Guillaume, Le Mariage en Droit International Privé, p. 439.

[2]) Lombardi c. Arnao, 17 Марта 1870.

[3]) См. эти рѣшенія у Buzzati l. c., p. 259. Ср. Fiore, Journal 1886, p. 308.

[4]) Journal 1897, p. 408.

мѣстопребываніемъ. Но несоблюденіе этого постановленія влечетъ за собою только пеню (Art 101 C. Civ.). Съ другой стороны, ст. 367 того же кодекса предписываетъ сообщеніе въ тотъ же 3 мѣсячный срокъ копіи съ брачнаго акта чиновнику гражданскаго состоянія въ общинѣ послѣдняго домицила супруговъ въ Италіи; это сообщеніе можетъ быть сдѣлано черезъ ближайшія итальянскія консульство или миссію.

Дипломатическіе и консульскіе агенты обязаны пересылать въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ копіи всѣхъ совершенныхъ ими брачныхъ актовъ; срокъ тоже трехмѣсячный; Министерство сообщаетъ копіи въ общины послѣдняго домицила супруговъ въ Италіи (Art 368 C. C.).

B. Браки иностранцевъ въ Италіи.

1. Оглашенія.

Иностранцы, вступающіе въ бракъ въ Италіи, обязаны совершать оглашенія въ формѣ итальянскаго гражданскаго кодекса (Art 103).

2. Форма заключенія брака.

93 ст. гражд. код. 1865 года ввела въ Италіи обязательный гражданскій бракъ. Форма браковъ иностранцевъ не предусмотрѣна спеціальнымъ текстомъ. 9 Art Disposizione Preliminarie Cod. Civ. подчиняетъ форму всѣхъ вообще актовъ lex loci actus, но разрѣшаетъ также слѣдовать національному закону, если онъ тотъ же для всѣхъ участниковъ договора.

Итальянскій писатель Filomusi-Guelfi полагаетъ, что форма итальянскаго закона (гражданскій бракъ) обязательна для иностранцевъ, брачущихся въ Италіи лишь въ случаѣ, когда они вступаютъ въ союзъ съ итальянцами. Между собою же иностранцы могутъ заключать бракъ въ національной (церковной) формѣ; это будто слѣдуетъ изъ Art 9 Disp. Preli C. Civ., равно какъ изъ духа Art 368 C. C., который позволяетъ итальянцамъ совершать консульскіе браки за грани-

цей. Однако, гораздо болѣе обосновано противоположное мнѣніе Буццати. 103 ст. С. С. требуетъ отъ иностранца, брачущагося въ Италіи, свидѣтельства о его бракоспособности, которое предъявляется чиновнику гражданскаго состоянія. Эта статья потеряла бы смыслъ, если бы иностранцы могли вѣнчаться и у священниковъ, не связанныхъ этимъ постановленіемъ. Что же касается ссылки Филомузи на консульскіе браки, то онъ забываетъ, что при нихъ территоріальная власть имѣетъ гарантіи, основанныя на представительномъ характерѣ консуловъ. Итальянское правительство имѣетъ достаточныя гарантіи того, что иностранный консулъ, уполномоченный своимъ правительствомъ, правильно примѣнитъ свой законъ. Но гдѣ же гарантіи того, что итальянскій священникъ не уполномоченный, да и не могущій быть уполномоченнымъ иностраннымъ правительствомъ, правильно примѣнитъ иностранный законъ [1])?

Обязательная сила правила locus regit actum признана въ итальянской юриспруденціи [2]).

---

[1]) См. изложеніе этого спора у Buzzati (l c., pp. 208—213); мнѣніе Buzzati раздѣляетъ Fiore (Journal 1886, pp. 301—303), который обязательность гражданской формы брака и для иностранцевъ основываетъ на публичномъ порядкѣ.

[2]) Trib. Viterbo 10 Sett. 1874 (Journal 1875, p. 44). C. d'app Lucca 28 Giugno 1877; C. d'App. Firenze 31 Iuglio 1877: Cassat. Roma 15 Maggio 1877, у Buzzati l. c, p. 208 Въ послѣднемъ дѣлѣ Кассаціонный судъ призналъ, правда, дѣйствительность брака папскаго подданнаго Leporі, заключеннаго съ итальянской Filippi, въ Италіи, въ одной церковной формѣ, но это лишь потому, что судъ, послѣ присоединенія папской области къ Италіи, счелъ нужнымъ стать на папскую точку зрѣнія при обсужденіи брака двухъ бывшихъ папскихъ подданныхъ. — Итальянскій публичный порядокъ требуетъ, чтобы всѣ браки въ Италіи совершались въ гражданской формѣ. Буццати признаетъ, что по русскому закону участіе священника въ заключеніи брака сообщаетъ ему характеръ таинства, и потому не можетъ быть отнесено къ формамъ. Тѣмъ не менѣе итальянскій судья признаетъ только гражданскій бракъ русскихъ въ Италіи, такъ какъ церковный бракъ есть „importanta deroga ad una legge nostra che riguarda il diritto pubblico" (Buzzati l. c, pp. 249—253).

§ 5. Испанія.

А. Браки иностранцевъ въ Испаніи.

Законъ 18 Іюня 1870 года ввелъ въ Испаніи обязательный гражданскій бракъ. Но этотъ порядокъ продержался недолго, и уже декретъ 9 Февраля 1875 года признаетъ дѣйствительность браковъ, заключенныхъ въ одной церковной формѣ. Точно также и новый гражданскій кодексъ 24 Іюля 1889 года допускаетъ, какъ гражданскую, такъ и религіозную форму вѣнчанія Каноническій бракъ обязателенъ для всѣхъ католиковъ и совершается въ формахъ и условіяхъ, предписанныхъ Тридентскимъ соборомъ (Art 42 C. C.). По общему правилу, священникъ приступаетъ къ вѣнчанію не иначе, какъ по представленіи ему свидѣтельства объ извѣщеніи чиновника, ведущаго регистры гражданскаго состоянія. Гражданскій кодексъ разрѣшаетъ однако и тайный бракъ передъ церковью, безъ всякой гражданской формальности; занесеніе этого брака въ секретную книгу управленія гражданскими регистрами придаетъ ему всѣ гражданскіе эффекты. По закону 1875 года (Art 4) свидѣтельство священника о совершенномъ имъ бракѣ есть безспорное его доказательство, если оно зарегистровано у гражданскихъ властей. Въ противномъ случаѣ аутентичность его можетъ быть предметомъ судебнаго спора.[1])

Испанскій гражданскій кодексъ призналъ въ своей 11 статьѣ универсальное значеніе правила locus regit actum[2]). Иностранцы, брачущіеся въ Испаніи, должны поэтому соблюсти церковную форму, если они католики, и могутъ ограничиться одной гражданской, если принадлежатъ къ другому исповѣданію. Если эти иностранцы не пробыли двухъ лѣтъ въ Испаніи, они должны представить цертификатъ о томъ,

---

[1]) Bar. Guillaume pp. 396–402.

[2]) Art 11: Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demàs instrumentos pùblicos, se rigen por los leyes del paìs en que se otorguen (Meili, Die Kodification p. 40).

что оглашенія совершены въ странѣ, гдѣ они были домицилированы или жили за эти послѣдніе два года (Art 91 C. Civil'. Какъ справедливо указываетъ Одинэ [1]), эти цертификаты будетъ часто весьма трудно добыть, такъ какъ они должны исходить не отъ отечества брачущихся, а отъ страны ихъ домициля; французскія власти напр., откажутся оглашать бракъ иностранца, который не живетъ, а только жилъ во Франціи.

В. Браки испанцевъ за границей.

41 ст. закона 18 Іюня 1870 года признавала дѣйствительность брака, заключаемаго испанцами за границей въ формахъ lex loci. [2]) 11 ст. гражд. кодекса санкціонируетъ, какъ мы видѣли, правило locus regit actum, но тутъ же прибавляетъ: „несмотря на постановленія этой статьи, запретительные законы о лицахъ, ихъ дѣйствіяхъ и имуществѣ, какъ и законы, касающіеся публичнаго порядка и добрыхъ нравовъ, не теряютъ своей силы, каковы бы ни были законы, приговоры, постановленія или договоры иностраннаго происхожденія“ [3]). Въ виду этого текста нельзя не раздѣлить мнѣнія Одинэ, что бракъ, заключаемый въ одной гражданской формѣ католическими испанцами за границей, не будетъ признанъ въ Испаніи [4]). Кодексъ однако не высказывается прямо объ этомъ важномъ вопросѣ. За то онъ предусмотрѣлъ случай, когда бракъ заключенъ въ странѣ, не ведущей правильныхъ регистровъ гражданскаго состоянія (ст. 55). Такіе браки могутъ быть доказаны всякимъ способомъ, стало быть, какъ комментируетъ Одинэ, либо по lex loci, либо по испанскому закону [5]).

---

[1]) Audinet „Le Droit International privé dans le nouveau Code civil espagnol“ въ Journal 1891, pp. 1106—1129.

[2]) Bar. Guillaume, p. 403.

[3]) Meili, Die Kodification p. 40.

[4]) Audinet l. c., p. 1122.

[5]) Audinet l. c., p. 1120.

100 статья гражданскаго кодекса разрѣшаетъ испанскимъ консуламъ совершать браки испанцевъ, но не упоминаетъ о бракахъ съ иностранцами [1]). Эта компетенція упражняется, конечно, согласно испанскимъ законамъ о формѣ брака.

Законъ 18 Іюня 1870 года (Art 42) предписываетъ транскрипцію брака, заключеннаго испанцами между собой или съ иностранцами [2]), на регистръ дипломатическаго или консульскаго агента мѣсто заключенія брака [3]).

§ 6. Португалія.

A. Браки иностранцевъ въ Португаліи.

Въ Португаліи церковный бракъ обязателенъ для католиковъ, а гражданскій для иновѣрцевъ (Art 1057 C. Civil). Браки иностранцевъ совершаются на общемъ основаніи, какъ можно вывести изъ 26 ст. того же гражданскаго кодекса: „Иностранцы, путешествующіе или пребывающіе въ Португаліи, имѣютъ тѣ же гражданскія права и обязанности, какъ и португальцы, по отношенію къ актамъ, долженствующимъ произвести свой эффектъ въ королевствѣ, исключая случаи, когда законъ прямо постановляетъ противное, или когда спеціальный договоръ регулируетъ эти права особымъ образомъ“ [4]).

B. Браки португальцевъ за границей.

„Бракъ, заключенный португальцами за границей, не имѣетъ гражданскихъ эффектовъ въ королевствѣ, если онъ не заключенъ согласно португальскимъ законамъ; это не касается однако внѣшней формы акта, о которой говорится въ

---

[1]) Bar. Guillaume, p. 405.

[2]) Въ послѣднемъ случаѣ если, испанецъ желаетъ сохранить свою національность.

[3]) Bar. Guillaume, p. 403.

[4]) Bar. Guillaume, p. 458.

24 ст. кодекса" (Art 1065 C. C.) [1]. Эта не совсѣмъ ясная статья содержитъ, повидимому, признаніе правила locus regit actum.

Португальскіе консула могутъ свидѣтельствовать акты гражданскаго состоянія португальцевъ, примѣняясь по возможности къ португальской системѣ (Art 19 консульскаго устава). Очевидно, что консула могутъ совершать браки только не — католиковъ. Транскрипція заключеннаго за границей брака дѣлается въ теченіе 3 мѣсяцевъ по возвращеніи и состоитъ въ занесеніи брака въ регистры домициля (Art 2479 C. Civil) [2]).

§ 7. Румынія.

А. Браки румынъ за границей.

Бракъ, заключенный за границей румынами между собою или съ иностранцами, дѣйствителенъ въ Румыніи, если онъ совершенъ въ формахъ lex loci, и если румыны соблюли личныя условія румынскаго закона (Art 152 Code Civil).

Румынскіе консула могутъ совершать браки своихъ соотечественниковъ. Консульскій уставъ не говоритъ о смѣшанныхъ бракахъ. Браку должны предшествовать оглашенія какъ въ самомъ консульствѣ, такъ и въ послѣднемъ домицилѣ брачущихся; консулъ сообщаетъ копію брачнаго акта Министерству Иностранныхъ Дѣлъ [3]).

В. Браки иностранцевъ въ Румыніи.

Гражданская форма брака одна обязательна въ Румыніи (ст. 22 конституціи 1866 года). Церковное вѣнчаніе можетъ, но не должно слѣдовать за гражданскимъ обрядомъ [4]) и ни въ коемъ случаѣ не можетъ ему предшествовать. Уголовное

[1]) Въ 24 ст. кодекса мы не находимъ однако опредѣленія формы актовъ; см. ея текстъ у Guillaume, p. 458.

[2]) Baron Guillaume, pp. 458—460.

[3]) Baron Guillaume, pp. 464 — 466.

[4]) Рѣшенія Кассаціоннаго суда отъ 15 Іюня 1883 года и 9 Января 1884 года (Baron Guillaume, p. 461.

уложеніе грозитъ священнику, совершившему вѣнецъ ранѣе гражданскаго брака, штрафомъ и заключеніемъ (Art 166).

Румынскій кодексъ не говоритъ вовсе о бракахъ иностранцевъ въ Румыніи. Это вызвало въ юриспруденціи нѣкоторыя колебанія въ примѣненіи правила „locus regit actum“. Такъ судъ въ Бакау (Bacau) призналъ 20 Марта 1895 года, что румынскіе священники могутъ вѣнчать иностранцевъ (здѣсь австрійцевъ), національный законъ которыхъ довольствуется одной церковной формой, хотя бы эти иностранцы не заключили гражданскаго брака въ Румыніи. Большинство членовъ суда исходило изъ воззрѣнія, что какъ внутреннія, такъ и формальныя условія вступленія въ бракъ должны обсуждаться по національному закону. Предсѣдатель суда разошелся однакс съ товарищами, указавъ на то, что Art 152 румынскаго гражданскаго кодекса ясно различаетъ форму отъ существа, и что правило „locus regit actum“ слѣдуетъ по аналогіи примѣнить и къ бракамъ иностранцевъ въ Румыніи. Аппеляціонный судъ въ Яссахъ (22 Іюня 1895) и Кассаціонный судъ (13 Сентября 1895) отмѣнили рѣшеніе Бакаускаго суда и признали, что румынскіе священники, вѣнчающіе иностранцевъ до гражданскаго брака, подлежатъ карѣ 166 ст. угол. кодекса, такъ какъ 22 статья конституціи есть несомнѣнно норма публичнаго порядка, обязательная и для иностранцевъ. — Однако, несмотря на авторитетъ Кассаціоннаго суда, уже 3 Ноября 1895 года судъ въ Дорогоѣ (Dorohoi) опять оправдалъ румынскаго священника, обвѣнчавшаго двухъ австрійцевъ до совершенія ими гражданскаго обряда [1]).

По свидѣтельству румынскаго писателя Суліотиса [2]), иностранные дипломатическіе и консульскіе агенты могутъ совершать въ Румыніи браки только между своими соотечественниками.

---

[1]) Journal 1896, pp. 915 — 918.

[2]) Suliotis „De la condition des étrangers en Roumanie“ (Journal 1887, p. 560).

§ 8. Грецiя.

A. Браки иностранцевъ въ Греціи.

Въ Греціи существуетъ фактически одна церковная форма вѣнчанія: законъ 29 Октября 1856 года, введшій гражданскій бракъ, остался мертвой буквой. За то уже съ 1836 года въ Греціи введены регистры гражданскаго состоянія; бракъ, заключенный передъ священникомъ, заявляется въ теченіе десяти дней гражданскимъ властямъ, которыя заносятъ его въ свои регистры въ присутствіи священника, супруговъ и двухъ свидѣтелей [1]). Это заявленіе имѣетъ только доказательную силу [2]).

Греческій юристъ Діобуніотисъ выводитъ изъ закона $^{17}/_{27}$ Октября 1861 года, что браки православныхъ съ неправославными христіанами (независимо отъ ихъ національности) допускаются въ Греціи при слѣдующихъ двухъ условіяхъ: 1) бракосочетаніе должно быть совершено православнымъ священникомъ; 2) дѣти должны быть воспитаны въ православіи. Но законъ этотъ очень неясенъ и допускаетъ различныя толкованія [3]).

Греческое право не регулируетъ вовсе браковъ неправославныхъ, нехристіанъ, или тѣхъ и другихъ между собою. Изъ духа же ново-греческаго права Діобуніотисъ выводитъ подчиненіе этихъ браковъ какой нибудь торжественной формѣ, хотя бы гражданской.

B. Браки грековъ за границей.

По мнѣнію греческихъ ученыхъ православные греки могутъ и за границей вступать въ бракъ исключительно въ церковной формѣ [4]). Браки же неправославныхъ и не-христіанъ могутъ быть заключены и въ формахъ мѣстнаго закона [5]).

---

[1]) Baron Guillaume, pp. 429 — 431.
[2]) Diobouniotis y Böhm 1898, p. 21.
[3]) Diobouniotis y Böhm 1898, pp. 24 — 26.
[4]) Typaldo-Bassia (Journal 1896, pp 61 — 62).
[5]) Diobouniotis y Bohm 1898, p. 20.

§ 9. Сербія.

Въ Сербіи существуетъ одинъ церковный бракъ (Art 60 C. C.). Вторая глава гражданскаго кодекса, трактующая о бракѣ, не содержитъ никакихъ особыхъ постановленій о бракахъ иностранцевъ.

Сербо-германская конвенція 1883 года (ст. 10) даетъ германскимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ право совершать гражданскіе браки германцевъ въ Сербіи [1]).

§ 10. Швейцарія.

А. Браки швейцарцевъ за границей.

Швейцарскій законъ не содержитъ указаній на то, что бракамъ швейцарцевъ за границей должны предшествовать оглашенія на родинѣ. Конвенція съ Франціей 1884 года даже прямо освобождаетъ подданныхъ договаривающихся державъ отъ этой формальности [2]).

На основаніи 54 ст. закона 24 Декабря 1874 года [3]) Швейцарцы могутъ заключать за границей браки въ формѣ какъ мѣстнаго, такъ и швейцарскаго закона [4]). Тотъ же законъ (ст. 13) даетъ союзному совѣту право уполномочивать швейцарскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ на совершеніе браковъ швейцарцевъ какъ между собою, такъ и съ иностранцами [5]). Такое общее полномочіе до 1888 г.

[1]) Pavlovitch. De la condition juridique des étrangers en Serbie (Journal 1884, pp. 5—28).

[2]) Ernest Roguin. Conflit des Lois Suisses, § 45

[3]) „Un mariage contracté à l'étranger sous l'empire de la législation qui y est en vigueur, ne peut être déclaré nul que lorsque la nullité resulte en même temps de la législation étrangére et des dispositions de la présente loi" (Baron Guillaume, p 495).

[4]) Ср. Roguin, l. c. § 43; Muheim, Principien, p. 194, полагаетъ, что швейцарцы могутъ за границей заключать браки даже per nudum consensum.

[5]) Art 13 „Le Conseil fédéral est autorisé à donner, là où il le jugera utile, aux agents diplomatiques et consulaires de la Confedération à l'étranger.

было выдано Швейцарскимъ консуломъ въ Японіи, Манилѣ и Буэнось-Айресѣ [1]). Но иногда консулъ уполномочивается и на заключеніе конкретнаго брака; такъ напр. въ 1887 году швейцарскому консулу въ Барцелонѣ разрѣшено обвѣнчать разведеннаго швейцарца съ француженкой. Въ данномъ случаѣ очень любопытенъ мотивъ разрѣшенія: недозволенность брака по территоріальному закону [2])!

Швейцарскій Союзный Совѣтъ не признаетъ дѣйствительности браковъ, заключаемыхъ швейцарцами съ иностранками передъ представителями отечества этихъ послѣднихъ, напр браковъ швейцарцевъ и англичанокъ, заключаемыхъ въ англійскомъ посольствѣ въ Парижѣ. Эта практика совершенно неосновательно критикуется Рогэномъ [3]).

В. Браки иностранцевъ въ Швейцаріи.

Всякому браку на швейцарской территоріи должны предшествовать оглашенія въ мѣстѣ жительства и на родинѣ каждаго изъ супруговъ. Оглашеніе за границей можетъ быть замѣнено цертификатомъ о томъ, что оно недопускается мѣстными

---

des attributions relatives à la constatation des naissances et des décés des ressortissants suisses, et à la celébration des mariages entre Suisses et entre Suisses et étrangers", Bar. Guillaume, p. 493.

[1]) Ern. Roguin l. c. § 47 —Въ 1849 году Швейцарское правительство признало дѣйствительность брака, совершеннаго швейцарскимъ вицеконсуломъ въ Іокогамѣ между двумя швейцарцами, хотя бракосочетаніе происходило въ канцеляріи бельгійскаго консульства въ Осакѣ 1896, p. 240). — Въ тѣхъ мѣстностяхъ гдѣ нѣтъ швейцарскихъ консуловъ и гдѣ не организованъ état civil, браки швейцарцевъ, по договору съ Германіей, совершаются германскими консулами (Journal 1893, p 665).

[2]) Ern. Roguin, l. c. § 47.

[3]) Roguin (l. c. § 46) утверждаетъ, что федеральный совѣтъ нарушаетъ 54 ст. закона 24 Декабря 1874, по которой швейцарецъ можетъ заключать за границей бракъ въ формахъ національнаго закона, т. е. передъ officier de l'état Civil; этимъ officier является англійскій дипломатическій или консульскій агентъ не только въ глазахъ англійскаго, но даже французскаго закона, который де признаетъ заключаемые имъ браки между двумя англичанами. Это послѣднее положеніе совершенно невѣрно: французскій законъ, какъ мы видѣли, вовсе не санкціонируетъ права иностранныхъ дипломатическихъ агентовъ вѣнчать своихъ соотечественниковъ.

властями. Если женихъ иностранецъ, то оглашеніе въ Швейцаріи совершается не иначе, какъ по представленіи декларації иностранныхъ властей, что бракъ будетъ признанъ со всѣми его законными послѣдствіями [1]). Гражданскій обрядъ долженъ непремѣнно предшествовать церковному вѣнчанію (Art 40 закона 1874 года [2]). Въ 1896 году федеральный совѣтъ указалъ русской миссіи, что русскіе подданные не могутъ вѣнчаться въ русской церкви въ Женевѣ, до совершенія ими гражданскаго обряда (Journal 1898, p. 221 [3]).

Въ силу 37 ст. закона 24 Декабря 1874 года бракъ совершается въ округѣ домицилія одного изъ супруговъ; но чиновникъ гражданскаго состоянія этого округа можетъ разрѣшить совершеніе брака и въ другомъ мѣстѣ швейцарской территоріи. По мнѣнію Мартэна [4]), изъ 37 ст. слѣдуетъ, что два иностранца не могутъ сочетаться бракомъ въ Швейцаріи, если домицилированы за границей.

Швейцарскій Федеральный Совѣтъ склоненъ не признавать дипломатическихъ и консульскихъ браковъ иностранцевъ въ Швейцаріи. Такъ, онъ напомнилъ въ 1892 году Франціи, что браки французовъ, заключаемые въ Швейцаріи у французскихъ консуловъ, ничтожны въ глазахъ швейцарскаго закона [5]). На непослѣдовательности Федеральнаго Совѣта излишне настаивать [6]).

[1]) Art 29 et 31 de la loi du 24 Déc. 1874 (Bar. Guillaume, p. 494).

[2]) Art 40: „Une cérémonie religieuse ne peut avoir lieu qu'après la célébration légale du mariage par le fonctionnaire civil, et sur la présentation du certificat de mariage".,

[3]) Muheim, Principien, p. 192—193, полагаетъ, что иностранцы, въ виду 31 и 37 ст. зак. 1874 года, не могутъ вовсе заключать браковъ въ Швейцаріи, если ихъ отечество знаетъ одну церковную форму вѣнчанія и, слѣдовательно, не выдаетъ вышеупомянутой декларації

[4]) Martin, Journal 1897, p 740.

[5]) Journal 1893 p. 664.

[6]) См. критику Roguin, l c. § 41, который изъ компетенціи швейцарскихъ консуловъ за границей выводитъ компетенцію иностранныхъ консуловъ въ Швейцаріи; Martin, наоборотъ, одобряетъ практику Союзнаго Совѣта, основанную на строгомъ смыслѣ закона (Journal 1897 pp. 741—742).

§ 11. Австрія.

А. Браки австрійцевъ за границей.

1. Оглашенія.

Уже Императорскій Патентъ 16 Сентября 1875 года освобождаетъ австрійцевъ, брачущихся за границей, отъ совершенія оглашеній въ Австріи; то же подтверждается циркуляромъ Министерства Внутреннихъ Дѣлъ 12 Марта 1878 года и рѣшеніемъ Высшаго суда отъ 26 Августа 1886 года [1]).

2 Заключеніе брака.

а) Въ формѣ мѣстнаго закона.

Австрійцы могутъ заключать за границей браки въ формѣ мѣстнаго закона [2]), хотя бы эта послѣдняя носила исключительно гражданскій характеръ (Указъ Министерства Внутреннихъ Дѣлъ 12 Марта 1878 года) [3]). Рѣшеніе Высшаго суда отъ 6 Ноября 1894 [4]) признало дѣйствительность брака, заключеннаго во Франціи австрійцемъ и француженкой передъ мэромъ.

б) Въ формѣ австрійскаго закона.

Правилу „locus regit actum“ приписывается въ австрійскомъ правѣ однако только факультативное значеніе. Церковный бракъ австрійскихъ подданныхъ, заключенный въ странѣ, гдѣ обязательна гражданская форма, всетаки дѣйствителенъ въ Австріи [5]).

---

[1]) Jettel, Handbuch des internationalen Privat- und Strafrechtes 1893, p. 39.

[2]) Императорскій Патентъ 16 Сентября 1785; Указъ Министерства Культовъ 22 Іюля 1852 года; рѣшеніе Высшаго суда 6 Марта 1878. (Jettel Handbuch 1, p. 40).

[3]) Jettel, p. 40.

[4]) Böhm's Zeitschrift, p. 71.

[5]) Jettel, p. 41. Высшій судъ 20 Ноября 1894 года призналъ дѣйствительность брака двухъ австрійцевъ, заключеннаго въ Румыніи въ одной церковной формѣ (Böhm's Zeitschrift 1895 года, p. 192).

Австро-венгерскіе консула не имѣютъ права вѣнчать своихъ соотечественниковъ, даже въ тѣхъ странахъ, гдѣ дѣйствуютъ капитуляціи. Циркуляръ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 3 Марта 1875 года напоминаетъ консуламъ на Востокѣ, что они компетентны лишь для выдачи своимъ соотечественникамъ разрѣшенія на вступленіе въ бракъ, и что территоріальныя власти не могутъ имъ делегировать права совершать самое вѣнчаніе [1]). За то, по свидѣтельству Іеттеля, въ Австріи пользуются признаніемъ браки, заключенные священникомъ въ зданіи австрійскаго посольства или миссіи, съ соблюденіемъ формъ австрійскаго закона. На практикѣ заключались до сихъ поръ такимъ путемъ только браки самихъ служащихъ въ миссіи или же членовъ семьи ея начальника. Но Іеттель распространяетъ эту льготу на всѣ вообще браки, когда обѣ стороны австрійцы; онъ опирается при этомъ на фикцію экстерриторіальности, по которой зданіе посла собственно находится на австрійской (или венгерской) территоріи. Оппозицію мѣстнаго закона, требующаго соблюденія гражданской формы, австрійскій писатель устраняетъ тѣмъ соображеніемъ, что бракосочетаніе совершаетъ австрійскій священникъ, не подчиненный территоріальнымъ законамъ [2]).

Б. Браки иностранцевъ въ Австріи.

1. Оглашенія.

Иностранцы, брачущіеся въ Австріи, освобождаются отъ совершенія оглашеній на родинѣ, если прожили 6 недѣль въ мѣстѣ заключенія брака [3]).

Оглашенія въ Австріи совершаются, въ случаѣ церковнаго брака, священниками обоихъ брачущихся; въ случаѣ гражданскаго брака — гражданскими властями [4]).

---

[1]) Jettel, p. 41.
[2]) Jettel, p. 42.
[3]) Jettel, l. c., p 39.
[4]) Baron Guillaume, p. 379.

2. Заключеніе брака.

a) Въ формѣ австрійскаго закона.

Австрійскій бракъ носилъ уже по кодексу 1811 года полу-религіозный, полу-гражданскій характеръ. Законъ 1856 года устранилъ было всякое вмѣшательство свѣтскихъ властей, но законы 25 Мая 1868 года и 9 Апрѣля 1870 года ввели вновь гражданскую форму. Гражданскій бракъ обязателенъ однако лишь тогда, когда ни одинъ изъ брачущихся не принадлежитъ къ признанному въ Австріи вѣроисповѣданію. Въ другихъ случаяхъ гражданскій бракъ даже не факультативенъ, а имѣетъ только субсидіарное значеніе: браки заключаются передъ священникомъ церкви, къ которой принадлежитъ одинъ изъ брачущихся; если же этотъ священникъ отказывается приступить къ оглашеніямъ или вѣнчанію безъ законнаго повода, брачущіеся могутъ обратиться къ гражданскимъ властямъ [1]). Эти правила касаются, конечно, и иностранцевъ.

b) Дипломатическіе браки.

Что же касается права иностранныхъ консуловъ вѣнчать своихъ соотечественниковъ, то оно основано, по выраженію Іеттеля, на „молчаливой терпимости“ (stillschweigende Duldung) австрійскаго правительства. Терпимость эта обусловлена: 1) компетентностью консуловъ по ихъ національнымъ законамъ; 2) принадлежностью обоихъ брачущихся къ націи консула; 3) отсутствіемъ малѣйшаго акта юрисдикціи, почему напр. не допускается вывѣшиваніе оглашеній на наружной стѣнѣ зданія консульства. Эта „терпимость“ не создаетъ формальнаго права иностранныхъ государствъ на совершеніе консульскихъ браковъ, дѣйствительность которыхъ къ тому же всегда зависитъ отъ приговора судовъ.

Браки, совершаемые въ церквахъ посольствъ и миссій при австрійскомъ правительствѣ, признаются дѣйствительными,

---

[1]) Baron Guillaume, pp. 378—381.

однако при условіи, что ни одинъ изъ брачущихся не австріецъ [1]). Высшій судъ призналъ ничтожность брака, совершеннаго въ англійской посольской церкви въ Вѣнѣ между австрійцемъ и англичанкой; судъ отвергнулъ при этомъ фикцію экстерриторіальности [2]).

§ 12. Венгрія.

А. Браки венгерцевъ за границей.

Бракамъ венгерцевъ за границей должны предшествовать оглашенія въ Венгріи (ст. 113 новаго закона о гражданскомъ бракѣ 1894 года) [3]). Самая форма брака обсуждается по lex loci (ст. 113). — Законъ 1894 года о регистрахъ гражданскаго состоянія требуетъ, чтобы всѣ заграничные браки венгерцевъ заносились въ венгерскіе регистры (ст. 77 — 78). Тотъ же законъ (ст. 79) гласитъ, что австро-венгерскіе дипломатическіе агенты могутъ быть уполномочены своимъ правительствомъ на совершеніе обязанностей officier de l'état civil по отношенію къ венгерцамъ, стало-быть и на совершеніе ихъ браковъ.

В. Браки иностранцевъ въ Венгріи.

Бракамъ иностранцевъ въ Венгріи предшествуютъ оглашенія въ одной венгерской формѣ. Самое же вѣнчаніе обязательно происходитъ по гражданскому обряду, введенному закономъ 1894 года. 113 статья закона 1894 года, санкціонирующая правило „locus regit actum“ для браковъ, придаетъ ему универсальное значеніе.

§ 13. Германія.

А. Браки германцевъ за границей.

Германское законодательство регулируетъ браки нѣмцевъ за границей только въ тѣхъ случаяхъ, когда они заклю-

[1]) Jettel, l. c., p. 43.

[2]) Высшій судъ 17 Августа 1880 г. (Journal 1881, p. 171).

[3]) См. E. Lehr въ Journal 1895, pp. 751 — 760.

чаются передъ дипломатическими или консульскими агентами. (Законъ 4 Мая 1870 года, подтвержденный § 85 закона о бракѣ 6 Февраля 1875 года) [1]). Полномочія этихъ агентовъ должны быть основаны на спеціальномъ разрѣшеніи Имперскаго Канцлера (§ 1 закона 4 Мая) [2]).

Законъ 4 Мая (Art 10) распространяетъ свое дѣйствіе и на тѣ случаи, когда только одинъ изъ брачущихся германскій подданный. Однако, если обратиться къ договорамъ, то окажется, что Германія почти всегда отказывается отъ этого принципа. Трактаты съ Сербіей 6 Января 1883 года (Art 10) [3]) и съ Южно-Африканской республикой 22 Января 1885 года (Art 16) [4]) стипулируютъ компетенцію германскихъ консуловъ вѣнчать однихъ нѣмцевъ. Консульскія конвенціи съ Италіей 4 Мая 1891 года (Art 1) [5]) такимъ же образомъ ограничиваетъ полномочія агентовъ договаривающихся сторонъ. Договоръ съ Парагваемъ (21 Іюля 1887 года (Art 3) [6]) правозглашаетъ некомпетентность консуловъ, если хоть одинъ изъ брачущихся подданный страны, въ которой они функціонируютъ. Трактатъ же съ Бразиліей 10 Января 1882 года (Art 14) [7]) находитъ даже само собою разумѣющимся (selbstverständlich), что консула договаривающихся сторонъ не могутъ совершать браковъ, когда одинъ изъ будущихъ супруговъ подданный мѣстнаго или даже третьяго государства. Только договоры съ Коста-Рикой

---

[1]) Baron Guillaume, p. 372, Niemeyer, Positives Int. Privatrecht I, § 101.

[2]) Это разрѣшеніе совершать гражданскіе браки выдано германскимъ консуламъ въ Аргентиніи, Боливіи, Бразиліи, Китаѣ, Колумбіи, Доминиканской республикѣ, Греціи, Японіи, Италіи, Кореѣ, Марокко, Парагваѣ, Персіи, Перу, Португаліи, Мадейрѣ, Румыніи, Самоа, Испаніи, Сербіи, Сіамѣ, Кубѣ, Филиппинахъ, Южно-Африканской республикѣ, Турціи, Египтѣ, Тунисѣ и Занзибарѣ (Niemeyer, l. c. § 102).

[3]) Niemeyer, § 75.

[4]) Niemeyer, § 78.

[5]) Niemeyer, § 62.

[6]) Niemeyer, § 66.

[7]) Niemeyer, § 51.

(18 Мая 1875 года, Art 9)[1]) и Сальвадоромъ (13 Іюня 1870 года, Art 8)[2]) не содержатъ такой оговорки [3]).

Вступленіе въ бракъ передъ дипломатическими или консульскими агентами, конечно, не обязательно, и нѣмцы могутъ вступать въ бракъ и въ формахъ lex loci. Такъ рѣшилъ напр. Имперскій судъ 26 Февраля 1891 года [4]), признавъ дѣйствительнымъ бракъ двухъ германскихъ protégés Kempner, заключенный передъ протестантскимъ священникомъ въ Іерусалимѣ, какъ допускаемый по lex loci (турецкому закону). Съ другой стороны, нѣмцы могутъ соблюсти національную форму вѣнчанія и безъ обращенія къ консуламъ. Имперскій судъ призналъ дѣйствительнымъ бракъ нѣмца-протестанта съ нѣмкой-католичкой, заключенный въ Буэносъ-Айресѣ передъ однимъ пасторомъ, хотя аргентинскій законъ требуетъ вѣнца у католическаго священника [5]).

Новый гражданскій кодексъ не опредѣляетъ формы браковъ, совершенныхъ внѣ Германіи. Но Art 11 Einf. Ges. z. B. Gesetzb. признаетъ факультативную силу правила „locus regit actum“ для всѣхъ вообще юридическихъ сдѣлокъ. Заграничные браки нѣмцевъ и иностранцевъ дѣйствительны, поэтому, въ глазахъ германскаго закона, если они заключены или въ формѣ lex loci, или же въ формѣ національныхъ законовъ обоихъ брачущихся [6]). Законъ о консульскихъ бракахъ 4 Мая 1870 года остался въ силѣ (Art 40 Einf. Ges. z. B. G. B.) [7]).

---

[1]) Niemeyer, § 53.

[2]) Niemeyer, § 71.

[3]) По свидѣтельству Niemeyer (§ 102) браки, заключаемые германскими консулами, признаются de facto въ странахъ, гдѣ господствуютъ капитуляціи, а также въ Боливіи, Греціи, Португаліи и Испаніи.

[4]) Journal 1892, p. 240.

[5]) Reichsgericht 27 Januar 1887 (Journal 1889, p. 308).

[6]) Art 11: Die Form eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältniss massgebend sind Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

[7]) Ср. Barazelti, l. c., p. 59—60 и Keidel въ Journal 1899, pp. 39—42.

B. Браки иностранцевъ въ Германіи.

1. Оглашенія.

Оглашенія браковъ иностранцевъ, заключаемыхъ въ Германіи, должны быть сдѣланы какъ въ этой странѣ, такъ и на родинѣ брачущихся; оглашеніе на родинѣ состоитъ въ печатаніи объявленія въ мѣстной газетѣ. Бракъ возможенъ только по истеченіи двухъ недѣль со дня появленія номера, содержащаго это объявленіе. Можно, впрочемъ, обойтись и безъ печатанія оглашенія на родинѣ, если представить отъ отечественныхъ властей свидѣтельство объ отсутствіи препятствій къ браку (Art 47 закона 6 Февраля 1875 года [1]).

2. Форма заключенія брака.

Уже законъ 6 Февраля 1875 года постановлялъ, что ни одинъ бракъ, заключенный на германской территоріи, не дѣйствителенъ, если онъ не совершенъ въ гражданской формѣ. Всякое духовное лицо, сочетавшее двухъ брачущихся въ церковной формѣ до совершенія гражданскаго брака, подлежитъ штрафу въ 300 марокъ или тюремному заключенію до 3 мѣсяцевъ (ст. 41 и 68 зак. 6 Февраля 1875 года; ст. 337 угол. кодекса [2]).

Новый гражданскій кодексъ (Art 13, Abs. 3) прямо подчиняетъ форму брака, заключаемаго въ Германіи, исключительно германскимъ законамъ [3]). Эта форма, очевидно, гражданская, такъ какъ законъ 6 Февраля 1875 года остался въ силѣ [4]).

Мы уже видѣли, что новый кодексъ не отмѣняетъ партикулярныхъ нормъ германскихъ государствъ, подчиняющихъ браки иностранцевъ особому разрѣшенію. Отмѣтимъ много-

[1]) Bar. Guillaume, p. 375.

[2]) Bar. Guillaume, p. 369.

[3]) Die Form einer Ehe, die im Inlande geschlossen wird, bestimmt sich ausschliesslich nach den deutschen Gesetzen.

[4]) Niemeyer, Vorschläge, p 193.

численныя рѣшенія баварскаго министерства внутреннихъ дѣлъ, по которымъ разрѣшеніе на бракъ выдается лишь по представленіи женихомъ цертификата въ томъ, что его отечество признаетъ бракъ, совершенный въ гражданской формѣ (для русскихъ и грековъ это требованіе установлено 13 Апрѣля 1890 года) [1]).

Изъ Art 13 Einf. Gesetz слѣдуетъ, что дипломатическіе и консульскіе браки иностранцевъ въ Германіи не допускаются [2]). Мы видѣли, однако, отступленія отъ этого принципа въ договорахъ Германіи съ Италіей, Парагваемъ, Бразиліею, С. Сальвадоромъ и Коста-Рикой.

§ 14. Швеція.

А. Браки иностранцевъ въ Швеціи [3]).

1. Оглашенія.

По гражданскому уложенію 1734 года оглашенія брака, который долженъ быть заключенъ въ Швеціи, совершаются въ общинѣ невѣсты лютеранскимъ пасторомъ. Тотъ же пасторъ совершаетъ оглашенія даже въ случаяхъ гражданскаго брака, допущенныхъ закономъ 1863 года

Если иностранецъ женится въ Швеціи на шведкѣ, то оглашенія, конечно, обязательны. Если иностранецъ вступаетъ въ бракъ съ иностранкой, то оглашенія (въ лютеранской церкви прихода невѣсты) обусловлены продолжительностью ея домициля въ Швеціи: если невѣста только недавно поселилась въ странѣ, она должна лишь представить свидѣтельство о совершеніи оглашеній на родинѣ.

Пасторъ приступаетъ къ оглашеніямъ не иначе, какъ по представленіи брачущимися цертификата объ отсутствіи препятствій къ браку по шведскому закону. Для иностранцевъ,

---

[1]) Keidel, Journal 1896, pp. 981 — 990.

[2]) Keidel, Journal 1899, p. 39.

[3]) D'Olivecrona: „Du mariage des étrangers en Suède et des Suédois à l'étranger" (Journal 1883, pp. 343 — 356).

не могущихъ добыть такого свидѣтельства, ордонансъ 12 Декабря 1798 года установляетъ слѣдующій порядокъ: оглашенія печатаются въ оффиціальномъ журналѣ, и если въ теченіе года не поступаетъ никакихъ протестовъ, повторяются пасторомъ. Но эта процедура обусловлена, по крайней мѣрѣ, двухлѣтнимъ домицилемъ одного изъ брачущихся въ Швеціи. Нужно замѣтить, что отсутствіе оглашеній не дѣлаетъ брака ничтожнымъ [1]).

2. Заключеніе брака.

Шведскій законодатель никогда не считалъ брака таинствомъ: онъ поручилъ органамъ лютеранской церкви только свидѣтельствованіе договоровъ о вступленіи въ бракъ. Гражданскій бракъ введенъ въ 1863 году для лицъ разныхъ вѣроисповѣданій. Иностранцы, брачущіеся въ Швеціи, подчинены общимъ правиламъ [2]).

B. Браки шведовъ за границей.

1. Оглашенія.

Бракъ, совершенный шведами за границей безъ предварительныхъ оглашеній, всетаки дѣйствителенъ въ Швеціи. Это явствуетъ изъ декрета шведскаго „Совѣта Правительства“ (Conseil de Régence) 20 Ноября 1874 года, коимъ признанъ дѣйствительнымъ бракъ супруговъ Hallgren, заключенный въ Даніи безъ предварительныхъ оглашеній въ Швеціи [3]).

2. Заключеніе брака.

Гражданскій кодексъ 1734 года не высказался относительно формальныхъ условій дѣйствительности брака шведовъ, заключеннаго за границей. Но мы имѣемъ свидѣтельство такого извѣстнаго шведскаго юриста, какъ Д'Оливекрона, по

[1]) См. Journal 1875, pp. 240 — 244
[2]) Bar. Guillaume, p. 486.
[3]) Journal 1875, pp 240 — 244.

которому правило locus regit actum пользуется въ Швеціи безспорнымъ авторитетомъ. Этотъ взглядъ подтверждается циркуляромъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 1 Іюня 1887 года, изъ котораго слѣдуетъ, что шведскіе консула не могутъ вѣнчать своихъ соотечественниковъ [1]).

§ 15. Данія.

А. Браки иностранцевъ въ Даніи.

Бракъ совершается въ Даніи въ томъ приходѣ, въ которомъ невѣста имѣетъ свой домицилъ. Датчане могутъ получать разрѣшеніе вѣнчаться и въ другомъ мѣстѣ (посредствомъ такъ называемаго „Trauungsbriefe"), но эта льгота сдѣлана недоступной для иностранцевъ, дабы лишить ихъ возможности обходить національные законы [2]).

Гражданскій бракъ введенъ въ Даніи въ 1851 году, но имѣетъ факультативный характеръ [3]).

В. Браки датчанъ за границей.

Датское законодательство регулируетъ только браки, заключенные передъ датскими консулами. (Законъ 19 Февраля 1892 года [4]).

Компетенція датскихъ консуловъ не абсолютна, а должна быть основана на особомъ разрѣшеніи Министерства Иностранныхъ Дѣлъ. Разрѣшеніе это даетъ консуламъ право совершать всѣ браки, заключаемые въ странѣ ихъ пребыванія, если хоть одинъ изъ брачущихся датскій подданный (§ 1 закона 19 Февраля 1892 года). Консулъ обязанъ предупредить брачущихся, что Данія не гарантируетъ признанія дѣйствительности заключаемаго ими союза внѣ сферы дѣйствія датскаго права. Бракъ совершается черезъ 14 дней

[1]) Bar. Guillaume, p. 487.
[2]) Böhm's Zeitschrift I, pp. 539 — 543.
[3]) Bar. Guillaume, p. 391.
[4]) Böhm's Zeitschrift, Band II, pp. 414 — 415.

послѣ оглашенія; оглашеніе, впрочемъ, необязательно, если консулъ вполнѣ удостовѣрился въ бракоспособности сторонъ (§ 2). При совершеніи брака присутствуетъ, по крайней мѣрѣ, два свидѣтеля (§ 3). Консулъ выдаетъ сторонамъ цертификатъ о заключенномъ ими бракѣ и доноситъ о немъ немедленно Министерству Иностранныхъ Дѣлъ (§ 4).

§ 16. Англія.

А. Браки великобританскихъ подданныхъ за границей.

1. Въ формѣ мѣстнаго закона.

Правило locus regit actum пользуется въ Англіи безусловнымъ признаніемъ. Англійскіе суды всегда признавали дѣйствительность браковъ, заключенныхъ англичанами въ формѣ мѣстнаго закона, даже тогда, когда стороны имѣли въ виду обойти англійскіе законы о согласіи родителей или оглашеніяхъ [1]). Достаточно напомнить о знаменитыхъ Гретна-Гринскихъ бракахъ: когда, послѣ изданія Lord Hardwicke's, Art 1753 года тайные браки стали невозможными въ Англіи, многочисленныя парочки стали направляться въ пограничныя шотландскія мѣстечки, гдѣ и вступали въ бракъ безъ вѣдома или вопреки волѣ своихъ родителей. Lord Brougham's Act 29 Іюля 1856 года (St. 19 and 20 Vict c. 96) только нѣсколько затруднилъ заключеніе такихъ браковъ, обусловивъ ихъ дѣйствительность предварительнымъ 21 дневнымъ домицилемъ брачущихся въ Шотландіи [2]).

---

[1]) Dicey, Conflict of Lawes 1896, pp. 629—630, который ссылается на слѣдующія рѣшенія. Dalrymple v. Dalrymple 1811; Scrimshire v. Scrimshire 1752; Swift v. Kelley 1835; Simonin v. Mallac 1860. Напомнимъ, что согласіе родственниковъ на бракъ относится англійскими судами къ формальностямъ.

[2]) Friedberg, Das Recht der Eheschliessung, pp. 424—428; Beach-Lawrence Commentaire Ed 1873, p 277. См. также рѣшеніе High Court of Justice 19 Febr. 1878 (Lawford v Dawies) признавшее ничтожнымъ бракъ двухъ англичанъ, заключенный въ Эдинбургѣ передъ registrar до истеченія 21 дневнаго срока (Journal 1879, p. 287).

Самый новѣйшій комментаторъ англійской судебной практики въ области международнаго частнаго права, знаменитый Дайси, утверждаетъ, что и въ настоящее время англійскіе суды относятъ согласіе восходящихъ родственниковъ къ формальнымъ условіямъ дѣйствительности брака [1]).

2. Въ формѣ англійскаго закона.

Исключенія изъ правила locus regit actum, допускаемыя англійскимъ правомъ для браковъ англичанъ за границей, могутъ быть сведены къ слѣдующимъ группамъ [2]).

1. Бракъ между британскими подданными долженъ быть совершенъ въ формахъ англійскаго Common Law, если имѣется юридическая или нравственная невозможность прибѣгнуть къ мѣстной формѣ. Сюда относятся, напр. браки въ мухаммеданскихъ или языческихъ странахъ, признающихъ полигамію [3]). Мы видѣли, что англійское право признаетъ одни моногамическіе браки. Такъ, еще недавно Верховный судъ призналъ дѣйствительность брака англичанина и японки, совершеннаго въ Японіи въ мѣстной формѣ, лишь потому, что японскій бракъ „христіанскій“ въ англійскомъ пониманіи слова, т. е. моногамическій; и тутъ же прибавилъ, что, бракъ, заключенный въ языческой странѣ, допускающей полигамію, по мѣстнымъ обрядамъ, былъ бы признанъ ничтожнымъ [4]). Такимъ образомъ, несоотвѣтствіе территоріальной концепціи брака англійскому представленію объ этомъ институтѣ дѣлаетъ самую форму lex loci недоступной для британскихъ подданныхъ, хотя бы даже они хотѣли ею воспользоваться для заключенія моногомическаго брака [5]).

[1]) Dicey, Conflict, p 629. Съ Дайси расходится Westlake, Priv. Int. Law. 1890, § 25, который относитъ согласіе восходящихъ къ внутреннимъ условіямъ, однако лишь въ томъ случаѣ, если отсутствіе этого согласія влечетъ за собою ничтожность брака по lex domicilii.

[2]) Dicey, Conflict. Chap., XXVI.

[3]) Dicey, l c., p. 634.

[4]) High Court, Probate Division, 8 Febr. 1890 (Journal 1890, pp. 713—716).

[5]) Ср. Westlake, l. c., § 34.

Common Law примѣнимо также къ бракамъ, заключаемымъ британскими подданными въ совершенно дикихъ странахъ (strictly barbarous countries [1]). Къ нему же приходится обращаться въ тѣхъ странахъ съ исключительно церковной формой вѣнчанія, которыя не регулируютъ браковъ того или другого вѣроисповѣданія [2]). Не слѣдуетъ однако смѣшивать трудность заключенія брака въ мѣстной формѣ съ невозможностью: стороны не освобождены напр. отъ соблюденія формъ мѣстнаго закона только потому, что онѣ становятся имъ доступными лишь послѣ шестимѣсячнаго пребыванія въ странѣ [3]).

2. Второе исключеніе изъ правила „locus regit actum" основано на экстерриторіальности вступающихъ въ бракъ британскихъ подданныхъ. Экстерриторіальность же эта признается англійскимъ правомъ въ слѣдующихъ случаяхъ.

а) Если бракъ заключается „at ambassador's", т. е. въ британскомъ посольствѣ передъ священникомъ англійской церкви (4 Geo 4 c., 91, 1823 года [4]). Статутъ 1823 года не высказывается, должны ли оба брачущіеся быть британскими подданными. Но въ дѣлѣ Lloyd v. Petitjean (1839) англійскій судъ рѣшилъ, что для дѣйствительности брака достаточно

[1]) Reg. v. Millis 1844: Culling v. Culling 1896, у Dicey, l c., p. 724 при такихъ бракахъ даже не требуется присутствія „minister in orders".

[2]) Westlake, § 26 См. также дѣло Trafford v. Blanc, по которому Koenig далъ консультацію (Journal 1885, p. 275). Trafford, какъ протестантъ, не могъ (въ 1821 году) жениться въ Римѣ или Неаполѣ на католичкѣ передъ католическимъ священникомъ. Ему оставалось только заключить бракъ per nudum consensum.—Въ дѣлѣ Lautour v. Teesdale (1816) признанъ дѣйствительнымъ бракъ британскихъ подданныхъ, заключенный въ Мадрасѣ по Common Law, а не по законамъ туземцевъ (Story, Commentaries Ed. 1865. § 120).—Въ дѣлѣ Ruding v. Smith 1821 невозможность воспользоваться формами lex loci (Капской колоніи) происходила отъ того, что англичане только что оккупировали страну, и голландская капитуляція выговорила сохраненіе голландскаго права для однихъ голландцевъ (Foote, A concease treaty, p. 51).

[3]) Kent v. Burgess, 1840 (Dicey, l. c., p. 735).

[4]) Westlake, l. c, § 27; Dicey, l. c, p 631.

британскаго подданства одного изъ брачущихся: мало того, въ данномъ случаѣ британской національности была невѣста, а женихъ подданный страны, гдѣ происходило вѣнчаніе (Франціи). Имѣется также рѣшеніе (Este v. Smith 1854), по которому дѣйствительность брака, заключеннаго въ церкви британскаго посольства, объявляется совершенно независимой отъ воззрѣній территоріальнаго законодательства [1]).

b) Если бракъ заключается въ домѣ британскаго подданнаго, живущаго въ этой факторіи (4 Geo 4 c. 91. 1823 года). Статутъ, изданный послѣ того, какъ русское правительство упразднило британскую факторію въ С.-Петербургѣ (что случилось 20 Іюня 1807 года) уполномочиваетъ каплана англійской компаніи въ Россіи и всякаго замѣняющаго его священника вѣнчать и впредь всѣхъ британскихъ подданныхъ, какъ между собою, такъ и съ иностранцами, и притомъ безразлично въ церкви упомянутой компаніи или въ другомъ мѣстѣ (4 Geo. 4 c. 67) [2]). Нельзя не отмѣтить страннаго характера этого статута: если во время существованія С.-Петербургской факторіи можно было еще говорить объ экстерриторіальности англійскихъ подданныхъ въ ней живущихъ, то съ упраздненіемъ ея эта фикція потеряла всякое основаніе. Между тѣмъ, статутъ даетъ священникамъ компаніи право вѣнчать англичанъ гдѣ бы то ни было, и даже подчеркиваетъ, что русское правительственное распоряженіе никоимъ образомъ не умалило ихъ компетенціи.

---

[1]) Westlake, § 30. Бракъ былъ заключенъ двумя англичанами въ церкви Британскаго посольства въ Парижѣ.

[2]) Westlake, § 31. Приводимъ этотъ любопытный актъ: ... „That all marriages (both or one of the parties thereto being subjects or a subject of this realm) that have since the said 20 th Iune 1807 been solemnized, or that shall hereafter be solemnized at St. Petersburg by the chaplain to the said Russia company, or by the minister of the Church of England officiating instead of such chaplain, in the chapel of the said Russia company or in any other place, before witnesses, shall be as good and valid in law, and so deemed in the United Ringdom of Great Britain and Ireland and in the dominions thereunto belonging, as if the same had been solemnized before the abolition of the said factory".

c) Если бракъ совершенъ на британскомъ суднѣ согласно Common law. Это правило дѣйствуетъ для торговыхъ судовъ только во время плаванія въ открытомъ морѣ, а для военныхъ даже во время стоянокъ въ гаваняхъ [1]). При этомъ нужно замѣтить, что самъ капитанъ судна не имѣетъ права совершать бракосочетаніе [2]) подъ страхомъ ничтожности.

Во всѣхъ разсмотрѣнныхъ трехъ случаяхъ бракъ совершается въ формахъ англійскаго Common Law, хотя бы брачущіеся были шотландцы или ирландцы [3]); поэтому шотландцы не могутъ, напр., обвѣнчаться на британскомъ суднѣ per verba de praesenti.

Общимъ элементомъ разобранныхъ случаевъ является также совершеніе брака священникомъ.

3. Третья группа отступленій отъ правила locus regit actum основана на полномочіяхъ, данныхъ нѣкоторымъ великобританскимъ агентамъ въ Foreign Marriage Act 1892. По этому Акту, браки могутъ быть заключаемы:

a) Британскимъ посломъ или передъ нимъ (by or before) въ его оффиціальномъ мѣстопребываніи (official residence).

b) Британскимъ консуломъ въ его „official residence [4]).

c) Командиромъ или передъ командиромъ судна Ея Величества во время стоянки въ иностранномъ государствѣ (on a foreign station) [5]).

---

[1]) Dicey, p. 633. который цитируетъ Regina v. Millis 1844.

[2]) Dicey, p. 646.

[3]) Dicey, l. c., p. 643. Это слѣдуетъ изъ статутовъ 38 and 29 Vict. c. 63 § 3, 4 Geo. 4 c. 91. 12 and 13 vict. c. 68 § 20.

[4]) Dicey, p. 626; консульскіе браки введены уже For. Marr. Act 1849 (12 a. 13 Vict. c. 68). Для браковъ самихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ не существуетъ никакихъ особыхъ привилегій. Такъ Curt of Chancellery 4 Dec. 1874 признала ничтожнымъ бракъ англійскаго вице-консула Ongley, заключенный въ Персіи съ армянкой по католическому обряду, безъ соблюденія For. M. Act 1849, тогда какъ lex loci требовала соблюденія армянской формы (Journal 1885, pp. 27—30).

[5]) Заключеніе браковъ передъ командиромъ британскаго судна допускается уже въ Ships Act 1879 (42 and 43 Vict. c. 29), подъ условіемъ, что оба брачущіеся британскіе подданные; форма—любая религіозная, или даже per verba de praesenti (Westlake, § 29).

d) Губернаторомъ, Верховнымъ коммиссаромъ, консульскимъ резидентомъ и другими чиновниками. или передъ ними въ ихъ official residence [1]).

c) Капланомъ, офицеромъ и вообще всякимъ лицомъ, дѣйствующимъ подъ начальствомъ командующаго Британской арміи во время похода [2]) (within the British lines).

Въ первыхъ четырехъ случаяхъ (a, b. c, d) только одинъ изъ брачущихся долженъ быть британскимъ подданнымъ. Компетенція же уполномоченныхъ главнокомандующимъ британской арміей (e) распространяется даже на заключеніе браковъ между иностранцами [3]).

Форма, въ которой заключается бракъ по „Foreign Marriage Act“, опредѣляется обыкновенно спеціальными регламентами (marriage regulations), издаваемыми въ видѣ кабинетныхъ указовъ (orders in council). Самъ For. Mar. Act содержитъ любопытное указаніе на значеніе этихъ регламентовъ: ими ограничиваются полномочія „marriage officer“ „въ тѣхъ случаяхъ, когда упражненіе этихъ полномочій кажется Ея Величеству несовмѣстимымъ съ международнымъ правомъ или Comity“. Даже самъ „marriage officer“ можетъ отказаться заключить бракъ, противный, по его мнѣнію, международному праву; такой его отказъ можетъ быть обжалованъ у статсъ-секретаря [4]).

Эти постановленія составляютъ, конечно, нѣкоторыя уступки духу времени. До изданія For. Mar. Act 1892 г. суды постоянно подчеркивали безразличность lex loci, разъ бракъ заключался на основаніи Актовъ 1823 или 1849 годовъ. Съ другой стороны Foreign office считалъ естественнымъ подобное же отношеніе мѣстныхъ властей; циркуляромъ 28 Февраля 1867 года предписано британскимъ дипломатическимъ представителямъ обращать вниманіе сторонъ, заключающихъ въ

[1]) Браки sub d) могутъ быть совершены и въ Британскихъ владѣніяхъ.

[2]) Dicey, p. 635; браки во время похода регулированы уже въ 4Geo 4 c. 91, 1823 года.

[3]) Dicey, p. 635.

[4]) Dicey, l. c., p. 637.

посольствахъ смѣшанные браки на то, что такіе браки рискуютъ быть признаваемы въ одной Великобританіи [1]).

For. Marr. Act гласитъ, что онъ не касается браковъ членовъ королевской семьи, и что онъ никоимъ образомъ не вліяетъ на дѣйствительность или ничтожность браковъ, заключенныхъ за границей въ формахъ, не предусмотрѣнныхъ этимъ актомъ. Другими словами, по прежнему, считаются дѣйствительными браки, заключенные въ формѣ lex loci или же, въ указанныхъ выше случаяхъ, согласно Common Law [2]).

Мы видѣли, что условіемъ примѣненія формъ Common Law или Marriage Act является почти во всѣхъ случаяхъ британская національность одного изъ брачущихся. Принимая во вниманіе англійскую теорію, опредѣляющую личныя права по мѣстожительству, слѣдовало бы скорѣе ожидать требованія британскаго домициля, по крайней мѣрѣ, отъ одного изъ супруговъ. И дѣйствительно, мы находимъ рѣшеніе High Court отъ 19 Января 1891 [3]), по которому домицилированный въ Англіи иностранецъ можетъ вступить въ бракъ съ другимъ иностранцемъ передъ британскимъ консуломъ. Однако, это рѣшеніе явно нарушило текстъ дѣйствовавшаго тогда For. Marr. Act 1849; этотъ актъ, какъ и замѣнившій его законъ 1892 года исходитъ изъ принципа національности.

В. Браки иностранцевъ въ Великобританіи.

1. Въ Англіи.

Англійская реформація внесла мало измѣненій въ католическое брачное право. Англиканская церковь никогда не утверждала абсолютной необходимости оглашеній или церковнаго вѣнчанія, признавая и sponsalia de praesenti за вполнѣ

---

[1]) William Beach-Lawrence, Ed. 1873, p 361.

[2]) Any marriage which would have been legally valid if the Act had non passed still remains valid, Dicey l. c., p. 638.

[3]) Journal 1891, p. 574, дѣло Trübner.

дѣйствительные браки. Законъ Кромвелля, введшій обязательный гражданскій бракъ передъ мировыми судьями, продержался только семь лѣтъ (1653—1660) и уступилъ прежнему порядку.—Злоупотребленія, явившіяся результатомъ этого порядка и сказавшіяся въ заключеніи массы тайныхъ браковъ противъ воли родителей и часто съ насиліемъ одного изъ брачущихся, заставили наконецъ англійскаго законодателя ввести обязательность церковнаго вѣнчанія. Онъ это сдѣлалъ посредствомъ знаменитаго Hardwicke's Act 1753 года, который опуталъ браки англійской молодежи сѣтью стѣснительныхъ формальностей и такимъ образомъ ударился въ противоположную крайность. Въ особенности слѣдуетъ отмѣтить варварское постановленіе, по которому отнынѣ браки католиковъ и вообще всѣхъ диссидентовъ (кромѣ евреевъ и квекэровъ) могли заключаться только по обряду англиканской церкви.

Окончательная реформа англійскаго брачнаго права проведена Marriage and Registration Act'ами 1836 года (St. 6 and 7 Will, IV c. 85). Браки лицъ англиканскаго вѣроисповѣданія совершаются священниками: a) въ церквахъ, b) капеллахъ, получившихъ лиценціи, и c) зарегистрованныхъ зданіяхъ, служащихъ для молитвы. Бракамъ, заключаемымъ безъ лиценціи, должны предшествовать оглашенія или заявленія гражданскому чиновнику (registrar). Браки диссидентовъ заключаются въ ихъ храмахъ, въ присутствіи registrar'a и двухъ свидѣтелей. Такимъ образомъ, въ Англіи въ настоящее время гражданская форма брака факультативно сосуществуетъ съ религіозной [1]).

Мы видѣли, сколь многочисленныя отступленія отъ правила „locus regit actum“ допускаетъ англійское право въ случаяхъ браковъ англичанъ за границей. Напрасно мы стали бы искать и тѣни взаимности для браковъ иностранцевъ въ Англіи. Въ 1833 г. (до изданія Marriage Act 1836 г.)

[1]) Мы заимствовали эти свѣдѣнія изъ классическаго сочиненія Emil Friedberg „Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwickelung“ 1865, стр. 309—437.

объявленъ ничтожнымъ бракъ католиковъ-ирландцевъ, заключенный въ Англіи передъ католическимъ священникомъ [1]) (in re Estate of Mc Longlin). Браки шотландцевъ, заключаемые въ Англіи передъ свидѣтелями per verba de praesenti, согласно шотландскому праву, — ничтожны [2]). Дипломатическіе и консульскіе браки иностранцевъ тоже не пользуются признаніемъ англійской юриспруденціи [3]). Можно только удивляться, что такой ученый, какъ Дайси, относится сочувственно къ этой теоріи: „Нѣтъ сомнѣнія“, говоритъ онъ, „что англійскіе суды не особенно то поторопятся признать дѣйствительность въ Англіи иностраннаго законодательства, походящаго на Foreign Marriage Act 1892 [4])“. Это политика „omnia capio-nihil do“.

2. Въ Шотландіи.

Въ Шотландіи и понынѣ дѣйствуетъ старинный принципъ римскаго и каноническаго права: „consensus facit nuptias“. Браки раздѣляются на правильные (regular) и неправильные (irregular). Первые заключаются передъ священникомъ, послѣ троекратнаго оглашенія въ церкви прихода, къ которому брачущіеся принадлежали въ теченіе послѣднихъ шести недѣль. Неправильные браки столь же дѣйствительны, какъ правильные, и подвергаютъ брачущихся только незначитель-

---

[1]) Dicey, Conflict, p. 646.

[2]) Macullock c. Macullock; Cullen c. Gussage (Dicey-stoquart II, p. 82).

[3]) Бракъ, заключенный въ церкви баварскаго посольства въ Лондонѣ между членомъ испанскаго посольства и не-баваркой, признанъ ничтожнымъ (Pertreis v. Tondear 1790, Dicey, Conflict, p. 632). Противъ этого трудно возражать. Но другимъ рѣшеніямъ признано такженичтожность брака, заключеннаго въ церкви французскаго посольства въ Лондонѣ между французомъ и англичанкой (Pertreis v. Tondear 1790; Dicey l. c., p. 646.—А изъ дѣла Schibsby v. Westenholz слѣдуетъ, что если американецъ женится на англичанкѣ передъ американскимъ консуломъ въ Лондонѣ, то и этому браку грозитъ ничтожность (Dicey–Stocquart II, p. 68).

[4]) There is no reason to doubt that Englich Courts would be very slow to admit the validity in England of foreign legislation, resembling the Foreign Marriage Act 1892“ Dicey, Conflict of Laws, p. 27.

ному штрафу. Къ нимъ относятся браки, заключаемые: a) передъ священниками безъ оглашеній; b) передъ мировыми судьями; c) посредствомъ простого согласія, безъ всякихъ формальностей; нужно замѣтить, что дѣйствительными считаются не только браки, заключаемые per verba de praesenti, но даже sponsalia de futuro cum copula subsequenti; d) даже простое сожительство двухъ лицъ равносильно браку, если они выдаютъ себя публично за супруговъ и считаются таковыми (marriage by habite and repute).

Это краткое изложеніе шотландскаго права достаточно объясняетъ, почему потокъ англичанъ, жаждущихъ обойти суровые отечественные законы, направился именно въ Шотландію. И въ настоящее время, не смотря на изданіе Lord Brougham's Act, иностранцы могутъ вступить въ бракъ въ Шотландіи въ любой формѣ; этотъ актъ, какъ мы видѣли, требуетъ только предварительнаго 21 дневнаго домициля [1]).

3. Въ Ирландіи.

Законъ 1818 года ввелъ въ Ирландіи обязательное церковное вѣнчаніе. Положеніе диссидентовъ долгое время было очень шаткое; такъ, еще въ сороковыхъ годахъ браки ихъ съ лицами англиканскаго исповѣданія считались ничтожными, если были заключены диссидентскими священниками.

Статутъ 1844 года ввелъ для браковъ членовъ англиканской церкви правила, почти совпадающія съ дѣйствовавшими въ Англіи, и разрѣшилъ диссидентамъ вѣнчаться у своихъ священниковъ, однако въ присутствіи регистратора. Отъ этого послѣдняго условія ихъ избавилъ законъ 1863 года. Но до сихъ поръ дѣйствительность смѣшанныхъ браковъ, заключенныхъ католическими священниками, остается подъ сомнѣніемъ [2]).

---

[1]) Friedberg l. c., pp. 437 — 459.
[2]) Friedberg l. c., pp. 459 — 470.

§ 17. Сѣверо-американскіе Соединенные Штаты.

A. По правилу locus regit actum.

Въ большинствѣ Штатовъ дѣйствуетъ до-тридентинское церковное право, и потому браки какъ американцевъ, такъ и иностранцевъ могутъ быть заключены per nudum consensum [1]). Браки американцевъ за границей въ принципѣ подчинены формальнымъ условіямъ lex loci actus; отсюда исключаются, однако, случаи, когда соблюденіе мѣстной формы невозможно (напр. въ дикихъ странахъ), или было бы противно совѣсти брачущихся, или только факультативно въ глазахъ самой lex loci [2]). Нѣкоторые штаты идутъ еще дальше, и признаютъ дѣйствительность заграничныхъ браковъ своихъ жителей, ничтожныхъ по lex loci, разсматривая ихъ какъ контракты per verba de praesenti, и требуя только скрѣпленія ихъ сожительствомъ [3]).

B. Консульскіе и дипломатическіе браки.

Актъ конгресса отъ 22 Іюля 1860 года разрѣшаетъ американскимъ гражданамъ заключать браки за границей въ присутствіи консуловъ. По новымъ инструкціямъ правительства, эта льгота касается только лицъ, домицилированныхъ въ Колумбіи или въ территоріяхъ. Консулъ только присутствуетъ при бракѣ, который (кромѣ вышеназванныхъ случаевъ) долженъ быть совершенъ въ формахъ lex loci.

15 Августа 1874 года американское министерство иностранныхъ дѣлъ издало инструкціи, разрѣшающія также браки въ американскихъ посольствахъ. Въ этомъ замѣчательномъ документѣ указывается, что бракъ въ американскомъ посольствѣ не можетъ все-таки считаться заключеннымъ

---

[1]) Wharton l. c. § 173.

[2]) Wharton, § 170.

[3]) Такъ напр. въ Нью-Іоркѣ по дѣлу Wilcox v. Wilcox, см. Moore y Dicey, p. 656.

въ Америкѣ, а потому стороны должны во всѣхъ отношеніяхъ считаться съ lex loci actus. Въ корреспонденціи съ американской миссіей въ Парижѣ, государственный секретарь Фишъ (14 Ноября 1874) указываетъ на неудобства и явную некорректность (manifest impropriety) теоріи, по которой посольскія привилегіи способствуютъ возникновенію союза, нарушающаго право страны, въ которой акредитовано посольство [1]). Такимъ образомъ, американскіе дипломатическіе агенты совершаютъ браки своихъ согражданъ, только если они бракоспособны и по американскимъ и по мѣстнымъ законамъ.

§ 18. Южная Америка.

1. Аргентинская республика.

Аргентинскій гражданскій кодексъ санкціонируетъ (Art 12) правило locus regit actum для формы всѣхъ договоровъ [2]). Въ 164 статьѣ того же кодекса мы встрѣчаемъ однако очень любопытное отступленіе отъ этого принципа: бракъ, заключенный за границей по обряду католической церкви, во всякомъ случаѣ дѣйствителенъ въ Аргентиніи, хотя бы онъ и не производилъ гражданскихъ послѣдствій въ странѣ, въ которой онъ былъ заключенъ [3]).

2. Бразилія.

Въ Бразиліи до послѣдняго времени существовала одна церковная форма брака. По закону 1861 года браки католиковъ между собою или съ некатоликами должны были совершаться въ католической церкви; браки некатоликовъ между собою заключались передъ священниками ихъ культа.

---

[1]) Wharton, Conflict of Laws § 179, Nota 2, Wharton въ Journal Clunet 1886, pp. 663 — 667

[2]) См. у Meili, die Kodification, p. 51.

[3]) Daireaux, de la condition légale des étrangers dans la république Argentine, Journal 1886, p. 291 — 294.

Иностранецъ, не принадлежащій ни къ какому вѣроисповѣданію, не могъ поэтому жениться въ Бразиліи.

Браки бразильцевъ - католиковъ должны были быть и за границей заключены въ церковной формѣ. За то бразильцы-некатолики могли вступать за границей и въ гражданскіе браки, даже съ иностранцами-католиками, если только эта форма соотвѣтствуетъ lex loci actus [1]). Этотъ порядокъ измѣненъ закономъ 24 Января 1890 года, введшимъ въ Бразиліи обязательный гражданскій бракъ [2]).

3. Перу.

Перуанское законодательство не возбраняетъ иностранцамъ вступать въ браки въ странѣ. Но фактически некатолики лишены этой возможности, такъ какъ въ Перу обязательна форма брака, установленная Тридентскимъ Соборомъ (Art 156 Cod. Civ.). За то перуанскій кодексъ признаетъ дѣйствительность браковъ, заключенныхъ за границей въ формѣ мѣстнаго закона (Art 158) [3]).

4. Чили.

17 статья чилійскаго гражданскаго кодекса санкціонируетъ правило „locus regit actum“ для формы актовъ [4]). 119 статья постановляетъ, что бракъ, заключенный за границей въ формѣ lex loci, будетъ признанъ въ Чили [5]).

5. Конгрессъ въ Монтевидео

Подчиняетъ въ 11 ст. IV титула договора 12 Февраля 1889 года форму брака legi loci contractus [6]).

---

[1]) Dr. Souza Bandeira Filho „Le mariage au Brésil“ (Journal 1881, pp. 324 — 343).

[2]) Journal 1891, p. 331.

[3]) Pradier — Fodéré „de la condition légale des étrangers au Pérou“ (Journal 1879, pp. 47 — 49).

[4]) Meili, die Kodification, p. 47.

[5]) Fabres „ Le Droit International Privé dans la législation du Chili“ (Journal 1887, p. 140).

[6]) Baron Guillaume l. c. p. 292.

§ 19. Турція.

А. Браки турокъ за границей.

1. Браки мусульманъ.

Брачное право турецкихъ мусульманъ опредѣляется предписаніями ханифитскаго ученія—одного изъ четырехъ суннитскихъ толковъ. Мы заимствуемъ необходимыя для нашей цѣли свѣдѣнія изъ сочиненія турецкаго юриста Исмаила Хакки: „Средства спасенія въ вопросахъ о бракѣ“ [1]). Сочиненіе это одобрено какъ Фетва-Ханэ, такъ и особой комиссіей, учрежденной при Шейх-уль-исламатѣ для разсмотрѣнія сочиненій объ исламѣ.

Заключеніе суннитскаго брака не требуетъ посредничества церкви. Такое посредничество относится только къ „рекомендуемымъ“ формальностямъ брака, такъ наз. „мендубатъ“. Предпочтительно, чтобы бракъ былъ заключенъ въ мечети, чтобы до его совершенія была прочитана молитва (хутба), а равно, чтобы бракъ былъ оглашенъ [2]). Но несоблюденіе этихъ рекомендацій не влечетъ за собой ничтожности брака.

„Договоръ брака, какъ и всѣ прочіе договоры шеріета (церковнаго права), заключается посредствомъ обмѣна предложенія и согласія (иджабъ вэ кабулъ), и какъ они, имѣютъ своимъ содержаніемъ законное владѣніе (тессаруфъ)“ [3]). Такимъ образомъ, мусульманскій бракъ заключается самими брачущимися, на которыхъ лежитъ обязанность соблюденія всѣхъ условій его дѣйствительности, предписанныхъ шеріетомъ.

Формула бракосочетанія издревле служила объектомъ самыхъ необыкновенныхъ схоластическихъ упражненій мусульманскихъ богослововъ. Или предложеніе, или согласіе должно быть непремѣнно выражено въ прошедшемъ времени: упо-

---

[1]) Васаилу-л-фелахъ фи масаилу-л-никахъ. Стамбулъ 1313 Гиджры.

[2]) Измаилъ Хакки, § 2.

[3]) Измаилъ Хакки, стр. 8.

требленіе настоящаго или будущаго въ обѣихъ частяхъ формулы не позволило бы опредѣлить время заключенія брака. Употребленіе повелительнаго наклоненія въ предложеніи (сочетайся со мной бракомъ!) разрѣшается на слѣдующемъ оригинальномъ основаніи: предлагающій даетъ другому лицу прокуратуру сочетать себя съ нимъ бракомъ; поэтому послѣ утвердительнаго отвѣта (въ прошедшемъ времени) бракъ считается заключеннымъ [1]).

Бракъ не можетъ быть заключенъ условно, исключая случая, когда условіе касается факта, который можетъ быть удостовѣренъ въ самый моментъ заключенія договора [2]).

Что касается самихъ словъ брачной формулы, то вмѣсто глагола „сочетаться бракомъ“ можно употреблять всѣ глаголы означающіе возмездное или безвозмездное пріобрѣтеніе. Нельзя только довольствоваться какими либо дѣйствіями, какъ при куплѣ—продажѣ (напр. уплатой вѣна), а необходимо выразить согласіе словесно [3]).

Съ другой стороны, намѣренію, волѣ брачущихся не придается никакого значенія. Согласно знаменитому изреченію Пророка, въ бракѣ все серьезно, и разъ произнесены сакраментальныя слова—въ шутку-ли, подъ вліяніемъ-ли насилія—бракъ заключенъ [4]). Точно также не нужно, чтобы значеніе словъ брачной формулы было понятно обоимъ контрагентамъ: если одинъ изъ нихъ сдѣлаетъ предложеніе на арабскомъ языкѣ не понимая того, что онъ говоритъ, а другой отвѣтитъ согласіемъ—то бракъ заключенъ [5])!

Личность невѣсты должна быть точно выяснена [6]). Если

---

[1]) Измаилъ Хакки, § 3.

[2]) Напр., касается согласія отца, который тутъ же даетъ его. Измаилъ Хакки, § 7.

[3]) И. Х., § 12.

[4]) „Въ трехъ случаяхъ и шутка принимаетъ серьезный характеръ: при бракѣ, отпущеніи раба и клятвѣ“. И. Х. § 9.

[5]) И. Х., § 11.

[6]) Это постановленіе объясняется мусульманскимъ обычаемъ закрывать лица женщинъ.

она присутствуетъ при бракосочетаніи, то нужно указать на нее свидѣтелямъ; если она въ другой комнатѣ, гдѣ нѣтъ женщинъ, кромѣ нея, то достаточно слышать ея голосъ. Если она отсутствуетъ, то ея представители называютъ ея имя [1]).

Личное присутствіе брачущихся вообще не обязательно. Бракъ можетъ быть заключенъ и чрезъ представителей (векиловъ) съ одной или обѣихъ сторонъ [2]). Если представляемый однако самъ присутствуетъ при договорѣ. то представитель становится простымъ свидѣтелемъ [3]).

При бракосочетаніи непремѣнно должны присутствовать два свидѣтеля мужского пола, или одинъ мужчина и двѣ женщины. Свидѣтели должны быть совершеннолѣтни, свободны, и въ здравомъ умѣ. Если невѣста мусульманка, то и свидѣтели должны быть мусульмане; если она христіанка или еврейка, то и свидѣтели могутъ быть немусульманами [4]). Свидѣтели должны знать, что заключается бракъ, но могутъ и не понимать словъ формулы [5]). Такимъ образомъ, отъ свидѣтелей брака не требуется качества, требуемаго при всѣхъ другихъ договорахъ: полной гражданской правоспособности. Свидѣтелемъ можетъ быть всякій, кто имѣетъ право на самостоятельное вступленіе въ бракъ [6]).

Женихъ можетъ сдѣлать свое предложеніе и письменно. Если оно написано въ прошедшемъ или настоящемъ времени, то невѣста показываетъ его свидѣтелямъ и заявляетъ о своемъ согласіи, чѣмъ бракъ и заключенъ; если предложеніе формулировано въ повелительномъ наклоненіи, то достаточно заявленія невѣсты, безъ предъявленія письма [7]).

Изъ этого краткаго очерка ханифитскаго брачнаго права съ очевидностью слѣдуетъ, что турецкіе мусульмане могутъ

---

[1]) И. Х., § 8.
[2]) И. Х., § 9.
[3]) И. Х., § 16.
[4]) Браки же немусульманъ съ мусульманками воспрещены шеріетомъ.
[5]) И. Х., § 10.
[6]) И. Х., § 15.
[7]) И Х., § 13.

вступать за границей въ бракъ по мѣстной формѣ. Таково, между прочимъ, мнѣніе одного изъ извѣстнѣйшихъ современныхъ юристовъ Турціи, профессора Стамбульской юридической школы и юрисконсульта Порты—Ибрагима Хакки-Бея Изъ консультаціи, даннымъ имъ по нашей просьбѣ [1]), мы усматриваемъ, прежде всего, что въ одномъ случаѣ суды шеріета даже не могутъ оспаривать дѣйствительности заграничнаго брака, — когда оттоманскіе консула, согласно 25 ст. „Сиджли-Нуфусъ-Низамнамэсы“ (закона о регистраціи населенія), засвидѣтельствовали совершеніе этого брака передъ своимъ министерствомъ. Когда же это условіе не соблюдено, то суды шеріета признаютъ всякій заграничный бракъ мусульманина, если его свидѣтели удовлетворяютъ вышеназваннымъ требованіямъ шеріета. Такимъ образомъ, свидѣтели должны быть мусульмане, если оба брачущіеся мусульмане. Національность же ихъ не играетъ никакой роли [2]). Поэтому бракъ турецкихъ мусульманъ можетъ быть заключенъ передъ мэромъ во Франціи или Standesbeamter, въ Германіи. Онъ можетъ быть, конечно, заключенъ и передъ имамомъ турецкаго посольства [3]). Что турецкіе консула сами не совершаютъ браковъ, видно изъ 67 ст. турецкаго консульскаго устава, по которой консула только выдаютъ своимъ соотечественникамъ цертификаты объ отсутствіи препятствій къ браку [4]).

Оглашенія на родинѣ не требуется при заграничныхъ бракахъ мусульманъ [5]). Что касается транскрипціи, то она, предписана закономъ [6]), но ея несоблюденіе не дѣлаетъ брака ничтожнымъ.

2. Браки немусульманъ.

Дѣйствительность заграничныхъ браковъ турецкихъ немусульманъ зависитъ отъ признанія религіозными властями

[1]) См. приложеніе.
[2]) См. консультацію Ибрагима Хакки Бея, пунктъ I.
[3]) См. Ибрагима Хакки, консультація, пунктъ III.
[4]) Ср. также консультацію Ибрагима Хакки, пунктъ V.
[5]) Ибрагимъ Хакки, Консультація, пунктъ XIV.
[6]) Ибрагимъ Хакки, Консультація, пунктъ VI.

родины. Эти послѣднія не признаютъ гражданскихъ браковъ [1]).

В. Браки иностранцевъ въ Турціи.

Турецкій законъ 21 Августа (1297 Гиджры) о регистраціи населенія (Сиджли нуфусъ низамнамэси) гласитъ въ своей 4 главѣ слѣдующее:

23 статья: „Браки между мусульманами совершаются на основаніи разрѣшеній (изн-намэ), выдаваемыхъ судами шеріета; а браки немусульманъ — на основаніи такихъ же разрѣшеній ихъ духовныхъ властей. Имамъ или духовный пастырь, совершившій бракъ, обязанъ представить въ теченіи 8 дней чиновнику, ведущему регистры населенія, свидѣтельство (ильм-у-хаберъ), удостовѣряющее бракосочетаніе.

24 статья: Въ это свидѣтельство заносятся: имена, прозвища, лѣта, занятія, мѣсто жительства и рожденія мужа и жены; имена, прозвища, религія, занятія и мѣстожительство ихъ родителей; копія съ акта разрѣшенія; имена, прозвища, лѣта и занятія свидѣтелей.

25 статья: Если брачущіеся вступаютъ въ бракъ не въ мѣстѣ своего рожденія, то чиновникъ, ведущій регистры населенія, пересылаетъ это удостовѣреніе черезъ вилайетъ въ это мѣсто рожденія. О бракахъ, заключаемыхъ за границей, посольства и консульства доносятъ черезъ министерство иностранныхъ дѣлъ министерству внутреннихъ дѣлъ; это послѣднее отправляетъ свидѣтельства въ мѣсто рожденія брачущихся, гдѣ они заносятся въ регистры [2]).

По дополнительному закону отъ 9 Іюля 1303 года, духовныя лица, не доставившія чиновникамъ, завѣдующимъ переписью населенія, свѣдѣній о бракахъ, ими совершенныхъ, подвергаются денежному штрафу [3]). Такимъ образомъ, не-

---

[1]) Консультація Ибрагима Хаккн Бея, п. II.

[2]) См. Абдуррахманъ Хакки; Сводъ Законовъ и Уставовъ (Кавананинъ вэ низаматъ меджмуасы) 1312. Томъ I, стр. 86—87.

[3]) Абд. Хакки, р 87

соблюденіе этой формальности не вліяетъ на дѣйствительность брака. Что касается самого участія духовенства въ заключеніи брака, то оно обязательно для христіанъ. Но было бы ошибочно выводить изъ этого закона, что мусульманскіе браки ничтожны, если не совершены имамомъ. Мусульманскій бракъ по шеріету — гражданскій контрактъ, и несоблюденіе предписанія 23 ст. закона 1297 года никоимъ образомъ не можетъ считаться разрывающимъ препятствіемъ.

Могутъ ли иностранцы воспользоваться формами турецкаго закона?

Салоникскій адвокатъ Салемъ свидѣтельствуетъ объ обычномъ правѣ, согласно которому оттоманскія власти признаютъ дѣйствительность браковъ иностранцевъ, совершенныхъ у туземныхъ священниковъ [1]), по правиламъ своей церкви. Такіе браки, согласно все болѣе распространяющемуся взгляду европейской юриспруденціи, должны считаться дѣйствительными повсюду; т. е. капитуляціи не подрываютъ правила „locus regit actum“.

II. Россія.

§ 1. Теоріи высшихъ русскихъ правительственныхъ установленій.

A. Браки русскихъ за границей.

Вопросъ о формѣ вѣнчанія русскихъ подданныхъ за границей принадлежитъ къ одной изъ самыхъ сложныхъ проблемъ нашей законодательной политики. Онъ можетъ быть вкратцѣ резюмированъ такъ: нашъ законодатель требуетъ отъ всѣхъ своихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ, соблюденія церковнаго обряда, а наше правительство относитъ это церковное вѣнчаніе не столько къ формальнымъ, сколько къ внутреннимъ условіямъ брака, требуя непремѣннаго совер-

[1]) Journal Clanet, 1889, pp. 23—39.

шенія его и при заграничныхъ бракахъ. Отсюда конфликтъ съ государствами, въ которыхъ введенъ обязательный гражданскій бракъ, являющійся конфликтомъ опредѣляемыхъ понятій (Anknüpfungsbegriffe).

Особенно острую форму этотъ конфликтъ принялъ послѣ введенія гражданскаго брака въ Германіи. Настоятель православной Висбаденской церкви считалъ себя вправѣ вѣнчать русскихъ подданныхъ не только между собою. но и съ нѣмками, до совершенія ими гражданскаго обряда, за что и былъ оштрафованъ Висбаденскимъ судомъ. Случай этотъ далъ толчокъ къ серьезному разсмотрѣнію интересующаго насъ вопроса въ нашихъ высшихъ правительственныхъ сферахъ [1]).

Весьма важная переписка, возникшая по этому поводу, помѣщена въ приложеніи. Резюмируемъ высказанныя въ ней мнѣнія.

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагаетъ, что въ данномъ случаѣ слѣдуетъ различать браки, совершающіеся въ заграничныхъ православныхъ церквахъ, принадлежащихъ къ русскимъ посольствамъ или миссіямъ, и браки, совершающіеся въ церквахъ, этимъ установленіямъ не подвѣдомственныхъ. „Относительно церквей сего послѣдняго разряда, Министерство полагало бы, что наше правительство не имѣетъ права требовать отъ германскихъ властей изъятія ихъ отъ дѣйствующихъ въ Германіи гражданскихъ узаконеній... Исполненіе гражданскаго обряда, повидимому, не противорѣчитъ основнымъ правиламъ Церкви Православной“, а потому православные русскіе подданные не имѣютъ достаточнаго повода для уклоненія отъ этого обряда. Если же только одинъ изъ брачущихся является русскимъ подданнымъ, то предварительное заключеніе гражданскихъ браковъ представляется уже прямо необходимымъ. „Такъ, при вступленіи русской подданной въ бракъ съ подданнымъ германскимъ, бракъ гражданскій является единственнымъ средствомъ къ

[1]) Донесеніе Россійскаго посла въ Берлинѣ отъ 15 — 27 Января 1879 года, № 111.

узаконенію брачнаго союза въ Германіи. При вступленіи же въ бракъ германской подданной съ русскимъ подданнымъ, необходимо допустить, что германское правительство имѣетъ право требовать отъ своей подданной выполненія установленныхъ правилъ, для признанія ея, по браку, русской подданной".

Православныя церкви перваго разряда, т. е. состоящія при нашихъ посольствахъ или миссіяхъ, освобождены, въ силу права внѣземельности, отъ дѣйствій германскаго закона, 6 Февраля 1875 года. Поэтому браки православныхъ между собою и съ иновѣрцами могутъ быть вѣнчаны въ этихъ церквахъ безъ предварительнаго гражданскаго обряда, однако только, если оба брачущіеся русско-подданные. Если же только одинъ изъ нихъ принадлежитъ къ нашему подданству, то, по мнѣнію Министерства, было бы предусмотрительнѣе, для огражденія законности брака, вѣнчать только по предварительномъ вступленіи въ бракъ гражданскій [1]).

Оберпрокуроръ Св. Синода вполнѣ раздѣлялъ положенныя соображенія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ [2]).

Второе Отдѣленіе Собственной Его Величества Канцеляріи не совсѣмъ сходится съ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ [3]). По мнѣнію Отдѣленія, въ силу экстерриторіальности посольскихъ церквей, въ нихъ могли бы совершаться не только браки православныхъ, но и смѣшанные, къ какому бы подданству вступающіе въ нихъ не принадлежали. Что же касается не-посольскихъ церквей, то здѣсь слѣдуетъ различать браки русскихъ подданныхъ между собою и съ иностранцами. Второе Отдѣленіе признаетъ обязательность предварительнаго гражданскаго брака во второмъ случаѣ, но за то высказываетъ, хотя и нерѣшительно, желаніе,

[1]) Письмо Министра Иностранныхъ Дѣлъ Оберпрокурору Св. Синода отъ 7 Февраля 1879 года, за № 1160.

[2]) Отношеніе Оберпрокурора Св. Синода Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 7 Марта 1879 года, за № 1151.

[3]) Отношеніе Главноуправляющаго Отдѣленіемъ кн. Урусова къ Министру Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирсу отъ 11 Марта 1879 года, за № 179.

чтобы русскіе подданные вѣнчались въ не-посольскихъ православныхъ церквахъ безъ исполненія этого обряда.

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ изложило свои воззрѣнія въ очень обстоятельной запискѣ на имя канцлера кн. Горчакова [1]).

Министерство не находитъ юридическихъ основаній для оспариванія примѣненія германскаго закона о гражданскомъ бракѣ къ русскимъ подданнымъ. По ст. 63 т. I Св. Зак., Разд. 1., „Законъ, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованный, долженъ быть свято и ненарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ, какъ подданными, такъ и иностранцами, въ Россіи пребывающими, поколику то до нихъ принадлежать можетъ, безъ различія званій, чина и пола". Изъ этой статьи логически вытекаетъ, что русское законодательство признаетъ надъ своими подданными за предѣлами Россіи силу законовъ того государства, гдѣ эти подданные находятся; этимъ не ослабляются однако для подданныхъ постановленія ихъ родины. „Такимъ образомъ, требованіе германскаго законодательства, чтобы бракамъ, вѣнчаннымъ на территоріи Германіи, предшествовала брачная запись, совершаемая у гражданскаго чиновника, не можетъ встрѣтить основательныхъ возраженій въ отношеніи православныхъ или иныхъ русскихъ подданныхъ, пребывающихъ въ Германіи, въ предположеніи однако, что за гражданскимъ актомъ будетъ слѣдовать церковное вѣнчаніе".

Внѣ этого условія между германскимъ и русскимъ закономъ возникаетъ конфликтъ. „По германскому закону 6 Февраля 1875 года бракъ считается законнымъ, разъ онъ совершенъ передъ гражданскимъ чиновникомъ, хотя бы за нимъ и не слѣдовало церковное вѣнчаніе". Основное же положеніе брака въ нашемъ законодательствѣ заключается въ томъ, что онъ имѣетъ и долженъ имѣть религіозную святость въ сознаніи самихъ брачущихся. По нашимъ законамъ бракъ

[1]) При отношеніи 18 Апрѣля 1879 года, за № 4182.

совершается въ церкви (т. X, ч. 1, ст. 31); лица всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій вступаютъ въ Россіи между собою въ браки по правиламъ и обрядамъ ихъ церквей (ст. 61); бракъ всѣхъ вѣроисповѣданій, терпимыхъ въ Россіи (не исключая евреевъ, магометанъ и язычниковъ), признается законнымъ, когда оный совершенъ по правиламъ и обрядамъ ихъ вѣры (ст. 90)... Поэтому, если не можетъ быть возраженій противъ допущенія предварительнаго гражданскаго брачнаго союза между нашими подданными, вступающими въ бракъ въ Германіи, то совершеніе одного только гражданскаго акта не можетъ служить нашимъ административнымъ и судебнымъ установленіямъ основаніемъ къ признанію таковаго союза бракомъ, со всѣми его законными послѣдствіями".

Министерство находитъ, что „правила 1874 года о раскольникахъ не составляютъ въ этомъ случаѣ исключенія, такъ какъ ими предполагается религіозный бракъ, какъ обстоятельство, предшествующее гражданской записи; законодатель не требуетъ лишь удостовѣренія въ заключеніи этого брака религіознымъ порядкомъ, въ виду непризнанія раскольническихъ сектъ терпимымъ исповѣданіемъ".

Значеніе гражданскаго обряда измѣняется, конечно, въ зависимости отъ того, обѣ ли стороны, или только одна принадлежатъ къ русскому подданству. Если брачущіеся оба русско-подданые, то для нихъ гражданскій бракъ есть одна формальность. налагающая извѣстныя добровольныя обязательства, впредь до совершенія церковнаго брака, лишь за предѣлами Россіи. Если одна невѣста—германская подданная, то она черезъ гражданскій бракъ исключается изъ германскаго подданства, но впредь до церковнаго вѣнчанія въ русское подданство принята быть не можетъ. Если, наконецъ, одна невѣста — русско-подданная, то въ случаѣ уклоненія ея отъ церковнаго вѣнчанія, исключеніе изъ русскаго подданства не должно имѣть мѣста, и самый бракъ не можетъ имѣть гражданскихъ послѣдствій въ Россіи.

На основаніи всего изложеннаго, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ считаетъ нужнымъ предупредить германское правительство о непризнаніи нами брака, заключеннаго за границей исключительно въ гражданской формѣ.

Послѣ такого обмѣна мнѣній, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ вступило въ переговоры съ германскимъ правительствомъ. Въ донесеніи отъ 30 Іюля 1880 года, за № 1443, нашъ посолъ въ Берлинѣ слѣдующимъ образомъ формулируетъ положенія германскаго правительства:

1) Бракосочетанія иностранныхъ дипломатическихъ чиновниковъ въ посольскихъ церквахъ изъято отъ дѣйствія германскаго закона.

2) Для другихъ же лицъ, не пользующихся правомъ экстерриторіальности, предварительный гражданскій обрядъ обязателенъ для признанія брака законнымъ въ Германіи, хотя бы они вѣнчались и въ посольскихъ церквахъ.

3) Въ случаѣ вѣнчанія въ другихъ непосольскихъ церквахъ гражданскій обрядъ во всякомъ случаѣ обязателенъ.

Германское правительство полагаетъ, такимъ образомъ что фикція экстерриторіальности касается лицъ, входящихъ въ составъ посольства, а не самого зданія посольства [1]).

Вслѣдствіе различія оттѣнковъ, придаваемыхъ „обязательности“ гражданскаго обряда въ 2 и 3 вышепоименованныхъ пунктахъ, Министерство запросило Посла, считаетъ ли германское правительство себя въ правѣ противиться вѣнчанію православныхъ браковъ въ посольскихъ церквахъ Германіи безъ предварительнаго гражданскаго обряда. Посолъ отвѣтилъ, что германскія власти считали бы себя вправѣ наложить на священника посольской церкви, совершившаго подобное вѣнчаніе, штрафъ, однако только, если бы онъ не пользовался правомъ внѣземельности [2]). Отвѣтная нота Ми-

[1]) „Prometoria“ Герм. правительства 1880 года.

[2]) Письмо бар. Жомини Сабурову отъ 7 Октября 1880, за № 9431, и отвѣтъ Сабурова 30 Ноября 1880, за № 2132.

нистерства признаетъ священниковъ посольскихъ церквей членами посольства, пользующимися всѣми правами и преимуществами послѣднихъ. „Совершеніе религіозныхъ обрядовъ по правиламъ того исповѣданія и по законамъ той страны, которой принадлежитъ посольство и находящаяся при ней церковь, безъ вмѣшательства иностраннаго правительства, составляетъ, безъ сомнѣнія, неотъемлемое право таковыхъ церквей". Германское правительство не имѣетъ права противиться совершенію въ нашихъ посольскихъ церквахъ браковъ по нашимъ законамъ, а тѣмъ менѣе штрафовать за совершеніе таковыхъ посольскихъ священниковъ. За этимъ правительствомъ можетъ быть признано единственное законное право: не признавать гражданскихъ послѣдствій браковъ, совершенныхъ при такихъ условіяхъ [1]).

Въ виду такого положенія дѣлъ многія германскія правительства стали требовать отъ брачущихся русскихъ подданныхъ цертификатовъ, что бракъ ихъ будетъ признанъ въ Россіи [2]). Въ частности прусское правительство, которое ввело еще 13 Марта 1854 года требованіе предбрачныхъ свидѣтельствъ отъ всѣхъ вообще иностранцевъ и отмѣнило его 2 Марта 1871 года именно для русскихъ подданныхъ, вновь ввело его указомъ 16 Апрѣля 1889 года. Въ мотивахъ къ этому послѣднему указу говорится, что требованіе русскаго правительства относительно обязательнаго церковнаго брака почти невозможно удовлетворить, если брачущіеся православные, за недостаткомъ въ православныхъ священникахъ. Поэтому, вообще говоря, русскіе православные не могутъ заключить въ Пруссіи бракъ, признаваемый законнымъ въ Россіи, чѣмъ и объясняется лишеніе ихъ льготы, дарованной въ 1871 году. Но затѣмъ всѣ вообще русскіе подданные не могутъ получить разрѣшенія своего правительства на заключеніе гражданскаго брака въ Пруссіи, разрѣшенія,

[1]) Нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ Послу въ Берлинѣ отъ 7 Февраля 1881 года № 1192).

[2]) См. выше.

необходимаго по § 1 закона 13 Марта 1854 года. Поэтому, они будутъ допускаться къ заключенію такихъ браковъ только съ особаго разрѣшенія прусскаго правительства, выдаваемаго въ случаяхъ, когда будутъ имѣться гарантіи, что они могутъ совершить за гражданскимъ и церковный обрядъ вѣнчанія. Очевидно, что это разрѣшеніе будетъ даваться чаще всего неправославнымъ.

Съ своей стороны наше Министерство Иностранныхъ Дѣлъ предписало циркулярно всѣмъ русскимъ консуламъ въ Германіи не включать германскихъ подданныхъ, вышедшихъ гражданскимъ порядкомъ замужъ за русскихъ, въ паспорта мужей впредь до совершенія ими также и церковнаго обряда [1]).

Другіе пути, для прекращенія прискорбнаго конфликта, предлагаются въ отношеніи Оберпрокурора Св. Синода отъ 11 Сентября 1889, № 233 Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

Вѣдомство Православнаго Исповѣданія полагаетъ, что прежде всего слѣдовало бы предложить Германскому правительству „сдѣлать изъятіе изъ закона 6 Февраля 1875 года собственно для русскихъ подданныхъ православнаго вѣроисповѣданія установленіемъ правила о томъ, чтобы заключенію сими послѣдними брака передъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія, обязательно предшествовало совершеніе надъ тѣми лицами церковнаго вѣнчанія". Въ случаѣ же отказа германскаго правительства, надлежало бы сдѣлать ему предложеніе дополнить законъ 6 Февраля 1875 года оговоркою о томъ, что гражданскіе браки русскихъ право-

[1]) Предписаніе Генеральному консулу въ Данцигѣ отъ 23 Января 1889 года; ср. также донесеніе Ген. консула въ Кенигсбергѣ отъ 3 Марта 1889 года, см. приложенія. Мы уже видѣли, что Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отрицательно отнеслось къ вопросу о выдачѣ русскимъ подданнымъ разрѣшительныхъ свидѣтельствъ для вступленія въ бракъ за границей. Изъ опроса нашихъ миссій въ Германіи, сдѣланнаго въ это время (1889 году) Министерствомъ, оказалось, что часть этихъ миссій до сихъ поръ выдавали упомянутыя свидѣтельства. Такъ напр., Мюнхенская и Гамбургская миссіи свидѣтельствовали о неимѣніи препятствій къ браку по русскому праву и о томъ, что церковный бракъ, совершенный въ Германіи, дѣйствителенъ въ Россіи.

славныхъ подданныхъ и въ Германіи законны лишь по освященіи ихъ религіознымъ обрядомъ. „Наконецъ, еслибы германское правительство не сочло себя, по чему либо въ правѣ изъявить согласіе и на эту послѣднюю мѣру, въ такомъ случаѣ, въ видахъ безусловнаго лишенія православныхъ русскихъ подданныхъ способовъ обходить дѣйствіе русскаго закона, усвояющаго силу законнаго брака только супружескому союзу, освященному церковнымъ благословеніемъ, оставалось бы воспретить вовсе совершеніе надъ означенными лицами браковъ во всѣхъ безъ изъятія находящихся въ предѣлахъ Германской Имперіи церквахъ православнаго вѣроисповѣданія.

На эти предложенія Оберпрокурора Министерство Иностранныхъ Дѣлъ возразило слѣдующее [1]):

„Если бы германское правительство и приняло первое предложеніе, т. е. ввело обязательное предварительное церковное вѣнчаніе для русскихъ православныхъ, оно бы всетаки не могло отмѣнить 41 ст. германскаго закона 1875 года, по которой бракъ пріобрѣтаетъ законную силу только съ момента совершенія его гражданскою властью. Поэтому бракъ, повѣнчанный въ Германіи и не утвержденный тамъ гражданской властью, считался бы въ Россіи законнымъ, а въ Германіи ничтожнымъ, что настолько же нежелательно для насъ, насколько нежелательно для Германіи обратное положеніе дѣла въ настоящее время.

Точно также и второе предложеніе г. Оберпрокурора, имѣетъ серьезныя неудобства. Въ силу §§ 3 и 12 германскаго закона, книги гражданскаго состоянія могутъ вестись только гражданскими чиновниками, а ни въ какомъ случаѣ лицами духовнаго чина. Какимъ образомъ духовныя лица православнаго исповѣданія могли бы выполнить падающую на нихъ въ такихъ случаяхъ гражданскую обязанность, не нарушая ни мѣстнаго, ни своего церковнаго закона? Да и

[1]) Отношеніе Министерства 8 Марта 1890, № 1711.

помимо того, „подобное отступленіе отъ закона 6 Февраля 1875 года являлось бы изъятіемъ изъ общаго основного правила внутренняго гражданскаго строя одной страны въ пользу нѣкоторыхъ, а именно православныхъ, подданныхъ другой. Министерство Иностранныхъ Дѣлъ приходитъ поэтому къ пессимистическому выводу, что „дѣйствующее въ Германіи начало гражданскаго брака, требующее примѣненія общаго юридическаго правила „locus regit actum", очевидно не можетъ быть приведено въ соотвѣтствіе съ нашимъ закономъ. недопускающимъ этого правила по отношенію къ бракамъ, въ виду положительнаго и безусловнаго требованія основного правила Православной Церкви".

Министерство Юстиціи, запрошенное въ свою очередь Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ, въ сущности предлагаетъ не что иное, какъ вторую, рекомендованную Оберпрокуроромъ Св. Синода мѣру [1]). Въ случаѣ же германское правительство не изъявило бы на сіе согласія, пришлось бы только оставить существующій порядокъ вещей безъ измѣненія. Министерство Юстиціи рѣшительно высказывается противъ окончательнаго воспрещенія русскимъ подданнымъ вѣнчаться въ православныхъ церквахъ Германіи. „Подобная мѣра представлялась бы весьма стѣснительною для проживающихъ въ Германіи русскихъ подданныхъ, которые для заключенія брака должны были бы каждый разъ предпринимать поѣздки въ Россію, или же, по крайней мѣрѣ, въ другія иностранныя государства" [2]).

---

[1]) Министерство Юстиціи высказываетъ опасенія, что принятіе этой мѣры подчинитъ русскихъ подданныхъ германскому брачному праву. Эти опасенія основаны на простомъ смѣшеніи личныхъ и формальныхъ условій вступленія въ бракъ.

[2]) Отношеніе Министерства Юстиціи Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 16 Іюля 1890 года, за № 20784. Укажемъ еще на отношеніе Оберъпрокурора Св. Синода отъ 19 Октября 1890, № 254 (см. приложеніе), въ которомъ онъ поддерживаетъ свой первоначальный проектъ, и въ которомъ отмѣтимъ совершенно неправильное предположеніе, что германскія власти бракоспособность опредѣляютъ всегда по германскому праву.

Во всей перепискѣ по этому важному дѣлу говорится о бракахъ русскихъ православныхъ подданныхъ. Министерство Иностранныхъ Дѣлъ разъяснило однако Министерству Внутреннихъ Дѣлъ [1]), что „затрудненія, встрѣчаемыя въ примѣненіи въ Германіи мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ къ русскимъ подданнымъ православной вѣры, имѣютъ равнымъ образомъ мѣсто и при заключеніи браковъ русскихъ подданныхъ другихъ христіанскихъ исповѣданій, для которыхъ совершеніе церковнаго обряда бракосочетанія обязательно на основаніи ст. 61 X тома, ч. 1 Св. Зак.“. Равнымъ образомъ не признаются въ Россіи законными гражданскіе браки русскихъ евреевъ. Такъ Генеральный консулъ нашъ въ Кенигсбергѣ [2]) доноситъ, что отказывалъ женамъ евреевъ, заключавшихъ гражданскій бракъ въ Германіи, въ выдачѣ русскихъ паспортовъ, основываясь на смыслѣ 1528 и 1529 статей т. X, ч. 1. Гамбургская миссія выдавала, какъ мы уже видѣли, предбрачныя свидѣтельства, при чемъ и отъ евреевъ отбирала подписку въ томъ, что они обязуются вѣнчаться „религіознымъ еврейскимъ бракомъ“ [3]).

Со всею перепискою по дѣлу о бракахъ нашихъ подданныхъ въ Германіи любопытно сопоставить мнѣніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, высказанное по поводу слѣдующаго случая. Русскій подданный-лютеранинъ женился во Франціи „in extremis“ на француженкѣ, по законамъ католической церкви. На совершеніе гражданскаго брака имѣлось только косвенное указаніе въ актѣ о смерти мужа. Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ исповѣданій считаетъ нужнымъ выяснить дѣйствительность акта по французскимъ законамъ, такъ какъ „акты, совершенные за границей, признаются у насъ законными лишь тогда, когда совершены по законамъ того государства, въ коемъ составлены“. Констатируя затѣмъ, что во Франціи общеобязателенъ гражданскій

[1]) Отношеніемъ отъ 2 Мая 1890 года, № 3884.

[2]) Донесеніе отъ 3 Марта 1889 года.

[3]) Донесеніе графа Кассини отъ 11/23 Марта 1889, № 89.

бракъ, Департаментъ задается вопросомъ о силѣ вышеупомянутаго косвеннаго доказательства его. Но и силу церковнаго вѣнчанія тотъ же Департаментъ считаетъ нужнымъ опредѣлить по французскимъ „мѣстнымъ условіямъ", и наводитъ о томъ справки черезъ наше посольство въ Парижѣ [1]).

Обращаясь къ нашей судебной практикѣ, мы находимъ рѣшеніе уголовнаго кассаціоннаго департамента Сената отъ 10 Января 1889 года. Прусскій подданный Іосифъ Хмѣльникъ признанъ Варшавской Судебной Палатой виновнымъ въ томъ, что вступивъ въ Берлинѣ въ гражданскій бракъ, безъ совершенія церковнаго обряда, съ Паулиной Томашевскою, онъ, при существованіи этого брака, сочетался въ евангелическомъ приходскомъ костелѣ въ Варшавѣ вторичнымъ бракомъ съ Стефаніей Шнейдеръ. Судебная Палата присудила Хмѣльника на основаніи 1554 ст. ул. о нак., по лишенію всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія, а Сенатъ оставилъ кассаціонную жалобу безъ послѣдствій.

Сенатъ полагаетъ, что гражданскій обрядъ, совершенный Хмѣльникомъ въ Берлинѣ, дѣлалъ бракъ для него, какъ для прусскаго подданнаго, законнымъ, а потому 1554 ст. ул. о нак. вполнѣ къ нему примѣнима. Защита утверждала, правда, что такое примѣненіе противно 170 ст. ул. о нак., въ силу которой иностранецъ можетъ быть признанъ виновнымъ лишь тогда, когда за то же дѣяніе могъ бы быть признанъ виновнымъ и русскій подданный. Сенатъ признаетъ, дѣйствительно, что русскій подданный, заключившій за границей гражданскій бракъ, за вступленіе въ отечествѣ въ другой церковный бракъ не подлежитъ обвиненію въ двоебрачіи, а иностранный подлежитъ; но это различіе происходитъ не отъ различнаго способа примѣненія уложенія о наказаніяхъ къ русскому и иностранцу, а оттого, что для

[1]) См. подробнѣе объ этомъ дѣлѣ въ приложеніяхъ.

перваго гражданскій бракъ не представляетъ законнаго брачнаго союза, а для послѣдняго таковой бракъ вполнѣ законенъ и, слѣдовательно, 1554 ст. ул. о нак., примѣнима къ иностранцу не вслѣдствіе распространительнаго ея толкованія, а согласно ея точному смыслу [1]).

B. Браки иностранцевъ въ Россіи.

Бельгійскій законъ 20 Мая 1882 года, сообщенный нашему правительству наравнѣ съ прочими, повелъ въ свою очередь къ крайне любопытному обмѣну мнѣній между нашими министерствами. Напомнимъ, что сущность этого закона

---

[1]) См. текстъ этого рѣшенія въ приложеніяхъ.

Въ приведенномъ рѣшеніи Сенатъ касается браковъ русскихъ подданныхъ за границей только косвенно. Въ самое послѣднее время гражданскому кассаціонному департаменту пришлось очутиться лицомъ къ лицу съ этимъ вопросомъ. Мы говоримъ о дѣлѣ профессора Петри, сильно взволновавшемъ наше общественное мнѣніе.

Профессоръ Петри, русскій подданный, лютеранинъ, вступилъ въ Швейцаріи въ гражданскій бракъ съ русскою же подданною, еврейкою Гринбергъ 15 Февраля 1895 г., г-жа Петри предъявила въ С.-Петербургскомъ Окружномъ Судѣ искъ къ своему мужу, профессору Э. Ю Петри, объ обязаніи его выдавать ей на содержаніе деньги, при чемъ объяснила, что отвѣтчикъ прожилъ съ нею болѣе 10 лѣтъ и, приживъ съ нею двухъ дѣтей, покинулъ ее вмѣстѣ съ ними безъ всякихъ средствъ къ существованію.

Отвѣтчикъ ссылался на то, что онъ заключилъ съ дѣвицею Гринбергъ только гражданскій договоръ; что только черезъ два года было совершено церковное благословеніе (Einsegnung), неравносильное церковному вѣнчанію, и что, слѣдовательно, бракъ недѣйствителенъ по русскимъ законамъ. С.-Петербургскій Окружный Судъ призналъ однако искъ г-жи Петри правильнымъ.

Не такъ взглянула на дѣло С.-Петербургская Судебная Палата, которая на основаніи заключенія ее лютеранской генеральной консисторіи признала „благословеніе“ брака профессора Петри неравносильнымъ церковному вѣнчанію по русскому праву и самый бракъ, какъ чисто гражданскій, ничтожнымъ.

Наконецъ Гражданскій Кассаціонный Департаментъ Правительствующаго Сената отмѣнилъ рѣшеніе Судебной Палаты. Къ сожалѣнію текстъ этого рѣшенія не напечатанъ въ „Рѣшеніяхъ Гражданскаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената“ до настоящаго времени (Іюнь 1899)

состоитъ въ томъ, что (по 1 ст.) браки бельгійскихъ подданныхъ между собою и съ иностранцами за границей совершаются по lex loci actus; что (по 2 ст.) браки между одними бельгійскими подданными за границею могутъ быть совершаемы также бельгійскими дипломатическими и консульскими агентами; и что (по 3 ст.) означенными агентами, если они снабжены особыми полномочіями отъ бельгійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, могутъ быть также заключаемы браки между бельгійцами и иностранками.

Наше Министерство Внутреннихъ Дѣлъ рѣшительно высказалось противъ примѣненія бельгійскаго закона въ Россіи. Препровождая этотъ законъ въ наше Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, бельгійская миссія просила сообщить ей о наличности какихъ-либо важныхъ основаній для распространенія 3 пункта его на Россію. Обращаясь поэтому прежде всего противъ этого пункта, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ констатируетъ, что „имъ нарушается общее юридическое правило „locus regit actum", примѣняемое почти повсемѣстно къ формамъ заключаемаго брака, за исключеніемъ случаевъ, когда мѣсто совершенія брака избирается съ намѣреніемъ обойти законы отечественные (in fraudem legis)".

Ссылаясь затѣмъ на Савиньи (VIII, § 381), Министерство полагаетъ, что брачущіеся должны прежде всего исполнить обрядъ страны, гдѣ они находятся. Это признаетъ и само бельгійское правительство, которое въ особой инструкціи своимъ представителямъ предписало обращать вниманіе бельгійскихъ подданныхъ, брачущихся по 3 пункту закона 1882 года, на то, что ихъ бракамъ грозитъ опасность считаться дѣйствительными въ одной Бельгіи. Относительно Россіи это опасеніе вполнѣ основательно.

„Согласившись на примѣненіе у насъ новаго бельгійскаго закона, мы тѣмъ самымъ, косвеннымъ образомъ, признали бы законность гражданскаго брака на нашей территоріи для извѣстной части нашихъ подданныхъ, т. е. измѣнили бы основное начало нашего законодательства, безъ оправданія

такого измѣненія дѣйствительною необходимостью, и лишь подъ вліяніемъ иностраннаго правительства, отстаивающаго кажущіяся удобства единичныхъ личностей". Кромѣ того, принятіе нами новаго бельгійскаго закона „не отвѣчало бы достоинству Россіи", такъ какъ такое принятіе свидѣтельствовало бы о признаніи наличности въ Россіи причинъ, вызвавшихъ изданіе этого закона и заключающихся, между прочимъ, въ неудовлетворительномъ административномъ устройствѣ нѣкоторыхъ государствъ. Между тѣмъ, требуемое нашими законами совершеніе церковнаго обряда для дѣйствительности брака не противорѣчитъ Code Civil, а кромѣ того, брачущіеся могутъ исполнить и предписанія новаго бельгійскаго закона послѣ совершенія бракосочетанія въ церкви.

Бельгійская миссія какъ будто бы предполагаетъ, что 2 пунктъ закона 1882 года принятъ русскимъ правительствомъ. Представленіе бельгійскимъ дипломатическимъ агентамъ, пользующимися правомъ внѣземельности, компетенціи для совершенія браковъ бельгійскихъ подданныхъ между собою, дѣйствительно, не можетъ, по мнѣнію Министерства, возбуждать какихъ-либо недоразумѣній, но предоставленіе этой компетенціи бельгійскимъ консуламъ было бы равносильно установленію гражданскаго брака въ нашихъ предѣлахъ. Такіе консульскіе браки должны признаваться у насъ незаконными, со всѣми невыгодами такого признанія [1]).

Въ томъ же отрицательномъ смыслѣ высказался и Оберпрокуроръ Св. Синода, сдѣлавшій, между прочимъ, слѣдующее вѣсское замѣчаніе. 6 пунктъ закона 20 Мая 1882 года предписываетъ опредѣлять правоспособность иностранки, вступающей въ бракъ передъ агентомъ, по ея національному закону. Неисполненіе бельгійскими дипломатическими агентами сихъ правилъ, „могло бы повлечь за собою привлеченіе ихъ, примѣнительно къ ст. 1577 Улож. о Нак., къ отвѣт-

[1]) Записка о примѣненіи бельгійскаго закона о бракахъ въ Россіи, препровожденная Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ при отношеніи 18 Ноября 1882 года, за № 4153.

ственности въ противность общепринятому началу о внѣземельности дипломатическихъ агентовъ [1])".

Въ своемъ отношеніи Оберпрокурору Св. Синода отъ 4 Октября 1882 года, за № 9102, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ не совсѣмъ ясно изложило свои воззрѣнія. Въ отношеніи отъ 15 Января 1883 года, за № 366, на имя Министра Юстиціи, названное вѣдомство высказывается за признаніе браковъ, заключаемыхъ по 3 пункту закона 1882 года, незаконными въ предѣлахъ Россіи, и указываетъ также на то, что въ виду 6 пункта этого закона отпадаютъ для сторонъ поводы къ предпочтенію гражданскаго брака, такъ какъ этотъ пунктъ препятствуетъ нарушенію русскихъ законовъ.

Министерство Юстиціи, запрошенное въ свою очередь, согласилось съ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ, но въ то-же время особенно энергично высказалось противъ уголовнаго преслѣдованія иностранныхъ агентовъ, заключающихъ незаконные браки въ Россіи. Министерство находитъ, что „привлеченіе къ отвѣтственности, въ судебномъ порядкѣ, должностнаго лица иностраннаго государства за примѣненіе имъ закона своей страны, едва ли вполнѣ соотвѣтствовало бы общепринятымъ правиламъ о взаимныхъ международныхъ отношеніяхъ". Кромѣ того, необходимо принять во вниманіе, что въ статьяхъ 1575 и 1577 ул. о нак. предусматриваются случаи наказуемости священнослужителей за совершеніе незаконнаго брака; эти отступленія отъ предписаній для совершенія браковъ, по точному смыслу нашего законодательства, относятся „къ числу особыхъ преступленій, кои могутъ быть учиняемы только лицами духовнаго званія"; наконецъ, приравниваніе къ этимъ послѣднимъ, по степени наказуемости, иностранныхъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ окажется практически неосуществимымъ, такъ какъ за нарушеніе приведенныхъ статей, между прочимъ, поло-

[1]) Отношеніе Оберпрокурора Св. Синода въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, отъ 29 Ноября 1882 года, за № 189.

жены такія наказанія, какъ удаленіе отъ должности и лишеніе сана.

Поэтому Министерство Юстиціи считаетъ достаточнымъ довести до свѣдѣнія бельгійской миссіи о невыгодности для брачущихся уклоненія отъ церковнаго вѣнчанія [1]).

Нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 24 Февраля 1884 года (№ 1432) ограничивается, поэтому, указаніемъ бельгійской миссіи на неудобства, которыя повлечетъ за собою совершеніе бельгійскими агентами браковъ между бельгійцами и русскими. Нужно, однако, замѣтить, что о бракахъ бельгійцевъ между собою нота не упоминаетъ вовсе.

Бельгійская миссія констатируетъ въ своемъ отвѣтѣ, что бельгійцы могутъ прибѣгать къ формамъ русскаго закона и заявляетъ, что законъ 20 Мая 1882 года не будетъ примѣненъ въ Россіи, поскольку онъ касается браковъ между бельгійцами и иностранками [2]).

Сообщимъ теперь нѣкоторыя свѣдѣнія о бракахъ англійскихъ подданныхъ въ Россіи. Въ 1886 году Министерства Внутреннихъ и Иностранныхъ Дѣлъ сходятся во мнѣніи, „что браки великобританскихъ подданныхъ, совершенные въ консульствахъ, не должны быть признаваемы у насъ законными“. Въ 1889 году, англійское посольство (нотою 20 Сентября) жалуется на дѣйствія русскихъ полицейскихъ властей въ Одессѣ, которыя отказываются вписать англичанку, повѣнчанную великобританскимъ консуломъ съ англичаниномъ, въ паспортъ мужа. Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отвѣчаетъ 13 Января 1890 года, что русскія власти дѣйствуютъ правильно; правило „locus regit actum“, признанное во всемъ мірѣ, въ данномъ случаѣ не терпитъ исключеній.

---

[1]) Отношеніе Министерства Юстиціи Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ 11 Іюля 1883 года, за № 15587. Съ этимъ мнѣніемъ согласились и другія Министерства.

[2]) Нота бельгійской миссіи отъ 28 Марта (9 Апрѣля) 1884 г., за № 8.

§ 2. Комментаріи къ приведеннымъ теоріямъ.

А. Браки русскихъ подданныхъ, заключаемые за границей.

1. Браки православныхъ.

31 статья 1 ч. X т. Св. Зак. гласитъ: „Законный бракъ между частными лицами совершается въ церкви, въ личномъ присутствіи сочетающихся, во дни и время, для сего положенные, при двухъ или трехъ свидѣтеляхъ, совокупно съ обрученіемъ, и во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ Православной Церкви“... Для правильнаго пониманія этой статьи, необходимо прежде всего выяснить значеніе церковнаго вѣнчанія въ православной церкви [1]).

Несомнѣнно, что Спаситель только подтвердилъ таинство брака, установленное еще Творцомъ міра въ раю прародителей. (Быт. II, 23. 24; Матѳ. XIV, 5—6). „Такимъ образомъ естественная природа брака, опредѣленная этимъ закономъ (Творца) въ смыслѣ неразрывнаго союза двухъ, и только двухъ лицъ разнаго пола, осталась неизмѣнною и въ новомъ завѣтѣ; но такъ какъ благодать искупленія объемлетъ человѣка и съ физической и съ духовной стороны, то и бракъ сдѣлался причастенъ этой благодати, получивъ въ домостроительствѣ царства Божія на землѣ характеръ таинства съ значеніемъ естественнаго и необходимаго средства къ сохраненію и умноженію членовъ церкви Христовой“. Но какъ естественный союзъ двухъ лицъ, бракъ можетъ начинаться только взаимною волею этихъ лицъ, внѣшнее проявленіе которой и составляетъ необходимую форму заключенія ихъ союза. Форма эта удержалась и для новозавѣтнаго брака въ томъ видѣ, въ какомъ она опредѣлялась положительнымъ

---

[1]) При дальнѣйшемъ изложеніи мы руководствуемся главнымъ образомъ классическимъ изслѣдованіемъ профессора А. Павлова „50-я глава Кормчей книги“, Москва 1887; а также соч. профессора М. А. Горчакова „о тайнѣ супружества“, С.-Петербургъ 1880; и сочиненіями профессора Н. Суворова „Курсъ церковнаго права“ 1890 и „Гражданскій Бракъ:

правомъ языческихъ народовъ. Спаситель освятилъ своимъ присутствіемъ уже совершенный еврейскій бракъ въ Канѣ Галилейской (Іоан. гл. 2) [1]).

Апостолъ Павелъ назвалъ бракъ таинствомъ (μυστήριον). „Тайна сія велика есть, азъ же глаголю во Христа и во Церковь (Ефес. V, 32)". Бракъ — образъ Христа и церкви. „Союзъ двухъ людей, изъ которыхъ каждый въ другомъ любитъ себя самаго, которые вдвоемъ составляютъ одно нераздѣльное существо, есть великая тайна, какъ велика тайна того союза, который существуетъ между Христомъ и искупленною, питаемою и согрѣваемою Имъ церковью [2])".

„По ученію Златоуста, которое есть собственно толкованіе ученія ап. Павла, бракъ есть прежде всего таинство человѣческой природы, дѣло творческой премудрости Божіей, создавшей человѣка въ видѣ половой пары и сочетавшей первозданныхъ мужа и жену въ плоть едину (Быт. II, 24). Въ христіанствѣ это естественное таинство брака—соединеніе мужа и жены въ одну плоть—сдѣлалось таинствомъ благодати—образомъ духовнаго союза Христа съ церковью" [3]).

Такимъ образомъ, ни Іисусъ Христосъ, ни Его Апостолы не установили особой формы брака. Но уже непосредственный ученикъ Апостоловъ, св. Игнатій Богоносецъ († 115) совѣтуетъ христіанамъ вступать въ бракъ съ вѣдома епископа и „строгость нравственнаго духа первыхъ временъ христіанства не замедлила обратить подобныя наставленія духовныхъ пастырей въ обще-обязательное правило" [4]). Это воззрѣніе восторжествовало вполнѣ только въ 893 году, когда императоръ Левъ философъ издалъ новеллу, признающую церковное вѣнчаніе необходимымъ условіемъ дѣйствительности брака въ гражданскомъ отношеніи. Однако, и впослѣдствіи „церковь не отрицала сакраментальнаго характера и въ такихъ

---

[1]) Павловъ, l. c., стр. 57—58.
[2]) Суворовъ, Гражданскій Бракъ, стр. 5.
[3]) Павловъ l. c., стр. 62.
[4]) Павловъ l. c., p. 63.

бракахъ, которые заключались безъ ея благословенія, если только они не были противны закону Божію". Сюда относились вторые браки, заключенные до конца IX в. гражданскимъ порядкомъ, и браки лицъ, которые дѣлались христіанскими уже послѣ ихъ заключенія, вслѣдствіе крещенія супруговъ [1]).

„Такимъ образомъ, въ ученіи и преданіи древней вселенской и православной восточной церкви мы не находимъ рѣшительнаго отвѣта на вопросъ о формѣ и совершеніи таинства брака". Однако, „по смыслу ученія ап. Павла о бракѣ, какъ таинствѣ, и въ виду всей совокупности свидѣтельствъ церковнаго преданія . . . . . , вопросъ получаетъ разрѣшеніе въ слѣдующихъ пунктахъ: [2]).

1) Каждый христіанскій бракъ, или сдѣлавшійся христіанскимъ чрезъ крещеніе супруговъ, необходимо есть таинство — не по особой формѣ своего заключенія, а въ силу общей благодати искупленія, содѣлывающей христіанъ новою тварью (2 Кор. V, 7). 2) Совершительная сила въ заключеніи брака необходимо принадлежитъ взаимному согласію сочетавающихся лицъ; но такъ какъ вся жизнь вѣрующихъ должна быть жизнью во Христѣ и въ этомъ направленія поддерживается и укрѣпляется церковію, то и христіанскій бракъ, какъ таинство, не можетъ быть только дѣломъ одной личной воли сочетавающихся, но долженъ совершаться при дѣятельномъ участіи церкви, строительницы тайнъ Божіихъ (1 кор. IV, I), безъ чего супружескій союзъ былъ бы таинствомъ безъ благодати или даже, въ случаѣ нарушенія имъ закона Божія, — поруганіемъ, осквернеміемъ таинства. Отсюда.... 3) христіанскій бракъ есть такое таинство, въ совершеніи котораго необходимо принимаютъ участіе два фактора: воля самихъ брачущихся лицъ, которая даетъ реальное бытіе браку съ необходимымъ сакраментальнымъ характеромъ, какъ отображеніемъ всегда присущей христіанамъ печати крещенія, и церковь, которая своимъ благосло-

[1]) Павловъ, l. c., pp. 65—70.

[2]) Павловъ, p. 71.

веніемъ утверждаетъ бракъ и сообщаетъ ему живую и дѣйственную благодать Божію“ [1]).

Знаменитый „Требникъ“ Кіевскаго митрополита Петра Могилы (1646) ясно указываетъ на согласіе брачущихся какъ на causa efficiens брака на той же точкѣ зрѣнія стоитъ „Православное Исповѣданіе“ того же автора, одобренное восточными патріархами и отъ ихъ имени изданное, какъ подлинное исповѣданіе вѣры православной восточной церкви [2]). Изъ Требника эта теорія перешла въ статью о тайнѣ супружества (I часть 50 главы Кормчей Книги), въ которой читаемъ: „Вещь сія тайны есть мужъ и жена, въ пріобщеніе брака честно, кромѣ всякаго препятія правильнаго, совокупитися изволяющіи. Форма, сіесть образъ, или совершеніе ея, суть словеса совокупляющихся, изволеніе ихъ внутреннее предъ іереомъ извѣщающая“ [3]). Эта теорія господствовала въ греческой и русской богословской школѣ XVI—XVII вв., и въ Большомъ Катехизисѣ, напечатанномъ въ Москвѣ при Филаретѣ, прямо высказано, что „сами брачущіеся сію собѣ тайну дѣйствуютъ“, т. е. что совершители таинства брака суть сами брачущіяся лица [4]).

Ученіе Кіевской богословской школы „сдѣлалось однимъ изъ основныхъ принциповъ положительнаго русскаго брачнаго права“. Въ концѣ прошлаго столѣтія Св. Синодъ изложилъ его даже доктринально въ двухъ трактатахъ о бракѣ (между 1765 и 1787 годами). Во второмъ мы читаемъ: „таинство супружества содержитъ между двумя лицами условіе, утверждаемое клятвою передъ Богомъ и олтаремъ Его святымъ“; если всѣ вообще условія не могутъ быть законны безъ согласія заключающихъ лицъ, „то кольми паче условіе въ супружескомъ союзѣ требуетъ сего, гдѣ совершается толь важное, съ призываніемъ имени и благословенія Божія,

[1]) Павловъ, l. c., p. 71—72.
[2]) Павловъ, l. c., pp. 44—49.
[3]) Текстъ Кормчей, отпечатанный у проф. Павлова, стр. 229.
[4]) Павловъ, p. 50

обязательство". Поэтому бракъ, совершенный по принужденію, признается „не имѣющимъ того, въ чемъ состоитъ самое существо сего таинства" [1]). Этотъ взглядъ, по свидѣтельству проф. Павлова, довольно послѣдовательно проводился Св. Синодомъ въ законодательныхъ актахъ, до сихъ поръ составляющихъ у насъ источникъ дѣйствующаго брачнаго права [2]). Такъ, въ Синодскомъ протоколѣ 25 Августа 1798 года признана дѣйствительность брака, обвѣнчаннаго съ нарушеніемъ законныхъ формальностей, но по взаимному согласію сочетавшихся, „отъ котораго всего болѣе зависитъ и таинство браковѣнчанія" [3]). А въ Синодскомъ указѣ 9 Сентября 1796 года говорится, что „обрученіе и браковѣнчаніе, по разуму благочестивой христіанской вѣры, имѣетъ свое основаніе во взаимномъ сочетавающихся согласіи" [4]).

Нужно, однако, замѣтить, что между каноническимъ и догматическимъ ученіемъ православной церкви о формѣ таинства въ настоящее время глубокое несогласіе. Реакція противъ ученія кіевской школы въ русской богословской литературѣ началась въ XVIII вѣкѣ. Ѳеофанъ Прокоповичъ рѣшительно утверждаетъ въ своемъ „Православномъ Богословіи", что совершителемъ брака (causa efficiens matrimonii) можетъ быть признаваемъ только священникъ, совершающій обрядъ бракосочетанія. „Позднѣйшіе катихизисы и учебники догматическаго богословія представляютъ согласіе брачущихся или какъ необходимую „внѣшнюю принадлежность" таинства брака, или какъ условіе, безъ котораго бракъ не можетъ получить церковнаго благословенія, сообщающаго ему благодать таинства" [5]).

Въ подстатейныхъ ссылкахъ 31 ст. т. X ч. 1 св. зак. мы

---

[1]) Павловъ, p. 54.
[2]) Павловъ, p. 54.
[3]) Проф. Горчаковъ „О тайнѣ супружества", p. 334.
[4]) Павловъ, 55.
[5]) Павловъ, 52—53.

не находимъ почти никакихъ указаній на ея международное значеніе. Исключеніе составляетъ только Синодскій Указъ 29 Ноября 1731 года. Изъ этого крайне неяснаго указа можно только вывести, что бракъ православнаго русскаго подданнаго, заключенный за границей, нуждается въ подтвержденіи по обряду Православной Церкви [1]).

Въ виду всего сказаннаго намъ остается только констатировать, что наши высшія правительственныя установленія усвоили себѣ ту точку зрѣнія, по которой бракъ русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія не можетъ считаться дѣйствительнымъ, если онъ совершенъ въ одной гражданской формѣ. Названныя установленія исходятъ при этомъ, очевидно, изъ мысли, что совершителемъ таинства можетъ быть только священнослужитель. Мы не считаемъ себя компетентнымъ для оцѣнки правильности этого взгляда. Что же касается его практическаго значенія, то мы коснемся его ниже, критикуя постановленія Гаагскаго протокола.

2. Браки католиковъ.

Западная церковь долгое время не считала церковнаго вѣнчанія условіемъ дѣйствительности брака. Вплоть до Тридентскаго собора даже тайные браки (matrimonia clandestina), заключенные безъ оглашеній и участія духовенства, всегда почитались дѣйствительными. Сакраментальный ха-

[1]) П. С. З., № 5892. Въ основаніи этого указа лежитъ слѣдующій любопытный случай. Русскій подданный Петръ Беклемишевъ женился въ 1714 году въ Гамбургѣ на дочери „купца Лютерскаго закона“ Іогана Крефта. По прибытіи въ Москву, онъ прожилъ съ женою (Маріею) годъ. Но очевидно, что бракъ заключенный за границей, считался недѣйствительнымъ, потому что Марія перешла въ православіе съ цѣлью вѣнчанія въ русской церкви. Беклемишевъ взялъ уже вѣнечную память въ Успенскомъ соборѣ, но не обвѣнчался. Въ 1716 году онъ былъ посланъ агентомъ въ Венецію и Флоренцію, и во время путешествія Марія ушла отъ него и вернулась въ Гамбургъ. Возвратившись въ Россію, Беклемишевъ просилъ разрѣшить ему жениться на другой женѣ, но Синодъ не только отказалъ ему въ этомъ, но запретилъ вѣнчаться и съ Маріей. См. приложеніе.

рактеръ брака, когда онъ не отрицался вообще, соединялся съ согласіемъ брачущихся, а не съ формой вѣнчанія. Такъ въ „Summa de matrimonio“ Bernardus Papiensis'a говорится: „Matrimonium facit utriusque consensus legitimus per mutua verba vel certos nutus expressus“, а папа Александръ III (въ XII вѣкѣ) вполнѣ уравниваетъ бракъ, заключенный предъ нотаріусомъ и свидѣтелями, съ бракомъ. заключеннымъ передъ священникомъ [1]).

Въ то же время, однако, католическая церковь, какъ и восточная, рекомендовала заключеніе брака передъ духовной властью и въ этомъ отношеніи она становилась тѣмъ болѣе настойчивѣе, чѣмъ болѣе увеличивались злоупотребленія неимовѣрной легкостью заключенія брачнаго союза: можно было вступать въ бракъ знаками (nutu), письменно, черезъ представителей, даже молчаніемъ на извѣстные вопросы [2]) — и этимъ въ высшей степени затруднялось констатированіе брака, не говоря уже о томъ, что тайные браки имѣли главной цѣлью обходъ каноническихъ препятствій и почти всегда заключались противъ согласія родителей.

Тридентскій соборъ, засѣдавшій во второй половинѣ XVI вѣка, окончательно призналъ бракъ таинствомъ. „Si quis dixerit, matrimonium non esse vere et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, aeque gratiam conferre anathema sit“ [3]).

Вопросъ о формѣ брака вызвалъ страстные споры. Главная цѣль собора состояла въ обезпеченіи публичности брака, а не въ приданіи ему церковнаго характера, и въ первомъ голосованіи была установлена только обязательность заключенія брака передъ тремя свидѣтелями. Въ окончательной

[1]) Friedberg, Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlicheu Entwickelung, 1865, p. 11; тамъ же другія многочисленныя доказательства изложенныхъ въ текстѣ воззрѣній католической церкви. См. также проф. Суворовъ. Гражданскій бракъ, p. 17 и слѣд.

[2]) Friedberg, l. c., p. 102.

[3]) Friedberg, p. 155.

редакціи декрета третій свидѣтель замѣненъ священникомъ, но роль его совершенно пассивная [1]): бракъ заключается не имъ. а въ его присутствіи, и соборъ только послѣ нѣкоторыхъ колебаній предпочелъ его нотаріусу, полагая, что отъ священника труднѣе утаить препятствіи къ браку.

Декретъ Tametsi нельзя назвать выдержаннымъ. Съ одной стороны, онъ по прежнему признаетъ согласіе брачущихся за сущность таинства и провозглашаетъ анаѳему всѣмъ тѣмъ, кто осмѣлится не признавать тайныхъ браковъ, еще не опороченныхъ церковью, законными; а съ другой обусловливаетъ дѣйствительность брачнаго контракта присутствіемъ пароха [2]). Нельзя поэтому не согласиться съ Buzzati [3]), что Тридентскій соборъ не измѣнилъ ни формы, ни матеріи таинства, а только ввелъ дисциплинарную норму, которая въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ и не соблюдаться безъ лишенія брака характера таинства [4]). Священникъ только „testis spectabilis“: его присутствіе касается средствъ выраженія согласія, т. е. формы акта. Это подтверждается многочисленными исключеніями, допущенными изъ установленнаго правила; а именно присутствіе священника не необходимо: 1) тамъ, гдѣ юридическія постановленія не обнародованы; 2) тамъ, гдѣ невозможно найти священника; 3) въ странахъ невѣрныхъ; 4) въ Нидерландахъ и Западной Пруссіи для браковъ католиковъ съ некатоликами; 5) при бракахъ in extremis; 6) даже въ случаяхъ desuetudo. Очевидно, что Тридентскій Соборъ коснулся дисциплины, а не догмы [5]).

---

[1]) Суворовъ, l. c., p. 22

[2]) „Qui aliter, quam praesente parocho, vel alio sacerdote de ipsius parochi seu ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi Contractus iritos et nullos esse decernit. prout eos praesenti decreto iritos facit et annullat“ Friedberg, l. c., p. 124,

[3]) L'autorità delle leggi straniere 1894, p. 242—243.

[4]) Buzzati приводитъ слова папы Бенедикта XIV, Inst. eccles, I. XXXIII № 2, въ томъ же смыслѣ.

[5]) Buzzati, l. c, p. 244.

Постановленія Тридентскаго Собора не опубликованы и слѣдовательно не обязательны въ Россіи [1]). У насъ, слѣдовательно, католики, съ точки зрѣнія церкви, могутъ вступать въ бракъ per nudum consensum, и притомъ не только русскоподданные, но и иностранцы. Въ самомъ дѣлѣ, канонисты позволяютъ католикамъ, домицилированнымъ въ странѣ, гдѣ опубликованы Тридентскія постановленія, совершать за границей браки per verba de praesenti [2]).

Постараемся теперь рѣшить вопросъ, обязательно ли для русскихъ подданныхъ католическаго вѣроисповѣданія, вступающихъ въ бракъ за границей, соблюденіе религіознаго обряда? Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, какъ мы видѣли, рѣшаетъ этотъ вопросъ утвердительно, ссылаясь на 61 ст., ч. 1, т. X. Св. Зак. Обратимся къ разсмотрѣнію этой статьи.

Текстъ ея слѣдующій: „Лицамъ всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій невозбранно дозволяется вступать въ Россіи между собою въ браки по правиламъ и обрядамъ ихъ церквей, не испрашивая на то отъ гражданскаго правительства особаго разрѣшенія, но съ соблюденіемъ ограниченій, узаконеніями для тѣхъ исповѣданій постановленныхъ".

61 статья, какъ видно, говоритъ только о бракахъ, заключаемыхъ въ Россіи; изъ подстатейныхъ ссылокъ тоже никоимъ образомъ нельзя вывести, что она дѣйствуетъ и за границей [3]). По этому одному уже намъ кажется совершенно

---

[1]) Проф. Суворовъ, l c., p. 23.

[2]) Sanchez de Sacri. Matri. LIII disp. 18 et. 27 y Buzzati, (l'Autorità delle leggi etc, p. 269). „Displicet mihi haec limitatio, et credo, licet adirent eo fine, ut possent libere absque parocho et testibus contrahere, esse ratum matrimonium. Nam qui jure suo utitur, non potest dici fraudem committere, ut ea ratione effectus impediatur ... Est enim fraus licita, cum contrahentes utantur jure suo; ergo cum adeuntes locum, ubi non viget Trident., animo contrahendi absque parocho et testibus, utuntur jure suo, habent enim jus ibi contrahendi, erit fraus licita, nec ea ratione effectus ac valor matrimonii impedietur".

[3]) П. С. З. № 3778: „О призывѣ Шведовъ въ службу и о позволеніи имъ въ Россійскомъ государствѣ, по учиненіи присяги, селиться, вступать въ супружество, пріобрѣтать недвижимую собственность, заниматься тор-

невозможнымъ принять мнѣніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ. Но мнѣніе это идетъ въ разрѣзъ не только съ текстомъ 31 ст., но съ ученіемъ католической церкви. Разъ эта церковь таинство брака видитъ въ согласіи брачущихся, а не въ совершеніи брака священникомъ, то наше Правительство не можетъ, конечно, къ заграничнымъ бракамъ католиковъ относиться точно также, какъ къ бракамъ православныхъ. Браки первыхъ, заключенные за границей, должны быть признаны дѣйствительными, хотя бы они были совершены въ одной гражданской формѣ Это прямо слѣдуетъ изъ 464 и 707 статей устава гражданскаго судопроизводства, санкціонирующихъ, какъ извѣстно, правило „locus regit actum".

3. Браки протестантовъ.

Лютеръ, признававшій сначала бракъ за таинство, отказался рано отъ этого воззрѣнія, продолжалъ однако долго

говлею и промыслами". — № 6693. „О дозволеніи свободнаго Богослуженія всѣмъ христіанскимъ вѣроисповѣданіямъ въ Россіи, и о возбраненіи духовнымъ особамъ иностранныхъ христіанскихъ вѣръ обращать въ оныя русскихъ подданныхъ, какого бы закона они ни были, подъ опасеніемъ суда и наказанія по законамъ". — № 11880: „О дозволеніи всѣмъ иностранцамъ, въ Россію въѣзжающимъ, поселяться въ которыхъ губерніяхъ они пожелаютъ и о дарованныхъ имъ правахъ." — № 15935: „О свободной торговлѣ въ городахъ Херсонѣ, Севастополѣ и Ѳеодосіи". — № 16188: „Грамота на права и выгоды городамъ Россійской Имперіи". — № 18373: „О установленіи на полуостровѣ Таврическомъ порто-франко на 30 лѣтъ и о дарованіи разныхъ выгодъ жителямъ сего острова и пріѣзжающимъ туда иностранцамъ". — № 18517: „Положеніе для Курляндской консисторіи касательно брачныхъ разводовъ и средствъ къ прекращенію оныхъ". — № 28677: „О возвращеніи Курляндской Консисторіи права разрѣшать вступленіе въ бракъ разнымъ разведеннымъ лицамъ". — № 29422: „О предоставленіи Евангелическимъ въ Россіи Консисторіямъ права разрѣшать браки въ степеняхъ родства и свойства, несовершеннолѣтнимъ и до окончанія траурнаго срока, доводя до свѣдѣнія Министра духовныхъ дѣлъ и Народнаго Просвѣщенія о каждой диспенсаціи". — № 29881: „О разрѣшеніи запрещенныхъ браковъ между протестантами, подлежащими диспенсаціи, по большинству голосовъ въ Консисторіальномъ Засѣданіи Государственной Юстиціи—Коллегіи Лифляндскихъ и Эстляндскихъ дѣлъ и въ Евангелическихъ Консисторіяхъ.

колебаться между признаніемъ брака божескимъ или мірскимъ дѣломъ. То же колебаніе замѣчается въ протестантской догматикѣ, въ которой при отрицаніи сакраментальнаго характера брака, поочередно торжествуютъ мірское и церковное воззрѣніе на этотъ институтъ [1]).

Эта неувѣренность отразилась, конечно, и на протестантскомъ ученіи о формѣ брака. Лютеръ рекомендуетъ церковное вѣнчаніе, но не считаетъ его абсолютно необходимымъ: согласіе брачущихся, выраженное публично, создаетъ бракъ независимо отъ присутствія священника; и даже тайные браки дѣйствительны, если они сопровождались copula carnalis [2]). Что же касается развитія этого ученія въ протестантской доктринѣ и практикѣ, то оно шло слѣдующимъ путемъ. Въ XVI и въ XVII вѣкѣ не было, собственно говоря, церковнаго вѣнчанія (Eheschliessung), а имѣлось только церковное подтвержденіе брака (kirchliche Eheбestätigung). Еще въ XVIII вѣкѣ обрученію (sponsalia de praesenti) придается такая же сила, какъ и церковному браку, и только въ концѣ этого вѣка и въ началѣ XIX церковное вѣнчаніе сдѣлалось обязательнымъ въ Германіи. Но эта обязательность основана не на догматахъ церкви, а на волѣ свѣтскаго законодателя. Священникъ, совершающій протестантскій бракъ — делегатарій государства, отъ котораго и зависитъ признаніе совершаемаго имъ вѣнчанія. Приписывать же протестантской церкви догматъ о необходимости церковнаго вѣнчанія — значитъ игнорировать весь ходъ ея исторіи, и, кромѣ того, грѣшить противъ духа протестантизма [3]).

Англиканская Церковь никогда не выставляла церковнаго вѣнчанія, какъ необходимое условіе дѣйствительности брака. Напротивъ того, Лондонскій синодъ въ 1597 году при-

---

[1]) Friedberg, l. c., pp. 153—198.

[2]) Friedberg, pp. 203—210.

[3]) Friedberg, l. c., pp. 211—305, въ особенности, p. 273. См. также p. 281. Самъ Лютеръ, повидимому, не освятилъ своего брака церковнымъ вѣнчаніемъ.

зналъ законность нецерковныхъ союзовъ и на той же точкѣ зрѣнія стоятъ дѣйствующіе и понынѣ каноны 1603 года [1]).

Поэтому, все сказанное выше о бракахъ католиковъ примѣнимо и къ бракамъ протестантовъ. Церковное вѣнчаніе, предписанное 61 ст. 1 ч., X т. Св. Зак. является формальнымъ предписаніемъ Русскаго правительства, не дѣйствующимъ за предѣлами Россіи. Никоимъ образомъ нельзя предполагать, чтобы эта статья возводила протестантскій бракъ въ таинство, и этимъ нарушила принципъ невмѣшательства нашего правительства въ догматическое ученіе инославной церкви, принципъ, провозглашенный нашими основными законами [2]).

4. Браки нехристіанъ.

90 ст. 1 ч. X. т. Св. Зак. гласитъ: „Каждому племени и народу, не выключая и язычниковъ, дозволяется вступать въ бракъ по правиламъ ихъ закона, или по принятымъ обычаямъ, безъ участія въ томъ гражданскаго начальства или христіанскаго духовнаго правительства".

Изъ очерка мусульманскаго брачнаго права, сдѣланнаго выше, слѣдуетъ, что участіе духовенства не есть необходимое условіе дѣйствительности брака. Такого значенія внутренняго условія это участіе духовенства не имѣетъ и у евреевъ. Если, поэтому, въ предѣлахъ Россіи браки мусульманъ и евреевъ совершаются у имамовъ и раввиновъ, то эта форма бракосочетанія отнюдь не обязательна для брачущихся за границей [3]). Мусульманскій и еврейскій браки простые

---

[1]) Friedberg, l. c, p. 316.

[2]) 46 статья Основ. Госуд. Зак.: „Дѣла церковныя Христіанъ иностранныхъ исповѣданій и иновѣрцевъ въ Имперіи Россійской вѣдаются ихъ духовными властями и особенными правительствами, Верховною властію къ сему предназначенными".

[3]) Духовенство, принадлежащее къ округу Таврическаго Магометанскаго Правленія, совершаетъ браки мусульманъ въ силу 1345 и 1357 ст. ч. I, т. XI Св. Зак.—Та же обязанность возложена 1418 ст. ч. 1, т. XI на духовенство округа Оренбургскаго Магометанскаго Собранія. Но эти три статьи не говорятъ объ исключительной компетенціи духовенства для за-

контракты, дѣйствительность которыхъ, при совершеніи за границей (въ силу ст. 464 и 707 уст. гражд. суд.), зависитъ отъ мѣстныхъ законовъ. Намъ кажется, поэтому, что наши заграничныя власти поступали неправильно, требуя отъ русскихъ евреевъ непремѣннаго совершенія еврейскаго религіознаго обряда бракосочетанія.

В. Браки иностранцевъ въ Россіи.

Положенія, выставляемыя нашимъ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ по вопросу о дипломатическихъ и консульскихъ бракахъ въ Россіи, сводятся къ слѣдующему. Иностранные дипломатическіе агенты могутъ совершать браки между ихъ соотечественниками, во имя права внѣземельности; но они безусловно некомпетентны для сочетанія своихъ соотечественниковъ съ русскими подданными. Консульскіе же агенты некомпетентны для совершенія браковъ даже между своими соотечественниками. Эти положенія наше Министерство Иностранныхъ Дѣлъ мотивируетъ правиломъ „locus regit actum“.

Припомнимъ теперь теорію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ о формѣ заграничныхъ браковъ нашихъ подданныхъ. Въ случаѣ бракъ совершается въ непосольской церкви, то русскіе подданные должны соблюсти требованія мѣстнаго закона и совершить предварительно гражданскій обрядъ. Если же бракъ совершается въ посольской церкви, то, въ силу права внѣземельности, браки двухъ русскихъ подданныхъ могутъ быть вѣнчаны безъ предварительнаго гражданскаго

ключенія браковъ. За то въ раздѣлѣ объ управленіи Закавказскаго мусульманскаго духовенства мы читаемъ: „Совершеніе брачныхъ между мусульманами Шіитскаго ученія обрядовъ предоставляется исключительно ихъ духовнымъ лицамъ“ (ст. 1489, ч. 1, т. XI) и буквально тоже самое 1604 ст., ч. I, т. XI, постановляетъ для браковъ суннитовъ. — Наконецъ 1325 ст., ч. I, т. XI гласитъ: „Должность раввина есть ..... 3) совершать исключительно по всему его вѣдомству обряды обрѣзанія и нареченія именъ младенцамъ, бракосочетанія, расторженія браковъ и погребенія, и вести, также по всему его вѣдомству, метрическія книги....“

обряда; совершеніе этого обряда рекомендуется Министерствомъ въ томъ случаѣ, когда одинъ изъ брачущихся не русскій подданный.

Эта теорія Министерства не вполнѣ послѣдовательна. Если въ основаніи ея лежитъ идея объ экстерриторіальности посольскихъ зданій, то нѣтъ причины проводить различіе между браками сотечественниковъ посла между собою, и браками ихъ съ туземцами [1]): если же фикція экстерриторіальности касается членовъ посольства, то неправильно распространять ее на всѣхъ ихъ соотечественниковъ.

Обратимся теперь къ нашему законодательству. 63 ст. Основн. зак. гласитъ: „Законъ, въ надлежащемъ порядкѣ обнародованный, долженъ быть свято и ненарушимо исполняемъ всѣми и каждымъ; какъ подданными, такъ и иностранцами, въ Россіи пребывающими, поколику то до нихъ принадлежать можетъ, безъ различія званій, чина и пола“. Къ сожалѣнію, и подстатейныя ссылки не уясняютъ намъ, какіе собственно законы могутъ „принадлежать до иностранцевъ“ [2]).

---

[1]) Поэтому разсужденіе II отд. Собственной Его Величества Канцеляріи гораздо логичнѣе

[2]) Вотъ эти ссылки: № 1. X глава Уложенія 1649 года о судѣ.— № 3006 (Уставъ Воинскій). Гл. III. О командѣ, предпочтеніи и почитаніи высшихъ и нижнихъ офицеровъ.—№ 3264. О должности сената.—№ 3485. (Морской Уставъ). Кн. V. О штрафахъ. — № 3534. (Генеральный Регламентъ или Уставъ Государственныхъ Коллегій). Гл. IV. О исполненіи указовъ.— № 3970. О храненіи правъ гражданскихъ, о невершеніи дѣлъ противъ Регламентовъ, о невыписываніи въ докладъ, что уже напечатано, и о имѣніи сего указа во всѣхъ судебныхъ мѣстахъ на столѣ, подъ опасеніемъ штрафа. — № 4050. О дачѣ фискаламъ копій со всѣхъ объявляемыхъ указовъ для наблюденія за исполненіемъ и обнародованіемъ оныхъ. — № 8480. О возстановленіи власти Сената въ правленіи внутреннихъ государственныхъ дѣлъ: о сочиненіи реестра указамъ прежнихъ царствованій, которые пользѣ государственной противны; объ уничтоженіи прежняго кабинета и объ установленіи новаго при Дворѣ Ея Императорскаго Величества; объ учрежденіи по прежнему въ губерніяхъ Прокуроровъ и объ опредѣленіи для управленія иностранными дѣлами Канцлера. — № 15379. Уставъ Благочинія или Полицейскій.— № 17906. Учрежденіе объ Императорской Фамиліи. № 20372. О непреступленіи губернаторамъ предѣловъ власти, назначенныхъ имъ законами.—

Собственно объ иностранцахъ говоритъ только § 47 „Наказа Управѣ Благочинія“ (часть первая Устава Благочинія 8 Апрѣля 1782 года П. С. З. № 15379), гласящій: „Управа Благочинія съ иногородныхъ, иностранныхъ и иновѣрныхъ въ городѣ живущихъ, равно какъ и съ природныхъ взыскиваетъ исполненія узаконеній по гражданству“ Сопоставленіе 63 ст., 1 ч., I т. Св. Зак. съ 995 ст. т. IX, разобранной нами выше, тоже не разрѣшаетъ нашихъ сомнѣній относительно примѣнимости къ иностранцамъ нашихъ узаконеній о церковномъ бракѣ. Мы видѣли, что первоисточники 995 статьи подчиняютъ иностранцевъ только уголовнымъ законамъ Имперіи, и очень далеки отъ полнаго подчиненія ихъ русскому гражданскому праву.

Изслѣдуемъ теперь смыслъ 1007 ст. т. IX, Св. Зак.: „Иностранцы могутъ вступать во всякіе договоры, обязательства и условія въ предѣлахъ, означенныхъ выше сего, въ статьяхъ 995—1006, какъ между собою, такъ и съ Россійскими подданными; но для доставленія симъ актамъ надлежащей силы въ Россіи, они должны соблюдать въ нихъ, какъ по существу, такъ и по формѣ, всѣ правила, Россійскими узаконеніями предписанныя“. Въ „предѣлахъ означенныхъ выше“ браки иностранцевъ не регулированы. Если же обратиться къ ссылкамъ на Полное Собраніе подъ 1007 статьею, то оказывается, что она относится исключительно къ правамъ иностранцевъ по имуществу [1]).

№ 20676 О неприкосновенности правъ, предоставленныхъ Дворянству.— № 24686. Общее Учрежденіе Министерствъ, §§ 226—227: Отношеніе министровъ къ власти законодательной.—№ 25738. О подтвержденіи Управляющимъ губерніями, дабы они исполняли возложенныя на нихъ указомъ 1802 года Августа 16 обязанности.

[1]) 1649 Января 29 (1) гл. X, О судѣ; 1703 Августъ (1941). О писаніи иноземцамъ крѣпостныхъ актовъ у крѣпостныхъ дѣлъ. Великій Государь указалъ: на Москвѣ и во всѣхъ городахъ всякаго чина людямъ всякой крѣпости писать и въ книги записывать особливо прибраннымъ подъячимъ, а своими и иныхъ людей руками никому и никакихъ крѣпостей не писать; а иноземцы многіе всякихъ чиновъ люди, и нынѣ пишутъ крѣпости, въ которыхъ у нихъ многіе чинятся споры: и для того Великій

Возвратимся теперь къ разобраннымъ уже выше 31, 61 и 90 ст., 1 ч., X т. Св. Зак., регулирующимъ форму совершенія брака въ Россіи. Во всѣхъ трехъ статьяхъ не упоминается о подданствѣ брачущихся, и несомнѣнно, что иностранцы имѣютъ право вступать въ Россіи въ бракъ, согласно установленнымъ этими статьями правиламъ. Но насъ интересуетъ здѣсь вопросъ, обязательно ли подчиненіе 31, 61 и 90 статьямъ для иностранцевъ? Могутъ ли они вступать въ Россіи въ гражданскіе браки? Это приводитъ насъ къ характеристикѣ брака раскольниковъ.

По закону 19 Апрѣля 1874 года (IX т. Св. Зак. ст. 1093 и примѣненія къ ней) гражданская сила браковъ раскольниковъ зависитъ отъ записи ихъ въ метрическія книги, которыя ведутся полицейскими управленіями. „Предшествовавшее записи брака исполненіе соблюдаемыхъ между раскольниками брачныхъ обрядовъ, вѣдѣнію полицейскихъ чиновъ при семъ не подлежитъ“ (17 п. назв. прил. къ 1093 ст.).

Въ нашей литературѣ и судебной практикѣ существуетъ мнѣніе, блестяще развитое, между прочимъ, А. Ѳ. Кони, по которому запись брака раскольниковъ не есть актъ бракозаключительный, а только регистрація, доказывающая бракъ, уже совершенный по религіозному обряду раскольниковъ. Но какъ справедливо замѣчаютъ г. Розенблюмъ и проф. Суворовъ, нашъ законодатель не предписалъ раскольникамъ совершенія религіознаго обряда, а говоритъ о немъ только предположительно. Напротивъ того, запись въ метрическія книги имѣетъ обязательный характеръ и законодатель

Государь указалъ имъ иноземцамъ, всякихъ чиновъ людямъ, Свой Великаго Государя указъ сказать, чтобъ они и между собою всякихъ крѣпостей своими руками, мимо подъячихъ Палатки крѣпостныхъ дѣлъ не писали. А буде у кого какія крѣпости впредь явятся письма не крѣпостныхъ дѣлъ подъячихъ:—тѣмъ крѣпостямъ не вѣрить. О чемъ для вѣдѣнія и листъ сей прибить повелѣно“.—1709, Марта 19 (2226): О совершеніи иностранцамъ духовныхъ завѣщаній у крѣпостныхъ дѣлъ законнымъ порядкомъ.—1782, Апрѣля 8 (15379). Уставъ Благочинія.—1802, Ноября 24 (20523). О скорѣйшемъ производствѣ дѣлъ по прошеніямъ иностранцевъ.

нашъ придаетъ ей значеніе именно бракозаключительнаго акта. Наконецъ, по 78 ст. X т., 1 ч. Св. Зак. „Воспрещаются и не подлежатъ записи въ метрическія книги такіе браки раскольниковъ, кои возбранены законами гражданскими“ (ст. 3 — 5, 12, 20, 21 и 23). Такимъ образомъ, напр., духовный санъ и монашество не являются препятствіями къ бракамъ раскольниковъ. Дѣла о недѣйствительности и расторженіи браковъ раскольниковъ подлежатъ суду гражданскому (1356[1] ст. уст. гр. суд.), и если (по ст. 1356[b] уст. гр. суд.) въ случаѣ сомнѣній относительно степеней родства или свойства судъ можетъ потребовать заключенія духовнаго (православнаго) начальства, то эти заключенія имѣютъ значеніе гражданскихъ, а не церковныхъ нормъ.

Такимъ образомъ, внѣ сомнѣнія, что законъ 19 Апрѣля 1874 года, ввелъ у насъ гражданскій бракъ для извѣстной части населенія[1]).

Мотивы, побудившіе наше правительство къ введенію этого института, тождественны съ тѣми, которые вызвали на западѣ гражданскіе браки диссидентовъ (Nothcivilehen). Какъ извѣстно, до закона 19 Апрѣля положеніе раскольниковъ было крайне печальное: браки ихъ считались законными лишь при заключеніи въ православной церкви, а въ нѣкоторыя эпохи требовалось при этомъ отъ брачущихся присоединеніе къ православію. Законъ 19 Апрѣля 1884 года открываетъ собою новую эру терпимости, признавая и за сектантами общегражданское право на вступленіе въ бракъ безъ насилованія совѣсти.

Изъ всего сказаннаго явствуетъ, что гражданскій бракъ въ предѣлахъ государственной необходимости не противенъ нашему общественному строю.

---

[1]) Суворовъ, „Гражданскій Бракъ“ стр. 106 — 152.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ.

1. Обоснованіе правила „locus regit actum“.

Знаменитое правило находило себѣ въ наукѣ самыя разнообразныя обоснованія.

Нѣкоторые писатели утверждаютъ, что контрагенты становятся временно-подданными государства, въ которомъ заключаютъ договоръ. Но на это возражаютъ, что признаніе такого притязанія страны мѣста заключенія вовсе не обязательно для другихъ государствъ [1]). Точно также правило „locus regit actum“ нельзя основывать на добровольномъ подчиненіи сторонъ, такъ какъ законъ никогда не ставитъ форму актовъ въ зависимость отъ частнаго усмотрѣнія [2]). Теорія благопріобрѣтенныхъ правъ приводитъ насъ къ безъисходному кругу [3]). Наконецъ, невозможно подвести форму актовъ подъ личный статутъ, какъ того хотѣлъ Бугіе. Мы видѣли, что этотъ писатель въ обоснованіе своего страннаго мнѣнія утверждаетъ, будто форма акта связана не съ лицомъ, совершающимъ актъ, а съ чиновникомъ, у котораго этотъ актъ совершается. Лэне доказалъ всю неправильность такого разсужденія, основаннаго прежде всего на смѣшеніи публичной функціи чиновника съ дѣеспособностью частнаго лица. Личный статутъ зависитъ отъ lex domicilii; чиновникъ же связанъ lex loci actus. Личный статутъ связываетъ подданныхъ и относительно актовъ, совершаемыхъ за границей, тогда какъ lex loci actus пользуется экстратерриторіальной силой только относительно актовъ, совершаемыхъ въ сферѣ

[1]) Bar I, 338; Buzzati L'autorità delle leggi straniere, p. 66—67.
[2]) Buzzati, 67—69; Bar, I, 339.
[3]) Buzzati, p. 70.

ея дѣйствія. Наконецъ личный статутъ связываетъ только подданныхъ, а lex loci actus — иностранцевъ [1]).

Если оставить въ сторонѣ эти неудачныя объясненія,— теоріи, старающіяся оправдать знаменитое правило, распадаются на двѣ большія группы. Первую можно обобщить подъ названіемъ „теоріи наибольшей пользы"; вторая основана на идеѣ публичнаго порядка.

Первая теорія отказывается отъ юридическаго обоснованія. Она сквозитъ уже въ писаніяхъ итальянскихъ статутаріевъ [2]), называющихъ наше правило „utilis et bona et favorabilis". Она совершенно опредѣленно выступаетъ въ голландской теоріи статутовъ, основывающейся на одной comitas [3]). Она господствуетъ въ современной германской доктринѣ, выводящей правило изъ одного обычая [4]). Самый видный представитель этого направленія, Баръ, утверждаетъ, что „форма сдѣлки является однимъ изъ ея предположеній (Voraussetzungen), и слѣдовательно, должна обсуждаться по тому же праву, которому подчинена сама сдѣлка"; поэтому совершенно невозможно обосновать правило „locus regit actum" a priori. Возникновеніе же его Баръ, согласно съ итальянскими статутаріями, объясняетъ тѣмъ обстоятельствомъ, что въ средніе вѣка всѣ договоры заключались передъ судомъ, и что рѣшенія одного судьи, благодаря фикціи верховенства Императора надъ всѣмъ христіанскимъ міромъ, признавались повсюду (Acta facta coram uno judice fidem faciunt apud alium [5]).

Родоначальникомъ второй теоріи — теоріи публичнаго порядка, по нашему мнѣнію, слѣдуетъ считать Буллыуа. Этотъ авторъ пытался сначала основать господство l. loci

---

[1]) Lainé, II, pp. 378 — 386.
[2]) Lainé, II, p. 356.
[3]) Lainé, II, pp. 387 — 395.
[4]) Wächter, II, 371; Savigny, VIII, 348, Bar, I, 340; см. также Phillimore, IV, DCXXV.
[5]) Bar, I, 340 — 343.

contractus на принципѣ природы вещей [1]). Но затѣмъ Буллнуа относитъ форму актовъ къ реальному статуту: акты, говоритъ онъ, какъ бы „дѣти закона мѣста совершенія, изъ котораго они черпаютъ свою силу; они — вещи мѣста (les contrats sont les choses du lieu); формальности касаются вещи, а не лица, а потому реальны“ [2]).

Лэне находитъ, что Буллнуа исказилъ здѣсь понятіе реальнаго статута не только со стороны содержанія, но и со стороны дѣйствія, такъ какъ реальный статутъ вѣдь строго территоріаленъ, а lex loci contractus имѣетъ повсемѣстную силу [3]). Трудно согласиться съ мнѣніемъ парижскаго профессора. Реальный статутъ экстратерриторіаленъ совершенно въ той же мѣрѣ, что и законъ о формахъ: онъ признается за границей, поскольку онъ не вышелъ изъ предѣловъ своей компетенціи.

Одинъ изъ самыхъ выдающихся сторонниковъ разбираемаго направленія, Лоранъ, полагаетъ, что правило, принятое почти всѣми народами, должно быть основано не только на соображеніяхъ цѣлесообразности. Цѣль формъ — обезпеченіе свободнаго выраженія воли сторонъ, защита ихъ отъ всякаго незаконнаго вліянія и обмана. Очевидно, что законодатель страны, въ которой заключается сдѣлка, наиболѣе компетентенъ для опредѣленія формъ, которыя ведутъ къ достиженію такой цѣли. Поэтому, разъ соблюдены мѣстныя формы, то актъ можетъ считаться выражающимъ волю сторонъ, и потому долженъ быть признанъ повсюду [4]).

Лучше всего теорія публичнаго порядка разработана въ спеціальномъ изслѣдованіи Буццати [5]). Авторъ находитъ [6])

---

[1]) Mais qui peut attester la vérité d'un acte, si ce n'est la loi où il a été passé, et sous l'autorité de laquelle il a été passé? Boullenois, I, p 429.

[2]) I. p. 497.

[3]) Lainé, II, pp. 374 — 378.

[4]) Laurent, II § 236. Подобныя же воззрѣнія высказываютъ Вейссъ (Weiss, p. 253).

[5]) Buzzati, L'antorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili. Torino 1894.

[6]) pp. 51 – 61.

также, что jus strictum и utilitas не должны бы расходиться, и ищетъ раціональнаго основанію правила.

Форма, говоритъ Буццати, есть совокупность внѣшнихъ элементовъ дѣйствительности акта, т. е. тѣхъ его элементовъ которые относятся къ средствамъ проявленія воли [1]). Очевидно. что формы, употребляемыя какимъ нибудь народомъ для его актовъ, находятся въ тѣсной связи съ этическими, религіозными, политическими и экономическими воззрѣніями этого народа, почерпая въ нихъ степень своей строгости, сложности и торжественности. Государство, въ которомъ совершается актъ, имѣетъ, во имя своего суверенитета, право подчинить и подданныхъ и иностранцевъ своимъ законамъ о формахъ,—и другія государства должны признать его компетенцію. По мнѣнію Буццати, въ данномъ случаѣ не можетъ быть конфликта между личнымъ и территоріальнымъ публичнымъ порядкомъ, такъ какъ первый вовсе не заинтересованъ. Законъ о формахъ — продуктъ нравственной и соціальной атмосферы страны, въ которой совершается актъ [2]).

Обратимся теперь къ формамъ брака. И здѣсь мы различаемъ два главныхъ теченія, основывающихъ правило или на пользѣ или на публичномъ порядкѣ. Представители обоихъ теченій должны намъ отвѣтить на два капитальныхъ вопроса: факультативно ли съ точки зрѣнія территоріальнаго закона правило „locus regit actum“ или обязательно? Во всякомъ ли случаѣ отечество брачущихся обязано признать бракъ, совершенный въ формѣ lex loci?

2. Факультативность или обязательность правила съ точки зрѣнія территоріальнаго закона.

Въ итальянской доктринѣ статутовъ правило „locus regit actum“ было введено только какъ льгота, и потому имѣло чисто факультативное значеніе даже въ примѣненіи къ публичнымъ актамъ. Такой же характеръ оно носитъ и у пер-

[1]) Buzzati, p. 99—100.

[2]) Buzzati, pp. 111—121.

выхъ писателей французской доктрины, напр. у Роденбурга. Здѣсь, впрочемъ, вскорѣ совершился переходъ къ теоріи абсолютной силы правила; таково воззрѣніе Булльнуа, Фролана, Бугіе. Однако, только послѣдній обосновываетъ свое мнѣніе, указывая на невозможность для чиновника совершающаго актъ, руководствоваться иностраннымъ закономъ. Въ Голландской школѣ, Губеръ стоитъ за обязательность правила, но выводитъ ее, какъ и Герцій, изъ временнаго подданства контрагентовъ территоріальной власти. Оба эти писателя допускаютъ, впрочемъ, исключенія для монарховъ, пословъ и ихъ свиты. Братья Вуты, наоборотъ, на сторонѣ факультативности, что, конечно, гораздо болѣе гармонируетъ съ духомъ голландской системы [1]).

За факультативность правила стоитъ и Феликсъ. Правило „locus regit actum", говоритъ онъ, есть отступленіе отъ нормально компетентнаго закона мѣстожительства: если есть возможность соблюсти этотъ законъ, то стороны, очевидно, не связаны мѣстными формами [2]).

Писатели, основывающіе правило на обычаѣ, естественно считаютъ его факультативнымъ. Такъ Савиньи полагаетъ, что жители страны, требующей церковной формы вѣнчанія, могутъ прибѣгнуть къ ней и за границей, хотя бы lex loci требовала совершенія гражданскаго обряда: вѣдь форма родины есть форма настоящаго мѣста основанія брака (Sitz der Ehe) [3]). — Броше думаетъ, что обязательность правила шла бы въ разрѣзъ съ практическими тенденціями, вызвавшими его появленіе [4]). Точно также и Филлиморъ разрѣшаетъ брачущимся соблюдать форму lex domicilii [5]).

Уортонъ допускаетъ отступленіе отъ мѣстной формы брака: 1) если ее невозможно было соблюсти; 2) если она противна

---

[1]) см. Lainé, II pp. 395—413.
[2]) Foelix I, § 83.,
[3]) Savigny, VIII, p. 359.
[4]) Brocher, Nouveau Traitè p. 294.
[5]) Phillimore IV, CCCCXXXVIII.

религіознымъ убѣжденіямъ брачущихся; и 3) если само государство мѣста заключенія брака не требуетъ ея соблюденія отъ иностранцевъ—другими словами въ случаѣ отсылки отъ lex loci къ личному закону [1]). Что же касается дипломатическихъ браковъ, то заключать ихъ фикція экстерриторіальности позволяетъ только членамъ семьи пословъ [2]).

Лоранъ крайне непослѣдователенъ въ этомъ вопросѣ. Съ одной стороны, онъ утверждаетъ, что аутентичные акты могутъ быть совершены только въ формѣ lex loci [3]). Для гражданскаго брака онъ и выдерживаетъ этотъ принципъ. Если какое нибудь государство, напр. Бельгія, не допускаетъ, чтобы акты гражданскаго состоянія велись священниками, то иностранныя правительства не могутъ уполномочивать священниковъ на заключеніе браковъ въ Бельгіи, такъ какъ такое полномочіе нарушило бы бельгійскій суверенитетъ [4]). Но Лоранъ разсуждаетъ иначе, когда дѣло касается церковныхъ браковъ. Здѣсь уже выступаютъ соображенія нравственной невозможности для подданныхъ странъ съ гражданской формой брака, вѣнчаться въ церкви, какъ то предписываетъ мѣстный законъ [5]).

Дюранъ указалъ на все противорѣчіе доктрины Лорана, которая сводится къ подчиненію всего міра французскому закону [6]). Самъ Дюранъ придерживается мнѣнія, что національный законъ брачущихся одинъ компетентенъ для обезпеченія свободы ихъ волеизъявленія, такъ какъ это касается ихъ дѣеспособности. Правило locus regit actum основано на терпимости національнаго закона, а потому факультативно [7]). По мнѣнію Дюрана американцы или шотландцы могли бы

---

[1]) Wharton, l. c., §§ 170—178.
[2]) § 179.
[3]) Laurent, II, § 245.
[4]) Laurent, IV, § 237.
[5]) IV, § 232.
[6]) Durand, p. 321: il arrive à imposer à tout le monde la loi francaise.
[7]) p. 316.

даже заключать во Франціи браки per nudum consensum, не нарушая французскаго публичнаго порядка [1]).

Вейссъ считаетъ правило обязательнымъ только въ случаѣ, когда затронутъ „международный публичный порядокъ". Такъ, и по его мнѣнію американцы могутъ заключить во Франціи бракъ per nudum consensum, но никакъ не въ церкви, до гражданскаго обряда, что запрещено уголовнымъ закономъ. Эта теорія, очевидно, исходитъ изъ ложнаго воззрѣнія, что законъ о формахъ обязателенъ только для чиновниковъ, ихъ примѣняющихъ [2]).

Баръ категорически высказывается за факультативность правила. По его мнѣнію, государство нисколько не заинтересовано въ примѣненіи мѣстныхъ формъ къ бракамъ иностранцевъ [3]).

Оливи находитъ желательнымъ, чтобы договоры даровали священникамъ странъ, въ которыхъ бракъ секуляризованъ, право вѣнчать иностранцевъ по ихъ національнымъ законамъ Но при отсутствіи такихъ договоровъ Оливи признаетъ подобные браки за „юридическій non — ens", такъ какъ національная форма лишается территоріальнымъ закономъ всякаго юридическаго значенія [4]), и слѣдовательно не можетъ быть соблюдена.

Точно также и Шеффнеръ лишаетъ актъ, составленный не въ формахъ страны, гдѣ онъ зародился, всякаго юридическаго существованія [5]).

Рѣшительнымъ сторонникомъ обязательности правила является Буцдати. Теорія Лорана, говоритъ онъ, приводитъ къ учрежденію спеціальныхъ чиновниковъ гражданскаго состоянія для иностранцевъ въ странѣ, не признающей вовсе гражданскаго брака; теорія же Оливи ведетъ къ признанію

---

[1]) Durand, pp. 327—335.
[2]) Weiss, Traité, p. 480—481.
[3]) Bar I, p. 461.
[4]) Olivi въ Revue 1883, p. 237 — 238.
[5]) Schäffner, § 83.

религіознаго брака для однихъ иностранцевъ въ странѣ, допускающей одинъ гражданскій бракъ. Территоріальный публичный порядокъ не допускаетъ отступленій отъ мѣстной формы [1]).

Ф. Ф. Мартенсъ [2]) стоитъ за обязательность правила, безразлично для туземцевъ и иностранцевъ. Точно также и Нимейеръ [3]) не видитъ основанія, по которому иностранцы должны были бы имѣть привилегіи на заключеніе браковъ въ другой формѣ, чѣмъ та, которая обязательна для туземцевъ. Того же мнѣнія Фильдъ [4]).

3. Соотношеніе національнаго закона брачущихся и lex loci actus.

Всегда-ли обязано отечество брачущихся признать бракъ, заключенный за границей съ соблюденіемъ мѣстной формы?

Уже Булльнуа допускаетъ отступленіе отъ правила „locus regit actum“ въ случаѣ, если кто либо удаляется за границу съ спеціальною цѣлью обойти законы домициля [5]). Точно также и Бугіе не дозволяетъ обхода законовъ [6]). Онъ одобряетъ, однако, юриспруденцію, разрѣшающую соблюденіе мѣстной формы, если хоть одинъ изъ брачущихся дѣйствовалъ bona fide [7]).

Теорія in fraudem legis господствуетъ также, какъ мы видѣли, въ голландской доктринѣ статутовъ: оба Вута и Губеръ не допускаютъ, чтобы законы о формахъ могли бы быть обойдены чрезъ путешествіе за границу [8]). Того же мнѣнія Феликсъ: правило locus regit actum теряетъ свою силу черезъ одно намѣреніе сторонъ обойти національный

---

[1]) Buzzati, L'autorità delle leggi etc., pp. 282 — 286.
[2]) II, § 71.
[3]) Niemeyer, Vorschläge, p. 196.
[4]) Dudley Field, outlines of an international Code, § 550.
[5]) См. у Lainé II, p. 395.
[6]) Chap. XXI, § 48.
[7]) Chap. XXVIII, §§ 63 — 66.
[8]) Ср. Laine II, p. 394 — 395.

законъ, хотя бы отечество не прямо запрещало пользованіе мѣстными формами [1]). Еще Герцій высказался противъ теоріи „in fraudem legis“ [2]), и она отвергается большинствомъ новѣйшихъ писателей. Такъ, Шеффнеръ полагаетъ, что актъ, совершенный не въ формахъ legis loci, вовсе не существуетъ, а потому не можетъ быть признанъ даже въ отечествѣ брачущихся [3]). Особенно же блестящее опроверженіе пресловутой теоріи in fraudem legis мы находимъ у Вехтера [4]).

Обходъ закона, говоритъ этотъ авторъ, совершаетъ тотъ, кто согласуетъ свое дѣйствіе съ буквой закона и въ то же время нарушаетъ его духъ и внутренній смыслъ. Но тотъ, кто отправляется за границу для совершенія тамъ акта въ наименѣе стѣснительной или наиболѣе пріятной для себя формѣ, совершаетъ вполнѣ дозволенное дѣйствіе: отечественные законы не воспрещаютъ заключать сдѣлки въ формахъ lex loci. Тутъ нѣтъ наличности fraus, а есть только выборъ формъ, какъ это бываетъ, напр., при различныхъ формахъ завѣщаній въ одномъ государствѣ. Мотивы же выбора безразличны для оцѣнки дѣйствительности акта. О fraus можно было бы еще говорить, если бы отечественный законъ разрѣшалъ употребленіе мѣстной формы въ случаяхъ крайней необходимости, и наши подданные симулировали бы такую необходимость. Но хотя обычное право и возникло именно изъ такой необходимости, но теперь она не является непремѣннымъ условіемъ дѣйствія правила.

Такого же мнѣнія Уортонъ, указывающій, кромѣ того что установленіе fraus почти невозможно, и что съ принятіемъ теоріи обхода законовъ ни одинъ заграничный бракъ не былъ

[1]) Foelix I, § 82.

[2]) Hertius, l. c. Sectio IV, X. „Matrimonium juxta solennitates loci alicujus, ubi sponsus et sponsa commorabantur, contractum non potest praetextu illo rescindi quod in domicilio aut patria mariti aliae solennitates observentur (p. 179, Editio 1700).

[3]) Schäffner, § 83.

[4]) Archiv Band 25, pp. 413 — 417.

бы опезпеченъ отъ опороченія [1]). Буццати, приводящій тѣ же аргументы [2]), замѣчаетъ весьма остроумно, что даже въ случаѣ намѣренія сторонъ совершить fraus, матеріальный элементъ этой fraus отсутствуетъ, такъ какъ нѣтъ нарушенія закона.

Теорія „in fraudem legis“ ставитъ дѣйствительность брака въ зависимость отъ намѣренія самихъ брачущихся. Въ послѣднее время Лоранъ выставилъ теорію, по которой соблюденіе національнаго закона обязательно за границей при извѣстныхъ свойствахъ этого закона, а именно, если онъ разсматриваетъ бракъ какъ „acte solennel“. Такимъ „acte solennel“ считается, однако, только гражданскій бракъ, такъ что по этому ученію французы или бельгійцы не имѣли бы права заключить церковный бракъ въ Россіи, русскіе же должны были бы соблюдать во Франціи и Бельгіи гражданскую форму вѣнчанія [3]). Дюранъ указалъ на всю несправедливость этого ученія, которое могло бы лишить многихъ лицъ возможности вступить въ бракъ въ странѣ, не знающей аутентичной формы, предписанной отечествомъ [4]).

Подробнѣе всего и этотъ вопросъ разработанъ у Буццати. Различіе между „acte solennel“ и актомъ частнымъ — чисто-формальное. Изъ того, что въ аутентичномъ актѣ наличность извѣстной формы обусловливаетъ его дѣйствительность, не слѣдуетъ, что эта форма перестала быть формой и сдѣлалась существеннымъ элементомъ акта: она всетаки служитъ средствомъ проявленія воли сторонъ. Поэтому нѣтъ основанія не распространять на нея правила „locus regit actum“ [5]). Вообще національный законодатель, по мнѣнію автора, не компетентенъ для регулированія формъ актовъ, совершаемыхъ

[1]) Wharton, l. c, §§ 181 — 182.

[2]) Buzzati, p. 156.

[3]) Ср. Laurent, IV §§ 225, 228, 230. Нужно, однако, замѣтить, что Лоранъ здѣсь, какъ и всюду, сильно себѣ противорѣчитъ. Ср. напр. § 228 и 232.

[4]) Durand, p. 312.

[5]) Buzzati, pp. 132 — 135.

за границей, такъ какъ эти формы нисколько не касаются дѣеспособности [1]).

Въ частности, гражданская форма брака не можетъ быть обязательна внѣ предѣловъ установившей ея власти [2]); участіе чиновника не есть существенный элементъ, а только дополнительная формальность такого акта. Но то же самое слѣдуетъ сказать и о религіозномъ вѣнчаніи, поскольку рѣчь идетъ о католическихъ и протестанскихъ бракахъ, при которыхъ священникъ лишь testis spectabilis. Кромѣ того нужно помнить, что компетенція священниковъ зависитъ отъ государствъ, а не отъ церквей. Поэтому два испанца никакъ не могутъ заключить чистаго церковнаго брака въ Италіи, такъ какъ итальянскіе священники не могутъ быть уполномочены на такое вѣнчаніе ни Испаніей, ни Италіей [3]). Только въ восточной церкви религіозное вѣнчаніе не можетъ быть отнесено къ формѣ [4]).

Прямую противоположность „фанатизму гражданскаго брака“ (Bar) Лорана составляетъ ученіе Савиньи. Что касается подданныхъ странъ съ гражданской формой вѣнчанія, то они безусловно могутъ заключать за границей церковные браки. Но не наоборотъ. Законъ, требующій церковнаго вѣнчанія, имѣетъ нравственно-религіозное основаніе и стало быть принудительную силу, а потому онъ связываетъ своихъ подданныхъ и за границей. Поэтому Савиньи требуетъ отъ нихъ совершенія религіознаго обряда по возвращеніи на родину, придавая ему обратную силу за все время отъ заключенія гражданскаго брака [5]). Такой же „фанатизмъ религіознаго брака“ можно констатировать у Оливи [6]).

---

[1]) pp. 160 — 162.

[2]) pp. 205 — 207.

[3]) Buzzati, pp. 240 — 247.

[4]) Nel matrimonio ortodosso il sacramento sta al di fuori della forma, p. 248.

[5]) Savigny, VIII, pp. 356—357.

[6]) Revue 189, pp. 230—232.

Баръ [1]) подвергаетъ всѣ эти непослѣдовательности строгой критикѣ. Въ международномъ правѣ, говоритъ онъ, мы знаемъ только права государствъ, а не церквей. Церковное вѣнчаніе, принятое государствомъ А, для В имѣетъ значеніе государственнаго вѣнчанія, и священникъ А является для В чиновникомъ гражданскаго состоянія. И точно также гражданскій обрядъ, обязательный въ В, долженъ быть признанъ въ А, какъ форма государства В.

4. Дипломатическіе и консульскіе браки.

Даже у писателей, стоящихъ за абсолютную силу правила locus regit actum, мы встрѣчаемъ допущеніе исключенія для дипломатическихъ и консульскихъ браковъ. Мы должны поэтому разсмотрѣть эти браки особо.

Право дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ на заключеніе браковъ никакъ нельзя выводить изъ фикціи экстерриторіальности. По справедливому замѣчанію Лорана [2]), фикція эта, единственное основаніе которой — обезпеченіе независимости пословъ, не имѣетъ ни малѣйшаго оправданія, когда рѣчь идетъ о составленіи какого нибудь акта. Да изъ самаго понятія „фикціи“, противополагаемой „принципу“, слѣдуетъ что она не можетъ получить распространительнаго толкованія. Кромѣ того, консульскіе агенты никогда не пользовались внѣземельностью [3]).

Нельзя также основывать дипломатическіе браки на экстерриторіальности посольскихъ зданій. Эти зданія, какъ замѣчаетъ Баръ [4]) остаются подчиненными мѣстной судебной и полицейской власти и только пользуются извѣстными привилегіями.

Писатели, считающіе правило „locus regit actum“ факультативнымъ, основываютъ компетенцію дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ на одномъ полномочіи отечественной

---

[1]) Bar, I, pp 472—476.
[2]) Laurent, III, § 82.
[3]) Laurent, IV, p. 460.
[4]) Bar, I, 466.

власти. Такъ напр. Баръ утверждаетъ, что браки, заключаемые этими агентами, между соотечественниками вовсе не нуждаются въ признаніи территоріальной власти [1]). Такого же мнѣнія Вейссъ [2]). Дюранъ [3]). Другіе, какъ напр. Фильдъ [4]) надѣляютъ такой универсальной дѣйствительностью дипломатическіе браки даже тогда, когда только одинъ изъ брачущихся соотечественникъ посла.

Сторонники абсолютной силы правила locus regit actum могутъ, конечно, привести только одно формальное основаніе для отступленія отъ него въ данномъ случаѣ: согласіе территоріальной власти. Такъ Лоранъ указываетъ на то, что національный законодатель не имѣетъ права нарушать иностранный суверенитетъ, назначая чиновниковъ для функціонированія въ чужой странѣ [5]). Ф. Ф. Мартенсъ [6]), замѣчаетъ: „Территоріальные законы указываютъ предѣлы осуществленія правъ, данныхъ консульствамъ и посольствамъ въ отношеніи заключенія браковъ“.—Внутреннее же основаніе такой уступки территоріальной власти кроется, конечно, въ потребностяхъ международнаго общенія. Тамъ, гдѣ невозможно заключить бракъ въ мѣстной формѣ, территоріальное государство обязано признать браки, совершаемые по національному закону [7]). Таково мнѣніе Буццати [8]), Нимейера [9]), Блюнчли [10]).

Нѣкоторые писатели допускаютъ дипломатическіе браки только для самихъ членовъ посольствъ. Сюда относятся: проф. Ф. Ф. Мартенсъ [11]) Уортонъ [12]) Геффтеръ [13]).

[1]) I, p. 466.
[2]) Weiss, p. 384.
[3]) Durand, p. 322.
[4]) Field, § 551.
[5]) Laurent, IV, §§ 246—249.
[6]) II, p. 318.
[7]) Laurent, IV, § 258.
[8]) Buzzati, p. 289.
[9]) Niemeyer, p. 198.
[10]) Bluntschli, § 221, примѣчаніе.
[11]) II, p. 318.
[12]) Wharton, § 179.
[13]) Изданіе бар. Таубе, § 213.

II. Институтъ Международнаго Права.

На Гейдельбергской сессіи 1897 года Институтъ обсуждалъ, какъ мы уже знаемъ, три проекта кодификаціи международнаго брачнаго права: 1) Арнца и Вестлэка, 2) Бара и Брузы, 3) Кенига [1]).

Проектъ Арнца и Вестлэка подчинялъ формы браковъ lex loci actus, дозволяя однимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ вѣнчать соотечественниковъ какъ между собою, такъ и съ иностранцами.

Проектъ Бара и Брузы признавалъ факультативную силу правила locus regit actum, разрѣшая брачущимся пользоваться также формами своего общаго отечества. Однако въ той же 2 статьѣ проектъ дѣлалъ обязательнымъ заключеніе брака передъ чиновникомъ гражданскаго состоянія, если lex loci предписываетъ эту форму независимо отъ религіи брачущихся.—Соблюденіе національныхъ формъ въ извѣстныхъ случаяхъ можетъ явиться даже необходимостью, напр. въ странахъ варварскихъ или съ недостаточно торжественными формами вѣнчанія. Отсюда неизбѣжность консульскихъ и дипломатическихъ браковъ (ст. 3). Бракъ можетъ быть даже заключенъ въ формѣ отечества одного мужа, такъ какъ жена все равно черезъ бракъ переходитъ въ подданство этой страны; за женою остается однако право оспаривать въ теченіе 2 лѣтъ дѣйствительность брака передъ властями своего отечества (Art 4.).

Въ проектѣ Кенига, временно принятомъ на Брюссельской сессіи 1885 года, бракъ, заключенный въ формахъ lex loci, признается повсюду (ст. 1); въ то же время повсемѣстно признается бракъ, заключенный въ національной формѣ обоихъ брачущихся или одного мужа, если lex loci знаетъ одно церковное вѣнчаніе (ст. 3). Проектъ Кенига требуетъ также регистраціи браковъ въ отечествѣ мужа (ст. 4); опу-

[1]) См. Annuaire IX, pp. 64—107.

щеніе формальности оглашеній на родинѣ не должно вліять на дѣйствительность брака, если нѣтъ разрывающихъ препятствій (ст. 5). и если lex loci не требуетъ оглашеній.

Въ замѣткѣ, представленной Институту, Ассеръ сильно критикуетъ послѣднее постановленіе проекта Кенига. По мнѣнію голландскаго ученаго, оглашенія имѣютъ при заграничныхъ бракахъ еще большее значеніе, чѣмъ при бракахъ, заключаемыхъ внутри страны, такъ какъ брачущимся легче скрыть свои намѣренія. Поэтому Ассеръ предлагаетъ оглашеніе брака на родинѣ сдѣлать обязательнымъ, возложивъ его на дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ.

Во время преній 6 Сентября 1887 года, Кенигъ и Вестлэкъ энергично высказались за обязательную силу правила locus regit actum, за единственнымъ исключеніемъ для дипломатическихъ и консульскихъ браковъ. Первый указалъ, что чиновникъ гражданскаго состоянія, какъ и священникъ, могутъ соблюдать только lex loci; второй, что ознакомленіе съ этимъ закономъ легче всего для сторонъ. Баръ и Ліонъ-Канъ возражали, что система ихъ противниковъ лишитъ подданныхъ странъ съ церковной формой вѣнчанія или безъ всякой формы возможности вообще сочетаться бракомъ въ странѣ съ гражданскимъ обрядомъ. На это Кенигъ замѣтилъ, что въ случаяхъ перваго рода иностранцы, напр. русскіе могутъ вѣнчаться у своихъ пословъ, которые добудутъ имъ священниковъ; что же касается подданныхъ такихъ странъ, какъ Америка, то нельзя допустить браки, заключенные per nudum consensum, безъ всякой аутентичной формы, такъ какъ ихъ нельзя будетъ тогда доказать. Фильдъ предложилъ даже вотировать матеріальную норму, предписывающую обязательную публичность обряда бракосочетанія.

Институтъ высказался, наконецъ, за обязательность правила locus regit actum. Что же касается браковъ, заключаемыхъ дипломатическими и консульскими агентами, то восторжествовало мнѣніе, по которому эти агенты могутъ сочетать только своихъ соотечественниковъ.

Но уже въ слѣдующемъ 1888 году, въ Лозаннѣ, Институтъ при обсужденіи окончательной редакціи регламента ослабилъ обязательность правила locus regit actum новымъ исключеніемъ. Въ самомъ дѣлѣ „Международный регламентъ конфликтовъ законовъ въ области брака и развода“ гласитъ:

„Ст. 1. Законъ, опредѣляющій форму заключенія брака, есть законъ страны мѣста заключенія.

Ст. 2. Тѣмъ не менѣе признаются повсюду дѣйствительными со стороны формы:

1. Браки, совершенные въ нехристіанскихъ странахъ согласно капитуляціямъ.

2. Дипломатическіе или консульскіе браки, совершенные въ формѣ страны посольства или консульства, если оба брачущіеся принадлежатъ этой странѣ.

Ст. 3. Если въ какой либо странѣ форма заключенія чисто религіозная, то иностранцы должны имѣть право совершать свои браки въ законныхъ формахъ своей родины, или передъ дипломатическими или консульскими властями мужа, даже если эти власти не признаются чиновниками гражданскаго состоянія въ странѣ, гдѣ они аккредитованы.

Ст. 4. Каждый бракъ, заключенный за границей, долженъ быть удостовѣренъ оффиціальнымъ документомъ и сообщенъ властямъ родины мужа [1]).

Очень любопытный комментарій къ 3 ст. регламента далъ во время преній Глассонъ. По его мнѣнію французы могли бы заключать въ Россіи гражданскіе браки, пользуясь формами, введенными у насъ для раскольниковъ [2]).

Отмѣтимъ еще 8 статью „регламента о дипломатическихъ преимуществахъ“ (Reglement sur les Immunités diplomatiques), принятаго 13 Августа 1895 года въ Кэмбриджѣ: „Акты, которые публичный министръ или его представитель совершаетъ лично, или въ которыхъ онъ участвуетъ, какъ оффи-

[1]) Публикаціи, какъ мы видѣли, отнесены къ внутреннимъ условіямъ заключенія брака.

[2]) Annuaire, X, p. 69. Текстъ регламента, p. 75.

ціальное лицо и согласно національному закону, потому что они касаются его соотечественниковъ — дѣйствительны, если этотъ законъ соблюденъ и не взирая на lex loci, какъ бы то были акты, сдѣланные или совершенные въ самой странѣ министра... [1])".

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагская Конференція 1893 года.

Докладъ I коммисіи, учрежденной Гаагской Конференціей 1893 года, высказался за правило „locus regit actum", однако съ существенными ограниченіями. Съ одной стороны, государства съ чисто-религіозной формой вѣнчанія получаютъ право не признавать гражданскихъ браковъ своихъ подданныхъ заключенныхъ за границей. Что же касается дипломатическихъ и консульскихъ браковъ, то коммисія различаетъ: 1. Случаи, когда они заключаются въ странахъ съ гражданской формой вѣнчанія. Здѣсь названные браки не являются необходимостью и могутъ быть допущены только, когда касаются соотечественниковъ агентовъ, и съ согласія мѣстной власти. 2. Случаи заключенія въ странахъ съ одной религіозной формой вѣнчанія. Здѣсь обращеніе къ дипломатическимъ или консульскимъ агентамъ является уже необходимостью, и потому коммисія распространяетъ ихъ компетенцію на браки, въ которыхъ одинъ женихъ ихъ соотечественникъ [2]). Отечество невѣсты, признающее одинъ церковный бракъ, имѣетъ, однако, право не признать ея союза, заключеннаго у посла или консула. И кромѣ того, коммисія рекомендуетъ правительствамъ уполномочивать своихъ агентовъ на заключеніе

[1]) Annuaire, Tome XIV, p. 242.

[2]) Нѣкоторые члены коммисіи стояли даже за компетенцію консула жениха или невѣсты.

браковъ только въ крайнихъ случаяхъ, когда нѣтъ возможности воспользоваться мѣстными формами [1]).

Во время преній конференціи 22 Сентября 1893 года, г. Ассеръ внесъ предложеніе объ обязательности совершенія оглашеній, предписанныхъ національнымъ закономъ. Предложеніе это принято конференціей, послѣ того какъ г. Рено разъяснилъ, что вліяніе отсутствія оглашеній на дѣйствительность брака будетъ зависѣть отъ національнаго закона брачущихся [2]).

Статья о дипломатическихъ и консульскихъ бракахъ вызвала оживленные споры. Германскій делегатъ бар. Секендорфъ и датскій г. Матценъ требовали признанія права совершать такіе браки за агентами того или другого брачущагося, Русскіе делегаты гг. Мартенсъ и Манухинъ, наоборотъ, требовали отклоненія статьи, уполномочивающей иностранныхъ агентовъ на заключеніе гражданскихъ браковъ въ Россіи. Въ результатѣ текстъ, предложенный коммисіей (Art 5, № 2), принятъ конференціей большинствомъ всѣхъ голосовъ противъ голоса одной Россіи.

23 Сентября редакціонная коммисія представила ст. 4 и 5 протокола о бракѣ въ слѣдующемъ видѣ:

Ст. 4. Будетъ всюду считаться дѣйствительнымъ со стороны формы бракъ, совершенный по законамъ страны заключенія.

Тѣмъ не менѣе страны, съ религіозной формой вѣнчанія, могутъ не признавать дѣйствительными браковъ своихъ подданныхъ, заключенныхъ за границей безъ соблюденія этой формы.

Точно также должны быть соблюдены постановленія національнаго закона относительно оглашеній.

Достовѣрная копія акта о совершеніи брака должна быть передаваема властямъ государствъ, къ которымъ принадлежатъ супруги.

[1]) Actes de la Conférence de la Haye. I partie, 1893, pp. 47—49.
[2]) Actes etc., 1893, p. 40—41.

Ст. 5. Будутъ также признаваться повсюду дѣйствительными со стороны формы:

1. Бракъ, заключенный передъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ, сообразно съ его законодательствомъ, если оба брачущіеся принадлежатъ странѣ, отъ которой зависитъ посольство или консульство, и если законы страны мѣста заключенія брака этому не противятся.

2. Бракъ, совершенный передъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ государства, которому принадлежитъ мужъ, сообразно съ его закономъ, но только въ странахъ, гдѣ форма заключенія исключительно церковнаго характера.

Однако это постановленіе не обязываетъ государства, требующаго церковнаго вѣнчанія, считать такой бракъ дѣйствительнымъ.

По прочтеніи этихъ статей, проф. Мартенсъ возобновилъ свой протестъ противъ n° 2 Art 5, имѣющаго, на его взглядъ, въ виду именно Россію [1]). Протестъ русскаго делегата возъимѣлъ свое дѣйствіе. 26 Сентября президентъ конференціи предложилъ въ интересахъ большаго авторитета ея постановленій отказаться отъ параграфа, котораго не можетъ принять Россія. Предложеніе это прошло единогласно, и n° 2 Art 5 исключенъ изъ протокола [2]).

Съ этими постановленіями конференціи любопытно сопоставить резолюцію касательно правила „locus regit actum“, вотированную академически и не вошедшую въ окончательный протоколъ:

„Форма актовъ регулируется закономъ мѣста совершенія, однако частные акты могутъ быть совершены въ формахъ, допущенныхъ совпадающими національными законами всѣхъ сторонъ.

Если законъ, которому подчинено какое нибудь постановленіе, требуетъ, какъ существенное условіе, чтобы актъ имѣлъ „торжественную форму“ (forme solennelle), то стороны

[1]) Actes etc., 1893, p. 52.

[2]) Actes etc., 1893, pp. 68 — 69.

не могутъ прибѣгнуть къ другой формѣ“ [1]). Докладъ II коммиссіи, выработавшей эту резолюцію, поясняетъ, что формы самой аутентичности зависятъ отъ lex loci. Очевидно, что мѣстная власть, совершающая торжественный актъ, одна компетентна для опредѣленія формы, дѣлающей его торжественнымъ [2]).

II. Гаагская Конференція 1894 года.

4 статья Гаагскаго протокола 1893 года о бракѣ принята безъ измѣненія конференціей 1894 года [3]). Зато 5 статья встрѣтила оппозицію уже въ коммиссіи. Румынскій делегатъ г. Миссиръ потребовалъ, чтобы заключительныя слова „если законы страны мѣста заключенія не противятся этому“ были отброшены; г. Миссиръ исходилъ изъ мысли, что всѣ государства противятся заключенію дипломатическихъ браковъ, такъ какъ прямо не дозволяютъ ихъ; поэтому при сохраненіи условія о непротиворѣчіи территоріальнымъ законамъ, 5 статья потеряла бы всякое значеніе. Докладъ коммиссіи возражаетъ, что изъ молчанія законодательствъ нельзя еще вывести ихъ отрицательнаго отношенія къ дипломатическимъ бракамъ; такъ, уже по праву взаимности, государства, уполномочивающіе своихъ агентовъ на вѣнчаніе своихъ подданныхъ за границей, должны признавать такое же право и за иностранными агентами. Съ другой стороны предложеніе г. Миссира слишкомъ радикально, такъ какъ несомнѣнно существуютъ страны, не допускающія совершенія у нихъ означенныхъ браковъ. Но и при сохраненіи условія, 5 статья не потеряетъ практическаго значенія, такъ какъ гарантируетъ признаніе браковъ въ третьихъ государствахъ [4]).

На засѣданіи конференціи 3 Іюля 1894 года президентъ предложилъ, во вниманіе къ замѣчаніямъ г. Миссира,

---

[1]) Actes etc., 1893, p. 55.
[2]) Ibidem, p. 60.
[3]) Actes etc., 1894, p. 44.
[4]) Actes etc., 1894, pp. 48—49.

прибавить къ словамъ „не противится этому“ слово „открыто“ — „expressément“. Но эта поправка отклонена большинствомъ всѣхъ голосовъ противъ двухъ (Румыніи и Россіи), при чемъ Швейцарія и Голландія воздержались отъ голосованія [1]).

Другая поправка къ 5 статьѣ предложена была въ коммиссіи г. Бейхманомъ, делегатомъ Норвегіи. Сообщивъ, что норвежская церковь высылаетъ въ разные порты Европы и Америки священниковъ для духовныхъ нуждъ норвежскихъ моряковъ, онъ потребовалъ, чтобы браки, совершаемые этими лицами, были приравнены къ дипломатическимъ и консульскимъ бракамъ. Докладъ коммисіи отвѣчаетъ г. Бейхману, что въ пользу такой компетенціи нельзя уже приводить право взаимности, и что ни одно государство ея не признаетъ [2]). Тѣмъ не менѣе г. Бейхманъ внесъ свое предложеніе въ конференціи, и оно было отвергнуто большинствомъ всего 2 голосовъ. За него вотировали: Россія, Швеція, Норвегія, Австрія, Данія и Италія; воздержались: Испанія и Швейцарія; противъ вотировали: Германія, Венгрія, Бельгія, Франція, Люксенбургъ, Голландія, Португалія и Румынія [3]).

5 статья осталась такимъ образомъ безъ измѣненія, какъ и 4-я. Приводимъ французскій текстъ обѣихъ статей:

„Art 4: Sera reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré suivant la loi du pays où il a eu lieu.

Il est toutefois entendu, que les pays dont la législation exige une célébration religieuse, pourront ne pas reconnaître comme valables les mariages contractés par leurs nationaux à l'étranger sans observer cette prescription.

Il est également entendu que les dispositions de la loi nationale, en matière de publications, devront etre respectées.

Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays, auquel appartiennent les époux.

---

[1]) Actes etc., 1894, p. 44.
[2]) Actes 1894, p. 49.
[3]) Actes 1894, p. 45.

Art 5. Sera également reconnu partout comme valable, quant à la forme, le mariage célébré devant un agent diplomatique ou consulaire, conformément à sa législation, si les deux parties contractantes appartiennent à l'État dont relève la légation ou le consulat, et si la législation du pays où le mariage a été célébré, ne s'y oppose pas [1])".

III. Критика гаагскаго протокола.

1. Обычное международное право, какъ мы видѣли, высказывается за факультативность правила „locus regit actum" какъ только дѣло идетъ о заграничныхъ бракахъ туземцевъ [2]). Намъ кажется, однако, что этотъ обычай не соотвѣтствуетъ интересамъ международнаго общенія. Государства, считающія, всѣ безъ исключенія, правило locus regit actum безусловно обязательнымъ для иностранцевъ, брачущихся въ предѣлахъ территоріи, должны принять обязательность правила и для заграничныхъ браковъ своихъ подданныхъ.

Устанавливая у себя церковный или гражданскій бракъ, государство руководствуется извѣстными религіозными или соціальными мотивами, одинаково касающимися браковъ какъ туземцевъ, такъ и иностранцевъ. При церковной формѣ вѣнчанія, государство исходитъ изъ воззрѣнія на бракъ, какъ на договоръ, нуждающійся въ особомъ благословеніи церкви. При гражданской формѣ вѣнчанія государство заботится, главнымъ образомъ, о свободѣ вступленія въ бракъ между лицами всѣхъ исповѣданій и объ обезпеченіи правильнаго надзора за движеніемъ населенія страны; очевидно, что иностранцы, съ одной стороны, должны имѣть право на ту же свободу, что и туземцы, и что съ другой, они обязаны прибѣгать къ гарантирующей эту свободу формѣ уже по тому одному, что правильное регистрированіе браковъ иностранцевъ можетъ имѣть громадное значеніе и для туземцевъ. Поэтому, ни одно

[1]) Actes etc., 1894, Protocole final, 2.

[2]) Только Франція, Бельгія и Италія стоятъ за обязательную силу правила при заграничныхъ бракахъ подданныхъ этихъ государствъ.

государство, введшее у себя извѣстную форму вѣнчанія, не можетъ разрѣшить своимъ чиновникамъ вѣнчать иностранцевъ по другому обряду; оно нарушило бы принципъ равноправности туземцевъ и иностранцевъ, создавъ въ пользу послѣднихъ привилегіи, могущія послужить во вредъ первымъ. Тѣмъ менѣе другое государство можетъ притязать на право назначенія чиновниковъ на нашей территоріи, для вѣнчанія иностранцевъ по ихъ національной формѣ. Управленіе такихъ актовъ добровольной юрисдикціи на чужой территоріи, есть умаленіе территоріальнаго суверенитета [1]).

Собственно говоря, въ настоящемъ случаѣ не должно быть никакого конфликта между національнымъ и территоріальнымъ суверенитетами. Отечество брачущихся заинтересовано только въ томъ, чтобы ихъ воля получила безспорное, точное, аутентичное выраженіе, а условія этой безспорности, точности и аутентичности могутъ быть установлены только мѣстнымъ законодательствомъ. Если въ какой-либо странѣ духовенство признано слишкомъ неспособнымъ или неблагонадежнымъ элементомъ для того, чтобы довѣрить ему веденіе актовъ гражданскаго состоянія — то, спрашивается, въ интересахъ ли странъ съ церковной формой вѣнчанія, чтобы спеціально для ихъ подданныхъ примѣнялись формы, представляющія наименьшія гарантіи достовѣрности? Россія можетъ находить, что русское католическое духовенство вполнѣ подходитъ для совершенія браковъ католиковъ; но о пригодности французскаго католическаго духовенства для этой функціи она должна предоставить судить французскому законодателю. И это въ интересахъ русскихъ же подданныхъ [2]).

[1]) Такое умаленіе допустимо только въ одномъ случаѣ, именно когда этого требуютъ интересы международнаго общенія (см. п. 4).

[2]) Сказанное въ текстѣ можетъ послужить опроверженіемъ приведенныхъ выше (стр. 123—124) воззрѣній Арсена Лорана. Государство вводитъ извѣстную форму вѣнчанія вовсе не для своихъ подданныхъ, а для всѣхъ брачущихся на его территоріи. Что же касается примѣненія національной формы при дипломатическихъ бракахъ, то это исключеніе объясняется международной необходимостью, которую нельзя привести въ пользу допущенія религіозныхъ браковъ иностранцевъ (см. выше стр. 235).

2. Конфликтъ наступаетъ лишь тогда, когда государства расходятся въ самомъ пониманіи „формы“ брака, т. е. когда государства съ гражданской формой вѣнчанія конструируютъ бракъ какъ „acte solennel“, требуя соблюденія этой „solennité“ даже за границей, и когда государства съ религіозной формой вѣнчанія относятъ ее къ существеннымъ или внутреннимъ условіямъ брака; другими словами, когда мы имѣемъ дѣло съ „коллизіей опредѣляемыхъ понятій“ (Collision der Anknüpfungsbegriffe).

Теорія „contrat solennel“ не обязываетъ, на нашъ взглядъ, подданныхъ страны съ гражданской формой брака къ соблюденію ея и за границей: сами сторонники ея признаютъ, что условія самой торжественности или аутентичности опять таки опредѣляются по lex loci. Поэтому логическое развитіе теоріи Лорана приводитъ къ праву француза заключать церковный бракъ въ Россіи.

Иное затрудненіе представляютъ законодательства, подобно русскому, считающія участіе церкви въ бракѣ за элементъ его сущности, для которыхъ бракъ безъ такого участія не есть бракъ. Мы видѣли, что здѣсь слѣдуетъ различать браки православныхъ отъ браковъ другихъ исповѣданій, для которыхъ участіе церкви есть несомнѣнно формальность, установленная только для Россіи. Браки же православныхъ нуждаются въ согласіи и благословеніи церкви точно также, какъ прежде браки въ нѣкоторыхъ странахъ нуждались въ согласіи суверена, а теперь въ согласіи родителей. Если придерживаться субъективнаго или національнаго метода, т. е. исходить изъ цѣлей отдѣльныхъ государствъ, то этотъ конфликтъ неразрѣшимъ. Lex loci actus не можетъ требовать, чтобы Россія признавала браки, заключенные съ нарушеніемъ такихъ условій вступленія въ бракъ, которыя по русскому воззрѣнію считаются личными. Но, съ другой стороны, lex loci не можетъ отказаться отъ своего воззрѣнія на вѣнчаніе, какъ на внѣшнее условіе дѣйствительности брака, и, поэтому, будетъ придавать юридическое значеніе только территоріальной формѣ.

3. Станемъ теперь на точку зрѣнія международнаго общенія. Во первыхъ, мы констатируемъ международное обычное право, по которому браки, заключенные въ формѣ закона мѣста совершенія, должны быть признаны повсюду. Если за абсолютную силу правила „locus regit actum“ при заграничныхъ бракахъ высказываются только немногія государства (Франція, Бельгія, Италія), то за факультативную силу стоятъ всѣ, за исключеніямъ Россіи, Греціи, Испаніи (для католиковъ), и Турціи (для православныхъ).

Нарушаютъ ли эти государства существующее нынѣ международное обычное право?

Нѣтъ сомнѣнія, что они нарушаютъ его, если отказываются признавать заграничные гражданскіе браки своихъ неправославныхъ подданныхъ, для которыхъ таинство брака не заключается въ участіи церкви. Но можетъ ли международное общеніе требовать отъ отдѣльныхъ государствъ, чтобы они измѣнили свои „опредѣляемыя понятія“, свои „Anknüpfungsbegriffe“, т. е. въ данномъ случаѣ свое воззрѣніе на безусловную необходимость церковнаго вѣнчанія?

Намъ кажется, что да. Громадное большинство государствъ, подчинившее во имя международнаго общенія форму браковъ закону мѣста совершенія, исходило, конечно, изъ понятія формы, принятаго въ его средѣ, какъ совокупности внѣшнихъ элементовъ дѣйствительности акта. Обычное право имѣло, слѣдовательно, своимъ объектомъ всякое средство констатированія воли брачущихся.

Говоря это, мы ничуть не хотимъ утверждать, что международное общеніе можетъ требовать отъ Россіи измѣненія института церковнаго брака. Было бы крайне несвоевременно и неумѣстно отнести церковный бракъ къ числу тѣхъ институтовъ, отмѣны или модификаціи которыхъ внутри даннаго государства можно требовать именемъ международнаго общенія. Но общеніе это въ правѣ требовать, чтобы этотъ институтъ, проявляясь во внѣ, не нарушалъ общечеловѣческихъ интересовъ. Государство можетъ продолжать смотрѣть на церковное бла-

гословеніе брака, какъ на существенный его элементъ, когда вѣнчаніе происходитъ внутри страны; но оно не можетъ навязать этого своего воззрѣнія всѣмъ другимъ государствамъ, въ предѣлахъ которыхъ его подданные вступаютъ въ браки. Иначе, вообще не будетъ никакого международнаго обычнаго права. Самыя установившіяся, самыя безспорныя нормы обходились бы подъ предлогомъ несовпаденія „опредѣляемаго понятія“ у международнаго общенія, съ одной стороны, и у диссентирующаго государства, съ другой.

Мы видѣли [1]), что при конфликтахъ отдѣльныхъ государствъ между собою, квалификація отношеній и понятій можетъ быть, конечно, сдѣлана только съ точки зрѣнія lex fori. Но разъ мы становимся на международную точку зрѣнія, то имѣемъ, конечно, право исходить изъ той квалификаціи, которая признана сообразной съ интересами всего международнаго общенія.

4. Съ точки зрѣнія международнаго общенія, отступленіе отъ lex loci допустимо только въ одномъ случаѣ: когда брачущіеся лишены возможности прибѣгнуть къ мѣстной формѣ. Случай этотъ довольно часто разбирается, какъ мы видѣли, въ англійской судебной практикѣ.

Предположимъ, что французъ или нѣмецъ, не принадлежащіе ни къ какому исповѣданію (confessionslos), пожелаютъ сочетаться бракомъ въ Россіи: тогда не окажется возможнымъ обвѣнчать ихъ ни въ какой церкви. Въ самомъ дѣлѣ, 65 ст. 1 ч. X т., Св. Зак., разрѣшающая иновѣрцамъ вѣнчаніе въ православной церкви, за неимѣніемъ собственныхъ храмовъ, ставитъ непремѣннымъ условіемъ принадлежность брачущихся къ христіанству. Такимъ образомъ, названный иностранецъ былъ бы фактически лишенъ возможности вступить въ бракъ въ Россіи, если ему не позволить или воспользоваться гражданской формой, введенной у насъ для раскольниковъ, или же вступить въ бракъ передъ своимъ консуломъ.

[1]) Томъ I.

Въ данномъ случаѣ мѣстный законъ представляется съ извѣстнымъ пробѣломъ, какъ бы намѣренно оставленнымъ для восполненія національнымъ закономъ брачущихся. Между тѣмъ, разъ признана обязательность lex loci actus, то каждое государство въ правѣ требовать отъ этого закона, чтобы онъ сдѣлалъ свою форму брака доступной для иностранцевъ; разъ этого нѣтъ, то отечество брачущихся не можетъ не позаботиться о своихъ подданныхъ. Поэтому, иностранные агенты должны имѣть право вѣнчать своихъ соотечественниковъ въ случаѣ, и только въ случаѣ невозможности прибѣгнуть къ мѣстной формѣ.

5. До сихъ поръ мы стояли исключительно на точкѣ зрѣнія права. Но международный законодатель не долженъ, конечно упускать изъ виду и соображенія политики. Политика заставитъ его иногда отказаться отъ полнаго осуществленія какого либо международнаго права, дабы не „потрясти основъ“ того или другого государства. Вѣдь такое потрясеніе косвенно потрясетъ и все международное общеніе, и выигрывая въ одномъ пунктѣ, международный законодатель потеряетъ въ другомъ. Бѣда заключается здѣсь лишь въ томъ, что констатированіе такого „потрясенія основъ“ невозможно сдѣлать объективно, и что оно по просту возвращаетъ насъ къ теоріи публичнаго порядка. Поэтому, слѣдуетъ помнить, что уступки, дѣлаемыя тому или другому государству во имя его публичнаго порядка, носятъ чисто-временный, политическій характеръ, а отнюдь не постоянный, юридическій. Уступки эти суть неизбѣжное пока зло, которое исчезнетъ съ бо́льшимъ уравненіемъ культуръ въ разныхъ странахъ [1]).

Обратимся теперь къ четвертой и пятой статьямъ Гаагскаго протокола.

6. Прежде всего мы позволимъ себѣ протестовать противъ редакціи перваго alinea 4-ой статьи. Изъ него какъ будто слѣдуетъ, что правило „locus regit actum“ имѣетъ только факультативную силу. По нашему мнѣнію слѣдовало

[1]) См. I томъ.

бы выразиться такъ: „Le mariage devra être célébré suivant la loi du pays on il a lien“.

Второй параграфъ 4-ой статьи даетъ странамъ съ церковной формой вѣнчанія право не признавать заграничныхъ гражданскихъ браковъ своихъ подданныхъ. Послѣ всего сказаннаго, мы должны характеризовать этотъ параграфъ, какъ не соотвѣтствующій интересамъ международнаго общенія. Но, мало того, легко видѣть, что онъ нарушаетъ интересы подданныхъ самой страны съ церковнымъ вѣнчаніемъ; очень часто за границей нѣтъ возможности вступить въ бракъ въ формѣ отечественной церкви, и вмѣстѣ съ тѣмъ представляется неотложная необходимость въ совершеніи брака: (случай русскаго православнаго, умирающаго въ городѣ Франціи, гдѣ нѣтъ православной церкви, и желающаго посредствомъ брака узаконить положеніе вдовы и дѣтей). Помимо того, непризнаніе гражданскихъ браковъ нашихъ подданныхъ, совершенныхъ за границей, даетъ имъ возможность обходить наши законы о единобрачіи. При настоящемъ положеніи вещей, русскій подданный имѣетъ полную возможность обмануть неопытную дѣвушку, русскую или иностранку, вступивъ съ ней въ гражданскій бракъ за границей, а затѣмъ, покинувъ ее, вступить въ новый, уже церковный бракъ въ Россіи. Такой второй бракъ будетъ во всемъ остальномъ цивилизованномъ мірѣ считаться полигамическимъ, и вступившій въ него, если окажется возможно, преданъ уголовному суду; потомство второго брака во всей Европѣ будетъ считаться незаконнымъ, и только у насъ законнымъ. Обратное будетъ имѣть мѣсто для потомства перваго брака.

Ненормальность такого порядка вещей очевидна. Но его нельзя измѣнить, пока отечество брачущихся будетъ относить церковное вѣнчаніе къ внутреннимъ условіямъ дѣйствительности брака. Мнѣнію Европы о необходимости уравненія понятія формы брака во имя международнаго общенія, Россія и Греція противопоставили свое убѣжденіе, что такое уравненіе нарушитъ ихъ жизненные интересы, а, слѣдо-

вательно, и интересы международнаго общенія. Гаагская Конференція. очевидно убѣдилась въ томъ, что косвенный вредъ, угрожающій международному общенію отъ безусловнаго принятія формулы locus regit actum (черезъ потрясеніе основъ Россіи и Греціи) значительнѣе прямого, ощущаемаго при настоящемъ положеніи вещей — и поэтому санкціонировала для названныхъ странъ особое jus singulare. Вопросъ теперь въ томъ, насколько этотъ косвенный вредъ реаленъ. Мы лично не беремся объ этомъ судить, но должны, всетаки, констатировать что онъ опредѣленъ не съ международной, а съ національной точки зрѣнія, и что Гаагскій протоколъ уклонился въ данномъ случаѣ въ сторону довольно опаснаго субъективизма.

Тѣмъ не менѣе, было бы нелѣпо осуждать Конференцію за уступки, безъ которыхъ не было бы достигнуто никакого соглашенія. За то нужно замѣтить, что въ этихъ уступкахъ конференція пошла дальше, чѣмъ слѣдовало. Мы уже доказали выше, что церковное вѣнчаніе является существенною принадлежностью только православныхъ браковъ, а никакъ не католическихъ, протестантскихъ, еврейскихъ и мухаммеданскихъ. Поэтому мы имѣемъ возможность нѣсколько уменьшить число печальныхъ конфликтовъ, измѣнивъ разбираемый параграфъ слѣдующимъ образомъ.

„Тѣмъ не менѣе, страны съ религіозной формой вѣнчанія могутъ не признавать дѣйствительными браковъ своихъ православныхъ подданныхъ, заключенныхъ за границей безъ соблюденія этой формы“.

7. Переходимъ къ 5-ой статьѣ протокола.

Мы не основываемъ дипломатическихъ и консульскихъ браковъ на правѣ внѣземельности, а потому не приводимъ различія между тѣми и другими. Единственное, но за то международно-правовое ихъ основаніе — невозможность для брачущихся заключить бракъ въ мѣстной формѣ, потому ли, что они находятся въ нецивилизованной странѣ, или потому, что они принадлежатъ къ вѣроисповѣданію, не имѣющему

церквей въ данной странѣ, или, наконецъ, потому, что они не принадлежатъ ни къ какому вѣроисповѣданію. Въ этихъ случаяхъ lex loci не столько уступаетъ національному закону, сколько просто бездѣйствуетъ. Поэтому дипломатическіе и консульскіе браки не могутъ быть допущены въ странахъ съ гражданской формой вѣнчанія, гдѣ они совершенно излишни, такъ какъ всѣмъ брачущимся доступны формы lex loci. По той же причинѣ невозможно допустить совершеніе въ такихъ странахъ браковъ священниками, делегированными иностранными правительствами, какъ то предлагалъ г. Бейхманъ на Гаагской конференціи. Эту послѣднюю мѣру нѣтъ основаній принять и для Россіи, такъ какъ у насъ по 65 ст. 1 ч., X т., Св. Зак., иновѣрцы могутъ вѣнчаться въ православной церкви, т. е. по обряду lex loci.

Наше воззрѣніе подтверждается международной практикой. Дѣйствительно, хотя всѣ почти государства разрѣшаютъ своимъ консуламъ совершать браки ихъ соотечественниковъ за границей, очень немногія изъ нихъ склонны признавать консульскіе браки въ собственныхъ предѣлахъ. Такъ напр., Англія, Швейцарія, Германія не допускаютъ ихъ вовсе, съ явнымъ нарушеніемъ принципа взаимности. Во Франціи и Бельгіи юриспруденція тоже относилась до сихъ поръ къ такимъ бракамъ враждебно. Говоря словами Kahn'a, консульскіе браки допускаются только въ „strikte Ausdehnungsnormen", т. е. въ нормахъ односторонне расширяющихъ собственную компетенцію, а не являются содержаніемъ нормъ разграниченія юрисдикцій (Grenznormen).

Намъ предстоитъ теперь рѣшить вопросъ, слѣдуетъ ли право иностранныхъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ на совершеніе браковъ ограничить ихъ соотечественниками?

Мы высказываемся противъ этого ограниченія, по слѣдующимъ причинамъ.

Въ нашей системѣ консульскіе и дипломатическіе браки должны быть допускаемы во всѣхъ случаяхъ, когда невоз-

можно прибѣгнуть къ мѣстной формѣ. Очевидно, что если французъ, не принадлежащій ни къ какому вѣроисповѣданію, пожелаетъ сочетаться въ Россіи бракомъ съ нѣмкой, тоже не исповѣдующей никакой религіи, то имъ невозможно воспользоваться русскою формой вѣнчанія. Поэтому совершеніе такого брака слѣдуетъ дозволить и французскому, и нѣмецкому дипломатическому или консульскому агенту. Нѣтъ никакого основанія дать это право одному агенту отечества жениха, какъ это иногда дѣлается. Такое ограниченіе стѣснитъ заключеніе браковъ, такъ какъ легко можетъ случиться, что въ данномъ городѣ не будетъ представителя государства жениха.

Международное обычное право все болѣе высказывается за расширеніе компетенціи консуловъ для заключенія смѣшанныхъ браковъ. Такое полномочіе имѣютъ въ настоящее время консула Франціи (законъ 1899 года), Бельгіи, Италіи Швейцаріи, Германіи, Даніи, Англіи.

Мы не усматриваемъ въ изложенной системѣ никакихъ нарушеній правъ государствъ съ чистоцерковной системой вѣнчанія. Очевидно, что иностранные представители не могутъ обвѣнчать иностранцевъ съ туземцами, ни даже иностранцевъ, исповѣдующихъ признанную lex loci религію: и въ томъ и другомъ случаѣ имѣется возможность прибѣгнуть къ lex loci и слѣдовательно наша формула непримѣнима.

Выставленное нами положеніе выведено изъ идеи международнаго общенія. Поэтому добавленіе 5 ст. разбираемаго протокола, по которому дипломатическіе и консульскіе браки зависятъ еще отъ допущенія ихъ lex loci,—намъ кажется неправильнымъ. Мы присоединяемся къ протесту г. Миссира.

Наконецъ слѣдуетъ еще оговорить, что браки членовъ посольствъ, которые одни пользуются правомъ экстерриторіальности, могутъ быть всюду совершаемы въ формѣ національнаго закона.

Въ виду всего сказаннаго мы предложили бы измѣнить 5 статью протокола о бракѣ слѣдующимъ образомъ. „Въ слу-

чаѣ полной невозможности для брачущихся воспользоваться мѣстной формой, бракъ будетъ считаться дѣйствительнымъ, если онъ совершенъ передъ дипломатическимъ или консульскимъ представителемъ отечества одного изъ будущихъ супруговъ.

Браки членовъ посольствъ, пользующихся правомъ экстерриторіальности, могутъ быть всюду заключены въ формѣ національнаго закона".

8. Разсмотримъ теперь III параграфъ 4 статьи протокола о бракѣ, касающійся оглашеній. Параграфъ этотъ, какъ мы видѣли, предписываетъ совершеніе оглашеній согласно національнымъ законамъ брачущихся.

Большинство государствъ, какъ мы знаемъ, не связываютъ дѣйствительности заграничныхъ браковъ своихъ подданныхъ съ оглашеніемъ ихъ на родинѣ [1]). Другія (Франція, Бельгія) ставятъ ничтожность браковъ, совершенныхъ безъ оглашеній въ зависимость отъ намѣренія брачущихся обойти туземные законы. И та и другая система намъ кажутся неправильными. Для того, чтобы достигнуть своей цѣли — предупредить заключеніе браковъ, которые потомъ придется признать ничтожными — оглашенія должны быть совершены прежде всего въ странѣ, гдѣ обыкновенно лучше всего извѣстны личныя отношенія брачущихся, то-есть на ихъ родинѣ. А разъ такія оглашенія необходимы съ международной точки зрѣнія, то совершеніе ихъ должно быть обезпечено. Здѣсь невозможно ограничиться наложеніемъ штрафа на брачущихся и священника. Санкціей же можетъ быть только абсолютная ничтожность брака, заключеннаго безъ оглашеній. Ставить эту ничтожность въ зависимость отъ намѣренія сторонъ обойти отечественные законы, особо констатируемаго судомъ, — значитъ вносить въ область международнаго брачнаго права элементы неустойчивости и неопредѣленности, которыя мы наблюдаемъ въ современной франко-бельгійской юриспруденціи.

---

[1]) Такъ напр. Италія, Голландія, Швейцарія, Австрія, Швеція, Англія.

Мы высказываемся, поэтому, противъ толкованія III параграфа 4 статьи разбираемаго протокола, предложеннаго г. Рено и принятаго конференціей [1]). Конференція допустила здѣсь совершенно неправильную отсылку къ національному закону. Разъ совершеніе оглашеній на родинѣ признано необходимымъ съ международной точки зрѣнія, то это совершеніе должно быть обезпечено независимо отъ воззрѣній національнаго закона брачущихся.

Намъ кажется, кромѣ того, что III параграфъ 4 статьи слѣдовало бы редактировать такимъ образомъ, чтобы самое совершеніе оглашеній на родинѣ не зависѣло отъ національнаго закона вступающихъ въ бракъ. Иныя страны (напр. Австрія) не требуютъ отъ своихъ подданныхъ, брачущихся за границей, совершенія оглашеній на родинѣ. Значитъ-ли это, что и послѣ принятія Гаагскаго протокола, эти подданные не будутъ обязаны къ такому совершенію? Намъ кажется, что какъ совершеніе оглашенія, такъ и санкція ихъ, составляетъ норму не частнаго международнаго, а универсальнаго права, и что потому III параграфъ слѣдовало бы редактировать такимъ образомъ.

„Оглашенія должны быть совершены и на родинѣ брачущихся, подъ страхомъ ничтожности брака".

Такое постановленіе, кажущееся, на первый взглядъ, черезчуръ строгимъ, на самомъ дѣлѣ послужитъ только устойчивости брачныхъ отношеній въ предѣлахъ будущаго Гаагскаго союза.

9. Переходимъ къ транскрипціи брака. И здѣсь мы имѣемъ дѣло съ нормой универсальнаго права, предписанной въ интересахъ международнаго общенія и независимой отъ національнаго закона. Въ данномъ случаѣ и сама конференція признала эту независимость. „Une copie authentique de l'acte de mariage sera transmise aux autorités du pays, auquel appartiennent les époux", читаемъ мы въ IV параграфѣ 4 статьи.

---

[1]) См. выше стр. 227.

Несоблюденіе постановленія о транскрипціи не можетъ, конечно, вліять на дѣйствительность брака. Транскрипція является только найлучшимъ средствомъ доказательства факта брака, а не вліяетъ на его заключеніе, какъ оглашенія. Сообщая родинѣ брачущихся иностранцевъ копіи брачныхъ актовъ, государство мѣста заключенія браковъ совершаетъ только актъ международной правовой помощи, несовершеніе котораго можетъ только повести къ реторсіи, а никакъ не къ признанію ничтожнымъ самого брака, который можетъ быть доказанъ и инымъ путемъ.

Международное обычное право тоже высказывается противъ вліянія транскрипціи на дѣйствительность брака.

IV. Программа Русскаго правительства, выработанная въ виду III Гаагской Конференціи.

На засѣданіи Совѣщанія, образованнаго при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ 5 Мая 1898 года, Р. В. фонъ-Фрейманъ высказалъ по поводу 4 ст. Гаагскаго протокола слѣдующія мысли.

„Правило, изложенное во второмъ абзацѣ разсматриваемой статьи, предоставляющее государствамъ, законодательства коихъ требуютъ церковнаго совершенія брака, не признавать дѣйствительности браковъ, заключенныхъ ихъ подданными за границею безъ соблюденія этого требованія, ... ни въ чемъ не измѣняетъ существующаго въ настоящее время и признаваемаго всѣми крайне нежелательнымъ положенія вещей: и нынѣ русское правительство не признаетъ законными браковъ, заключенныхъ его подданными за границею однимъ только гражданскимъ порядкомъ безъ послѣдующаго вѣнчанія въ церкви. Одного указанія на это послѣдствіе въ имѣющей послѣдовать международной конвенціи не будетъ достаточно для удержанія русскихъ отъ заключенія за границей гражданскихъ браковъ, ибо конвенція эта останется для громаднаго большинства заинтересованныхъ лицъ неизвѣстною.

Кромѣ того, надлежитъ имѣть въ виду, что цѣль какъ такой конвенціи, такъ вообще предшествовавшихъ и будущихъ работъ конференцій по международному частному праву клонится не къ тому, чтобы удержать отъ вступленія въ бракъ внѣ своего отечества, но къ тому, чтобы обезпечить за браками, заключенными при такихъ условіяхъ силу законнаго супружескаго союза повсемѣстно, и въ частности въ отечествѣ супруговъ". Эта цѣль, по мнѣнію г. фонъ-Фреймана, могла бы быть достигнута тѣмъ, что государства съ гражданской формой брака, дополнили свои законодательства правиломъ: „либо о томъ, что подданные государствъ, признающихъ лишь церковный бракъ, обязаны представить чиновнику гражданскаго состоянія, помимо прочихъ доказательствъ соблюденія ими условій для вступленія въ бракъ, упомянутыхъ въ ст. 3 разсматриваемой программы, еще метрическое свидѣтельство священника ихъ вѣроисповѣданія о состоявшемся вѣнчаніи, либо о томъ, что чиновникъ гражданскаго состоянія, совершивъ надъ брачущимися гражданскій обрядъ бракосочетанія, выдаетъ имъ о семъ письменное удостовѣреніе не ранѣе, какъ по представленіи ему вышеозначеннаго свидѣтельства священника". Мѣра эта предлагалась еще въ 1889 году Оберъ-Прокуроромъ Св. Синода.

„По поводу изложеннаго предложенія, поддержаннаго представителемъ Св. Синода, К. И. Дылевскимъ, П. Н. Гуссаковскій замѣтилъ, что и предлагаемая, идущая весьма далеко, мѣра не вполнѣ устраняетъ неудобствъ, противъ которыхъ она направлена, ибо между совершеніемъ брака гражданскимъ и церковнымъ порядкомъ всегда пройдетъ болѣе или менѣе продолжительный промежутокъ времени, а потому возможны случаи, что одинъ и тотъ же бракъ, совершенный въ одномъ изъ сихъ двухъ порядковъ, не будетъ совершенъ въ другомъ. По его мнѣнію, для огражденія интересовъ русскихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ за границею, представляется наиболѣе вѣрнымъ, чтобы имъ было извѣстно, что заключенные ими гражданскіе браки не будутъ признаваемы въ Россіи.

Съ своей стороны, предсѣдатель выразилъ опасенія, что иностранныя правительства не согласятся допустить въ пользу русскихъ подданныхъ столь существенное отступленіе отъ началъ ихъ внутреннихъ законодательствъ, какъ требованіе—для дѣйствительности брака — помимо гражданскаго его совершенія, также и церковнаго вѣнчанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ Ф. Ф. Мартенсъ указалъ на другое средство къ достиженію до нѣкоторой степени преслѣдуемой цѣли, а именно на вмѣненіе въ обязанность нашимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ въ чужихъ краяхъ регистрировать браки русскихъ подданныхъ и предварить ихъ о послѣдствіяхъ заключенія брака гражданскимъ порядкомъ безъ послѣдующаго церковнаго вѣнчанія.

За всѣмъ тѣмъ, однако, совѣщаніе, исходя изъ того соображенія, что въ повсемѣстной крѣпости брачнаго союза, заключеннаго гдѣ бы то ни было, однако заинтересованы всѣ государства, въ частности же какъ то государство, въ предѣлахъ коего бракъ совершенъ, такъ и то, подданными котораго являются брачущіеся, и полагая, что вышеприведенное предложеніе Р. В. фонъ-Фреймана наиболѣе близко приводить къ этой цѣли, единогласно постановило выразить въ журналѣ засѣданія пожеланіе, чтобы наши делегаты на предстоящей 3-й международной конференціи въ Гаагѣ направили свои старанія къ тому, чтобы въ проектъ имѣющей быть выработанной конвенціи было внесено правило, въ силу коего браки, въ коихъ одна или обѣ стороны принадлежатъ къ подданнымъ такихъ государствъ, законодательства коихъ требуютъ церковнаго совершенія бракосочетанія, пріобрѣтали бы силу законности лишь въ томъ случаѣ, если, независимо отъ соблюденія требованія мѣстнаго закона, они были повѣнчаны въ церкви. При этомъ опредѣленіе подробностей примѣненія этого правила на практикѣ, въ частности же рѣшеніе вопроса о томъ, долженъ ли церковный обрядъ бракосочетанія предшествовать гражданскому или же слѣдовать за нимъ, надлежитъ, по мнѣнію совѣщанія, предоставить вну-

треннему законодательству тѣхъ странъ, въ коихъ бракъ совершается“ [1]).

Сообразно съ вышесказаннымъ, Совѣщаніе предложило второй абзацъ ст. 4 Гаагскаго протокола о бракѣ замѣнить слѣдующимъ правиломъ: „Браки, въ коихъ одна или обѣ стороны принадлежатъ къ подданнымъ такихъ государствъ, законодательства коихъ требуютъ религіознаго обряда бракосочетанія, пріобрѣтаютъ силу законности лишь въ случаѣ, если, независимо отъ соблюденія требованій мѣстнаго закона, они были совершены духовнымъ лицомъ надлежащаго вѣроисповѣданія“.

Мы, съ своей стороны, можемъ только присоединиться къ мнѣнію Ф. Ф. Мартенса. Врядъ ли какое либо государство согласится принять предложенное Совѣщаніемъ измѣненіе 4-й статьи, нарушающее безспорныя права территоріальнаго суверенитета [2]).

5-я статья Гаагскаго протокола о бракѣ оставлена Совѣщаніемъ безъ измѣненія.

---

[1]) Журналы Совѣщанія для изученія программы созываемой въ 1899 году, въ городѣ Гаагѣ, Нидерландскимъ Правительствомъ, третьей Международной Конференціи по частному Международному праву, стр. 10—12.

[2]) См. объ этомъ ниже стр. 231 и слѣд.

Отдѣлъ третій.

Личныя отношенія между супругами.

Глава первая.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.

A. Старое французское право.

Статуты, регулирующіе дѣеспособность замужней женщины, считались французскими парламентами, по общему правилу, за личные.

Таковъ былъ напр. знаменитый Senatusconsultum Vellejanum, лишающій женъ права поручительства за мужей; эта недѣеспособность признавалась всюду, разъ она была установлена lex domicilii [1]). Однако въ то же время, способность жены къ поручительству, установленная закономъ мѣстожительства, могла разсчитывать на признаніе только, поскольку

[1]) Stcsltum Vellejanum былъ отмѣненъ королемъ Генрихомъ IV въ 1606 году; но такъ какъ эдиктъ былъ зарегистрованъ не во всѣхъ парламентахъ, то и происходили столкновенія статутовъ. Примѣры судебныхъ рѣшеній, признавшихъ личный характеръ статута: Parlement de Paris 6 Juillet 1677; 21 Août 1692; 4 Mars 1693; 4 Avril 1707; 22 Juin 1714; 20 Mai 1716. — Parl de Rouen 22 Juin 1693. — Parl. de Flavacourt 6 Sept. 1664. — Parl. de Fiesque même date. — Parl. de Monsuré 30 Juillet 1687. — Parl. de Janvval 4 Sept. 1688. — Parl. de Bethune d'Orval 20 Juin 1689. — Parl. de Bethomas Août 1704 (см. у Froland, Memoires II, p. 984—986 и Merlin, Répertoire, Sénatusconsult. Velléien § II).

этотъ законъ сталкивался съ личными же статутами, дѣйствующими въ мѣстѣ нахожденія вещи; реальный же статутъ могъ сдѣлать жену неспособной къ поручительству вопреки ея lex domicilii [1]).

Въ другихъ случаяхъ парламенты послѣдовательнѣе проводятъ личное начало. Способность и неспособность жены къ составленію завѣщанія помимо разрѣшенія мужа безразлично обсуждается по lex domicilii, хотя бы завѣщаніе касалось иностранныхъ недвижимостей [2]). За личный характеръ статута о супружеской власти высказался также Совѣтъ короля, признавъ дѣйствительность даренія, совершеннаго женою безъ спеціальнаго разрѣшенія требуемаго по lex loci sitae [3]). Парижскій парламентъ высказался даже за личный характеръ статута, уполномочивающаго разлученную съ мужемъ жену отчуждать и завѣщать съ разрѣшенія судьи [4]).

[1]) Такъ рѣшилъ Парижскій парламентъ 12 Іюня 1717 года, отказавъ домицилированной въ Парижѣ парижанкѣ въ правѣ поручиться за мужа принадлежащими ей въ Нормандіи имѣніями; и это потому, что нормандская Coutume содержитъ не только личный Statutum Vellejanum (не связывающій жительницы Парижа), но и другой реальный статутъ, касающійся отчужденія имущества женщинъ. (См. Boullenois, Traité, I, Observ, XIII, pp. 187 — 196). — Merlin, Répertoire, Statutum Wellejanum § II и ссылки.

[2]) Parl. de Paris 26 Juillet 1679 (Froland Memoires I, 59; Boullenois I, Questions sur les demissions des biens, p. 84) рѣшилъ, что жена, имѣющая право завѣщанія по lex domicilii, свободно упражняетъ его даже въ Бургундіи, гдѣ требуется разрѣшеніе мужа. И, наоборотъ, Parl. de Paris 1614 призналъ ничтожнымъ завѣщаніе бургундской жены, составленное безъ разрѣшенія мужа, хотя земли лежали не въ Бургундіи (Bouhier l. c. I, Ch. XXIV, § 117—119). Ср. также Parl. de Flandre 30 Mars 1697 и 21 Janv. 1768 (Merlin, Répertoire, Testament Sect. I. § V. Art I. III). Въ послѣднемъ рѣшеніи завѣщаніе признано ничтожнымъ, хотя lex loci actus позволяло женѣ обойтись безъ разрѣшенія мужа.

[3]) Arrêt de la Grand' Chambre 20 Déc. 1779, confirmé par le Conseil du Roi (Merlin, Répertoire, Autorisation Maritale, Sect. X, III).

[4]) Parl. de Paris 13 Juillet 1729 (Merlin, Répertoire, Testament, Sect. I, § V, Art I, IV). Merlin критикуетъ это рѣшеніе; по его мнѣнію этотъ статутъ (Art 8 Chap. 122 des Chartes Générales de Hainaut) реаленъ, такъ какъ требованіе разрѣшенія судьи есть умаленіе общей дѣеспособности вытекающей для супруговъ изъ состоянія разученія (état de Séparation).

Пріобрѣтеніе женою новаго домициля, согласно компетентному толкованію кассаціоннаго суда, не освобождало ее отъ супружеской власти [1]).

B. Дѣйствующее право.

1. Французскіе супруги за границей.

Личныя отношенія между французскими супругами, въ силу общаго принципа Art 3. § 3 Code Civil, и за границей остаются подчиненными національному закону [2]). Поло-

[1]) Cour de Cassation 19 Janvier 1807 (Merlin, Répertoire. Testament. Sect. I, § V, Art I, V) призналь ничтожнымъ завѣщаніе разлученной жены, домицилированной во время брака въ Бургундіи, но перенесшей свой домицилъ въ Лионъ, гдѣ и составила завѣщаніе безъ разрѣшенія мужа. по lex loci.

[2]) Приводимъ важнѣйшія изъ статей Code Civie регулирующихъ положеніе замужней француженки:

Art 212. Les epoux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

Art 213. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

Art 214. La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider; le mari est obligé de la recevoir, et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état.

Art 215. La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens.

Art 217. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit.

Art 218. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.

Art 219. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari directement devaut le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil.

Art 220. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et au dit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux...

Art 223. Toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme

женіе это, принятое французской юриспруденціей и наукой [1]), съ особенной силою отстаивалось ими въ знаменитомъ дѣлѣ княгини Бофремонъ, французской подданной, разлученной съ мужемъ и натурализовавшейся безъ его разрѣшенія въ Германіи. Натурализація эта была признана недѣйствительной во французскихъ судебныхъ инстанціяхъ.

Сенскій судъ и парижская аппеляціонная палата разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ. Въ силу Art 217 Code Civil, жена не можетъ вступать ни въ какія имущественныя сдѣлки безъ разрѣшенія мужа. Тѣмъ паче она не имѣетъ права мѣнять безъ его разрѣшенія національность, опредѣляющую ея юридическое положеніе (état). Разлученіе (séparation) прекращаетъ только обязанность сожительства, но изъ того, что разлученная француженка можетъ поселиться за границей безъ разрѣшенія мужа, никакъ не слѣдуетъ ея право перемѣнить подданство [2]). Напротивъ того, изъ Art 1449 слѣдуетъ, что разлученная жена получаетъ лишь право свободнаго управленія всѣмъ своимъ имуществомъ, и право распоряженія движимымъ.

Art 226. La femme peut tester sans l'autorisation de son mari.

Art 1096. Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables. La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari ni par la justice Ces donations ne seront point révoquées par la survenance d'enfants.

Art 1595. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux que dans les trois cas suivants: 1° Celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits 2°. Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté. 3° Celui où la femme cède ses biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté . . . . . .

[1]) См. напр. C. de Paris 10 Août 1872 (Journal 1874, p. 128); француженка можетъ составить завѣщаніе безъ разрѣшенія мужа (по Art 226, с. l.) даже въ Калифорніи, гдѣ такое разрѣшеніе необходимо. Weiss l. c., p. 494 — 495. Despagnet, p. 415 — 416.

[2]) Этотъ скачекъ дѣлаетъ между прочимъ проф. Holtzendorf, Journal Clunet 1876, pp. 5—15.

Кассаціонный судъ подтвердилъ приговоры низшихъ инстанцій о ничтожности германской натурализаціи княгини въ глазахъ французскаго закона. Онъ отмѣтилъ при этомъ, что французскіе суды некомпетентны для опредѣленія юридическаго значенія этой натурализаціи съ точки зрѣнія германскаго закона [1]). Это послѣднее замѣчаніе — прекрасный отвѣтъ на положеніе Блюнчли, что натурализація есть суверенный актъ дарующаго государства, не подлежащій критикѣ иностранныхъ судовъ.

Блюнчли и Гольцендорфъ толкуютъ въ свою пользу Art. 17 Code Civil, по которому французъ натурализовавшійся за границей, теряетъ свою національность. Но проф. Лаббэ отвѣчаетъ на это вполнѣ основательно, что такая потеря предполагаетъ натурализацію, совершенную лицомъ дѣеспособнымъ и свободнымъ отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ Франціи [2]). Иногда ссылаются также на букву Art 217, который не говоритъ о необходимости разрѣшенія мужа для натурализаціи. Если принять такое буквальное толкованіе, то придется всякой замужней женщинѣ, не только разлученной, дать право перемѣнить подданство на другое утро послѣ свадьбы, что врядъ ли входило въ намѣренія законодателя [3]).

2. Иностранные супруги во Франціи.

При обсужденіи личныхъ отношеній иностранныхъ супруговъ французскіе суды не исключительно руководствуются національнымъ закономъ. Иногда они примѣняютъ территоріальный статутъ во имя т. наз. публичнаго порядка.

Почти всѣ рѣшенія сходятся въ опредѣленіи дѣеспособ-

---

[1]) Tr. Seine 10 Mars 1876 et Cour de Paris 17 Juillet 1876 (Sirey 1876, II, 249). Cassation, 18 Mars 1878 (Sirey 1878, I, 193).

[2]) Ср. Holtzendorff, Journal 1876, p. 5—15; Bluntschli, Revue pratique de Droit Français, Tome 41, p. 305—334; Labbé, Journal Clunet 1877, p. 9.

[3]) Weiss, l. c., p. 289.

ности замужней иностранки по ея національному закону [1]). За то ст. 212 — 214 Code Civil считаются примѣнимыми къ иностраннымъ супругамъ независимо отъ ихъ личнаго статута. Обязанность жены повиноваться мужу, жить съ нимъ подъ однимъ кровомъ и всюду слѣдовать за нимъ, равно какъ обязанность мужа защищать и содержать жену — одинаково основываются французскими судами на требованіяхъ публичнаго порядка, международнаго и даже естественнаго права. Поэтому суды эти объявляютъ себя компетентными для принятія мѣръ, клонящихся къ водворенію жены подъ кровомъ мужа, къ обезпеченію ея существованія и пр., хотя здѣсь затронуты интересы двухъ иностранцевъ. Парижскій аппеляціонный судъ формулируетъ эту теорію слѣдующимъ образомъ: гражданскіе эффекты брака иностранцевъ опредѣляются по ихъ личному статуту; послѣдствія же, вытекающія изъ „естественнаго закона“ и международнаго права — по lex fori [2]). На основаніи этой юриспруденціи можно съ

[1]) C. Bastia 16 Février 1844 (Sirey 1844, II, 663): Иностранка можетъ искать и отвѣчать во французскихъ судахъ безъ разрѣшенія мужа, если оно не требуется по законамъ ея отечества. — C. Paris 1880 (Journal 1880, p. 477): Женщина изъ Франкфурта можетъ обязываться векселями за мужа для предупрежденія его несостоятельности. — Trib. Nogent le Rotrou 7 Juin 1878 (Journal 1879, p. 277): Разведенная нѣмка (бывшая француженка) признается вполнѣ дѣеспособной согласно нѣмецкому закону. — Trib. Seine 12 Avril 1882 (Journal 1882, p. 619): Португальская жена можетъ судиться во французскихъ судахъ безъ разрѣшенія мужа.— Trib. Seine 18 Avril 1893 (Journal 1893, p. 1169): Русская жена можетъ во Франціи вступать въ договоръ безъ разрѣшенія мужа. См. также C. de Chambéry 1884 (Journal 1884, p. 180) и Trib. de Commerce Seine 10 Mai 1886 (Journal 1887, p. 183). — Contra только Cour de Paris 15 Mars 1831: Испанская замужняя женщина можетъ во Франціи поручиться за долги своего мужа, хотя ея поручительство недѣйствительно по испанскому закону Это рѣшеніе подверглось суровой критикѣ Лорана (Laurent, Droit Civil International V, §§ 68 — 69).

[2]) C. Paris 20 Avril 1880 (Journal 1880, p. 300). Ср. также Tr. d'Evreux 15 Fév. 1861 (Sirey 1871, II, 45); „que compétents pour assurer à la femme étrangère l'assistance, la protection, les aliments et les secours que lui doit son mari en France, comme partout ailleurs, leur (des tribunaux français) compétence existe par identité de raison pour la contraindre à

увѣренностью сказать, что иностранный мужъ не можетъ принимать во Франціи по отношенію къ своей женѣ принудительныхъ мѣръ, не допускаемыхъ французскимъ закономъ [1]).

§ 2. Бельгія.

Проектъ новаго бельгійскаго гражданскаго кодекса утверждаетъ практику франко-бельгійской юриспруденціи спеціальнымъ текстомъ. Art 4 du Titre préliminaire подчиняетъ личныя и семейныя права національному закону. Этотъ принципъ касается какъ бельгійцевъ, такъ и иностранцевъ, гдѣ бы они ни находились, и гдѣ бы ни были совершены обсуждаемые акты. Докладъ коммисіи, разработавшей проектъ, прямо отвергаетъ примѣненіе lex loci contractus, рекомендуемое нѣкоторыми, какъ коррективъ національнаго принципа въ случаяхъ „bonne foi“ другого контрагента [2]).

Такимъ образомъ дѣеспособность бельгійскихъ и иностранныхъ женъ всегда опредѣляется по ихъ національному закону. Само собою разумѣется, что мужъ-иностранецъ по прежнему не будетъ имѣть въ Бельгіи надъ женою дисциплинарной власти, противной бельгійскому соціальному строю. Это слѣдуетъ изъ 14 ст. проекта [3]).

---

accomplir de son côté, les obligations qui dérivent du mariage . . . . . il appartient à la juridiction dans laquelle elle se trouve de donner force et exécution à la loi naturelle du mariage en obligeant la femme, sur la demande de son mari, à rentrer sous le toit conjugal“. — C. de Bastia 21 Mai 1856 (Sirey 1871, II, 45) и C, d'Alger 6 Juin 1870, (Sirey 1871, II, 45) въ томъ же смыслѣ. — Contra только Trib. Seine 18 Mai 1861 (Sirey 1871, II, 45), который искъ мужа-иностранца о водвореніи жены въ мѣстѣ его жительства считаетъ, какъ „action civile“, неподсуднымъ французскимъ судамъ. Этотъ самый судъ рѣшеніемъ 3 Мая 1879 года (Weiss, p. 492, Note 2), примкнулъ впрочемъ къ общей теоріи.

[1]) Weiss, l. c., p. 491 — 492).

[2]) Art 4. „L'état et la capacité des personnes, ainsi que leurs rapports de famille, sont régis par les lois de la nation à laquelle les personnes appartiennent“. Lainé „Etude sur la Titre préliminaire du projet de Révision du Code Civil Belge“ въ „Bulletin de la Société de Législation Comparée“. Tome XIX, pp. 408 — 409.

[3]) Art 14. „Nonobstant les articles qui précédent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour

§ 3. Голландія.

Изъ 6 ст. голландскихъ „Общихъ Постановленій имѣющихъ законодательную силу“ слѣдуетъ, что личныя права и обязанности голландскихъ супруговъ и за границей подчинены голландскому праву [1]).

§ 4. Италія.

Итальянскій гражданскій кодексъ 1865 года подчиняетъ, какъ извѣстно, личныя и семейныя права національному закону (Art 6. Dispos. prel [2]). Нужно однако не упускать изъ виду, что въ силу Art 12. Disp. prel. того же кодекса иностранные законы не могутъ дерогировать итальянскому публичному порядку и добрымъ нравамъ.

Къ этому публичному порядку итальянская доктрина относитъ прежде всего права мужа надъ физической личностью жены, опредѣляя ихъ и для иностранцевъ по итальянскому закону. Французскій супругъ не имѣетъ въ Италіи права требовать насильнаго привода жены въ его домъ, хотя это право и принадлежитъ ему по національному закону [3]). Точно также обязанность супруговъ алиментировать другъ друга обсуждается безусловно по итальянскому праву [4]). Но дѣеспособность замужней женщины зависитъ отъ одного національнаго закона [5]).

---

résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social“. Meili, Die Kodification, p. 24.

[1]) Wet houdende algemeene bepalingen, Art 6: De wetten betreffende de rechten, den Staat en de bevoegdheid der personen, verbinden de Nederlanders, ook wanneer zij zich buiten's lands bevinden См. Niemeyer, Vorschläge u. s. w. II, S. 36.

[2]) Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione a cui esse appartengono.

[3]) Gianzana. Lo straniero nel diritto civile italiano 1884, I, § 97; Fiore, Le Droit International Privé (traduction Antoine) II, § 598, который цитируетъ рѣшеніе Римскаго апелляціоннаго суда отъ 10 Апрѣля 1878 года.

[4]) Fiore, l. c., II, § 601.

[5]) Fiore, l. c., II, §§ 602—605. Gianzana, l. c. I, § 97.

§ 5. Испанія.

9 ст. новаго испанскаго гражданскаго кодекса (1889 года) подчиняетъ семейныя права и обязанности испанцевъ, даже пребывающихъ за границей, испанскому закону. Кодексъ не говоритъ объ иностранцахъ въ Испаніи [1]). Испанская юриспруденція высказалась однако еще раньше въ частномъ случаѣ за личное начало. Высшій судъ рѣшилъ 13 Января 1885 года, что способность жены искать въ судахъ. обсуждается по личному статуту ея мужа [2]).

§ 6. Португалія.

Права состоянія и дѣеспособность португальцевъ, находящихся за границей, какъ равно и иностранцевъ въ Португаліи, опредѣляются португальскимъ гражданскимъ кодексомъ по національному закону [3]).

§ 7. Румынія.

2 ст. румынскаго гражданскаго кодекса гласитъ: „Законы о правахъ состоянія и дѣеспособности обязываютъ румынъ. даже когда они живутъ за границей [4])“. А изъ 11 статьи того же кодекса слѣдуетъ, что тотъ же принципъ примѣняется къ иностранцамъ въ Румыніи.

§ 8. Греція.

Греческій законъ 29 Октября 1856 года (ст. 4) подчиняетъ юридическія послѣдствія брака, какъ для грековъ, такъ и для иностранцевъ, національному праву [5]).

---

[1]) Срав. Audinet. Le droit international privé dans le nouveau code civil espagnol (Journal du droit International Privé, 1891, p. 1106 — 1129).

[2]) Journal, 1889, p. 771.

[3]) Art 24 и 27, порт. гражд. кодекса (Neumann, Internat. Privatrecht p. 174 — 175).

[4]) Niemeyer, Vorschläge, II, p. 44.

[5]) Niemeyer, Vorschläge, II, p. 57.

§ 9. Сербія.

Сербы, въ силу 5 ст. сер. гр. код. подчинены и за границей сербскому праву [1]).

§ 10. Швейцарія.

Конституція 1815 года не коснулась кантональной независимости въ области гражданскаго законодательства. Конфликты между кантональными законами рѣшались сначала въ пользу принципа національности (такъ напр., въ конкордатахъ 1822 года). Но конституція 1874 года провозгласила противоположный принципъ домициля [2]), и федеральный законъ 25 Іюня 1891 года (Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour [3]) подробно развилъ это начало, какъ для между кантональныхъ, такъ и для международныхъ отношеній [4]).

7 статья закона 1891 года подчиняетъ гражданскую дѣеспособность замужнихъ женщинъ закону ихъ мѣстожительства, которое (ст. 4) совпадаетъ съ домицилемъ мужа [5]). Эта статья касается только междукантональныхъ отношеній, и потому можетъ имѣть въ виду только дѣеспособность женщинъ, не занимающихся торговлей, такъ какъ положеніе

---

[1]) Bar. Guillaume, p. 481.

[2]) Art 46. „Les personnes établies en Suisse sont soumises dans la règle à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile en ce qui concerne les rapports de droit civil".

[3]) См. текстъ закона съ „Actes de la conférence de la Haye", II Partie, p. 106.

[4]) См. прекрасную статью Armand Lainé въ Bulletin de la Société de Législation Comparée, Tome 23 (1893—1894), pp. 128—180, et 209—223. По мнѣнію уважаемаго профессора переходъ отъ принципа національности къ принципу домициля вызванъ какъ паденіемъ идеи кантональной національности, такъ и громаднымъ количествомъ швейцарцевъ, живущихъ не въ родныхъ кантонахъ: подчиненіе ихъ родныхъ законамъ повело къ слишкомъ большой пестротѣ и неустойчивости оборотовъ

[5]) Art 4. „Le domicile de la femme mariée est au domicile du mari", Art 7. „La capacité civile des femmes mariées est régie durant le mariage, par la loi du domicile".

замужней коммерсантки регулировано въ общешвейцарскомъ кодексѣ обязательственнаго права.

Въ области международной, законъ 1891 года подчиняетъ личныя, семейныя и наслѣдственныя отношенія швейцарцевъ праву ихъ иностраннаго домицилія, поскольку не затронуты швейцарскія недвижимости; если однако иностранный законъ отклоняетъ предлагаемую ему компетенцію, она переходитъ къ закону кантона происхожденія швейцарцевъ [1]). Такимъ образомъ, дѣеспособность замужней швейцарки за границей. по общему правилу опредѣляется по lex domicilii.

Постановленія закона 1891 года распространяются по аналогіи и на иностранцевъ, домицилированныхъ въ Швейцаріи (Art 32). — Законъ оставилъ однако въ силѣ 10 статью федеральнаго закона о гражданской дѣеспособности отъ 22 Іюня 1881 года (Art 34) [2]). Эта статья опредѣляетъ личную дѣеспособность иностранцевъ вообще по національному закону; но если недѣеспособный по этому закону иностранецъ контрагируетъ въ Швейцаріи, его обязательство дѣйствительно, если онъ дѣеспособенъ по швейцарскому закону [3]).

[1]) Art 28. Les règles suivantes sont applicables aux suisses domiciliés à l'étranger pour tout ce qui concerne le droit des personnes, le droit de famille et le droit successoral, sauf toutefois les clauses spéciales des traités internationaux:

1°. Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses sont régis par le droit étranger, ce n'est pas ce droit néanmoins, mais celui du canton d'origine, qui est appliqué à leurs immeubles situés en Suisse; c'est également le canton d'origine qui exerce la juridiction en pareille matière.

2°. Si, d'après la législation étrangère, ces Suisses ne sont point régis par le droit étranger, c'est le droit du canton d'origine qui leur est appliqué, et c'est également ce canton qui exerce la juridiction". См. критику этого текста у Lainé, l. c.

[2]) Art 32. Les dispositions de la présente loi sont applicables, par analogie, aux étrangers domiciliés en Suisse. Art 34. Sont réservées les dispositions spéciales des traités et l'art 10, alinéa 2 et 3, de la loi fédéeale sur la capacité civile du 22 Juin 1881.

[3]) Art 10 . . . . . Die persönliche Handlungsfähigkeit der Ausländer richtet sich nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören. Wenn jedoch ein nach dem Rechte seines Landes nicht handlungsfähiger Ausländer in der Schweiz Verbindlichkeiten eingeht, so wird er verpflichtet, insofern er

Такимъ образомъ, личная дѣеспособность жены-иностранки опредѣляется по ея національному закону, или же по lex loci contractus. Это подтверждаетъ и рѣшеніе союзнаго суда отъ 6 Апрѣля 1894 года [1]). Профессоръ Лэне ошибается поэтому утверждая, что дѣеспособность замужней иностранки подчиняется швейцарскимъ закономъ legi domicilii [2]).

§ 11. Австрія.

Мы уже анализировали выше статьи 4 и 34 австрійскаго гражданскаго кодекса [3]). Изъ нихъ слѣдуетъ, что дѣеспособность австріячки должна во всякомъ случаѣ обсуждаться по національному закону, тогда какъ иностранка подчинена lex domicilii.

§ 12. Германія.

Въ области дѣйствія германскаго общаго права дѣеспособность опредѣляется по lex domicilii [4]). Ограниченіе дѣеспособности жены, носящее характеръ „curae sexus", признается, поэтому, только для домицилированныхъ въ сферѣ вліянія установившаго такое ограниченіе закона [5]).

Баварскій указъ 11 Іюня 1886 г., изданный собственно для военныхъ, но примѣняемый также и къ частнымъ лицамъ, тоже исходитъ изъ принципа домициля [6]); онъ касается, по рѣшенію имперскаго суда и дѣеспособности женъ баварскихъ офицеровъ [7]). Высшій прусскій судъ подчиняетъ способность женщинъ къ поручительству закону мѣстожительства [8]).

---

nach schweizerischem Rechte handlungsfähig ware (Meili, die Kodification, p. 73).

[1]) Böhm's Zeitschrift 1894, Band IV, p. 390.

[2]) Lainé, l. c.

[3]) Стр. 28 — 32.

[4]) Niemeyer, Positives Internationales Privatrecht 1894, p. 88.

[5]) Reichsgericht, 7 März 1882 (Niemeyer, l. c., p. 89).

[6]) Niemeyer, l. c. § 145.

[7]) Niemeyer, l. c. § 152.

[8]) Ob. Trib., 11 April 1856 (Niemeyer, § 193.

Саксонскій гражданскій кодексъ выставляетъ въ 7 статьѣ для опредѣленія личныхъ правъ принципъ національности, измѣняетъ ему однако уже въ слѣдующей (8-ой) статьѣ, подчиняя дѣеспособность контрагирующаго въ Саксоніи иностранца саксонскимъ законамъ [1]). Поэтому Дрезденскій апелляціонный судъ рѣшилъ 10 Февраля 1893 года, что въ Саксоніи прусская подданная не можетъ поручиться по векселю за своего мужа, если это поручительство не совершено передъ судомъ, какъ того требуетъ саксонскій (но не прусскій) законъ [2]).

Въ Баденѣ, наоборотъ, право- и дѣеспособность какъ баденцевъ, такъ и не-баденцевъ одинаково обсуждаются по національному закону [3]).

По новому германскому гражданскому уложенію личныя правовыя отношенія германскихъ супруговъ опредѣляются по германскому закону, хотя бы они жили за границей; точно также примѣняется германскій законъ, если одинъ мужъ утратилъ германскую національность [4]). Новый кодексъ не регулируетъ личныхъ отношеній иностранныхъ супруговъ [5]).

§ 14. Данія.

Въ Даніи по общему правилу права состоянія и дѣеспособность опредѣляются по lex domicilii. Но иностранецъ, способный по датскимъ законамъ обязываться векселями, не можетъ основывать свою недѣеспособность на иностранномъ правѣ [6]).

[1]) §§ 200 – 201, Niemeyer.

[2]) Böhm's Zeitschrift, 1895, Band V, p. 54.

[3]) Niemeyer, l. c. § 129.

[4]) Art 14. Einf. Ges: „Die persönlichen Rechtsbeziehungen deutscher Ehegatten zu einander werden nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, auch wenn die Ehegatten ihren Wohnsitz im Auslande haben. Die deutschen Gesetze finden auch Anwendung, wenn der Mann die Reichsangehörigkeit verloren, die Frau sie aber behalten hat.

[5]) G. Barazetti, Das intern. Privatrecht, p. 71.

[6]) Actes de la Conférence de la Haye 1893, II Partie, p. 47.

§ 15. Англія [1]).

Вопросъ объ опредѣленіи дѣеспособности по lex domicilii или по lex loci contractus до сихъ поръ не рѣшенъ въ англійской юриспруденціи [2]). Правда, въ послѣднее время англійскіе суды какъ бы признаютъ исключительное господство legis domicilii, но это признаніе только словесное (verbal admission): на практикѣ вопросы о status'ѣ лица относятся къ формамъ, и такимъ образомъ подводятся подъ lex loci contractus [3]). Новѣйшій комментаторъ англійскаго права въ этой области, Дайси, можетъ поэтому выставить такое положеніе: „Власть супруга надъ личностью жены во время пребыванія въ Англіи не опредѣляется ни національностью, ни домицилемъ сторонъ, но всецѣло зависитъ отъ англійскаго права [4])". Тотъ же авторъ свидѣтельствуетъ [5]), что способность лица, домицилированнаго въ Англіи, вступать въ договоры за границей, опредѣляется по lex loci contractus.

§ 16. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.

По свидѣтельству Уортона, дѣеспособность замужнихъ женщинъ опредѣляется въ Штатахъ [6]) по lex loci contractus. Тотъ же законъ регулируетъ объемъ власти мужа надъ личностью жены (personal marital power [7]).

[1]) Въ системѣ англійскаго Common Law замужняя женщина не имѣла отдѣльной отъ мужа юридической личности; со дня брака все ея имущество становилось достояніемъ мужа, и она сама попадала подъ его полную опеку. Этотъ варварскій порядокъ прекращенъ законами 9 Августа 1870 года и 18 Августа 1882 года. Первый обезпечиваетъ женѣ свободное распоряженіе ея личнымъ заработкомъ, и дозволяетъ раздѣльность имущества супруговъ. Второй даровалъ женѣ свободу вступать въ договоры, искать въ судахъ, и распоряжаться своей движимой или недвижимой собственностью (Weiss, Traité élémentaire, p. 487).

[2]) Westlake, Private International Law Ed. 1890, § 1.

[3]) Dicey, Conflict of Laws, p. 479.

[4]) Dicey, Conflict of Laws, Rule 127, p. 490.

[5]) l. c., p. 482.

[6]) Wharton, l. c., § 118.

[7]) l. c., § 120.

§ 17. Южная Америка.

1. Аргентинія.

3 статья закона о гражданскомъ бракѣ 1888 года подчиняетъ личныя отношенія супруговъ, пребывающихъ въ республикѣ, аргентинскимъ законамъ [1]).

2. Чили.

Право- и дѣеспособность чилійцевъ и за границей обсуждается по чилійскому праву. Иностранцы въ Чили, наоборотъ, подпадаютъ мѣстнымъ законамъ [2]).

3. Союзъ южно-американскихъ государствъ.

По 12 ст. договора 1889 года въ Монтевидео, личныя отношенія между супругами зависятъ отъ закона ихъ брачнаго домициля [3]).

II. Россія.

Въ очень любопытной консультаціи, данной нашимъ Министерствомъ Юстиціи для Бельгійской миссіи въ С.-Петербургѣ, мы должны констатировать полное преклоненіе передъ принципомъ территоріальности. Указавъ на раздѣльность имущества супруговъ, установленную нашимъ законодательствомъ (ст. 109, ч. 1, т. X) и на право супруговъ распоряжаться своимъ имѣніемъ независимо другъ отъ друга (ст. 114, ч. 1, т. X), Министерство Юстиціи продолжаетъ: „Сопоставленіе приведенныхъ узаконеній съ правиломъ, содержащимся въ статьѣ 995, т. IX, по которому иностранцы, въ предѣлахъ Россіи, подлежатъ какъ лично, такъ и по имуществу ихъ, дѣйствію русскихъ законовъ, не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что, вступивъ въ бракъ съ иностранцемъ (какой бы онъ націи ни былъ), русская под-

[1]) Neumann, l. c., p. 231.
[2]) 14—15 Art Codigo civil 1855 (Neumann, l. c., p. 176.
[3]) Neumann, l. c., p. 232.

данная отнюдь не утрачиваетъ принадлежащаго ей права самостоятельнаго распоряженія своимъ имуществомъ, находящимся въ Россіи, а слѣдовательно и права совершать на это имущество всякаго рода акты и вступать по оному во всѣ закономъ дозволенныя обязательства, безъ особаго на то разрѣшенія или согласія своего мужа". Такимъ образомъ, бельгіецъ черезъ бракъ съ русской не пріобрѣтаетъ никакихъ правъ на ея имущество, находящееся въ Россіи, кромѣ тѣхъ, которыя ему предоставляетъ русскій законъ. Даже брачные договоры, заключенные между супругами по бельгійскому праву, недѣйствительны относительно имущества, находящагося въ Россіи [1]).

Если принять толкованіе, предложенное Министерствомъ, то придется признать, что нашъ законодатель вдохновлялся въ этомъ вопросѣ принципами, въ сравненіи съ которыми теоріи Д'Аржантрэ и Бургундуса покажутся весьма и весьма либеральными. Въ самомъ дѣлѣ первый статутарій признавалъ экстратерриторіальное дѣйствіе брачныхъ договоровъ на иностранную недвижимость, а второй подчинялъ право замужней женщины на заключеніе договоровъ о движимости lex domicilii.

Мы не можемъ здѣсь останавливаться подробно на вопросѣ о законѣ, компетентномъ для регулированія брачнаго имущества супруговъ; достаточно замѣтить, что теорія и практика, давно уже высказавшіяся въ пользу національнаго закона супруговъ относительно движимостей, все болѣе склонны расширить его дѣйствіе и на недвижимость, тогда какъ нашъ законодатель (по толкованію Министерства), какъ будто и движимости подчиняетъ территоріальному закону (!) — Насъ интересуетъ здѣсь въ особенности вопросъ о дѣеспособности замужней женщины. Мы видѣли, что во всѣхъ почти законодательствахъ она зависитъ отъ личнаго статута, и только въ швейцарской и англо-американской практикѣ встрѣчаются

[1]) Отношеніе Министра Юстиціи въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 19 Декабря 1874 года № 21900.

колебанія, и то не въ пользу lex rei sitae, а въ пользу lex loci contractus. Нашъ же законодатель (по мнѣнію Министерства Юстиціи) одинъ не признаетъ семейныхъ и имущественныхъ правъ иностранныхъ супруговъ, основаны ли они на ихъ національномъ законѣ, или на договорѣ.

Но такъ ли это?

Мы не будемъ останавливаться на 995 ст. IX тома, на которой Министерство Юстиціи основываетъ свои разсужденія, такъ какъ мы уже выше доказали, что эта статья не можетъ быть истолкована въ духѣ абсолютной территоріальности русскихъ гражданскихъ законовъ. Обратимся къ 102 ст., 1 ч., X т. Св. Зак. Она гласитъ: „Лица женскаго пола, вступившія въ законный бракъ съ иностранцами, не состоящими ни въ службѣ, ни въ подданствѣ Россіи (какого бы вѣроисповѣданія, православнаго, или иновѣрческаго ни были супруги), слѣдуютъ состоянію и мѣсту жительства своихъ мужей". Подъ статьею сдѣланы три ссылки на Полное Собраніе.

1. Первая ссылка сдѣлана на Именной Указъ 17 Апрѣля 1834 года [1]). Въ 9 ст. этого указа мы читаемъ. „Само собою разумѣется, что лицо женскаго пола, вступившее въ законный бракъ съ иностранцемъ, не состоящимъ ни въ службѣ Россіи, ни въ подданствѣ, слѣдуетъ состоянію и мѣсту жительства своего мужа. Но оставляя по браку отечество и вступая по мужу въ чужеземное подданство, жена не можетъ уже владѣть въ Россіи недвижимымъ имуществомъ, а обязана при выѣздѣ продать оное въ срокъ, общимъ закономъ установленный, а именно въ полгода. Съ денежныхъ капиталовъ, вывозимыхъ ею, удерживается десятая часть въ Государственный доходъ". Указъ этотъ предполагаетъ выселеніе жены вмѣстѣ съ мужемъ-иностранцемъ за границу, въ виду чего и лишаетъ ее вообще права владѣть недвижимымъ имуществомъ въ Россіи, а не опредѣляетъ ея дѣеспособности по русскому закону.

---

[1]) П. С. З., № 6994.

2. Вторая ссылка сдѣлана на Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 11 Ноября 1835 года [1]). „О бракахъ между иностранцами православной вѣры и россійскими подданными сего же исповѣданія". Здѣсь мы читаемъ: .Бракъ иностранца православнаго исповѣданія съ россійскою подданною того же исповѣданія, допускается на общемъ основаніи; но если мужъ не состоитъ ни въ службѣ, ни въ подданствѣ Россіи, то жена, въ отношеніи къ личнымъ правамъ ея и имуществу, подвергается тѣмъ же отъ сего брака послѣдствіямъ, какія въ приложеніи къ ст. 7, и въ примѣчаніи на ст. 891 Св. Зак. о Сост. (т. IX въ продолженіи) установлены на случай брака россійской подданной съ иностранцемъ вообще, независимо отъ вѣроисповѣданія супруговъ [2])".

3. Третья ссылка сдѣлана на Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта отъ 10 Февраля 1864 года (№ 40588), касающееся правилъ принятія и оставленія иностранцами русскаго подданства, и не затрогивающее ихъ право- и дѣеспособности.

Изъ второй ссылки явствуетъ, что подъ понятіе „состоянія" нашъ законодатель подводитъ личныя и имущественныя права жены, подчиняя ихъ закону мужа. Теорія Министерства Юстиціи не согласна, поэтому, съ 102 ст., 1 ч., X тома.

Теорія названнаго Министерства идетъ также въ разрѣзъ съ рѣшеніемъ гражданскаго кассаціоннаго департамента Сената по дѣлу Охановыхъ (1881, № 183). Сенатъ нашелъ, что правоспособность лицъ, совершающихъ актъ, по отношенію къ ихъ возрасту, полу, правамъ состоянія и проч. не можетъ обсуждаться иначе, какъ по законамъ той страны, къ которой эти лица принадлежатъ. И это

---

[1]) П. С. З. № 8569.

[2]) Ст. 891 Продол. изд. 1836 года, примѣчаніе: россійская подданная, вступившая въ законный бракъ съ иностранцемъ, не состоящимъ ни въ службѣ Россіи, ни въ подданствѣ, какого бы она и онъ ни были вѣроисповѣданія, слѣдуетъ состоянію и мѣсту жительства своего мужа.

потому, что правоспособность составляетъ неотъемлемую принадлежность лица, ею обладающаго [1]).

На основаніи всего вышесказаннаго, мы рѣшительно отвергаемъ теорію Министерства Юстиціи. и полагаемъ, что изъ духа русскаго законодательства отнюдь нельзя выводить подчиненіе дѣеспособности замужней женщины территоріальному закону.

Территоріальное значеніе мы должны за то признать за ст. 103 — 108, 1 ч., X тома, регулирующими личныя права и обязанности супруговъ относительно другъ друга. Это слѣдуетъ какъ изъ общихъ началъ международнаго частнаго права, такъ и изъ 88 ст., 1 ч., X т. Св. Зак. „Съ заграничными азіатцами, женившимися на Россійскихъ подданныхъ евангелическаго исповѣданія, при выѣздѣ ихъ изъ Россіи въ свое отечество жены ихъ и дѣти не должны быть отпускаемы". Эта статья, какъ и аналогичная 96-я, вызвана, конечно, желаніемъ оградить русскихъ подданныхъ отъ такого упражненія супружеской власти, которое противно русскимъ законамъ, и которое, очевидно, не будетъ допущено, пока мужья пребываютъ въ Россіи.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ.

Въ итальянской теоріи статутовъ всѣ авторы, касающіеся вопроса о дѣеспособности замужней женщины, опредѣляютъ ее по lex domicilii. Такъ разсуждаетъ напр., Тирако: „Nos vero sequimur eam opinionem quae irritum facit contractum ubicumque factum sine consensu mariti [2])". Дюмуленъ нахо-

[1]) Мышъ, „Объ иностранцахъ въ Россіи", 1890, стр. 132.
[2]) Tiraqueau, de legibus connubialibus, Glose 8-e n° 224.

дить, что нормандскій статутъ, дающій замужнимъ женщинамъ спеціальную льготу [1]), примѣнимъ къ нимъ повсюду [2]).

Д'Аржантрэ видоизмѣнилъ эту теорію. Правда, бретонскій комментаторъ объявляетъ статутъ, лишающій замужнюю женщину права вступать въ договоры, личнымъ [3]). Но затѣмъ статуты, воспрещающіе женѣ завѣщать мужу недвижимости, или не допускающіе даренія недвижимостей между супругами — оказываются реальными [4]).

Ближайшіе преемники Д'Аржантрэ во Франціи, какъ мы знаемъ, во многомъ сходились съ итальянскими статутаріями. Такъ и въ этомъ вопросѣ. По Буво неспособность замужней женщины къ составленію завѣщанія безъ согласія мужа зависитъ отъ lex domicilii, а не отъ lex rei sitae [5]). Ренюссонъ считаетъ супружескую власть „недѣлимой"; если, поэтому, жена можетъ завѣщать безъ разрѣшенія мужа въ мѣстѣ его жительства, то она имѣетъ это право повсюду [6]). Того же мнѣнія даже Лебренъ [7]).

Бургундусъ подчиняетъ право замужней женщины обязываться legi domicilii мужа (nam si legibus domicilii in potestate mariti fuerit, quocumque terrarum angulo se transtulerit, contrahere valide non potest) [8]). Но статутъ, запрещающій женѣ отчуждать безъ разрѣшенія мужа, реаленъ, поскольку касается недвижимостей [9]).

Роденбургъ возстаетъ противъ различія, проводимаго Бургундусомъ. Неспособность замужнихъ женщинъ къ вступленію въ обязательства и къ отчужденію имущества, установ-

---

[1]) Право революровать послѣ смерти мужа продажу наслѣдства, совершенную съ его согласія.

[2]) См. первую часть, стр. 34.

[3]) De statutis personalibus et realibus, № 7.

[4]) l. c., №№ 8, 14.

[5]) Lainé, I, p. 353 — 354.

[6]) Lainé, I, p. 380.

[7]) Lainé, I, p. 386.

[8]) Burgundus, Ad. consuetudines Flandriae, Tractatus I, § 34.

[9]) l c, § 24.

ленная lex domicilii мужа, должны одинаково имѣть повсемѣстную силу [1]), даже когда дѣло идетъ объ отчужденіи недвижимостей [2]). Точно также по lex domicilii мужа обсуждается способность жены быть поручительницей за его долги [3]), Достойно вниманія, что, по мнѣнію Роденбурга, вмѣстѣ съ перемѣною домициля мѣняется и характеръ супружеской власти [4]). Роденбургъ прибавляетъ, что всѣ авторы согласны въ томъ, что жена обязана слѣдовать за мужемъ, даже если онъ мѣняетъ домициль съ цѣлью нарушить ея интересы [5]).

Буллыуа выставляетъ слѣдующія положенія.

Senatus consultum Vellejanum — личный статутъ. Неспособность къ поручительству женщины, основанная на lex domicilii, остается въ силѣ повсюду. Но не наоборотъ. Если женщина домицилирована въ мѣстѣ, гдѣ Senat. Vellejanum не дѣйствуетъ, она можетъ поручиться только въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ личный статутъ домициля сталкивается съ личнымъ же статутомъ мѣстонахожденія. Но реальный статутъ мѣстонахожденія беретъ верхъ [6]).

Законъ, подчиняющій жену власти мужа и требующій его разрѣшенія для всѣхъ актовъ, которые она хочетъ совершить, есть личный статутъ [7]). Но статутъ, запрещающій женѣ только отчужденіе приданаго, реаленъ, такъ какъ не обращается къ женѣ ни universaliter (не касается всего ея имущества), ни primario (объектомъ запрещенія — le matériel de

---

[1]) Uxores domi sub maritorum potestate ita constitutae, ut sine iis nec alienent nec contrahant, nullibi locorum hanc incapacitatem exuunt (Rodenburg, de jure quod oritur etc., Tit II, Cap. I, § 1.

[2]) Sit igitur horum omnium summa conclusio — mulierem, minorem, prodigum in loco domicilii in potestate aut cura constitutos caput eidem nullibi posse subducere, nequidem in fundorum alibi sitorum mancipatione, l. c, § 4.

[3]) l. c Titulus III, Pars Prior, Cap. I, § 1.

[4]) Tituli Secundi Pars Altera, Cap. I, § 1.

[5]) En fraude de la femme, l. c., § 2.

[6]) Boullenois, Traité I, Observ. XIII, pp. 187—196.

[7]) Boullenois I, Obs. XVI, p. 207.

la prohibition — имущество, а не лицо, какъ при запрещеніи обязываться[1]).

Способность жены къ составленію завѣщанія относится къ области лично-вещныхъ статутовъ, распространяющихся только въ предѣлахъ абсолютно тождественныхъ кутюмовъ. Такъ, жена, домицилированная въ Парижѣ, гдѣ жены могутъ завѣщать, не имѣетъ этого права въ Геннегау, гдѣ оно зависитъ отъ условій брачнаго контракта или согласія мужа. А жена изъ Геннегау не имѣетъ и въ другихъ кутюмахъ абсолютнаго права завѣщать, такъ какъ законы ихъ не могутъ дѣлать правоспособными иностранцевъ[2]).

Буллэну, какъ и Роденбургъ опредѣляетъ супружескую власть по настоящему домицилю мужа. Жена, которая въ мѣстѣ домициля нуждалась въ разрѣшеніи мужа для составленія завѣщанія или вступленія въ договоръ, не нуждается въ этомъ разрѣшеніи, если мужъ поселится въ предѣлахъ статута, гдѣ оно не требуется[3]).

Бугіе относитъ институтъ супружеской власти къ личному статуту[4]), не принимая во вниманіе lex rei sitae. При этомъ онъ, вопреки Роденбергу и Буллэну, не находитъ возможнымъ руководиться послѣднимъ домицилемъ. Было бы смѣшно допустить, говоритъ онъ, чтобы жена, неспособная ни на какіе акты безъ согласія мужа, сразу съ перемѣною домициля, освобождалась отъ этой власти[5]). И было бы несправедливо дать мужу возможность нарушить чрезъ перенесеніе домициля права жены[6]). Какъ дѣеспособность, такъ и недѣеспособность замужней женщины разъ навсегда устанавливается закономъ перваго брачнаго домициля[7]).

---

[1]) l. c., pp. 214 — 219.
[2]) I, Obs. XXIII, pp. 486 — 488.
[3]) I, Obs. IV, p. 61; II, p. 13.
[4]) Bouhier, Tome I, chap. XXIV, §§ 31 — 34.
[5]) Chap. XXII, § 23.
[6]) § 24.
[7]) Je ne vois plus rien, qui s'oppose à notre grand principe: savoir, que quand la capacité, ou l'incapacité générale de la femme pour disposer

Мерлэнъ относитъ супружескую власть къ личному статуту, такъ какъ она имѣетъ въ виду прямо и непосредственно лицо [1]). При этомъ и запретительные и дозволительные статуты одинаково личны: статутъ, запрещающій замужней женщинѣ отчуждать безъ разрѣшенія мужа, личенъ, такъ какъ основывается на общей недѣеспособности замужней женщины; а статутъ, разрѣшающій замужней женщинѣ завѣщать безъ разрѣшенія мужа, личенъ, такъ какъ здѣсь жена считается сохранившей общую дѣеспособность лица, удовлетворяющаго условіямъ, требуемымъ отъ завѣщателей. При столкновеніи этихъ двухъ личныхъ статутовъ domicilii и rei sitae, первый всегда одержитъ верхъ [2]). Личнымъ статутомъ считается и Senatusconsultum Vellejanum. Lex rei sitae торжествуетъ только тогда, когда этотъ законъ реаленъ, касаясь одного имущества, напр. запрещаетъ отчужденіе приданаго [3]).

Нужно, однако, замѣтить, что Мерлэнъ впослѣдствіи измѣнилъ свое мнѣніе и отнесъ весь институтъ супружеской власти (autorisation maritale), какъ затрогивающій публичный порядокъ, къ реальному статуту [4]).

Англо-американская доктрина единогласно опредѣляетъ супружескую власть (marital power) по lex loci actus [5]). Что же касается дѣеспособности жены къ совершенію извѣстныхъ актовъ, то здѣсь замѣчаются колебанія между названнымъ закономъ и lex domicilii. Такъ Стори, признавая

---

de ses biens, soit entre-vifs, ou à cause de mort, sans l'autorité de son mari, ont été une fois fixées par la loi du domicile matrimonial, elles doivent subsister irrévocablement pendant la durée de son mariage, en quelque lieu que le mari transporte son domicile (Chap. XXII, § 45)

[1]) Merlin, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Autorisation Maritale, Sect X, III.

[2]) Merlin, l. c Testament, Sect. I, § V, Art. I, III.

[3]) Merlin, l. c. Senatusconsulte Velléien, § II.

[4]) Merlin, l. c., Effet rétroactif Section III, § II, art 5 n° III y Laurent V, p. 134.

[5]) Wharton, l. c., § 120; Dicey, Conflict of Laws Rule 127, p. 490; Field, § 554; Phillimore, IV, 320.

домицилъ за нормальный критерій для опредѣленія эффектовъ брака, полагаетъ однако, что каждое государство допускаетъ ихъ у себя лишь поскольку они согласны съ его политикой и интересами [1]). Уортонъ тоже склоняется въ пользу lex loci contractus, принимая во вниманіе bona fides контрагента замужней женщины, неспособной по lex domicilii, но способной по lex loci [2]).

Въ итальянской теоріи дѣеспособность замужней женщины обсуждается, конечно, по національному закону мужа. Таково мнѣніе Фіоре [3]). Во имя какого интереса, восклицаетъ онъ, мы станемъ примѣнять къ иностраннымъ семьямъ законы, регулирующіе отношенія итальянскихъ семей? [4]). Но обязанность супруговъ къ взаимной помощи, какъ затрогивающая публичный порядокъ, опредѣляется и территоріальнымъ закономъ, установляющимъ ея minimum [5]). Что же касается правъ мужа надъ личностью жены, то они никогда не могутъ быть шире ни національнаго, ни территоріальнаго закона. Первое потому, что не существуетъ соціальнаго интереса для примѣненія къ иностраннымъ супругамъ болѣе суровыхъ постановленій туземнаго права. Второе слѣдуетъ изъ полицейскаго характера территоріальнаго закона, опредѣляющаго мѣру и средства осуществленія супружеской власти [6]).

Если супруги мѣняютъ національность, то ихъ личныя отношенія подчиняются закону новаго отечества; ибо, замѣчаетъ Фіоре, здѣсь нельзя говорить о благопріобрѣтенныхъ правахъ. Желательно только, чтобы натурализація была бы личнымъ актомъ, дабы положеніе жены не измѣнялось противъ ея воли [7]).

---

[1]) Story, Commentaries Ed. 1865, § 189.
[2]) Wharton, l. c., § 118.
[3]) Fiore, II, § 602.
[4]) l. c, § 604.
[5]) l. c., § 601.
[6]) l. c., §§ 597—599.
[7]) Fiore, l. c., I, § 353.

Вейссъ [1]) развиваетъ тѣ же положенія. Ограниченія дѣеспособности замужней женщины, разсматривать ли ихъ какъ покровительственную мѣру (propter sexus fragilitatem), или какъ послѣдствіе превосходства мужа, касаются частныхъ интересовъ, а не публичнаго порядка, и потому зависятъ отъ національнаго закона. Что же касается собственно супружеской власти въ тѣсномъ смыслѣ (puissance maritale), то во первыхъ, иностранецъ не можетъ посягать на индивидуальную свободу въ случаяхъ, не предусмотрѣнныхъ территоріальнымъ закономъ, во вторыхъ, территоріальный законъ уступаетъ національному, считающему меньшія принудительныя мѣры достаточными для обезпеченія единенія супруговъ. Такъ, напр., право мужа на водвореніе жены силою въ мѣстѣ его жительства зависитъ отъ совпаденія національнаго и территоріальнаго законовъ. — Если оба супруга мѣняютъ подданство, то ихъ личныя отношенія подпадаютъ новому національному закону; но перемѣна подданства однимъ изъ нихъ не можетъ нарушить гражданскія права другого.

Тѣ же воззрѣнія высказываетъ Лоранъ [2]). Но неподчиненіе жены односторонне пріобрѣтенному новому закону мужа онъ обосновываетъ иначе. Здѣсь нельзя говорить о благопріобрѣтенныхъ правахъ: состояніе (état) человѣка можетъ мѣняться какъ во времени, такъ и по мѣсту, въ зависимости отъ закона, и независимо отъ воли частныхъ лицъ. Но супружеская власть въ настоящее время является институтомъ, налагающимъ на мужа обязанности покровительства по отношенію къ женѣ, которыя опредѣляются по національному закону управомоченной [3]). Таково же мнѣніе Дюрана [4]).

Ту же теорію мы находимъ въ школѣ Савиньи. Баръ [5]), подчиняетъ недѣеспособность жены по общему правилу ея

[1]) Weiss, l. c., pp. 490 — 495.

[2]) Laurent, V, §§ 49 — 50, 65.

[3]) Laurent, III. §§ 295 — 296.

[4]) Durand, l. c., p. 351.

[5]) Bar I, pp. 480 — 482; отмѣтимъ, что онъ опредѣляетъ обязанность мужа алиментировать жену по наиболѣе расширяющему ее закону.

національному закону, въ моментъ совершенія акта [1]), дѣлаетъ однако оговорки въ пользу lex loci [2]), если туземные контрагенты дѣйствовали bona fide. Противъ такой уступки закону мѣста заключенія высказался проф. Ф. Ф. Мартенсъ, который видитъ въ ней нарушеніе „равенства правъ въ области международныхъ отношеній [3])".

II. Институтъ международнаго права

принялъ на Лозанской сессіи 5 Сентября 1888 года послѣ краткихъ преній слѣдующія резолюціи:

Статья 10. Послѣдствія брака въ отношеніи состоянія (état) жены и дѣтей, рождаемыхъ до брака, опредѣляются по закону національности, къ которой принадлежалъ мужъ въ моментъ заключенія брака.

Статья 11. Права мужа и жены относительно другъ друга признаются и защищаются согласно національному закону мужа, съ соблюденіемъ, однако, ограниченій публичнаго права мѣста пребыванія супруговъ.

Нельзя не замѣтить, что въ этихъ резолюціяхъ, какъ въ зеркалѣ, отражается вся предшествовавшая, изложенная нами выше, доктрина [4]).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія конференціи.

Конференція 1893 года не занималась вопросомъ о юридическихъ эффектахъ брака.

Докладъ I коммисіи конференціи 1894 года стоитъ на точкѣ зрѣнія Института международнаго права. Прежде всего устраняется всякое вліяніе воли сторонъ на личныя отно-

[1]) Bar I, p. 520.
[2]) I, 421 — 424.
[3]) l. c. II, стр. 315.
[4]) Annuaire X, p. 77.

шенія супруговъ, такъ какъ бракъ не можетъ быть уподобленъ обыкновенному контракту. Единственнымъ компетентнымъ закономъ является національный законъ супруговъ. Нельзя утверждать, чтобы публичное право какой-нибудь страны требовало признанія дѣеспособности или недѣеспособности иностранной замужней женщины вопреки ея національному закону. Что же касается правъ мужа надъ личностью жены, то они могутъ быть осуществлены только средствами, допускаемыми какъ національнымъ, такъ и территоріальнымъ законами. Публичное право страны съ одной стороны не можетъ допустить примѣненія къ женѣ иностранца мѣръ, нарушающихъ ея личную свободу, но съ другой вовсе не заинтересовано въ томъ, чтобы мѣры принужденія, изданныя имъ для туземныхъ семей, примѣнялись къ иностранцамъ. Докладъ прибавляетъ, впрочемъ, что мѣры принужденія все болѣе исчезаютъ изъ кодексовъ, и интересъ вопроса скорѣе теоретическій.

Если супруги оба переходятъ въ другое подданство, то ихъ личныя отношенія подчиняются новому національному закону. Но справедливость требуетъ, чтобы эти отношенія не могли быть измѣнены одностороннимъ актомъ мужа, а оставались подчиненными послѣднему общему національному закону супруговъ. Коммисія отвергаетъ также предложеніе дозволить женѣ оптировать за новый законъ мужа въ случаяхъ, когда это ей окажется выгоднымъ. Такое право жены подчинило бы личныя отношенія супруговъ ея произволу. Если она желаетъ подчиниться новому личному закону мужа, она должна принять его новую національность [1]).

Докладъ I коммисіи обсуждался въ засѣданіи конференціи 9 Іюля 1894 года. Пренія не представляютъ особеннаго интереса. Г. Рено заявилъ, что проектъ коммисіи не имѣлъ въ виду рѣшить вопросъ о національности жены, который предполагается уже рѣшеннымъ, и что вопросъ объ ея дѣеспо-

[1]) Actes de la II Conference de la Haye 1894, pp 80 — 83.

собности разсмотрѣнъ независимо отъ брачнаго имущественнаго права супруговъ. Г. Беекманъ нашелъ, что текстъ 2 ст. проекта коммисіи неясенъ [1]), такъ какъ онъ не оттѣняетъ совокупнаго вліянія національнаго и территоріальнаго закона на принятіе принудительныхъ мѣръ, и не предвидитъ случая, когда оба супруга жительствуютъ въ разныхъ странахъ. Г. Рено возразилъ, что 1) слово „ils“ 2 ст. проекта относится къ правамъ, опредѣляемымъ по національному закону и 2) случай, приведенный г. Беекманомъ, не идетъ къ дѣлу, такъ какъ государство, въ которомъ живетъ жена, и такъ не выдастъ ея по требованію государства, признающаго принудительное водвореніе въ мѣстѣ жительства мужа. А на замѣчанія г. Пьерантони, что въ такомъ случаѣ вторая часть 2 статьи проекта излишня, докладчикъ замѣтилъ, что она сохраняетъ значеніе для случаевъ, когда супруги живутъ въ той же странѣ [2]). Проектъ 1 коммисіи былъ принятъ и отосланъ въ редакціонную коммисію, которая воспользовалась сдѣланными указаніями. Окончательный текстъ представляется въ слѣдующемъ видѣ [3]).

Постановленія о бракѣ.

Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія жены и дѣтей.

Статья 1. Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія и правоспособности жены, равно какъ правосостоянія ихъ дѣтей, рожденныхъ до брака, опредѣляются закономъ страны, которой принадлежалъ мужъ во время вступленія въ бракъ.

Статья 2. Права и обязанности мужа по отношенію къ женѣ и жены по отношенію къ мужу опредѣляются отече-

---

[1]) Art 2: Les droits et les devoirs du mari envers la femme et de la femme envers le mari sont déterminés par la loi nationale du mari. Toutefois ils ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet la loi du lieu de la résidence des époux.

[2]) Actes etc. 1894, pp. 71 — 73.

[3]) Protocole final, p. 2.

ственнымъ закономъ мужа. Однако, права эти могутъ быть осуществляемы лишь средствами которыя допускаются также закономъ страны, гдѣ осуществленіе этихъ правъ предполагается.

Статья 3. Въ случаѣ перемѣны подданства однимъ мужемъ, супружескія отношенія остаются подъ дѣйствіемъ послѣдняго общаго отечественнаго закона [1]).

II. Критика Гаагскаго протокола.

Къ 1 статьѣ.

Тѣ же причины, вслѣдствіе которыхъ конференція опредѣлила бракоспособность по національному закону, побудили ее, конечно, подчинить этому закону, предпочтительно передъ lex domicilii, гражданскія послѣдствія брака. Но конференцію можно упрекнуть въ томъ, что она не обосновала предпочтенія, оказываемаго ею національному закону передъ lex loci contractus. Дѣйствительно, здѣсь въ пользу lex loci говорятъ не соображенія общественной нравственности, а интересы территоріальныхъ подданныхъ, которые вступаютъ въ договоръ съ недѣеспособными иностранками.

Желая примирить требованія lex loci и національнаго закона, Баръ, какъ извѣстно, предлагаетъ принять посредствующій принципъ, по которому дѣеспособность иностранцевъ опредѣляется по lex loci, если ихъ туземные контрагенты дѣйствовали bona fide и не могутъ быть обвинены въ небрежности при ознакомленіи съ личнымъ статутомъ иностран-

[1]) Art 1. Les effets du mariage sur l'état et la capacité de la femme ainsi que sur l'état de leurs enfants qui seraient nés avant le mariage, se règlent d'après la loi du pays auquel appartenait le mari lorsque le mariage a été contracté. Art 2. Les droits et devoirs du mari envers la femme et de la femme envers le mari sont déterminés par la loi nationale du mari. Toutefois ils ne peuvent être sanctionnés que par les moyens que permet également la loi du pays où la sanction est requise. Art 3. En cas de changement de nationalité du mari seul les rapports des époux restent régis par leur dernière loi nationale commune . . . . . .

цевъ [1]). Намъ кажется, однако, что этотъ принципъ неудобенъ, уже потому, что предполагаетъ почти невозможное изслѣдованіе bonae fidei. Затѣмъ, съ точки зрѣнія международнаго общенія, вредъ, который произойдетъ отъ признанія ничтожнымъ обязательства неспособной по національному закону иностранки, несравненно менѣе того, который произойдетъ отъ нарушенія единства личныхъ правъ женщины во всѣхъ государствахъ, и отъ нарушенія тождества эффектовъ, совершаемыхъ ею актовъ. Этотъ же аргументъ можно привести и противъ тѣхъ, которые стали бы утверждать, что зависимость женщины отъ мужа въ гражданскихъ дѣлахъ вообще противна „публичному порядку“, и не должна быть терпима. Мы присоединяемся поэтому къ мнѣнію конференціи [2]).

Отмѣтимъ, что въ данномъ случаѣ конференція обходится безъ „отсылки“ къ lex domicilii или lex loci contractus. Во время преній, делегатъ г. Беекманъ возбудилъ, правда, этотъ вопросъ, но г. Рено отвѣтилъ, что онъ рѣшенъ уже въ прошломъ году. Очевидно, этого замѣчанія недостаточно для того, чтобы считать отсылку принятой и для опредѣленія юридическихъ эффектовъ брака [3]).

Къ 2 статьѣ.

Здѣсь мы не можемъ согласиться съ конференціей, хотя она санкціонировала общепринятую теорію. Права мужа надъ личностью жены, какъ то: право подвергать жену наказанію, право требовать водворенія жены въ домъ мужа и пр., равно

[1]) Bar I, 399 ff.

[2]) По данному вопросу еще не образовалось международнаго обычнаго права. Національный законъ (вообще принятый во Франціи, Бельгіи, Голландіи, Италіи, Испаніи, Португаліи, Румыніи, Греціи, Сербіи, Германіи, а въ Чили, Австріи и Россіи для собственныхъ подданныхъ), ведетъ еще упорную борьбу съ lex loci contractus въ Соединенныхъ Штатахъ, Англіи (?), Аргентиніи, Швейцаріи (для иностранокъ), Чили (для иностранокъ), Даніи (для иностранокъ), Россіи (для иностранокъ), и lex domicilii въ Даніи (для датчанокъ), Австріи (для иностранокъ), Швейцаріи (для швейцарокъ).

[3]) Actes etc. 1894, p. 72.

какъ и обязанность супруговъ алиментировать другъ друга, должны на нашъ взглядъ опредѣляться исключительно по территоріальному закону. Права этого разряда относятся скорѣе къ области государственнаго, чѣмъ гражданскаго права, особенно ярко отражая весь этическій строй государства. Сама конференція, какъ и теоріи, на которыя она опирается, признаютъ, что невозможно допустить упражненіе мужемъ надъ личностью жены такихъ правъ, которыя ему даетъ одинъ національный законъ. Намъ кажется, что слѣдуетъ принять и обратное положеніе, т. е. даровать мужу-иностранцу независимо отъ національнаго закона тѣ же права надъ личностью жены, которыя имѣетъ мужъ-туземецъ.

Выставляя это положеніе, мы нисколько не впадаемъ въ противорѣчіе съ идеями, высказанными нами при обсужденіи личныхъ условій вступленія въ бракъ и дѣеспособности замужней женщины. Опредѣляя и тѣ и другую по національному закону, мы могли допустить временное дѣйствіе идеи территоріальнаго публичнаго порядка, да и то только въ отрицательной формѣ. Такое ограниченіе дѣйствія публичнаго порядка требуется интересами международнаго общенія, во имя которыхъ общее юридическое положеніе (status) лица должно оставаться единымъ во всѣхъ государствахъ. Въ настоящемъ случаѣ мы имѣемъ дѣло съ совершенно другой категоріей правъ, которыя мы опредѣляемъ по территоріальному закону, не встрѣчая при этомъ никакихъ международныхъ основаній къ уступкамъ національному публичному порядку. Личныя правообязанности супруговъ, о которыхъ идетъ рѣчь, не касаются status'а супруговъ, а выражаются въ осуществленіи отдѣльныхъ дѣйствій, не нуждающихся вовсе въ признаніи отечествомъ. Если мы обвѣнчаемъ монаха вопреки его національному закону или дозволимъ недѣеспособной замужней иностранкѣ вступать въ договоры—то отечество ихъ, не признавая эффектовъ брака или договоровъ, можетъ нарушить единство правосостоянія (status'а) и прочность сдѣлокъ въ предѣлахъ международнаго общенія. Если же мы

водворимъ жену-иностранку въ домѣ мужа, согласно нашему праву, то отечество не имѣетъ возможности умалить эффектъ этого дѣйствія. То же слѣдуетъ сказать о принужденіи супруговъ алиментировать другъ друга. Территоріальный законъ, признанный компетентнымъ съ точки зрѣнія международнаго общенія, долженъ считаться компетентнымъ и въ отрицательной и въ положительной формѣ, такъ какъ то же международное общеніе не диктуетъ ему никакихъ исключеній.

Такимъ образомъ, мы предлагаемъ принять во 2 статьѣ территоріальный законъ не какъ исключеніе изъ компетентнаго національнаго закона, основанное на публичномъ территоріальномъ порядкѣ, а какъ правило, не допускающее исключеній въ пользу національнаго публичнаго порядка. Мы предлагаемъ такую редакцію:

Ст. 2. Права и обязанности супруговъ относительно другъ друга опредѣляются закономъ страны ихъ мѣстопребыванія [1]).

Къ статьѣ 3

Въ третьей статьѣ конференція выразила справедливую и благородную мысль, что мужъ не можетъ посредствомъ односторонней перемѣны подданства измѣнить юридическое положеніе жены. Вступая въ бракъ, женщина соглашается на тѣ ограниченія ея дѣеспособности, которыя признаются національнымъ закономъ ея жениха, а не тѣми законами, которымъ мужу вздумается подчиниться впослѣдствіи. Нѣмка, выходя замужъ за русскаго, вовсе не имѣетъ въ виду ограниченій дѣеспособности замужней женщины, содержащихся въ Code Civil; если поэтому мужу вздумается одному принять французское подданство, то дѣеспособность жены все-таки опредѣляется по русскому праву. Здѣсь мы имѣемъ дѣло съ конфликтомъ законовъ не столько въ пространствѣ, сколько во времени, и подчиняя дѣеспособность жены новымъ зако-

[1]) Art 2. Les droits et devoirs du mari envers la femme et de la femme envers le mari sont déterminés par la loi du pays où ils résident.

намъ мужа, мы просто придаемъ этимъ послѣднимъ обратную силу. Результатомъ же этой обратной силы окажется опять гаки раздвоеніе правосостоянія замужней женщины, такъ какъ законъ ея отечества, разъ признанный компетентнымъ съ международной точки зрѣнія, не можетъ быть принужденъ преклониться передъ вторгающимся въ чужую сферу новымъ закономъ мужа.

Можетъ быть покажется непослѣдовательнымъ, что мы не позволяемъ мужу измѣнить дѣеспособность жены посредствомъ перемѣны подданства (ст. 3) и въ то же время даемъ ему возможность измѣнить характеръ его правъ на личность жены путемъ простого переѣзда черезъ границу (ст. 2). Но разница здѣсь въ томъ, что въ послѣднемъ случаѣ жена можетъ и не послѣдовать за мужемъ, чѣмъ устранится всякое вліяніе территоріальнаго закона; перемѣна же мужемъ подданства, можетъ вліять на дѣеспособность жены, хотя бы она осталась на его родинѣ.

Въ виду сказаннаго, мы принимаемъ 3 статью разбираемаго протокола.

III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду III Гаагской конференціи.

Въ средѣ совѣщанія, образованнаго при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ, только одинъ членъ, Р. В. фонъ-Фрейманъ, высказался противъ національнаго принципа, [проводимаго Гаагской конференціей. Г. Фрейманъ высказалъ, во-первыхъ, опасеніе, что въ виду абсолютной формы, въ которой редактирована ст. 1 отд b протокола о бракѣ, она можетъ быть легко распространена на область публичныхъ правъ и правъ на недвижимости. Во-вторыхъ, г. Фрейманъ указалъ на неудобства, могущія произойти отъ опредѣленія дѣеспособности замужней иностранки по ея національному праву: и мѣстные подданные могли бы, по невѣдѣнію иностранныхъ законовъ, вступать съ иностранкою въ сдѣлки,

которыя впослѣдствіи могли бы быть оспариваемы, какъ недозволенныя ея національнымъ закономъ. Въ виду этого, г. Фрейманъ предложилъ установить по отношенію къ вліянію брака на правоспособность жены правило, принятое нашими проектами устава о векселяхъ; эти проекты, какъ извѣстно, опредѣляютъ, что иностранецъ не можетъ основывать свою неспособность обязываться векселями на отечественномъ правѣ, если онъ имѣетъ эту способность по русскому закону.

Съ мнѣніемъ этимъ не согласились остальные члены совѣщанія. Ф. Ф. Мартенсъ заявилъ, что на Гаагскихъ конференціяхъ было принято отстаиваемое имъ воззрѣніе, по которому „политическія требованія отдѣльныхъ государствъ остаются неприкосновенными“, и что, слѣдовательно, опасенія г. Фреймана лишены основанія. Кромѣ того, ст. 1 (б) программы не имѣетъ вовсе въ виду опредѣлять частные случаи, могущіе возникнуть на практикѣ при осуществленіи иностранцами принадлежащихъ имъ правъ, а выставляетъ лишь общее начало дѣйствія національнаго закона въ сферѣ личныхъ отношеній супруговъ.

Очень вѣсское возраженіе г. Фрейману сдѣлалъ также П. Н. Гуссаковскій. „Въ разсматриваемыхъ въ настоящее время статьяхъ устанавливается то же самое начало, какъ и въ служившихъ предметомъ занятій совѣщанія въ предыдущемъ засѣданіи статьяхъ объ условіяхъ законности брака; вслѣдствіе сего, за принятіемъ сихъ послѣднихъ, казалось бы послѣдовательнымъ принять и эти. Что же касается указываемой возможности, при дѣйствіи этого начала, заключенія иностранкою, ограниченною въ дѣеспособности по національному ея закону, сдѣлокъ, могущихъ быть впослѣдствіи оспариваемыми въ ущербъ интересамъ мѣстныхъ уроженцевъ, вступавшихъ съ нею въ эти сдѣлки, то принимать въ соображеніе подобные случаи едва ли основательно, ибо сдѣлки, имѣющія серьезное значеніе для контрагентовъ, заключаются обыкновенно при содѣйствіи должностныхъ лицъ, нотаріусовъ, которые обязаны предварительно удостовѣриться въ право-

способности участвующихъ въ сдѣлкѣ лицъ, а слѣдовательно должны принимать во вниманіе и ограниченія въ дѣеспособности, устанавливаемыя иностранными законами, если только одна изъ сторонъ, или же обѣ, принадлежатъ къ иностраннымъ подданнымъ".

Послѣ этого статьи 1 — 3 (b) I Гаагскаго протокола приняты совѣщаніемъ безъ измѣненій [1]).

---

[1]) См. протоколъ засѣданія 12 Мая 1898 года, стр. 13 — 15.

Отдѣлъ четвертый.

Личныя отношенія между родителями и дѣтьми.

Глава первая.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.

A. Старое французское право.

Какъ самое возникновеніе родительской власти, — путемъ рожденія или узаконенія ребенка — такъ и ея упражненіе относится французскими статутаріями къ личному статуту. Авторы эти обыкновенно подкрѣпляютъ свои соображенія (которыя мы разберемъ ниже) знаменитымъ рѣшеніемъ Парижскаго парламента отъ 21 Іюня 1668 года: французъ Duquesnay прижилъ во Франціи незаконнаго ребенка съ француженкой Dumay; затѣмъ родители переселились въ Англію, гдѣ и вступили между собою въ бракъ. Было доказано, что супруги Duquesnay остались французами (не утратили „esprit de retour en France"), и поэтому парламентъ рѣшилъ, что бракъ, согласно французскимъ законамъ и не взирая на англійскіе, имѣлъ послѣдствіемъ узаконеніе ребенка, который и допущенъ къ наслѣдованію во Франціи [1]).

[1]) Merlin, Recueil Alphabétique de questions de droit (Tome IX, Mot Légitimation, § II); Boullenois, Traité (Tome I, Titre I., chap. II, Observation IV), который по словамъ Merlin'а не совсѣмъ точно излагаетъ фактическую форму дѣла.

Цитируется также рѣшеніе Безансонскаго парламента отъ 24 Марта 1721 года, по которому дочь семейства, родомъ изъ Безансона, осталась подъ отцовскою властью и послѣ брака (какъ того требуетъ Безансонскій обычай), хотя этотъ бракъ былъ совершенъ въ Бургундіи, гдѣ эманципація дочери соединяется съ выходомъ замужъ. Мы находимъ также любопытное рѣшеніе „Суверенпаго Совѣта въ Монсѣ" (Conseil Souverain de Mons) отъ 20 Января 1695 года, изъ котораго видно, что отецъ не могъ посредствомъ произвольной перемѣны своего домициля пріобрѣтать новыя права на ребенка: ребенокъ, родившійся въ Артуа, гдѣ неизвѣстенъ институтъ отцовской власти, не теряетъ своей независимости, хотя бы отецъ перенесъ свой домицилъ въ Геннегау (Hainaut), гдѣ этотъ институтъ существуетъ [1]).

Такимъ образомъ, въ вопросѣ о родительской власти, уже въ древнемъ французскомъ правѣ lex originis торжествовала не только надъ lex loci contractus, но и надъ lex domicilii.

B. Современное французское право.

1. Возникновеніе родительской власти.

a) Черезъ рожденіе въ законномъ бракѣ.

Статьи 312 — 330 Code Civil опредѣляютъ условіе законнаго рожденія и формы, въ которыхъ оно доказывается. Code Civil не выясняетъ международнаго значенія этихъ статей [2]).

---

[1]) Merlin, Répertoire, Puissance Paternelle, Section VII, II et VI.

[2]) Вотъ ихъ содержаніе въ главныхъ чертахъ:

Ребенокъ, зачатый въ бракѣ, имѣетъ отцомъ мужа. Мужъ можетъ однако отречься отъ ребенка: 1) если онъ докажетъ, что за промежутокъ времени отъ 300-го по 180-й день до рожденія ребенка, онъ не могъ имѣть сношеній съ женою (Art 312). Эта невозможность должна быть основана на отсутствіи мужа или какой либо другой случайности Но мужъ никогда не можетъ отречься отъ ребенка, ссылаясь на свое половое безсиліе (Art 313); 2) Отреченіе допускается въ случаѣ адультера, однако лишь тогда, если отъ мужа скрывали рожденіе ребенка; 3) Въ случаѣ судебнаго рѣшенія, постановившаго разводъ или разлученіе, или даже въ случаѣ вчинанія иска о разводѣ или разлученіи, мужъ можетъ отречься

Французская юриспруденція и въ этомъ вопросѣ проводитъ національное начало. Материнское происхожденіе (filia-

отъ ребенка родившагося или 300 дней спустя послѣ приговора, разрѣшившаго имъ жить отдѣльно, или же ранѣе 180 дней послѣ отказа въ искѣ или примиренія. Отреченіе не допускается, если супруги фактически продолжали жить вмѣстѣ (Art 313).

Мужъ можетъ также отречься отъ ребенка, родившагося ранѣе 180-го дня брака, исключая слѣдующихъ случаевъ: 1) если онъ зналъ о беременности до брака; 2) если онъ подписалъ метрическое свидѣтельство ребенка; 3) если ребенокъ объявленъ нежизнеспособнымъ (Art 314). Наконецъ мужъ можетъ также отречься отъ ребенка, родившагося 300 дней послѣ расторженія брака (Art 315). Иски мужа объ отреченіи (actions en désaveu) подаются въ мѣсячный срокъ, если онъ находится въ мѣстѣ рожденія ребенка, въ 2-хъ мѣсячный послѣ возвращенія, если онъ отсутствуетъ, и въ такой же срокъ, если отъ него скрывали рожденіе ребенка (Art 316). Въ случаѣ смерти мужа, не успѣвшаго воспользоваться своимъ правомъ, наслѣдники имѣютъ 2-хъ мѣсячный срокъ для вчинанія того же иска, считая со времени нарушенія имущественныхъ правъ этихъ наслѣдниковъ ребенкомъ (Art 317). Внѣсудебный актъ отреченія дѣйствителенъ лишь тогда, когда за нимъ слѣдуетъ вчинаемый въ мѣсячный срокъ судебный искъ противъ особаго опекуна (tuteur ad hoc), даннаго ребенку и въ присутствіи матери этого ребенка (Art 318).

Для доказательства самого факта рожденія въ законномъ бракѣ (т. е. рожденія отъ данной матери) Code Civil установляетъ самыя либеральныя правила. Рожденіе въ данной семьѣ можетъ быть доказано: 1) или метрическими свидѣтельствами, записанными въ регистры гражданскаго состоянія (Art 319); 2) или на основаніи постояннаго пользованія правосостояніемъ законнаго ребенка (possession constante de l'état d'enfant légitime) (Art 320); 3) или же путемъ свидѣтельскихъ показаній, однако лишь тогда, когда имѣется начало письменнаго доказательства (commencement de preuve par écrit), или когда имѣются особо сильныя презумпціи въ пользу законнаго рожденія (Art 323). Никто не можетъ требовать признанія за нимъ другого правосостоянія, чѣмъ то, которое ему даетъ титулъ рожденія, сопровождаемый постояннымъ пользованіемъ; и никто не можетъ оспаривать правосостоянія того, кто основываетъ его на постоянномъ пользованіи, соотвѣтствующемъ титулу рожденія (Art 322). Право ребенка на искъ о признаніи его происхожденія не покрывается давностью (Art 328). Тотъ же искъ принадлежитъ наслѣдникамъ ребенка, если этотъ послѣдній, не воспользовавшись своимъ правомъ, умеръ несовершеннолѣтнимъ или до истеченія 5 лѣтъ по достиженіи имъ совершеннолѣтія (Art 329). Наслѣдники могутъ вступить въ искъ, начатый ребенкомъ, если онъ не отказался отъ него формально или молчаливо — не дѣлая ходатайствъ въ теченіе 3 лѣтъ послѣ послѣдняго процессуальнаго дѣйствія (Art 330).

tion maternelle) дѣтей, родившихся отъ браковъ французовъ можетъ быть доказано всѣми способами, которые допускаются французскимъ правомъ, хотя бы эти дѣти родились за границей, напр. посредствомъ одной „possession constante de l'état d'enfant légitime“ (Art 320 Code Civil)[1]).

Съ другой стороны, имѣется рѣшеніе Сенскаго суда, признающее русскіе рекрутскіе списки (listes de recensement) какъ доказательство законности рожденія русскихъ подданныхъ, согласно ихъ національному закону[2]).

Такимъ образомъ lex loci вовсе не принимается во вниманіе.

Но если допустимость доказательства зависитъ отъ національнаго закона, за то самая форма этого доказательства опредѣляется по lex loci actus. Такъ, законность рожденія ребенка французскихъ родителей можетъ быть признана на основаніи acte de notoriété, замѣняющаго по законамъ страны рожденія метрическое свидѣтельство[3]).

Французская доктрина представляетъ нѣкоторое разногласіе. Дюгуи, особенно подробно разработавшій этотъ вопросъ[4]), высказывается за обсужденіе законности происхожденія

[1]) C. de Paris 20 Janv. 1873 (Sirey 1873, II, 177); Cassation 8 Juillet 1886 (Journal 1886, p. 585).

[2]) Trib. Seine, 14 Mars 1879 (Journal 1879, p. 544).

[3]) C. Bordeaux, 21 Déc. 1886 (Journal 1887, p. 600): судъ примѣнилъ 215 статью Лузіанскаго кодекса.

[4]) Léon Duguit: Du conflit des lois en matière de filiation (Journal Clunet 1885, pp. 353—374). Изъ комментарія этого ученаго мы извлекаемъ слѣдующія положенія: обсужденіе законности происхожденія по національному закону отца въ моментъ рожденія ребенка общепринято во Франціи (c'est la conception française). Слѣдуетъ строго различать допустимость какого либо доказательства (recevabilité de tel ou tel mode de preuve) отъ формы его. Поэтому Дюгуи не допускаетъ, чтобы ребенокъ француза могъ доказывать свое происхожденіе посредствомъ acte de notoriété, который принимается лишь, когда отецъ американецъ... Art 322. (Nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance) не примѣнимъ къ иностраннымъ отцамъ, такъ какъ изданъ въ виду спокойствія французскихъ семей. — Законное происхожденіе отъ иностраннаго отца можетъ быть доказано свидѣтельскими показаніями, даже внѣ условій Art 323—324, С. С. Точно также по закону отца опре-

по національному закону отца въ моментъ рожденія ребенка, такъ какъ законъ отца опредѣляетъ всѣ послѣдствія брака. Съ нимъ сходится Сюрвилль (Surville, § 304). Напротивъ того Деспанье [1]), Вейсъ [2]), Одинэ [3]) стоятъ за національный законъ ребенка, такъ какъ законность рожденія есть одинъ изъ элементовъ правосостоянія (état de la personne).

Ст. 312—318 С. С. регулируютъ условія, при которыхъ отецъ можетъ оспаривать законность рожденія ребенка, родившагося въ бракѣ (action en désaveu). И здѣсь, по мнѣнію французскихъ авторовъ, національный законъ одерживаетъ верхъ надъ lex fori, и въ томъ же смыслѣ высказалась С. de Douai [4]), опредѣливъ сроки для иска отца-швейцарца по его національному закону. Это правило однако не безусловно, и ограничивается соображеніями публичнаго порядка. Такъ, статья 313 С. С., запрещающая мужу ссылаться на свое половое безсиліе для доказательства незаконнаго рожденія ребенка, по мнѣнію почти всѣхъ авторовъ, примѣнима и къ иностранцамъ [5]). Что же касается столкновеній между національными законами отца и ребенка, то мнѣнія французскихъ ученыхъ расходятся [6]).

дѣляется вліяніе давности на право иска о признаніи правосостоянія (action en réclamation d'état, Art 328) и условія, при которыхъ этотъ искъ принадлежитъ наслѣдникамъ ребенка (Art 329 — 330). Но совершеннолѣтіе ребенка, о которомъ упоминаетъ Art 329, опредѣляется, конечно, по его національному закону: если сынъ француза переходитъ въ прусское подданство, то наслѣдники имѣютъ право иска, если ребенокъ умеръ до истеченія пяти лѣтъ по достиженіи имъ 25 лѣтъ (а не 21).

[1]) Despagnet, p. 433. [2]) Weiss, p. 551. [3]) Audinet, § 571.

[4]) C. de Douai 23 Nov. 1806 (Laurent V, § 246).

[5]) Laurent, V, § 244; Weiss, p. 549; Despagnet, § 430, Contra Duguit l. c.: Art 313 непримѣнимъ къ иностранцамъ, такъ какъ имѣетъ въ виду интересы законныхъ дѣтей, притомъ однихъ французскихъ, и чуждъ всякихъ соображеній „публичнаго порядка“; послѣднее слѣдуетъ изъ того, что законодатель вообще допускаетъ иски, основанные на половомъ безсиліи (которое подводится тогда подъ „erreur dans la personne“, Art 180, C. C.).

[6]) За законъ отца: Duguit, l. c; Laurent, V, p. 508; Surville-Arthuys, § 304; за законъ ребенка: Weiss, p. 520; Despagnet, § 428; Audinet, § 571.

2. Черезъ узаконеніе:

α) **Дѣтей французскихъ родителей.**

331 ст. Code Civil постановляетъ, что дѣти, рожденныя внѣ брака, но не отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, узаконяются черезъ послѣдующій бракъ ихъ родителей; при этомъ необходимо, чтобы признаніе дѣтей предшествовало браку, или же было совершено при самомъ его заключеніи [1]).

Право узаконенія дѣтей признается во французской судебной практикѣ за всѣми французскими отцами, гдѣ бы ни были совершены браки, и не взирая на національный законъ матери [2]). При этомъ возникаетъ вопросъ, слѣдуетъ ли условіе 331 ст. о времени признанія считать существеннымъ, или же формальнымъ и, слѣдовательно, необязательнымъ при заключеніи браковъ за границей? Другими словами, можетъ ли французъ узаконить своего ребенка посредствомъ признанія, совершеннаго послѣ заключенія заграничнаго брака [3])? Судебныя рѣшенія расходятся. Авторы же единодушно высказываются въ отрицательномъ смыслѣ [4]).

---

[1]) Art 331. Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu'ils les reconnaîtront dans l'acte même de célébration.

[2]) C. Bordeaux, 27 Août 1877 (Sirey, 1879, II, 105): ребенокъ, родившійся отъ француза и англичанки, узаконяется черезъ послѣдующій бракъ родителей, хотя бы совершенный въ Англіи.

[3]) C. Besançon, 25 Juillet 1876 (Sirey, 1879, II, 249): условіе о времени признанія чисто формальное и подчинено lex loci actus. Ребенокъ, родившійся отъ французовъ, вступившихъ затѣмъ въ бракъ въ Калифорніи, узаконяется посредствомъ одной „possession de l'état d'enfant légitime", хотя бы не былъ признанъ при самомъ заключеніи брака. Contra C. de Paris 2 Août 1876 (Sirey, 1879, II, 250) и C. Bordeaux, 27 Août 1877 (Sirey, 1879, II, 105): соблюденіе условія 331 ст. относительно времени признанія обязательно для французовъ даже при бракахъ, совершаемыхъ за границей.

[4]) Duguit, l. c. (Journal Clunet 1886, p. 520); Despagnet (Journal, 1888, pp. 592—602); Weiss, p. 560; Laurent, l. c. V, § 257. Всѣ эти авторы сходятся въ томъ, что время, въ которое должно быть совершено при-

3) Дѣтей иностранныхъ родителей.

Если національный законъ иностранныхъ родителей вообще признаетъ институтъ узаконенія черезъ бракъ, то условія дѣйствительности узаконенія обсуждаются французскими судами по этому же закону. Такъ, испанскіе родители могутъ узаконять своихъ дѣтей посредствомъ признанія, слѣдующаго за бракомъ [1]). Мало того, Trib. d'Avesnes рѣшилъ 12 Іюля 1880 года, что право иностранныхъ родителей не теряется даже послѣ присоединенія ихъ страны къ Франціи. Сардинскіе супруги, вступившіе въ бракъ въ 1860 году по сардинскимъ законамъ, признали ребенка только въ 1880 г., когда они уже были французами; несмотря на это, ребенокъ долженъ считаться законнымъ, такъ какъ право родителей узаконять его и послѣ брака — благопріобрѣтенное и не можетъ быть нарушено [2]).

Другое дѣло если иностранный законъ вовсе не знаетъ института узаконенія черезъ бракъ. Послѣ нѣкоторыхъ колебаній [3]) французская юриспруденція согласилась относить узаконеніе къ институтамъ, основаннымъ на требованіяхъ „публичнаго порядка“ и, слѣдовательно, безусловно независящимъ отъ иностранныхъ законовъ. Поворотъ въ этомъ смыслѣ знаменуется извѣстнымъ кассаціоннымъ рѣшеніемъ 23 Ноября 1857 года, признавшимъ узаконеніе ре-

---

знаніе, составляетъ существенный, а не формальный элементъ узаконенія, хотя они различно доказываютъ это положеніе.

[1]) C. de Paris, 30 Janvier 1877 et Cassation, 20 Janv. 1879 (Sirey, 1879, I, 417), C. Bastia, 7 Mai 1859 (Sirey, 1860, II, 334).

[2]) Trib. d'Avesnes, 12 Juin 1850 (Clunet 1880). Того же мнѣнія Duguit, l. c. (Journal Clunet, 1886, pp 520—523) и Lehr (Journal, 1883, p. 143 — 145). Contra Despagnet (Journal, 1888, pp. 592 — 602), который, отрицаетъ наличность благопріобрѣтеннаго права родителей (droit acquis): если они мѣняютъ національность послѣ брака, но до признанія, то вѣдь и по сардинскому кодексу ребенокъ считается еще незаконнымъ.

[3]) C. de Caen, 18 Nov. 1852, Sirey 1852, II, 432) и C. d'Orléans 17 Mai 1856 (Sirey 1856, II, 625) рѣшили, что англичане не могутъ узаконять своихъ дѣтей посредствомъ брака съ матерями француженками.

бенка англичанина Scottowe, вступившаго во Франціи въ бракъ съ француженкою [1]). Слѣдуетъ однако замѣтить, что эта юриспруденція сильно критикуется французскими авторами, которые всѣ высказываются въ пользу примѣненія національнаго закона [2]).

γ) Упражненіе родительской власти.

Судебныя рѣшенія, касающіяся международныхъ границъ родительской власти, очень скудны.

Кассаціонный судъ рѣшеніемъ отъ 16 Февраля 1875 года призналъ за иностранцами право быть опекунами своихъ дѣтей-французовъ. Право родителей опекать своихъ дѣтей, говоритъ судъ, основано на „естественномъ правѣ покровительства“, и къ тому же не отнято гражданскимъ кодексомъ у иностранцевъ [3]). Съ другой стороны, тотъ же судъ рѣшилъ,

[1]) Cass 23 Nov. 1857 (Sirey. 1858, I, 293) основывается сначала, правда, на томъ, что отказъ въ узаконеніи обманулъ бы bonne foi матери-француженки, и что отецъ молчаливо подчинился закону брачнаго домициля; но потомъ высказывается болѣе общимъ образомъ: „D'après son objet et ses résultats, qui sont de réparer une faute commise contre l'ordre social au profit de l'enfant naturel qui en était la victime innocente, de créer à cet enfant une famille qu'il n'avait point auparavent, et de l'élever au rang et aux droits d'enfant légitime, la légitimation par le mariage subséquent des père et mère, est, en France, comme le mariage lui même, d'ordre public“. Эта теорія, относящая „legitimatio per subsequens matrimonium“ къ „ordre public“ принята въ рѣшеніяхъ C. de Bourges, 26 Mai 1858 (Sirey 1858, II, 532) и C. de Rouen, 5 Janvier 1887 (Journal, 1887, p. 183), C. de Paris, 23 Mai 1888 (Journal, 1889, p. 638).

[2]) Duguit, l. c., Journal 1886, p 515; Weiss, p. 560; Despagnet, § 443, Laurent, V, §§ 283—285; Surville et Arthyus, § 313; Audinet, § 572. Эти авторы очень справедливо указываютъ, что даже для французскихъ родителей узаконеніе дѣтей не составляетъ обязанности, а только право, осуществляемое посредствомъ совершенно факультативнаго признанія дѣтей. Слѣдовательно, нельзя сказать, чтобы публичный порядокъ Франціи не допускалъ существованія неузаконенныхъ дѣтей.

[3]) Cassation, 15 Fév. 1875 (Sirey 1875, I, 197) Labbé въ примѣчаніи одобряетъ это рѣшеніе, хотя не отрицаетъ нѣкоторыхъ неудобствъ, которыя являются его послѣдствіями, напр. въ случаяхъ войны, или когда все имущество иностраннаго отца или опекуна находится за границей, и его отвѣтственность не обезпечена.

что французская мать можетъ упражнять права законной опеки надъ иностранными дѣтьми, хотя бы иностранный законъ не признавалъ за ней этого права [1]).

Родительская власть опредѣляется, такимъ образомъ, по національному закону родителей; но ея упражненію ставятся извѣстныя границы во имя публичнаго порядка. Французскіе суды обязаны слѣдить за тѣмъ, чтобы „родительская власть, которая по существу своему направлена къ защитѣ и покровительству, не была злостно обращена противъ этихъ самыхъ цѣлей [2])". Такимъ образомъ, прусскій отецъ не могъ бы во Франціи примѣнить къ своему ребенку тѣлесное наказаніе, неизвѣстное Code Civil (Despagnet § 407).

Къ публичному порядку относится обыкновенно и взаимная обязанность дѣтей и родителей къ алиментамъ. Французскіе суды компетентны разбирать такіе иски даже между иностранцами; обязанность къ алиментамъ лежитъ безразлично на иностранцахъ и французахъ [3]).

[1]) Cassation, 13 Janvier 1873 (Sirey 1873, I, 13). Госпожа Маринковичъ, француженка по рожденію, вышедшая за австрійца и вернувшаяся во французское подданство въ силу Art 19 C. C, можетъ быть опекуншей своихъ австрійскихъ дѣтей, хотя австрійскій кодексъ не даетъ этого права матери-вдовѣ. Судъ находитъ, что примѣненіе австрійскаго закона противно „принципамъ французскаго суверенитета", такъ какъ оно нарушило бы французскія права и интересы. Въ томъ же смыслѣ C. Bourges 4 Août 1874 (Sirey, 1875, II, 69) и Cassation 14 Mars 1877 (Sirey, 1878, I, 25). См. критику Renault въ примѣчаніи. Contra также Weiss, p. 576.

[2]) C. de Paris, 2 Août 1872 (Journal, 1874, p. 32): les tribunaux français ont un pouvoir modérateur pour empêcher que la puissance paternelle qui est par essence une autorité de défense et de protection ne tourne méchamment contre ses fins.

[3]) Seine, 10 Mai 1876 (Journal, 1876, p. 184): L'obligation de se fournir des aliments est une loi de police qui oblige à la fois le Français et l'étranger.— Seine, 3 Mai 1879 (Journal, 1879, p. 489): Обязанность къ алиментамъ касается „ordre public et tout au moins (Sic) le droit des gens privé".—Trib. Seine 1877 (Journal 1877, p. 428) призналъ право отца-американца требовать отъ своихъ французскихъ дѣтей алиментовъ, которые присуждалъ ему одинъ французскій законъ; но здѣсь судъ основывался не на ordre public, а на французской національности отца, который натурализовался лишь послѣ рожденія дѣтей. Contra Trib, Seine, 29 Nov. 1890 (Journal, 1893, p. 171): французскіе суды некомпетентны для присужденія иностран-

Французскіе суды объявляютъ себя также компетентными для принятія различныхъ мѣръ въ интересахъ дѣтей иностранныхъ родителей; таково напр. временное оставленіе ребенка на попеченіи матери, пока иностранный судъ не постановилъ рѣшенія [1]).

Законъ 28 Марта 1882 года ввелъ во Франціи обязательное первоначальное обученіе. Полицейскій судъ въ Ressons sur Matz (Oise) 13 Іюля 1883, подводитъ этотъ законъ подъ законы полиціи и безопасности, и объявляетъ его примѣнимымъ къ иностраннымъ родителямъ и дѣтямъ. Государственный совѣтъ высказался однако противъ такого расширенія сферы дѣйствія закона 1882 года [2]). За то законъ 1888 года о фабричной работѣ малолѣтнихъ самъ постановляетъ, что онъ касается и дѣтей иностранцевъ [3]).

§ 2. Бельгія.

Въ Бельгіи узаконеніе обсуждается по національному закону отца въ моментъ заключенія брака. Если, однако, національный законъ, какъ англійскій, самъ подчиняетъ узаконеніе закону мѣстожительства, или если родители не имѣютъ національности, то узаконеніе зависитъ отъ lex domicilii [4]).

§ 3. Швейцарія.

Федеральный законъ 24 Декабря 1874 года допускаетъ узаконеніе черезъ послѣдующій бракъ родителей даже въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣти родились отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія (Art 25). Признаніе ребенка должно быть

цамъ pension alimentaire. Отмѣтимъ также рѣшеніе C. de Chambéry 6 Mai 1891 (Journal 1893, p. 172), по которому французскія дѣти могутъ требовать отъ родителей алиментовъ, даже когда живутъ за границей.

[1]) C. de Paris, 10 Juillet 1855 (Sirey 1855, II, 678).

[2]) См. Weiss, pp. 496—497.

[3]) Weiss, p. 497).

[4]) Trib. d'Anvers, 13 Janvier 1886 (Vincent et Pénaud, Paternité et filiation, § 56); Trib. de Bruxelles, 2 Mars 1887 (Dicey-Stoequart, I, § 158 ter).

сдѣлано не позже 30 дней послѣ брака, но несоблюденіе этого условія влечетъ за собой только штрафъ; дѣти все-таки законны.

Если, такимъ образомъ, узаконеніе отнесено къ федеральной компетенціи, за то вопросы о законности рожденія и происхожденіи отъ даннаго отца оставлены въ кантональной; поэтому узаконеніе невозможно, если кантонъ родины (Canton d'origine) отца оспариваетъ происхожденіе узаконяемаго ребенка отъ этого отца. Такъ, федеральный судъ рѣшилъ 10 Сентября 1886 года, что онъ не можетъ заставить люцернскія власти выдать свидѣтельство объ узаконеніи ребенку, котораго отецъ-люцернецъ узаконилъ посредствомъ брака, заключеннаго въ St. Gall, такъ какъ люцернскія власти оспариваютъ происхожденіе ребенка отъ даннаго лица [1]).

Федеральный законъ 25 Іюля 1891 года [2]) подчиняетъ вопросы законности или незаконности ребенка въ случаѣ междукантональныхъ конфликтовъ закону родного кантона отца. (Art 8). Изъ 32 статьи того же закона слѣдуетъ, что законность происхожденія дѣтей иностранцевъ обсуждается по національному закону отца, тогда какъ по разуму 28 ст. законность дѣтей швейцарцевъ, домицилированныхъ за границей, зависитъ отъ lex domicilii [3]). Эти послѣднія положенія касаются и узаконенія.

Швейцарскій федеральный совѣтъ разсматриваетъ требованіе французскаго закона, чтобы признаніе узаконяемаго родителями предшествовало или сопутствовало заключенію брака, какъ несущественную формальность. Это слѣдуетъ изъ того, что онъ разрѣшилъ въ 1888 году чиновнику гражданскаго состоянія въ Vaud принять заявленіе объ узаконеніи

---

[1]) Roguin Conflits des lois suisses, §§ 79 et 82.

[2]) Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

[3]) Сравни Lainé въ Bulletin de la Société de Législation comparée, Tome 28, pp. 128 — 180 и 208 — 223, который не оттѣняетъ различія въ положеніи дѣтей швейцарцевъ и иностранцевъ.

ребенка француза и vaudoise, сдѣланное родителями уже послѣ вступленія въ бракъ [1]).

Отцовская власть, какъ въ междукантональныхъ, такъ и въ международныхъ конфликтахъ, регулируется закономъ домицилія отца (Art 9, 28, 32 закона 1891 года) [2]). Обязанность же алиментировать въ междукантональныхъ отношеніяхъ подчинена законамъ кантона происхожденія обязаннаго лица (Art 9), а въ международныхъ — закону домицила для швейцарцевъ за границей (Art 28) и національному для иностранцевъ въ Швейцаріи (Art 32). Нельзя не пожалѣть о крайней запутанности и непослѣдовательности закона 1891 г.

§ 4. Великобританія.

Институтъ узаконенія черезъ послѣдующій бракъ, какъ извѣстно, не признается въ англійскомъ и ирландскомъ правѣ; узаконеніе можетъ быть основано только на актѣ парламента. Напротивъ того, шотландское право допускаетъ legitimatio per subsequens matrimonium [3]).

Въ дѣлахъ Dalhousie v. M'Douall (1840) и Munro v. Munro (1840), Палата Лордовъ рѣшила, что допустимость узаконенія ребенка черезъ послѣдующій бракъ родителей не зависитъ ни отъ закона мѣста заключенія брака, ни отъ закона мѣста рожденія ребенка. Въ обоихъ случаяхъ признано, что шотландскій ребенокъ, родившійся въ Англіи, узаконяется черезъ бракъ его родителей, совершенный въ Англіи же. Рѣшеніе мотивировано шотландскимъ домицилемъ отца,

[1]) Roguin, l. c., § 88.

[2]) Rapport du Conseil Fédéral отъ 8 Іюня 1891 г. къ эффектамъ отцовской власти по 9 статьѣ относитъ: „le devoir d'éducation, l'obligation de fournir une dot, la tutelle naturelle, le droit sur la fortune et sur le travail de l'enfant, les garanties à donner pour la sauvegarde des biens de ce dernier". Закону домицила въ междукантональномъ регламентѣ придавъ территоріальный, а не личный характеръ, и вообще нельзя не повторить словъ Lainé (l. c.): „Ce règlement intercantonal est presque entiérement dénué de base rationelle".

[3]) Weiss p. 558.

не мѣнявшимся отъ момента рожденія ребенка до самой эпохи брака. Lord Cottenham высказалъ при этомъ, что въ случаяхъ различныхъ домицилей отца въ названные два момента. слѣдуетъ сообразоваться съ закономъ домициля его во время рожденія ребенка. Lord Brougham, напротивъ, высказался за преобладаніе lex domicilii отца въ моментъ заключенія брака, такъ что вопросъ остался нерѣшеннымъ [1]).

Въ дѣлѣ Wright's Trusts (1856), отецъ-англичанинъ былъ во время рожденія ребенка домицилированъ въ Англіи, но пріобрѣлъ французскій домициль до брака съ матерью-француженкой, домицилированной во Франціи. Было признано, что бракъ не узаконилъ ребенка [2]). Въ дѣлѣ Goodman's Trusts часть дѣтей родилась во время домициля родителей въ Англіи, другая — послѣ перенесенія домициля въ Голландію; бракъ родителей совершенъ въ Голландіи. Только дѣти, родившіяся въ Голландіи, признаны узаконенными [3]). Изъ этихъ рѣшеній можно косвенно вывести, что допустимость узаконенія зависитъ отъ одного закона домициля отца въ моментъ рожденія ребенка. Но въ послѣднемъ по времени рѣшеніи по дѣлу Vaucher v. Solicitor to Treasury (1888) постановлено, что бракъ женевца, домицилированнаго въ моментъ рожденія ребенка въ Женевѣ, а въ моментъ брака въ Англіи,—не дѣлаетъ этого ребенка законнымъ. Поэтому Дайси такимъ образомъ формулируетъ настоящее положеніе

---

[1]) Foote A concise treaty on Private International Jurisprudence 1878, p. 39—40; Westlake Private International Law III Edition § 54:—Foote указываетъ ошибки Story, который ставитъ допустимость узаконенія въ зависимость отъ закона мѣста рожденія; дѣло въ томъ, что въ дѣлѣ Shedden v. Patrick вопросъ касался національности, а не узаконенія ребенка, а въ другихъ дѣлахъ, цитируемыхъ Story (Munro v. Saunders и The Strathmore Peerage Case) мѣсто рожденія ребенка совпадало съ домицилемъ отца (Сравни Story VI Edition § 87—87a и § 93s).

[2]) Dicey's Conflict of Laws 1896, p. 498.

[3]) См. рѣшеніе суда I инстанціи у Story Edition Redfield § 93 w.; рѣшеніе апелляціоннаго суда 1881 года у Dicey-Stoequart I § 151 bis и у Alexander (Journal 1881, p. 495).

вопроса въ англійской юриспруденціи: допустимость узаконенія ребенка черезъ слѣдующій за его рожденіемъ бракъ родителей зависитъ отъ совпаденія законовъ домициля отца въ моментъ рожденія ребенка и въ моментъ заключенія брака [1]).

Что же касается домициля матери, то онъ не оказываетъ никакого вліянія на узаконеніе [2])

Такимъ образомъ, legitimatio per subsequens matrimonium не считается противнымъ англійскому публичному порядку даже тогда, когда оно касается англичанъ, разъ они не домицилированы въ Англіи. Это правило подвержено, однако, большому ограниченію въ томъ отношеніи, что наслѣдовать англійскія недвижимости могутъ только рожденные въ законномъ бракѣ (born in lawfull wedlock), а не узаконенные, legitimate. (Birtwhistte v. Vardill 1835) [3]). Однако узаконенные на основаніи иностраннаго закона не считаются вслѣдствіе такого ограниченія „strangers in blood", чужими, для своихъ родителей. Это видно уже изъ того, что пошлина, которую они должны платить съ движимаго англійскаго наслѣдства, взимается съ нихъ въ размѣрѣ, установленномъ въ Англіи для законныхъ дѣтей [4]).

Власть родителя надъ личностью ребенка не зависитъ, пока стороны въ Англіи, ни отъ ихъ домициля, ни отъ національности, а опредѣляется исключительно по англійскому праву (Johnstone v. Beattie 1843; Nugent v. Vetzera 1866 [5])

---

[1]) Dicey Conflict, Rule 134, p. 497.—Westlake, l. c., §§ 54—55.

[2]) Re wright's Trusts 1856, Munro v. Munro 1840, Dicey l. c., p. 501).

[3]) Dicey, Conflict. p. 502.—Въ дѣлѣ Boyes v. Bedale (1863) палата Лордовъ рѣшила даже, что ребенокъ, узаконенный по закону иностраннаго домициля не можетъ наслѣдовать домицилированному въ Англіи лицу въ его движимомъ имуществѣ (Foote, l. c., pp. 42—43). Но это рѣшеніе признано неправильно in Re Goodman'sTrusts (Лондонскій Court of Appeal 13 Апрѣля 1881 см. Dicey—Stocquart I, § 151 bis) и Court of Chancellery допустила въ 1883 году (дѣло Andros)—ребенка, узаконеннаго по законамъ острова Guernesey, къ наслѣдованію движимостей въ Англіи (тамъ же).

[4]) Scottowe v. Young 1871 (Dicey, Conflict p. 502—507.

[5]) Dicey, Conflict of Laws 1896, p. 490, Rule 128.

§ 5. Германія.

На основаніи Art 18 Einf. Ges. zum B. G. B., законность происхожденія ребенка обсуждается по германскому праву, если мужъ матери былъ нѣмцемъ или въ моментъ рожденія ребенка, или въ моментъ своей смерти, если онъ умеръ до этого рожденія [1]). Art 18 не касается, такимъ образомъ, дѣтей иностранцевъ.

До послѣдняго времени, въ области дѣйствія общаго права допустимость узаконенія обсуждалась по закону мѣстожительства отца въ моментъ брака [2]). Баварское право опредѣляло законность ребенка по lex domicilii отца въ моментъ рожденія [3]), а баденское и саксонское право руководились національнымъ закономъ отца [4]).

По Art 22 Einf. Ges. новаго германскаго кодекса, узаконеніе ребенка, отецъ котораго былъ германскимъ подданнымъ въ моментъ узаконенія, обсуждается по германскому праву. Если же отецъ иностранецъ, а ребенокъ германской національности, то узаконеніе недѣйствительно, если на него не послѣдовало согласія ребенка или третьяго лица, связаннаго съ нимъ родственными узами. Эта статья нарушаетъ

[1]) Art 18: Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach den deutschen Gesetzen beurtheilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes Deutscher, oder, falls er vor der Geburt des Kindes gestorben ist, zuletzt Deutscher war.

[2]) Oberlandesgericht Frankfurt am Main 23 März 1893 (Bohm's Zeitschrift III, p. 390—391). „Denn gleichwie für die Rechte des ehelichen Kindes gegen den Vater, sind auch für die Legitimation des unehelichen, welche eben in der Gleichstellung desselben mit den in der Ehe erzeugten besteht, nach den unbestrittenen Grundsätzen des internationalen Privatrechts die Personalstatuten des Vaters, und zwar zur Zeit der Eheschliessung, als des rechtsbegründenden Aktes massgebend. Das persönliche Recht des Vaters wird durch den Wohnsitz bestimmt". См. также Kiel 2 Febr. 1853 (Niemeyer Positives Int. Privatrecht I, § 176): „Die Entstehung der väterlichen Gewalt ist zu beurtheilen nach dem Recht des Wohnortes des Vaters zur Zeit des in Frage stehenden Ereignisses".

[3]) Oberappellationsgericht München 26 Mai 1879 (Niemeyer l. c., § 156).

[4]) Niemeyer, l. c., §§ 132 und 208.

принципъ международной взаимности. такъ какъ не обусловливаетъ узаконенія иностраннаго ребенка его согласіемъ на этотъ актъ; она не говоритъ также прямо, что дѣти иностранныхъ отцовъ узаконяются по ихъ національному закону.

По Art 19 Einf. Ges. новаго германскаго кодекса, юридическія отношенія между родителями и дѣтьми обсуждаются по германскимъ законамъ, если отецъ нѣмецъ, или (въ случаѣ смерти отца) мать нѣмка; германскіе же законы продолжаютъ регулировать названныя отношенія, если отецъ или мать утратятъ германскую національность, а ребенокъ остается нѣмцемъ [1]).

§ 6. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.

Въ Соединенныхъ Штатахъ практика колеблется [2]). Большинство Штатовъ опредѣляютъ узаконеніе по домицилю родителей въ моментъ брака. Такъ, Нью-Іоркскій судъ рѣшилъ (Miller v. Miller), что ребенокъ вюртембергцевъ, родившійся въ Вюртембергѣ, узаконенъ черезъ бракъ домицилированныхъ въ Пенсильваніи родителей, такъ что можетъ даже наслѣдовать недвижимость въ Нью-Іоркѣ [3]). Лузіанскій судъ постановилъ (1872), что ребенокъ, родившійся въ Лузіанѣ и узаконенный въ Испаніи, домицилѣ родителей, считается узаконеннымъ и въ Лузіанѣ. Тотъ же судъ (Scott v. Key 1856) рѣшилъ, что статутъ домициля, узаконяющій ребенка, личный и долженъ признаваться повсюду. Въ Миссисипи сдѣланъ логическій выводъ изъ этой теоріи, и ребенокъ, родившійся въ Нижней Каролинѣ, не знающей узаконенія, не можетъ черезъ бракъ родителей считаться узаконеннымъ въ

[1]) Das Rechtsverhältniss zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde wird nach den deutschen Gesetsen beurtheilt, wenn der Vater, und falls der Vater gestorben ist, die Mutter die Reichsangehörigkeit besitzt. Das Gleiche gilt, wenn die Reichsangehörigkeit des Vaters oder der Mutter erloschen, die Reichsangehörigkeit des Kindes aber bestehen geblieben ist.

[2]) Wharton, l. c., § 241.

[3]) Тоже въ дѣлѣ Stack v. Stack, New-Jork 1887.

Миссисипи, штатѣ, признающемъ этотъ институтъ (Smith v. Kelly, 1851).

Что касается наслѣдованія узаконенныхъ, то въ тѣхъ штатахъ, гдѣ дѣйствуетъ Мертонскій статутъ, иностранное узаконеніе недѣйствительно. Законность происхожденія для наслѣдованія движимостей опредѣляетъ по lex domicilii отца въ моментъ смерти, для недвижимостей по lex rei sitae [1]).

§ 7. Аргентинская республика.

Legitimatio per subsequens matrimonium и въ Аргентинской республикѣ обсуждается по lex domicilii родителей въ моментъ заключенія брака; но кромѣ того, узаконеніе на основаніи аргентинскихъ законовъ возможно лишь для дѣтей, родившихся въ республикѣ [2]). Буззати указываетъ совершенно основательно, что эти постановленія приводятъ къ тому, что ребенокъ, родившійся въ Аргентиніи отъ домицилированныхъ тамъ въ то время аргентинцевъ, не будетъ узаконенъ черезъ бракъ родителей, совершенный въ той же Аргентиніи, если эти родители въ моментъ брака окажутся домицилированными въ Англіи [3]).

II. Россія.

Законъ 12 Марта 1891 г., какъ извѣстно, ввелъ въ Россіи legitimatio per subsequens matrimonium. „Для христіанскаго населенія постановлены слѣдующія правила о дѣтяхъ узаконенныхъ: 1) Дѣти, рожденныя внѣ брака, кромѣ происшедшихъ отъ прелюбодѣянія, узаконяются бракомъ ихъ

[1]) Lingen v. Lingen (Alabama 1831); Barnum v. Barnum (Maryland 1875); Keegan v. Geraghty (Illinois 1881); Willams v. Kimball (Florida 1895). Bassett Moore y Dicey, l. c., pp. 510—512.

[2]) Daireaux въ Journal 1886, p. 297.

[3]) Buzzati, L'autorita delle leggi straniere 1894, p. 340.—Въ законодательствахъ другихъ государствъ мы не нашли спеціальныхъ текстовъ для опредѣленія личныхъ отношеній родителей и дѣтей. Отсылаемъ, поэтому, къ общимъ постановленіямъ о правосостояніи и дѣеспособности, въ III-мъ отдѣлѣ.

родителей...“ (ст. 144[1] т. X. ч. 1 Св. Зак.). Намъ предстоитъ теперь выяснить международное значеніе этого закона.

1. Узаконеніе дѣтей иностранцевъ въ Россіи [1]).

Постоянный составъ С.-Петербургскаго Окружнаго Суда, руководствуясь 63 ст. зак. осн.. 995 ст. зак. о сост., 1 и 2 пунктами 144[1] ст. зак. гражд.. неизмѣнно удовлетворялъ ходатайства объ узаконеніи добрачныхъ дѣтей иностранцевъ [2]). Но когда, въ виду наплыва дѣлъ объ узаконеніи, въ 1892 г. былъ образованъ временный составъ суда (дѣйствовавшій около мѣсяца), то этотъ составъ сталъ отказывать въ просьбахъ объ узаконеніи дѣтей иностранцевъ.

Приведемъ нѣсколько такихъ рѣшеній, извлеченныхъ нами изъ Архива С.-Петербургскаго Окружнаго Суда.

„По дѣлу по прошенію Великобританскаго подданнаго Джона С. и жены его Матрены объ узаконеніи дочери ихъ Ольги, рожденной внѣ брака.

Выслушавъ заключеніе товарища прокурора и принимая во вниманіе: 1) что просители Д. и М. С., какъ видно изъ имѣющагося въ дѣлѣ ихъ прошенія, Великобританскіе подданные; 2) что законъ 12 Марта 1891 г., предоставляя право лицамъ, вступившимъ въ бракъ, просить объ узаконеніи рожденныхъ ими до брака дѣтей, имѣлъ въ виду лишь россійскихъ подданныхъ, а не иностранныхъ; 3) что узаконеніе дѣтей иностранныхъ подданныхъ совершается по мѣстнымъ законамъ ихъ страны, каковое и признается дѣйствительнымъ въ Россіи (рѣш. Граждан. Касс. Деп. Сен. 241/79); 4) что, если бы допустить распространеніе дѣйствія закона 12 Марта 1891 г. и на иностранныхъ подданныхъ, то пришлось бы признать, что послѣдніе пользуются факультативнымъ правомъ узаконять своихъ дѣтей по россійскимъ или же по мѣстнымъ законамъ своего государства, и наконецъ

---

[1]) См. превосходную книгу К. Шматкова: „Узаконеніе и усыновленіе дѣтей“ С.-Петербургъ, 1896, стр. 65—75.

[2]) Шматковъ, стр. 70.

5) что до изданія нынѣ дѣйствующаго закона объ узаконеніяхъ, послѣднія совершались лишь по акту Верховной Власти того государства, къ подданнымъ котораго принадлежатъ родители узаконяемаго (144 ст., X т., 1 ч., изд. 87).

С.-Петербургскій Окружный Судъ опредѣляетъ: прошеніе Великобританскихъ подданныхъ Д. и М. С. объ узаконеніи дочери ихъ Ольги, рожденной внѣ брака, оставить безъ послѣдствій". (Опредѣленіе отъ 22 Апрѣля 1892 года; № Дѣла—470).

Это рѣшеніе подтверждено С.-Петербургской Судебной Палатой 27 Ноября 1892 г., по слѣдующимъ основаніямъ:

„а) Съ узаконеніемъ по правиламъ закона 12 Марта 1891 г. измѣняются не только гражданскія права узаконяемыхъ, но и права общественныя (ст. 3 разд. III правилъ). б) Правила 12 Марта 91 относятся только до русскихъ подданныхъ, и посему не могутъ ими воспользоваться Д. и М. С., какъ подданные Великобританіи".

Точно также С.-Петербургскій Окружный Судъ отказалъ въ узаконеніи: дочери вдовы прусскаго подданнаго К. (22 Апрѣля 1892 г., № 585); сына вдовы прусскаго подданнаго Р. (22 Апрѣля 1892 г., № 600); дочери вдовы французскаго подданнаго Э. (22 Апрѣля 1892 г., № 485); дочери австрійскихъ подданныхъ С. (№ 593); сына германскаго подданнаго Б. (22 Апрѣля 1892 г., № 302). Но послѣднее рѣшеніе отмѣнено Судебной Палатой (11 Іюня 1892 г.), которая на этотъ разъ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: „Законы должны быть исполняемы всѣми, какъ русскими, такъ и иностранцами, пребывающими въ Россіи; иностранцы, находясь въ Россіи, подлежатъ дѣйствію русскихъ законовъ и пользуются общею этихъ законовъ защитою и покровительствомъ (63 ст. Зак. Осн. т. I и 995 ст. Зак. о сост.). Въ законѣ 12 Марта 1891 г. точно указаны препятствія къ узаконенію дѣтей: принадлежность родителей и ихъ добрачныхъ дѣтей къ нехристіанскому исповѣданію, и происхожденіе дѣтей отъ прелюбодѣянія; относительно же иностранцевъ въ этомъ за-

конѣ никакихъ ограниченій не высказано, а поэтому не представляется правильнаго основанія не распространять силу его и на нихъ". Достойно также вниманія рѣшеніе той же палаты 2 Декабря 1893 годы, коимъ она узаконила дѣтей бывшаго прусскаго подданнаго Ф., перешедшаго въ русское подданство.

Правительствующій Сенатъ высказался по данному вопросу въ дѣлѣ нидерландскихъ подданныхъ Г., которымъ Московскіе окружный судъ и судебная палата отказали въ узаконеніи дочери.

Московская Палата свой отказъ мотивировала тѣмъ: 1) что узаконеніемъ дочь Г-овъ (нидерландца и русской) сдѣлалась бы нидерландской подданной и, какъ таковая пріобрѣла бы всѣ принадлежащія въ Россіи законнымъ дѣтямъ права семейственныя, наслѣдованія, и права и преимущества по состоянію, сословному и общественному положенію своего отца, между тѣмъ такія права могутъ и не принадлежать ей по законамъ того государства, въ подданствѣ котораго состоитъ ея отецъ; 2) что, по смыслу 1030 ст. IX т. иностранцы пользуются въ Россіи всѣми правами коренныхъ подданныхъ только по вступленіи въ русское подданство; и 3) что въ законѣ 12 Марта 1891 г. не упоминается о распространеніи указаннаго въ немъ права узаконеній также и на живущихъ въ Россіи иностранцевъ, непринявшихъ русскаго подданства, между тѣмъ какъ въ отношеніи права усыновленія подобная особая оговорка въ законѣ содержится (ст. 163 т. X., ч. 1)".

Правительствующій Сенатъ принимаетъ за исходную свою точку ст. 995 т. IX Св. Зак., на основаніи которой иностранцы, находясь въ Россіи, какъ лично, такъ и по имуществу, подлежатъ дѣйствію россійскихъ законовъ и пользуются общею оныхъ защитою и покровительствомъ. Существуютъ, однако, изъятія изъ этого общаго правила и приводимая Палатою 1030 ст. IX тома имѣетъ именно то значеніе, что, по вступленіи иностранца въ русское поддан-

ство. отпадаютъ въ отношеніи него также и эти особыя ограничительныя изъятія изъ общаго закона. Изъятія эти во всякомъ случаѣ не допускаютъ распространительнаго толкованія. Что же касается 163 ст. X т. 1 ч., Св. Зак., то, прежде всего, на нее можно ссылаться только въ видѣ аналогіи, такъ какъ она касается не узаконенія, а усыновленія. Затѣмъ статья эта заключаетъ въ себѣ не особое исключительное право, предоставленное иностранцамъ по усыновленію, а особое ограниченіе въ отношеніи вѣры и подданства усыновляемыхъ, установленное относительно иностранцевъ на случай пользованія ими общимъ правомъ русскаго закона усыновлять подкидышей и непомнящихъ родства. Разсматривая затѣмъ законъ 12 Марта 1891 г., Сенатъ не находитъ въ немъ оговорокъ, чтобы онъ на иностранцевъ не распространялся, и потому не видитъ возможности подчинять ихъ исключительному порядку. „Что же касается соображенія Палаты, что черезъ узаконеніе дочь просителей сдѣлается нидерландкой и можетъ пріобрѣсти права, нидерландскимъ законамъ не соотвѣтствующія, то въ въ этомъ отношеніи Правительствующій Сенатъ не можетъ не принять во вниманіе, что русскіе суды постановляютъ рѣшенія на основаніи русскихъ законовъ, и что сила этихъ рѣшеній распространяется непосредственно только на предѣлы Россійской Имперіи, признаніе же ихъ за границей зависитъ отъ международныхъ договоровъ и сношеній, непосредственному вѣдѣнію суда не подлежащихъ“ [1]).

Такимъ образомъ, наша практика колеблется между двумя крайностями: 1) непризнаніемъ за иностранцами права узаконять дѣтей, и 2) подчиненіемъ условій осуществленія этого права русскому (какъ территоріальному) закону. Сенатъ, конечно, правъ, выводя изъ нашего законодательства право иностранца обращаться въ русскій судъ для узаконенія своего ребенка. Но мы уже видѣли, что изъ духа 995 ст. т. IX

[1]) Рѣш. Гражд. Касс. Деп. 27 Апрѣля 1894, № 62.

Св. Зак. никакъ не слѣдуетъ, чтобы все правосостояніе иностранца подчинялось русскому закону. Наши суды должны узаконять иностранныхъ дѣтей, но руководствоваться при этомъ національнымъ правомъ.

2. Узаконеніе дѣтей русскихъ подданныхъ за границей.

С.-Петербургскій Окружной Судъ узаконилъ добрачныхъ дѣтей русскоподданнаго Р., уже легитимированныхъ въ Швейцаріи, по женевскимъ законамъ [1]). Такимъ образомъ судъ не призналъ за узаконеніемъ дѣтей русско-подданныхъ, совершеннымъ по иностраннымъ законамъ, никакой юридической силы въ Россіи.

Такое рѣшеніе согласно съ нашей теоріей, но, очевидно, противорѣчитъ теоріи Петербургскаго суда, приводимой имъ относительно дѣтей иностранцевъ въ Россіи.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ.

А. Возникновеніе родительской власти чрезъ узаконеніе или рожденіе въ законномъ бракѣ.

1. Узаконеніе.

Еще статутаріи занимались выясненіемъ характера закона, установляющаго legitimatio per subsequens matrimonium.

Буллыуа высказываетъ мнѣніе, что законы, опредѣляющіе законность или незаконность рожденія, суть законы публичные, не зависящіе ни отъ какихъ перемѣнъ домициля. Поэтому, незаконнорожденный сынъ англичанина не можетъ считаться узаконеннымъ черезъ послѣдующій бракъ родителей, а узаконенный французъ долженъ считаться за-

---

[1]) 1892, № 189, см. Шматковъ, стр. 31.

коннымъ сыномъ и въ Англіи. Если англійскіе родители поселятся, но не натурализуются, во Франціи, то ихъ бракъ, хотя бы совершенный въ этой странѣ, не узаконяетъ ребенка. Въ случаѣ же натурализаціи родителей, бракъ ихъ, хотя бы заключенный въ Англіи, влечетъ за собою узаконеніе дѣтей, такъ какъ натурализація сообщаетъ „всѣ обыкновенныя и общегражданскія права націи“ (droits ordinaires et de droit commun de la Nation). Если французскіе родители, живущіе въ Англіи, вступили въ бракъ послѣ прижитія ребенка, то ребенокъ этотъ, какъ законный, долженъ быть допущенъ къ наслѣдованію во Франціи [1]).

Мерлэнъ держится приблизительно такихъ же воззрѣній. Онъ отмѣчаетъ, что ни мѣсто рожденія ребенка, ни мѣсто заключенія брака не имѣютъ никакого значенія, и что допустимость узаконенія зависитъ отъ національныхъ законовъ какъ родителей, такъ и ребенка. Мерлэнъ возстаетъ однако противъ обратной силы натурализаціи, допущенной Буллыну: дѣти, родившіяся до натурализаціи, не могутъ быть узаконены и послѣ нея [2]), на основаніи одного новаго закона.

Бугіе разсуждаетъ нѣсколько иначе: ребенокъ признанный законнымъ въ мѣстѣ жительства отца и матери, долженъ считаться законнымъ повсюду. Но дѣйствіе этого узаконенія не распространяется на иностранныя недвижимости [3]).

И Іоаннъ Вутъ не признаетъ всѣхъ экстратерриторіальныхъ, эффектовъ узаконенія [4]). Нѣтъ основанія, говоритъ онъ, по которому человѣкъ узаконенный голландскимъ магистратомъ, долженъ былъ бы быть допущеннымъ къ наслѣдованію въ Утрехтскихъ земляхъ. — Точно также Павелъ Вутъ, хотя и допускаетъ ex comitate экстратерриторіальное признаніе уза-

[1]) Boullenois, Traite etc, Tome I, Titre I, Chap. II, Observation IV. Statut de la légitimité de la naissance, pp 62—24.

[2]) Merlin, Recueil Alphabétique, Tome IX Légitimation, § I.

[3]) Bouhier, Observation sur la Coutume du Duché de Bourgegne Chap. XXIV, §§ 122—124.

[4]) Ioh. Voet Comm. ad Pandectas Lib. I, Tit. IV, Pars II, § 7.

коненія, но лишаетъ его во всякомъ случаѣ эффекта въ вопросахъ занятія должностей и наслѣдованія [1]).

Большинство новѣйшихъ писателей подчиняютъ узаконеніе ребенка личному закону отца въ моментъ заключенія брака.

Уже Савиньи опровергнулъ мнѣніе, по которому слѣдовало бы руководствоваться закономъ отца въ моментъ рожденія ребенка, дабы лишить его возможности повліять на узаконеніе посредствомъ выбора домициля передъ бракомъ. Дѣло въ томъ, замѣчаетъ Савиньи, что не существуетъ права дѣтей на узаконеніе, а потому не можетъ быть рѣчи о его нарушеніи [2]).

Баръ разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: Въ моментъ незаконнаго рожденія между отцомъ и ребенкомъ нѣтъ никакой семейно-правовой связи, которая возникаетъ только въ моментъ брака, и, слѣдовательно, подчинена національному закону отца въ этотъ моментъ. Разсуждая теоретически, слѣдовало бы руководиться и національнымъ закономъ ребенка. Но на практикѣ болѣе ограничительныя постановленія личнаго закона ребенка уступятъ болѣе либеральному закону отца, въ государство котораго вѣдь перейдетъ ребенокъ послѣ узаконенія. Отечество ребенка можетъ допустить его узаконеніе иностранцемъ даже въ тѣхъ случаяхъ, когда оно считаетъ узаконеніе противнымъ „публичному порядку“ (напр. узаконеніе дѣтей, рожденныхъ отъ прелюбодѣянія), такъ какъ не заинтересовано въ охранѣ нравственности иностранныхъ семей. Наконецъ, Баръ не допускаетъ также вліянія національнаго закона матери ребенка, которая, вступая въ бракъ, подчиняется закону мужа [3]).

[1]) Paul Voet. De statutis (Ed. MDCCXV, Bruxelles) Sect IV, Cap. III, § 15· Respondeo etsi per legitimationem habilitetur persona ut velint DD. qualitatem eam comitari ubique locorum; etiam et comitate id servari possit quia tamen potissimum illa legitimatio fit ad effectum vel honoris vel haereditatis consequendae, in quam nihil juris habet is qui in suo territorio legitimavit; existimarem illam legitimationem ad honores subeundos et haereditatem extra territorium capiendam non sufficere.

[2]) Savigny System VIII, § 380.

[3]) Bar I, pp. 536—542.

За преобладаніе личнаго закона отца въ моментъ брака стоятъ также Сюрвиль и Артюись [1]), Уортонъ [2]). Лоранъ, который того же мнѣнія отвергаетъ въ данномъ вопросѣ всякое вліяніе публичнаго порядка [3]).

Воззрѣніе, по которому узаконеніе подчинено національному закону отца въ моментъ рожденія ребенка, которое мы констатировали еще у Мерлэна (см. выше), находитъ теперь только немногихъ и то колеблющихся защитниковъ. Такъ напр., Фіоре находитъ, что право на узаконеніе есть частное право родителей, котораго они не могутъ лишиться чрезъ натурализацію; онъ прибавляетъ, впрочемъ, что публичный порядокъ новаго отечества отца можетъ помѣшать узаконенію дѣтей, родившихся отъ браковъ, считаемыхъ этимъ новымъ отечествомъ за кровосмѣшеніе [4]). Дюгюи подчиняетъ узаконеніе въ принципѣ закону отца въ моментъ брака, но дѣлаетъ ту же оговорку въ пользу „добрыхъ нравовъ“, и кромѣ того лишаетъ натурализацію обратной силы въ случаѣ наличности „fraus“ со стороны отца [5]).

Нѣкоторые писатели полагаютъ, что узаконеніе должно обсуждаться по національнымъ законамъ какъ отца, такъ и ребенка. Сюда относятся Броше [6]), Деспанье [7]), Вейссъ [8]); а другіе — Феликсъ [9]), Дюранъ [10]), Одинэ [11]) — высказываются даже за преобладаніе закона ребенка, разсматривая узаконеніе какъ измѣненіе его правосостоянія. Бичъ-Лоренсъ [12]) и

[1]) Surville et Arthuys, l. c., 313.
[2]) Wharton, l. c., § 241.
[3]) Laurent, l. c., V § 281 и 290.
[4]) Fiore, II, § 754.
[5]) Duguit въ Journal 1886, pp. 513—523.
[6]) Brocher, Nouveau Traité § 44.
[7]) Despagnet, l. c., § 442.
[8]) Weiss, l. c., p. 559.
[9]) Foelix, I, p. 82.
[10]) Durand, p. 341.
[11]) Audinet, § 572.
[12]) Beach-Laurence, l. c., p. 156—157.

Шеффнеръ [1]) высказываются за преобладаніе закона мѣста рожденія ребенка, что объясняется ихъ взглядами на условія дѣйствительности брака.

Отмѣтимъ, наконецъ, споръ о характерѣ постановленія нѣкоторыхъ законодательствъ, въ силу котораго признаніе незаконныхъ дѣтей должно предшествовать или сопутствовать браку родителей. Большинство ученыхъ относятъ это требованіе къ существеннымъ условіямъ узаконенія, а не къ формамъ [2]), и подчиняютъ его національному закону. Но какъ быть, если отецъ мѣняетъ національность послѣ совершенія брака, но до признанія ребенка? По мнѣнію Деспанье [3]), дѣйствительность сдѣланнаго послѣ натурализаціи признанія зависитъ отъ новаго національнаго закона отца, такъ какъ перемѣна подданства не нарушила ничьего благопріобрѣтеннаго права. Дюгюи того же мнѣнія, если только не имѣется на лицо „fraus“. За то онъ думаетъ, что при недобровольной перемѣнѣ подданства (при цессіи территоріи) новый подданный сохраняетъ права прежняго отечества и пріобрѣтаетъ права новаго [4]).

B. Рожденіе въ законномъ бракѣ.

Презумпціи законнаго рожденія, право отца отрекаться отъ ребенка (action en désaveu) и условія упражненія этого права—большинствомъ писателей обсуждаются по національному закону отца [5]), хотя нѣкоторые изъ нихъ и отдаютъ извѣстную дань „публичному порядку“.

---

[1]) Schäffner, l c., § 37.

[2]) Despagnet въ Journal (1888, p. 592); Duguit въ Journal 1886 p. 520; Bar I, p. 536.

[3]) Despagnet, l c., pp. 592—602.

[4]) Такъ напр. итальянецъ ставъ французомъ сохранитъ право узаконить дѣтей черезъ признаніе, сдѣланное уже послѣ брака, а французъ, ставъ итальянцемъ, пріобрѣтетъ это право. Duguit въ Journal 1886, p. 513—523.

[5]) Конфликты могутъ возникнуть, если одинъ отецъ мѣняетъ подданство, или если сынъ de jure получаетъ національность страны, гдѣ онъ родился.

Такъ, Лоранъ провозглашаетъ компетенцію національнаго закона отца въ моментъ рожденія ребенка, позволяя этому послѣднему ссылаться также на законъ отца въ моментъ зачатія, если это ему выгоднѣе. Что касается доказательствъ иска объ отреченіи, то Лоранъ не дозволяетъ иностранному отцу ссылаться во французскомъ судѣ на свое половое безсиліе, такъ какъ это „прямо“ противно „общественной нравственности“. Но французы за границей подчинены запрещенію Art 313 C. C., что, конечно, нелогично [1]).

Фіоре также высказывается за преобладаніе національнаго закона отца, какъ вообще регулирующаго брачныя отношенія. Перемѣна подданства, совершенная отцомъ послѣ рожденія ребенка, не можетъ вліять на законность послѣдняго. Но если отецъ перемѣнилъ національность въ промежутокъ времени между зачатіемъ и рожденіемъ, то законность опредѣляется по послѣднему національному закону отца. Было бы противно австрійскому публичному порядку обсуждать по итальянскому праву законность ребенка бывшаго итальянца, родившагося послѣ натурализаціи отца въ Австріи [2]). Доказательства иска объ отреченіи Фіоре подчиняетъ національному закону отца, не принимая оговорокъ Лорана въ пользу публичнаго порядка [3]).

Другіе писатели подчиняютъ вопросъ о законномъ рожденіи національному закону ребенка, какъ наиболѣе заинтересованнаго. Таково мнѣніе Вейсса [4]), Деспанье [5]), Дюрана [6]), Одинэ [7]).

---

[1]) Laurent, l. c. V, §§ 241—245; авторъ восклицаетъ, впрочемъ, самъ: „il n'y a rien d'absolu en cette matière (§ 245).

[2]) Fiore, l. c., II, § 708.

[3]) Fiore, l. c., II, §§ 712—715. Законность рожденія подчиняется личному закону отца также слѣдующими писателями: Savigny VIII, § 380; Bar 1, p. 534; Surville, l. c., §§ 304—305; Duguit въ Journal 1885, pp. 353—374.

[4]) Weiss, l. c., p. 550.

[5]) Despagnet, l. c., p. 443.

[6]) Durand, l. c., p. 340.

[7]) Audinet, § 571.

Доказательства материнскаго происхожденія подчиняются обыкновенно національному закону мужа [1]). Но находятся авторы, которые и здѣсь выдвигаютъ соображенія „публичнаго порядка“. Такъ Фіоре, признающій вообще компетенцію національнаго закона, полагаетъ, что иностранцы могутъ доказывать свое законное рожденіе посредствомъ „possession constante de l'état d'enfant légitime“ (Art 320 C. C.), если они пользовались состояніемъ законныхъ дѣтей въ самой Франціи [2]).

Упражненіе и прекращеніе родительской власти.

Булльнуа подчиняетъ отцовскую власть закону мѣста рожденія (lex originis) ребенка, и лишаетъ отца права вліять на нее посредствомъ перемѣны домициля. Авторъ не скрываетъ отъ себя неудобствъ, которыя такое предпочтеніе lex originis влечетъ за собою для третьихъ лицъ, контрагирующихъ съ сыномъ. Но онъ отвергаетъ законъ домициля, какъ слишкомъ непостоянный [3]). Точно также и эманципація отъ отцовской власти подчинена закону домициля ребенка въ моментъ его рожденія [4]).

Мерлэнъ, какъ и Булльнуа, не позволяетъ отцу перенесеніемъ домициля вліять на свои отношенія къ ребенку, основанныя на законѣ рожденія [5]).—Если ребенокъ рожденъ въ странѣ, гдѣ бракъ не освобождаетъ отъ отцовской власти, онъ не можетъ эманципироваться отъ нея по lex loci contractus; но за то въ данномъ случаѣ, по мнѣнію Мерлэна [6]), законъ домициля ребенка въ моментъ брака побѣждаетъ законъ происхожденія, во имя публичнаго порядка.

[1]) Duguit въ Journal 1885, pp. 353—374; Despagnet, l. c., § 430; Laurent, V, § 250.

[2]) Fiore, II, § 718.

[3]) Boullenois, Traité etc., II, pp. 33—36. Если подчинить отцовскую власть loi du domicile actuel— „l'état des enfants serait perpétuellement vacillant; majeur aujourd'hui, demain mineur; aujord'hui exempt de la puissance paternelle, et demain soumis (II, 36).

[4]) Boullenois, II, pp. 48—49.

[5]) Merlin, Répertoire, Puissance Paternelle, sect VII, II—III.

[6]) Merlin, l. c., VI—VII.

Бугіе относитъ отцовскую власть къ личному статуту [1]) и тоже заявляетъ, что она не зависитъ отъ перемѣны домицилія [2]).

У современныхъ писателей мы встрѣчаемъ въ вопросѣ объ отцовской власти тѣ же колебанія между національнымъ и территоріальнымъ законами, что и въ вопросѣ о власти мужа надъ личностью жены. Особенно рѣзко здѣсь выступаетъ нелогичное различеніе положительнаго и отрицательнаго дѣйствія публичнаго порядка.

Такъ, право отца на тѣлесное наказаніе ребенка или на заключеніе его въ тюрьму, по общему мнѣнію, не можетъ упражняться въ силу одного національнаго закона, вопреки территоріальному. Все, что касается личной свободы, говоритъ Вейссъ [3]) относится къ публичному порядку. Того же мнѣнія Баръ [4]), Фіоре [5]), Дюранъ [6]), Деспанье [7]), Лоранъ [8]). Но разногласіе начинается въ случаѣ, когда право исправленія дается отцу однимъ территоріальнымъ закономъ. Здѣсь большинство, съ очевидной непослѣдовательностью, утверждаетъ, что публичный порядокъ не при чемъ, и что территоріальный законодатель имѣлъ въ виду исключительно туземныя семьи, и что поэтому иностранные отцы лишены права исправленія. Такъ разсуждаютъ Баръ [9]), Вейссъ [10]), Дюранъ [11]), Деспанье [12]), Лоранъ [13]). Только Фіоре по-

[1]) Bouhier, I, Ch. XXIV, § 37.
[2]) Ch. XXII, §§ 16—20.
[3]) Weiss, p. 573.
[4]) Bar, I, p. 532.
[5]) Fiore, II, p. 124.
[6]) Durand, p. 352.
[7]) Деспанье, p. 420.
[8]) Laurent, VI, p. 204.
[9]) Bar, I, p. 532.
[10]) Weiss, p. 575.
[11]) Durand, 352, который указываетъ, что отецъ не долженъ имѣть права вліять на свои отношенія къ ребенку чрезъ перемѣну мѣста жительства.
[12]) Despagnet, p. 419.
[13]) Laurent, VI, p. 205.

слѣдователенъ, и представляетъ иностраннымъ отцамъ право наказывать своихъ дѣтей, которымъ территоріальный законъ надѣляетъ отцовъ-туземцевъ [1]).

Обязанность родителей и дѣтей алиментировать другъ друга относится обыкновенно къ территоріальному статуту, какъ во имя нравственныхъ соображеній, такъ и въ интересахъ мѣстныхъ органовъ общественнаго призрѣнія, которымъ иначе пришлось бы содержать иностранцевъ. Но территоріальный публичный порядокъ не препятствуетъ примѣненію болѣе строгаго національнаго закона, устанавливающаго или расширяющаго обязанность алиментировать [2]).

Обязанность родителей дать своимъ дѣтямъ образованіе одними основывается на одномъ національномъ законѣ, желающемъ поднять уровень своихъ подданныхъ [3]). Другіе видятъ въ законѣ, вводящемъ обязательное первоначальное образованіе, законъ полицейскаго характера, обязательный и для иностранцевъ. Государство заинтересовано въ томъ, чтобы невѣжество дѣтей иностранцевъ не служило источникомъ преступленій и нищенства [4]).

Очень любопытенъ вопросъ о религіозномъ воспитаніи дѣтей.

По Фіоре [5]), право родителей-иностранцевъ опредѣлять религію дѣтей, основанное на національномъ законѣ, не можетъ быть осуществлено принудительно вопреки территоріальному закону, такъ какъ онъ носитъ политическій характеръ. Точно также иностранный отецъ не можетъ пріобщить ребенка къ лону другой церкви, если территоріальный законъ даетъ ребенку, по достиженіи извѣстнаго возраста, право самостоятельнаго выбора. Но если оба супруга со-

[1]) Fiore, II, § 615.

[2]) Weiss, p. 498; Fiore, II, §§ 624—626; Laurent, V, p. 192; Despagnet, p. 421.

[3]) Fiore, II, § 609.

[4]) Antoine y Fiore, II, p. 118 note; Laurent, V, § 82; Despagnet, p. 418.

[5]) Fiore, II, § 616.

гласны воспитывать дѣтей въ другой вѣрѣ, чѣмъ та, которую они исповѣдуютъ сами, то, по мнѣнію Фіоре, публичный порядокъ не затронутъ!

Лоранъ объявляетъ законы о религіозномъ воспитаніи дѣтей „реальными, такъ какъ они касаются публичнаго права. Иностранные законы или договоры родителей о воспитаніи дѣтей въ извѣстной вѣрѣ лишены всякой силы въ Бельгіи и Франціи [1]). Того же мнѣнія Деспанье [2]). Баръ, наоборотъ, того мнѣнія, что законы о религіозномъ воспитаніи не имѣютъ въ виду дѣтей иностранцевъ [3]).

Продолжительность родительской власти всѣми писателями подчиняется національному закону. При этомъ нѣкоторые замѣчаютъ, что въ случаѣ столкновенія законовъ отца и ребенка, отеческая власть прекращается уже въ силу одного изъ этихъ законовъ. Если напр. дочь выйдетъ замужъ, то прекращеніе отцовской власти наступитъ уже въ силу закона ея мужа, ставшаго ея закономъ [4]).

Пилльe разработалъ недавно вопросъ о международномъ значеніи лишенія родителей ихъ власти надъ дѣтьми [5]). Французскій законъ 24 Іюля 1889 г. прекращаетъ родительскую власть въ случаѣ осужденія родителей за преступленія относительно дѣтей, и даетъ суду даже право прекращать эту власть и въ случаѣ другихъ преступленій или даже безнравственнаго поведенія родителей (Art 1 — 2). Законъ этотъ, по мнѣнію Пилльe, — одновременно законъ индивидуальной защиты и законъ публичнаго порядка. Другими словами, французъ можетъ быть и за границей лишенъ отцовской власти иностраннымъ судомъ, въ силу одного французскаго права. И иностранцы во Франціи подлежатъ дѣйствію закона 24 Іюля, наравнѣ съ туземцами.

[1]) Laurent, VI, § 116.

[2]) Despagnet, p. 420.

[3]) Bar, I, p. 533, прим. 4.

[4]) Wächter, l. c. Band 25, pp. 184—188; Bar, I, p. 551.

[5]) Pillet въ Journal 1892 „De la déchéance de la puissance paternelle etc., pp. 5—33.

II. Институтъ Международнаго Права.

Институтъ мало занимался вопросомъ о личныхъ отношеніяхъ родителей и дѣтей. 10 статья[1] Лозанскаго регламента гласитъ: „Вліяніе брака на состояніе жены и дѣтей, рожденныхъ до брака, опредѣляется по національному закону мужа въ моментъ брака“ [1]).

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагскія Конференціи.

Вторая Гаагская Конференція приняла слѣдующія положенія [2]):

Ст. 1. Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія дѣтей, рожденныхъ до брака, опредѣляются закономъ страны, которой принадлежалъ мужъ во время вступленія въ бракъ.

Ст. 3.... Правосостояніе дѣтей, рожденныхъ послѣ перемѣны подданства, опредѣляется новымъ національнымъ закономъ отца.

Во время преній было выяснено, что статьи не касаются вопроса о національности дѣтей; что вопросъ, должно ли признаніе предшествовать браку, зависитъ отъ національнаго закона мужа; и что коммиссія не имѣла въ виду разрѣшить крайне спорный вопросъ о вліяніи времени зачатія на національность дѣтей [3]).

---

[1]) Annuaire, X, p. 77.

[2]) Protocole Final I, b: Effets du mariage sur l'état de la femme et des enfants; Actes etc., 1894.

[3]) Actes etc., 1894, pp. 71—73.

II. Критика Гаагскаго Протокола.

1. Узаконеніе добрачныхъ дѣтей.

Гаагская Конференція лишила территоріальный законъ всякаго вліянія на узаконеніе добрачныхъ дѣтей, и поступила, разумѣется, вполнѣ правильно. Пресловутому публичному порядку нѣтъ мѣста въ данномъ вопросѣ. Онъ не можетъ, конечно, имѣть положительной силы, т. е. требовать узаконенія дѣтей иностранцевъ, вопреки ихъ національному закону, такъ какъ это нарушило бы единство ихъ правосостоянія (ихъ status'a): узаконенные въ одной странѣ считались бы незаконными дѣтьми въ другой, что противно интересамъ международнаго общенія. Но „публичный порядокъ" территоріальнаго государства, на нашъ взглядъ, не можетъ также оправдать отказа въ узаконеніи дѣтей иностранцевъ, т. е. дѣйствовать отрицательно. Во-первыхъ, въ виду того, что институтъ узаконенія принятъ почти всѣми цивилизованными націями, отставшія отъ нихъ двѣ или три страны не имѣютъ права считать этотъ институтъ абсолютно-безнравственнымъ и потому непримѣнимымъ даже къ иностранцамъ [1]). Во-вторыхъ, въ случаѣ конфликта между странами, допускающими узаконеніе, но обставляющими его различными условіями, мы имѣемъ дѣло съ „перемѣнными" элементами юридическаго института, которые, согласно съ общей нашей теоріей, всегда опредѣляются по закону, признанному компетентнымъ съ международной точки зрѣнія. Неужели государство A будетъ потрясено въ своихъ основахъ, если оно признаетъ, что бракъ двухъ гражданъ государства B, не допускаемый по законамъ A за близостью степеней родства (и, слѣдовательно, являющійся кровосмѣшеніемъ) повлечетъ за собою узаконеніе добрачныхъ дѣтей супруговъ?

[1]) Наоборотъ, можно скорѣе признать за международнымъ общеніемъ право требовать отъ этихъ отставшихъ государствъ приведенія своихъ законодательствъ въ соотвѣтствіе съ юридическимъ сознаніемъ современнаго человѣчества.

Намъ могутъ замѣтить, что въ государствахъ, не знающихъ института узаконенія, невозможно узаконить ребенка иностранца, такъ какъ мѣстное законодательство не указываетъ ни компетентной для узаконенія власти, ни процедуры узаконенія. На это мы возразимъ, что компетентнымъ судомъ окажется очевидно судъ, разбирающій споры о законномъ рожденіи дѣтей въ бракѣ, имѣющійся въ каждомъ государствѣ; что же касается доказательствъ происхожденія отъ данныхъ родителей, то они относятся не къ формамъ, а къ сущности дѣла, и потому управляются закономъ, которому вообще подчинено узаконеніе.

Закономъ этимъ, по Гаагскому протоколу, является національный законъ отца въ моментъ брака. Въ основѣ этого постановленія лежитъ теорія, будто узаконеніе всегда есть право отца, а не ребенка. Въ нѣкоторыхъ государствахъ, напр. Франціи, это такъ; но въ другихъ, напр. въ Россіи, дѣти узаконяются бракомъ ихъ родителей [1]), помимо воли этихъ послѣднихъ; здѣсь узаконеніе является скорѣе правомъ дѣтей. Мы не можемъ, поэтому, признать преобладанія закона отца, такъ какъ оно можетъ быть выведено только изъ цѣли того или другого территоріальнаго права. Аргументъ Бара, что узаконенный ребенокъ все равно перейдетъ въ государство отца, тоже не выдерживаетъ критики: очень часто узаконеніе не сообщитъ узаконяемому національности отца; такъ напр., родившійся во Франціи сынъ иностранца, тоже въ ней родившагося, и послѣ узаконенія останется французомъ. Съ международной точки зрѣнія, слѣдуетъ узаконеніе подчинить національнымъ законамъ какъ отца, такъ и ребенка, и притомъ національнымъ законамъ въ моментъ брака, когда, по выраженію Бара, возникаетъ семейная связь.

Часть 1 статьи протокола I, b., касающуюся дѣтей, слѣдовало бы, поэтому, измѣнить такимъ образомъ:

„Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія добрач-

---

[1]) 1 п. 1441 ст. зак. граж. ср. замѣчанія Шматкова, l. c., p. 13 и сл.

ныхъ дѣтей опредѣляются національными законами отца и ребенка въ моментъ заключенія брака".

2. Рожденіе въ законномъ бракѣ.

Гаагскій протоколъ (I, b. Art 3) говоритъ о положеніи законныхъ дѣтей только косвенно; а именно состояніе дѣтей, рожденныхъ послѣ перемѣны отцомъ подданства, подчиняется новому національному закону отца.

Мы присоединяемся къ мнѣнію, по которому законность происхожденія зависитъ отъ національнаго закона отца въ моментъ рожденія ребенка. Моментомъ зачатія нельзя руководиться уже потому, что онъ различно опредѣляется въ разныхъ законодательствахъ; принимая его, мы совершаемъ saltus in demonstrando; фактъ же рожденія не зависитъ отъ презумпціи отдѣльныхъ юрисдикцій.

Но кромѣ того, намъ кажется необходимымъ принять во вниманіе и національный законъ ребенка. Дѣйствительно, если государство отца въ правѣ установлять условія, при которыхъ ребенокъ входитъ въ его семью и извѣстнымъ образомъ модифицируетъ права другихъ законныхъ дѣтей—то съ другой стороны, государство ребенка въ правѣ опредѣлить условія, видоизмѣняющія права его состоянія. Поэтому, къ 1 ст. протокола I, b, мы предложили бы добавить:

„Законность рожденія зависитъ отъ національныхъ законовъ отца и ребенка въ моментъ рожденія послѣдняго".

2 alinea 3 статьи протокола станетъ тогда, конечно, излишнимъ.

3. Упражненіе и прекращеніе родительской власти.

О личныхъ отношеніяхъ родителей и дѣтей Гаагскій протоколъ не упоминаетъ вовсе, хотя 2 ст. протокола I, b, регулируетъ, какъ мы видѣли, личныя отношенія супруговъ.

Нѣтъ сомнѣнія, что нормальная продолжительность родительской власти должна зависѣть отъ національныхъ законовъ отца и ребенка, въ моментъ рожденія послѣдняго.

Въ видѣ наказанія родительская власть можетъ быть, конечно, прекращена и въ силу одного территоріальнаго закона.

Что же касается упражненія родительской власти, то здѣсь мы безусловно высказываемся за территоріальный принципъ, отвергая всякія нелогичныя различенія положительнаго и отрицательнаго дѣйствія публичнаго порядка. Права, которыя территоріальный законъ даетъ отцу надъ личностью ребенка, столь тѣсно связаны съ публичнымъ правомъ страны, что иностранцамъ невозможно позволить уклониться отъ границъ, поставленныхъ осуществленію этихъ правъ. Но съ другой стороны, нѣтъ также основанія поражать иностранцевъ частичной неправоспособностью; это противно общимъ правиламъ о международномъ различіи право- и дѣеспособности. Замѣтимъ также, что исправленіе дѣтей есть не только право, но и обязанность отцовъ передъ государствомъ, которой, конечно, подлежатъ и иностранцы. Точно также право родителей надъ душою ребенка,—право ихъ направлять его религіозное развитіе, не можетъ находиться въ какой бы то ни было зависимости отъ иностраннаго закона; оно дается или не дается родителямъ независимо отъ ихъ національности. Обязанность родителей дать дѣтямъ образованіе и взаимная ихъ обязанность алиментировать другъ друга, тоже, на нашъ взглядъ, абсолютно-территоріальны.

Въ пользу всѣхъ этихъ положеній мы приведемъ еще общій доводъ, что подчиненіе упражненія родительской власти территоріальному закону не нарушаетъ единства юридическаго положенія (status'a) дѣтей. Въ самомъ дѣлѣ, оно выражается не въ пораженіи правъ ихъ состоянія, а въ принятіи относительно ихъ извѣстныхъ мѣръ, которыя: 1) могутъ быть приняты только территоріальной властью, и 2) не нуждаются въ признаніи національной. Территоріальный законъ намъ кажется поэтому, наиболѣе, компетентнымъ для регулированія личныхъ отношеній родителей и дѣтей, и мы предложили бы сдѣлать къ 2 ст. протокола I, b, слѣдующее добавленіе:

„Нормальная продолжительность родительской власти опре-

дѣляется національными законами отца и ребенка въ моментъ рожденія послѣдняго. Власть эта можетъ быть прекращена, въ видѣ наказанія, и территоріальнымъ закономъ.

„Личныя отношенія родителей и дѣтей опредѣляются территоріальнымъ закономъ“.

III. Программа Русскаго Правительства выработанная въ виду III Конференціи.

Совѣщаніе, образованное при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ, какъ мы уже видѣли, оставило протоколъ (I п. b) безъ измѣненій.

Отдѣлъ пятый.

Разводъ и разлученіе.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Положительное право отдѣльныхъ государствъ.

I. Иностранныя государства.

§ 1. Франція.

1. Судебная компетенція.

А. Компетенція французскихъ судовъ.

Мы уже видѣли, что французскіе суды по общему правилу считаютъ себя некомпетентными для разбора дѣлъ, касающихся личныхъ правъ иностранцевъ; правило это допускаетъ, однако, многочисленныя исключенія, особенно въ интересующей насъ теперь области разлученія и развода. Основанія, которыми суды мотивируютъ свою компетенцію, можно классифицировать слѣдующимъ образомъ:

а) Главныя основанія.

1. Законъ или договоръ.

Французскіе суды компетентны, конечно, для разлученія или развода иностранныхъ супруговъ, домицилъ которыхъ во Франціи основанъ съ разрѣшенія французскаго правительства, такъ какъ Art 13 C. C. даетъ этому классу иностранцевъ всѣ гражданскія права французовъ [1]).

[1]) Cassation 23 Juillet 1855 (Sirey 1856, I, 148); Tr. Marseille, 23 Avril 1875 (Journal 1876, p. 185); Tr. Seine Art 11 Déc. 1889 (Journal 1889, p. 814).

Компетенція французскихъ судовъ можетъ точно также основываться на договорахъ, признающихъ за иностранцами право свободнаго доступа (libre accés) въ туземные суды [1]). Много споровъ вызываетъ франко-швейцарскій договоръ 1869 года, вторая статья котораго основаніемъ компетенціи полагаетъ домицильтяжущихся. Французскій кассаціонный судъ рѣшилъ было, 1 Іюля 1878 года [2]) по докладу Деманжа, что эта вторая статья касается и разлученія; но это толкованіе не было принято практикой, и теперь швейцарцы получаютъ во французскихъ судахъ разлученіе и разводъ на общемъ основаніи [3]).

2. **Добровольное подчиненіе супруговъ французской юрисдикціи.**

Нѣкоторыя судебныя рѣшенія считаютъ некомпетентность французскихъ судовъ для разлученія или развода ино-

[1]) Seine 5 Mars 1892 (Journal 1892, p. 661, на основаніи русско-французскаго договора 1874); Seine, 10 Août 1889 (Journal 1889, p. 811) и C. d'Alger, 25 Oct. 1892 (Journal 1893, p. 173) на основаніи франко-испанскаго договора 1882 года.

[2]) Journal 1879, p. 177.

[3]) Seine, 13 Février 1883 (Journal 1883, p. 294): ст. 2 договора 1869 года касается только actions mobilières. — C. Paris, 28 Avril 1882 (Journal 1882, p. 546): французскіе суды некомпетентны для разлученія швейцарцевъ, если отвѣтчикъ предъявляетъ отводъ. — C. Rouen, 12 Mai 1874 (Journal 1875, p. 356): швейцарскіе супруги могутъ добровольно подчиниться французской юрисдикціи, вообще некомпетентной. — C. Paris, 26 Mars 1889 (Journal 1893, p. 374). — Tr. Seine 4 ch., 23 Avril 1888 (Journal 1890, p. 887) и 29 Février 1892 (Journal 1893, p. 573) полагаетъ даже, что некомпетентность французскихъ судовъ относится къ ordre public и должна быть возбуждена ими же ex officio. — Lehr (Journal 1878, p. 247—250) доказалъ убѣдительно, что 2-ая статья договора 1869 года только дополняетъ первую, и слѣдовательно касается лишь „actions mobilières et personnelles", къ которымъ никакъ нельзя относить искъ о разлученіи, какъ то дѣлаетъ Demangeat (Journal 1878, pp. 450 — 453). См. также C. de Besançon, 18 Déc. 1896 (Clunet 1898, p. 355). — За самое послѣднее время приходится, однако, отмѣтить два противорѣчивыхъ рѣшенія 4 отд. Сенскаго суда; 4 Января 1896 года отдѣленіе высказалось противъ компетентности французскихъ судовъ для развода домицилированныхъ во Франціи швейцарцевъ, а 30 Апрѣля 1896 года признало эту компетенцію (Journal 1896, pp. 603—605); это послѣднее рѣшеніе подтверждено C. de Paris 29 Mars 1897 (Journal 1898, p. 1060).

странцевъ абсолютной [1]). При этомъ приводится иногда соображеніе, что, принимая къ разбору такія дѣла, французскіе суды должны будутъ руководствоваться иностранными законами, а это можетъ повлечь за собою неудобства двоякаго рода. Съ одной стороны, неточное знаніе и неумѣлое примѣненіе національныхъ законовъ супруговъ можетъ вызвать новое иностранное судебное рѣшеніе, что, конечно, скомпрометируетъ достоинство (dignité) французской юстиціи. Съ другой, примѣненіе иностраннаго закона можетъ нарушить основные принципы французскаго публичнаго права; такъ напр., придется отказать въ разводѣ иностранцамъ-католикамъ, національный законъ которыхъ считаетъ браки католиковъ нерасторжимыми [2]).

Однако, въ громадномъ большинствѣ случаевъ суды признаютъ себя компетентными, если обѣ стороны добровольно

[1]) Seine, 4 ch. 27 Avril 1875 (Journal 1876, p. 362); Seine, 1 Déc. 1877 (Journal 1878, p. 45); Seine 4 ch. 10 Déc. 1888, 30 Août 1888, 30 Août 1890, 10 Mai 1890, C. Paris, 12 Juillet 1889 (Journal 1890, pp. 479—483): Право требовать развода относится къ droits civils, и по Art. 11 принадлежитъ однимъ французамъ. Въ послѣднее время IV отдѣленіе Сенскаго суда измѣнило, однако, своей системѣ, и признаетъ, что французскіе суды не обязаны объявлять себя ex officio некомпетентными для развода иностранцевъ. Seine 4 ch. 5 Juin, 1891 (Journal 1892, p. 194) и Seine 4 ch. 28 Déc 1891 (Journal 1893, p. 151).

[2]) C. Lyon, 25 Février 1857 (Sirey 1857, II, 625): „Les tribunaux français . . . . seraient dans la nécessité de faire application des lois étrangères et seraient exposés à de graves erreurs; . . la dignité de la justice pourrait même se trouver compromise par la contrariété des décisions qui pourraient intervenir sur la même demande en France et en pays étranger. Trib. Seine 16 Juillet 1886 (Journal 1886, p. 707) объявилъ себя некомпетентнымъ для развода австрійскихъ супруговъ-католиковъ Замойскихъ, такъ какъ иначе пришлось бы примѣнить австрійскій законъ, недопускающій развода католиковъ и нарушающій, слѣдовательно, основной принципъ французскаго публичнаго права. C. d'Alger, 21 Avril 1890 (Journal 1893, p. 177) призналъ себя некомпетентнымъ для разбора дѣла о разлученіи Марокканскихъ супруговъ-евреевъ, ибо иначе пришлось бы отказать въ этомъ разлученіи, какъ противномъ раввинскому закону, дѣйствующему въ Марокко; кромѣ того „il est du devoir des magistrats de ne pas s'exposer, par une connaissance insuffisante d'une législation étrangère, à diminuer ainsi l'autorité de leurs décisions"; Cassation, 18 Juill 1892, подтвердила это рѣшеніе.

подчинились французской юрисдикціи, или даже, если онѣ не представили возраженія некомпетентности при началѣ процесса (in limine litis) [1]). При этомъ возникаетъ вопросъ, считать ли компетентность французскихъ судовъ факультативной не только для сторонъ, но и для нихъ самихъ? Обязаны ли они принимать къ разбору дѣло, разъ на то имѣется согласіе тяжущихся супруговъ? На этотъ вопросъ французская юриспруденція даетъ намъ противорѣчивые отвѣты [2]).

3. Отсутствіе компетентной иностранной юрисдикціи

Французскіе суды признаютъ себя также компетентными въ тѣхъ случаяхъ, когда иностранные супруги не имѣютъ за границей домициля, гдѣ бы могъ быть вчиненъ искъ о разлученіи или разводѣ (такъ называемаго domicile réel). Эту свою компетенцію французскіе суды обосновываютъ необходимостью предотвратить отказъ въ правосудіи (déni de justice), чѣмъ они становятся уже на международную точку

[1]) Некомпетентность въ случаѣ, если отвѣтчикъ отклоняетъ французскую юрисдикцію, признана въ рѣшеніяхъ: Seine, 4 ch., 1885 (Journal 1885, p. 679); Seine, 1 ch. 23 Juillet 1885 (Journal 1886, p. 205), Seine, 14 Fév. 1887 (Journal 1887, p. 609); C. Paris, 3 ch. 31 Oct. 1890 (Journal 1890, p. 878); Seine, 4 ch. 6 Août 1888 (Journal 1890, p. 883); Seine, 6 ch. 22 Juin 1891 (Journal 1891, p. 1193). Компетентность основана на добровольномъ подчиненіи сторонъ, или на непредъявленіи отвода in limine litis: Seine, 10 Juin 1882 (Journal 1882, p. 189). Seine, 4 ch 2 Juillet 1889 (Journal 1890, p. 874); Seine 5 ch. 8 Avril 1890 (Journal 1890, p. 897). C. de Paris, 1 ch. 26 Février 1891 (Journal 1891, p. 1189): „L'exception d'incompétence tirée de l'extranéité est d'ordre privé"; Seine, 4 ch. 5 Juin 1891 (Journal 1892, p. 194), Seine, 4 ch. 5 Janv. 1887 (Journal 1889, p. 812); C. d'Alger 24 Juillet 1882 (Journal 1884, p 191); C. d'Alger, 2 Mars 1888 (Journal 1889, p. 668); C. Paris, 5 Août 1886 (Journal 1886, p. 584).

[2]) Seine. 3 ch. 2 Août 1889: „L'exception d'extranéité est personnelle . . . le tribunal ne peut la soulever d'office" (Journal 1890, p. 875) — Seine, 7 ch. 20 Déc. 1886 (Journal 1886, p. 710): Французскіе суды не могутъ объявить себя некомпетентными ex officio. Contra: Seine ch. 16 Juillet 1886 (Journal 1886, p. 707); Tr. Vessoul, 29 Déc. 1886 (Journal 1887, p. 474); C. Paris, 1 ch. 26 Fév. 1891 (Journal 1891, p. 1189): Компетенція французскихъ судовъ для разбора дѣлъ между иностранцами факультативна.

зрѣнія. Юриспруденція въ этомъ отношеніи установилась очень прочно; французскіе суды разводятъ напр. бельгійскихъ или англійскихъ супруговъ, домицилированныхъ во Франціи и не имѣющихъ вслѣдствіе этого обстоятельства право развестись въ Бельгіи или Англіи. При этомъ нужно замѣтить, что компетентность французскихъ судовъ пріобрѣтаетъ все болѣе и болѣе обязательный характеръ; все болѣе распространяется истина прекрасныхъ словъ Парижскаго аппеляціоннаго суда: „Интересы общества требуютъ съ очевидностью, чтобы тѣ, чьи права нарушены, могли бы найти себѣ судей“ [1]).

[1]) Приводимъ всѣ относящіяся сюда рѣшенія: C. d'Aix, 3 Juillet 1873 (Journal 1875, p. 273); C. de Dijon, 7 Avril 1887 (Journal 1888, p. 787). судъ компетентенъ, такъ какъ отвѣтчикъ не имѣетъ домицилл за границей, ни даже опредѣленной національности. Очень интересно дѣло Garlet, супруговъ-бельгійцевъ, домицилированныхъ во Франціи. Сенскій судъ рѣшеніями отъ 5 Января 1887 (Journal 1889, p. 812) и 29 Іюля 1889 года (Journal 1890, p. 891) объявилъ себя некомпетентнымъ какъ для разлученія, такъ и для развода супруговъ. Некомпетентными признали себя, однако, и бельгійскіе суды (Journal 1889, p. 712), такъ какъ супруги не домицилированы въ Бельгіи. Это анормальное положеніе прекращено рѣшеніемъ C. de Paris, 4 ch. 8 Août 1890 (Journal 1890, p. 890—897), признавшимъ компетентность французскихъ судовъ: „Il y a un intérêt public manifeste à ce que ceux dont les droits sont lésés trouvent des tribunaux à qui avoir recours“. — За компетентность французскихъ судовъ, когда у иностранцевъ нѣтъ за границей „domicile réel“, также Trib. Seine, 1 ch. 6 Juin 1890 (Journal 1890, p. 483); Seine, 1 ch. 29 Déc. 1890 (Journal 1895, p. 627); C. Paris. 1 ch. 4 Nov. et 5 Déc. 1890 (Journal 1890, p. 875 et 877). — Trib. Hanoi, 28 Août 1890 (Journal 1890, p. 881) признавъ себя компетентнымъ для развода уроженки Тонкина съ мужемъ-китайцемъ, утратившимъ домицильвъ Китаѣ — C. Paris, 4 ch. 18 Mai 1892 (Journal 1893, p. 152); C. Paris, 16 Nov. 1892 (Journal 1893, p. 370); Tr. Seine, 10 Juillet 1893 (Journal 1893, p. 1166); C. Paris, 5 Janvier 1893 (Journal 1893, p. 373); C. Paris, 15 Janvier 1894 (Journal 1894 p. 123); C. Paris, 7 Déc. 1894 (Journal 1895, p. 97); C. Paris, 28 Juin 1893 (Journal 1893, p. 201). — C. de Lyon, 19 Mars 1894 (Journal 1894, p. 1031). — Trib. Seine (4 ch), 24 Mai 1897 (Journal 1898, 111). Trib. Seine (4 ch.), 21 Janv. 1897 (Journal 1898, p. 112). — Противъ компетенціи французскихъ судовъ при вышеозначенныхъ условіяхъ только два рѣшенія IV отдѣленія Сенскаго суда отъ 4 Déc. 1884 (Journal 1886, p. 95) и 10 Mai 1890 (Journal 1890, p. 479).—Рѣшенія новѣйшаго времени все болѣе высказываются за обязательную компетентность: C. de Paris, 4 ch. 18 Mai 1892 (Journal 1893, p. 152): французскіе суды обя-

На томъ же основаніи французскіе суды объявляютъ себя обыкновенно компетентными, если супруги не могутъ доказать опредѣленной національности [1]).

b) Побочныя основанія.

Французскіе суды приводятъ иногда и другіе мотивы своей компетентности. Мотивы эти сводятся къ тому, что подлежащій расторженію бракъ тѣмъ или другимъ своимъ элементомъ входитъ въ сферу дѣйствія французскаго права. Суды указываютъ, что жена иностранца до брака была француженкой; что самый бракъ былъ заключенъ во Франціи; что въ этой же странѣ поданъ поводъ къ разводу; наконецъ, что супружеская жизнь протекала во Франціи.

Стоитъ, однако, вглядѣться въ сюда относящіяся судебныя рѣшенія, чтобы убѣдиться во второстепенномъ значеніи перечисленныхъ аргументовъ. Дѣйствительно, они являются только подспорьемъ главныхъ основаній французской компетентности: добровольнаго подчиненія сторонъ и отсутствія компетентной иностранной юрисдикціи [2]). Въ частности отно-

---

заны дать иностраннымъ супругамъ разлученіе или разводъ, если отвѣтчикъ не можетъ указать компетентной юрисдикціи за границей. — C de Paris, 14 Janvier 1896 (Journal 1896, p. 149): компетенція французскихъ судовъ факультативна, но судья долженъ воспользоваться своимъ правомъ особенно тогда, когда домицилъ отвѣтчика неизвѣстенъ — Seine, 1 ch. 13 Mars 1896 (Journal 1896, p 630); — Paris, 19 Janvier 1897 (Journal 1897, p. 362): справедливость не позволяетъ принять возраженіе отвѣтчика о некомпетентности, если онъ не указываетъ иностраннаго домицилія для вчинанія иска. — Trib. Seine, 1 ch. 3 Fév. 1897 (Journal 1897, p. 331), призналъ себя компетентнымъ для развода англійскихъ супруговъ, такъ какъ мужъ-отвѣтчикъ не могъ доказать домицилія на родинѣ и, слѣдовательно, не подсуденъ англійскимъ судамъ. — Trib. Seine, 4 ch. 21 Janv. 1897 (Journal 1897, p. 363) отклонилъ возраженіе о некомпетентности, представленное мужемъ-американцемъ, не могущимъ доказать домицилія въ Америкѣ и давно уже живущимъ въ Парижѣ.

[1]) C. d'Aix, 3 Juillet 1873 (Dalloz, 1875, II, 232); C. Paris, 26 Fév. 1891 (Journal 1892, p. 1189); C. Dijon, 7 Avril 1887 (Journal 1888, p. 787); Contra; Seine, 14 Fév. 1887 (Journal 1887, p. 609).

[2]) Seine, 3 ch. 2 Août, 1889 (Journal 1890, p. 876): компетенція основана на подчиненіи сторонъ и бывшей національности жены. — Seine,

сительно фактическаго домициля супруговъ во Франціи, судами прямо высказывается, что онъ не имѣетъ рѣшающаго значенія для опредѣленія компетенціи.

Наконецъ, замѣтимъ, что французскіе суды почти всегда признаютъ себя компетентными для принятія временныхъ мѣръ (mesures provisoires) въ виду предстоящаго разлученія или развода въ иностранныхъ судахъ; сюда относится присужденіе одному супругу временной пенсіи изъ средствъ другого; принятіе мѣръ въ интересахъ дѣтей; разрѣшеніе женѣ покинуть домъ мужа и пр. [1]).

7 ch. 20 Déc. 1886 (Journal 1886, p. 710) idem. — C. Paris, 4 ch 18 Mai 1892 (Journal 1893, p. 152) и Trib. Hanoi, 28 Août 1890 (Journal 1890, p. 881) - компетенція основана на бывшей національности и отсутствіи домициля за границей. — C. d'Aix, 3 Juillet 1873 (Dalloz, 1875, II, 232) основываетъ компетенцію на безподданствѣ супруговъ и на заключеніи брака во Франціи C. de Paris, 1 ch. 26 Fév. 1891 (Journal 1892, p. 1189) на безподданствѣ и постоянномъ проживаніи супруговъ въ Парижѣ. — Что одинъ фактическій домициль супруговъ во Франціи самъ по себѣ не имѣетъ рѣшающаго значенія, явствуетъ изъ слѣдующихъ рѣшеній: Metz, 26 Juillet 1865 (Sirey 1866, II, 237), Paris, 24 Août 1844 (Sirey, 1844, II, 568); C. Lyon, 25 Février 1857 (Sirey, 1857, II, 625); C Amiens, 17 Déc. 1888 (Journal 1889, p. 459); Seine, 4 ch 27 Avril 1875 (Journal 1876, p. 362); Paris, 26 Février 1895 (Journal 1895, p. 624): французскіе суды некомпетентны, хотя бы отвѣтчикъ долго жилъ во Франціи, если онъ сохранилъ на родинѣ domicile réel — Seine, 4 ch. 27 Janv. 1892 (Journal 1892, p. 439); — idem. Очень характерно рѣшеніе Seine, 4 ch. 4 Mars 1895 (Journal 1896, p. 602): сначала судъ основываетъ свою компетентность для развода американскихъ супруговъ на одномъ постоянномъ домицилѣ ихъ во Франціи, затѣмъ считаетъ, однако, нужнымъ сослаться и на слѣдующія обстоятельства: 1) факты, мотивирующіе разводъ, совершились во Франціи; 2) бракъ былъ заключенъ въ Парижѣ, гдѣ 3) стороны имѣютъ свой établissement principal; 4) супруги не отклоняютъ французской юрисдикціи; 5) американскіе суды могутъ легко объявить себя некомпетентными вслѣдствіе долгаго отсутствія супруговъ.

[1]) Cassation, 16 Avril 1878 (Journal 1878, p. 506); Seine, 1 Déc, 1877 (Journal 1878, p. 45); Seine, 1 ch. 23 Juillet 1885 (Journal 1886, p. 205); C. d'Aix, 4 Mai 1885 (Journal 1886, p. 206); C. d'Alger, 26 Déc. 1888 (Journal 1889, p. 668); Cassation, 24 Déc. 1890 (Journal 1891, p. 1240) Seine, 22 Juin 1891 (Journal 1891, p. 1193). — Нѣсколько уклонилось отъ общей юриспруденціи только одно рѣшеніе: C. Paris, 28 Oct. 1892 (Journal 1893, p. 174), которое даже временныя мѣры предписывать принимать лишь въ исключительныхъ случаяхъ. — Присужденіе такъ называемой „pro-

Такимъ образомъ, французская юриспруденція совершила въ области интересующаго насъ вопроса замѣчательную эволюцію отъ начала абсолютной некомпетентности до принципа компетентности. Если оставить въ сторонѣ иностранцевъ, привилегированныхъ на основаніи Art 13 или договоровъ, то основаніями компетентности являются добровольное подчиненіе супруговъ или невозможность для нихъ добиться суда за границей. Вліяніе добровольнаго подчиненія на компетенцію еще недостаточно обрисовалось; въ случаѣ же отсутствія возможности найти судъ за границей, компетенція французскихъ судовъ принимаетъ не только факультативный, но даже обязательный характеръ. Нельзя не привѣтствовать французскую юриспруденцію, возвысившуюся такимъ образомъ до истинно-международной высоты вопроса. Она старается, правда, какъ бы оправдать свою точку зрѣнія, отыскивая для каждаго расторгаемаго брака какія нибудь связи съ Франціей. Но, какъ мы видѣли, рѣшающее значеніе принадлежитъ всегда аргументу, вытекающему изъ правильно понятой идеи международнаго общенія.

B. Компетенція иностранныхъ судовъ.

Въ старомъ французскомъ законодательствѣ иностранные суды признавались некомпетентными для рѣшенія вопросовъ, касающихся личныхъ правъ французовъ (Art 121 ordonnance 1629); эдиктъ 1778 года даже вообще запрещаетъ французамъ тягаться въ иностранныхъ судахъ [1]). Согласно этимъ традиціямъ, юриспруденція нынѣшняго вѣка не признавала дѣйствительности иностранныхъ рѣшеній о разлученіи фран-

vision ad litem“ обыкновенно не относится къ временнымъ мѣрамъ: Seine, 23 Janvier 1883 (Journal 1883, p. 292); C. Paris, 31 Oct. 1890 (Journal 1890, p. 878); Seine, 1885 (Journal 1885, p. 679). C. Paris, 19 Janv. 1888 (Journal 1889, p. 666). Féraud-Giraud (Journal 1885, pp. 393 — 394) считаетъ, однако, юриспруденцію неустановившей относительно послѣдняго вопроса.

[1]) Sirey, 1813, II, 233.

цузовъ [1]). Но вмѣстѣ съ вторичнымъ введеніемъ развода, въ 1884 году, наступилъ поворотъ, и въ настоящее время за компетентными иностранными судами признается право разлучать или разводить французскихъ супруговъ. Компетентность же иностранныхъ судовъ опредѣляется согласно вышеизложеннымъ французскимъ правиламъ, т. е. въ зависимости отъ добровольнаго подчиненія сторонъ, или невозможности для отвѣтчика указать домициль за границей. Иностранное рѣшеніе получаетъ, конечно, только тогда экзекватуру во Франціи, когда оно не содержитъ ничего противнаго французскому ordre public [2]).

2. Законодательная компетенція.

А. Разлученіе и разводъ иностранцевъ во Франціи.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда французскіе суды принимаютъ къ разбору дѣла о разлученіи или разводѣ иностранныхъ супруговъ, они неукоснительно проводятъ личный принципъ, санкціонированный въ Art 3 Alin. 3 Code Civil. Какъ самое право на разводъ или разлученіе, такъ и поводы къ нимъ, опредѣляются по національному закону [3]). Мы видѣли, что даже

---

[1]) Despagnet, l. c., p. 435 и ссылки.

[2]) Seine, 1 ch. 4 Juin 1885 (Journal 1885, p. 548, Moupion): разводъ данный англійскимъ судомъ французскимъ супругамъ, признанъ ничтожнымъ, такъ какъ мужъ-отвѣтчикъ сохранилъ домициль во Франціи и не подчинился англійской юрисдикціи. — Seine, 2 Août 1887 (Journal 1888, p. 86) — Seine, 1 ch. 28 Janv. 1891 (Journal 1891, p 227); иностранные суды могутъ разводить французскихъ супруговъ, если компетенція ихъ принята этими послѣдними, или если отвѣтчикъ не указываетъ домициля для вчинанія иска. — C. de Paris, 6 Juillet 1892 (Journal 1892, p. 1022). C. Paris, 5 Août 1891 (Journal 1891, p. 1214).

[3]) C. Lyon 23 Févr. 1887 (Journal 1887, p. 469) постановила разводъ между нѣмецкими супругами.—Trib. Seine 12 Juin 1889 (Journal 1890, p 107) отказалъ португальскимъ супругамъ въ разводѣ, но объявилъ себя компетентнымъ для разлученія.—Trib. Hanoi 28 Août 1890 (Journal 1890, p 881) развелъ китайцевъ, имѣя въ виду, что китайскій законъ допускаетъ разводъ.—C. d'Alger 18 Fèvr. 1891 и Seine 4 ch. 27 Juillet 1891 (Journal 1891 p. 504 et 1194) отказываютъ въ разводѣ итальянцамъ.—Tunis 7 Janvier 1895 (Journal 1895, p. 1065): Бразиліанцы могутъ получить во французскихъ су-

тѣ немногія судебныя рѣшенія, которыя считаютъ примѣненіе иностраннаго закона противнымъ французскому „ordre public“, не находятъ возможнымъ постановить приговоръ на основаніи lex fori, а прямо объявляютъ себя некомпетентными для разбора дѣла. Господствующая доктрина прекрасно формулирована кассаціоннымъ судомъ 12 Февраля 1895 года

-ахъ только разлученіе—Trib Bar sur Aube, 29 Dec 1888 (Journal 1896, p 151) отказалъ въ разводѣ испанскимъ супругамъ. Эта практика санкціонирована рѣшеніемъ Cour de Cassation 12 Février 1895 (Journal 1895, p. 834) по дѣлу русскихъ супруговъ-католиковъ Lenthé; бракъ ихъ объявленъ нерасторжимымъ согласно русскимъ законамъ; „Le divorce produit un changement de l'état des personnes qu'il désunit et en conséquence c'est leur statut personnel qui décide si entre elles le divorce est ou n'est pas licite“—Аналогичное рѣшеніе постановилъ Trib. de Tunis, 17 Juillet 1896 (Journal 1897, p. 130) относительно русскихъ же супруговъ католиковъ Spiteri.—Seine, 1 ch 29 Déc. 1890 (Journal 1895, p. 627); idem.—Seine, 4 ch. 5 Juin 1891 (Journal 1892, p. 194) и Seine, 4 ch. 3 Juillet 1896 (Journal 1896, p. 848): русскіе евреи могутъ быть разведены во Франціи на основаніи поводовъ, допускаемыхъ еврейскими законами, признанными въ Россіи.—Право на разводъ иностранцевъ, поселившихся во Франціи съ разрѣшенія правительства (Art 13 C. C.), тоже опредѣляется по ихъ національному закону: Seine, 1 ch., 12 Mai 1887, Seine, 4 ch 11 Déc 1889 (Journal 1889, p. 623 et 814) Trib. Vessoul 15 Dec. 1896 (Journal 1897, p. 335) —Превращеніе разлученія въ разводъ (conversion en divorce de la séparation de corps) доступно для иностранцевъ, національный законъ которыхъ допускаетъ разводъ: C de Lyon, 23 Fév. 1887 (Journal 1887, p. 469).—Такимъ образомъ, право на разводъ относится французскимъ законодательствомъ къ области личнаго статута. Правда, для доказательства противнаго ссылаются иногда на знаменитое рѣшеніе кассаціоннаго суда 22 Марта 1806 года (по дѣлу Mac-Mahon), которое подтвердило законность развода, постановленнаго во Франціи между ирландцемъ и француженкой, на основаніи повода, извѣстнаго одному французскому праву (эмиграціи мужа во время революціи). Но кассаціонный судъ руководствуется въ своемъ рѣшеніи закономъ 26 germinal An II, который запретилъ принимать иски о признаніи ничтожности разводовъ, постановленныхъ до введенія Code Civil. Законъ этотъ называется судомъ „une vèritatable loi de police gènèrale“; онъ имѣетъ чисто политическую цѣль предупредить постоянную агитацію противъ революціонныхъ законовъ, и потому распространяется, конечно, и на иностранцевъ. Потому, изъ рѣшенія кассаціоннаго суда никакъ не слѣдуетъ, что право на разводъ опредѣляется всегда по lex fori; рѣчь идетъ о спеціальномъ политическомъ законѣ. См. Merlin, Répertoire Divorce, Sec. IV, § XI; Laurent, V, §§ 121—122). Сравни C. Chambéry, 15 Juin 1869 (Sirey, 1870, II, 215).

по дѣлу Лентэ: „разводъ производитъ перемѣну въ состояніи лицъ, которыхъ онъ разъединяетъ, а потому ихъ личный статутъ рѣшаетъ, допустимъ ли между ними разводъ или нѣтъ“ [1]).

B. Разлученіе и разводъ французовъ за границей.

Разводы, постановленные иностранными судами между французами до закона 1884 года, считались во Франціи ничтожными, не имѣя для супруговъ даже значенія разлученія [2]) Въ настоящее время компетентный иностранный судъ долженъ обсуждать поводы къ разлученію или разводу французовъ по французскимъ законамъ; иначе иностранное рѣшеніе ничтожно, хотя бы супруги и согласились ему подчиниться [3]).

На основаніи Art 251 Code Civil, рѣшеніе, постановившее разводъ, заносится въ регистры гражданскаго состоянія мѣста заключенія брака, и отмѣчается также на поляхъ самаго acte de mariage; если же бракъ заключенъ за границей, то разводъ заносится въ регистры послѣдняго французскаго домициля супруговъ и отмѣчается на поляхъ acte de mariage, если бракъ былъ транскрибированъ во Франціи. Изъ циркуляра прокурора Сенскаго суда отъ 25 Іюля 1887 г. мэрамъ округа явствуетъ, что французскіе officiers de l'état civil должны отказывать въ транскрипціи развода, постановленнаго иностранными судами между французами, пока иностранное рѣшеніе не получило экзекватуры [4]).

---

[1]) Отмѣтимъ еще единичное рѣшеніе Trib. Seine 28 Fév. 1893 (Journal 1893, p 1167): въ случаѣ супруги разныхъ національностей, разводъ зависитъ отъ закона общаго домициля.

[2]) Seine, 7 Février 1882 (Journal 1882, p 88). — Seine 24 Avril 1883 (Journal 1883, p. 160—161), Seine 4 Juin 1885 (Journal 1885, p. 548).

[3]) Seine, 1 ch. 28 Janvier 1891 (Journal 1891, p. 227) призналъ ничтожнымъ рѣшеніе Чикагскаго суда отъ 27 Января 1886 года, постановившаго разводъ между французскими Borgella за „willfull desertion“ со стороны мужа. Сенскій судъ не нашелъ возможнымъ подвести этотъ поводъ подъ „injures graves“ французскаго закона, и призналъ ничтожность рѣшенія, хотя ему подчинился самъ мужъ Боргелла.

[4]) Weiss, l. c., pp. 536—537.

3 Вліяніе перемѣны подданства на право разлученія или развода.

A. Натурализація французскихъ супруговъ за границей.

Первая гипотеза: Оба французскихъ супруга натурализуются за границей, и тамъ разводятся по новымъ національнымъ законамъ.

Сенскому суду пришлось разбирать подобный случай въ то время, когда разводъ еще не былъ введенъ во Франціи. Супруги Vidal натурализовались въ Швейцаріи, получили тамъ же разводъ, а затѣмъ вернулись во Францію, гдѣ г-жа Vidal вступила во второй бракъ. Судъ призналъ ничтожность натурализаціи, какъ совершенной in fraudem legis, съ цѣлью нарушить интересы французскаго публичнаго порядка; ничтожными признаны, конечно, и разводъ и второй бракъ. Парижская палата подтвердила это рѣшеніе [1]).

Вторая гипотеза: Мужъ одинъ натурализуется за границей.

Чаще всего французской юриспруденціи до 1884 года приходилось имѣть дѣло со случаями, когда одинъ мужъ натурализовался и получалъ разводъ за границей, послѣ чего онъ обыкновенно возвращался во Францію и тамъ же вступалъ во второй бракъ. Изъ относящихся сюда рѣшеній мы можемъ извлечь слѣдующія положенія: натурализація француза за границей не лишаетъ жену французской національности, особенно когда эта натурализація совершена in fraudem legis; разводъ, данный мужу иностраннымъ судомъ, не освобождаетъ его отъ брачныхъ узъ, и второй бракъ, заключенный имъ при жизни первой жены, ничтоженъ въ глазахъ французскаго закона [2]).

[1]) Trib. Seine, 31 Déc. 1877 et Cour de Paris, 30 Juin 1877 (Journal 1878, p. 268). „Si comme dans l'espece la naturalisation a été poursuivie exclusivement en vue de faire fraude à la loi française et d'en éluder certaines prohibitions fondamentales, elle ne saurait être invoquée à l'encontre des interêts d'ordre public et d'ordre privé que cette même loi a pour but de protéger".

[2]) Cassation, 16 Déc. 1845 (affaire Desprades), (Dalloz, 1846, I, 7); C. Douai, 3 Août 1858 (Sirey, 1858, II, 513); — C. Toulouse, 27 Juillet

Съ другой стороны, уже послѣ введенія во Франціи развода, Сенскій судъ рѣшилъ, что мужъ-французъ, натурализовавшійся въ Италіи, все-таки можетъ получить разводъ во французскихъ судахъ: „передъ французскимъ закономъ онъ остался связаннымъ гражданскими узами своего французскаго брака“ и потому можетъ требовать его расторженія по французскимъ законамъ, не взирая на итальянскіе [1]). Такимъ образомъ, права мужа на разводъ (или разлученіе) зависятъ отъ общаго національнаго закона супруговъ въ моментъ заключенія брака.

Третья гипотеза: Жена одна натурализуется за границей.

Мы уже видѣли, что жена француза не можетъ безъ разрѣшенія мужа принять иностранное подданство. Но если на-

---

1874 (Sirey, 1876, II, 149). — Cassation 19 Juillet 1875 (Sirey, 1876, I, 289). Послѣднія три рѣшенія постановляютъ, что жена натурализовавшагося француза можетъ получить разлученіе въ судѣ своего французскаго домицилія по Art 14 C. C, даже не взирая на франко-швейцарскій договоръ 1869 года.—Tr Seine, 28 Août 1878 (Journal 1878, p. 602, Gravelle-Desvallées). Tr. Seine. 4 Février 1882 (J. 1882, p. 544).—Нужно, однако, замѣтить, что рѣшеніе Руанскаго аппеляціоннаго суда, постановленное уже послѣ введенія развода во Франціи (6 Avril 1887) нѣсколько уклоняется отъ вышеизложенной теоріи. Судъ признаетъ, правда, за женою-француженкою право опорочивать иностранное рѣшеніе, постановившее (до 1884 года) разводъ между нею и мужемъ, натурализовавшимся за границей. Но тутъ же замѣчаетъ, что французскіе суды должны признать натурализацію француза, какъ актъ иностраннаго суверенитета, а слѣдовательно и рѣшеніе о разводѣ, постановленное его новымъ отечествомъ, такъ какъ оно касается личнаго статута иностранца; эффекты этого признанія могутъ быть ограничены только во имя интересовъ третьихъ лицъ, иностранное рѣшеніе не нуждается даже въ экзекватурѣ: „Il s'agit, en effet d'une décision qui modifie l'état et la capacité d'un sujet étranger, et qu'une telle décision a et doit avoir, abstraction faite de son exécution forcée et de son application au détriment des tierces personnes, le même effet en France que dans le pays où elle a été rendue, sans qu'il soit nécessaire de la faire, au préalable, déclarer exécutoire par un tribunal français“. Въ данномъ случаѣ жена не протестовала, а боковые родственники не имѣютъ права оспаривать рѣшеніе иностраннаго суда, такъ какъ они не стороны въ этомъ дѣлѣ; а вслѣдствіе введенія развода во Франціи, боковые родственники утратили даже право опорочить второй бракъ мужа.

[1]) Seine, 1 ch., 7 Janv. 1885 (Journal 1885, p. 177).

гурализація и совершена съ согласія мужа, все-же жена не можетъ сослаться на законъ новаго отечества для обхода французскаго [1]). Такимъ образомъ, и въ этомъ случаѣ расторжимость брака зависитъ отъ послѣдняго общаго національнаго закона французскихъ супруговъ.

B. Натурализація иностранныхъ супруговъ во Франціи.

Первая гипотеза: Одинъ мужъ натурализуется во Франціи [2]).

Въ данномъ вопросѣ современная французская юриспруденція распадается на два рѣзко обособленныхъ лагеря.

Одни судебныя рѣшенія проводятъ относительно натурализованныхъ во Франціи иностранцевъ тѣ же начала, которымъ они подчиняютъ французовъ, натурализовавшихся за границей. Несмотря на свою натурализацію во Франціи, иностранецъ не можетъ быть разведеннымъ во французскихъ судахъ, если его жена осталась въ подданствѣ страны, разводъ не допускающей. При этомъ приводятся слѣдующіе аргументы:

1. Дѣйствіе французской натурализаціи не можетъ распространиться на контракты, заключенные иностранцемъ подъ эгидою другого закона. Выходя замужъ, жена подчиняется національному закону мужа въ моментъ брака, а не законамъ всѣхъ странъ, подданство которыхъ ему вздумается принять. Односторонній актъ натурализаціи мужа не можетъ, слѣдовательно, отразиться на расторжимости брачнаго союза.

2. Бракъ, по самому существу своему, единый контрактъ (contrat unique), дѣйствующій или не дѣйствующій относительно обѣихъ сторонъ; поэтому, было бы противно разуму прекратить его только для одной стороны, т. е. дать мужу разводъ по французскимъ законамъ, а жену считать неразведенной согласно ея личному статуту.

[1]) Такъ рѣшилъ Cour de Cassation, по дѣлу Bauffremont, 18 Mars 1878 (Sirey, 1878, I, 193).

[2]) Намъ не приходилось встрѣчать рѣшеній, касающихся натурализаціи обоихъ иностранныхъ супруговъ.

3. Такое раздробленіе единства брачнаго союза имѣетъ самыя печальныя послѣдствія на практикѣ. такъ какъ приводитъ по необходимости къ противорѣчивымъ рѣшеніямъ въ разныхъ странахъ относительно дѣйствительности вторыхъ браковъ и законности дѣтей [1]).

Противоположная теорія, разрѣшающая мужу разводъ во французскихъ судахъ, какъ только онъ принялъ французское подданство, опирается на слѣдующіе доводы:

1. Натурализація иностранца есть публичный актъ

[1]) Seine, 4 ch. 19 Juin 1890 и Seine, 1 ch. 10 Mars 1891 (Journal 1891. p. 195 et 505): Русскій католикъ Гурскій, одинъ уволенный изъ русскаго подданства и получившій autorisation à établir son domicile en France, не можетъ получить развода во Франціи. „Si la femme accepte par son mariage de portager la condition de son époux, il est inadmissible qu'elle soit exposée à son insu, et selon le caprice de celui ci à voir par la suite son état incessament modifié". Г-жа Гурская осталась русскою, а русскій законъ не дозволяетъ католикамъ разводиться.—C. d'Alger, 27 Janvier 1892 (Journal 1892, p 622) отказалъ въ разводѣ испанцу Andrès, принявшему французское подданство, такъ какъ его жена осталась испанкой и этимъ самымъ выразила намѣреніе остаться подъ защитой испанскаго закона, не признающаго развода.—Trib. Nice 10 Janvier 1894 (Journal 1894, p. 122. Ceretti), отказалъ въ разводѣ натурализовавшемуся во Франціи итальянцу „Attendu que si, à portir du dècret qui l'a naturalisé Français Ceretti a cessé d'être régi pas la loi italienne pour être régi par la loi française, les effets nouveaux et différents de cette dernière loi ne sauraient être opposés aux tiers qui avaient contracté avec lui sous l'empire de la loi italienne et qui sont restés soumis à cette loi, et en particulier à sa femne qui s'était mariée avec lui en tant qu'Italien. et qui est restée Italienne, regie par la loi de son pays qui n'admet pas le divorce; — Attendu qu'il serait contraire à la loi et à la raison de rompre le lien du mariage pour l'un des époux et de le maintenir pour l'autre; qu'il est donc indispensable, pour que le divorce puisse être prononcé entre deux époux, qu'il soit admis par le statut personnel de chacun d'eux; que la solution contraire entrainerait les consequences les plus contradictoires et les plus choquantes du point de vue de la validitè d'un second mariage et de la lègitimitè des enfants "—Trib. de Nice 9 Déc. 1896 (Serra) (Journal 1897, p. 333) отказалъ въ разводѣ натурализовавшемуся итальянцу при аналогичныхъ условіяхъ и съ приведеніемъ такихъ же мотивовъ .. „ .... il est impossible que chaque époux relève d'une loi différente pour un contrat qui est unique et qui produit son eflet à l'égard des deux parties ou qui ne le produit pas, et l' on ne peut concevoir un mariage dissous pour l'une des parties et subsistant pour l'autre".

французскаго правительства. который не можетъ быть критикованъ судами. То обстоятельство, что иностранецъ натурализовался во Франціи спеціально съ цѣлью развода, не имѣетъ никакого значенія: иностранцамъ не возбранено воспользоваться путемъ натурализаціи принципами справедливости. коими проникнуты французскія учрежденія. Натурализація—формальный актъ, доступный всякому, кто удовлетворяетъ извѣстнымъ условіямъ [1]); поэтому ея дѣйствительность не зависитъ отъ побудительныхъ причинъ. Натурализація, наконецъ, личный актъ, т. е. касается одного натурализованнаго, а потому не можетъ быть опротестовано женою, которая сохраняетъ, вѣдь, свою національность.

2. Разъ иностранецъ сталъ французомъ, онъ долженъ пользоваться всѣми правами французскихъ гражданъ, а въ особенности тѣми, которыя, какъ разводъ, дарованы имъ изъ соображеній публичнаго порядка.

3. Согласіе обоихъ супруговъ необходимо только для образованія брачнаго союза, но никакъ не опредѣляетъ его эффектовъ и продолжительности. Эти вопросы имѣютъ такое важное общественное значеніе, что регулируются самимъ законодателемъ, „который одинъ имѣетъ миссію представлять общественное сознаніе“. При этомъ новые законы, вызванные измѣнившимися соціальными условіями, могутъ быть примѣнены къ бракамъ, заключеннымъ до ихъ изданія. Вступая въ бракъ, супруги заранѣе подчиняются всѣмъ будущимъ модификаціямъ брачнаго законодательства. Точно также они обязаны принять послѣдствія натурализаціи, дарованной по односторонней просьбѣ мужа.

4. Концепція брака, какъ единаго и нераздѣльнаго договора, не содержится во французскомъ правѣ. Напротивъ того, допуская натурализацію одного мужа, французскій законодатель допускаетъ сосуществованіе двухъ различныхъ статутовъ мужа и жены.

[1]) Le changement de nationalité est un fait liciite en soi permis à tous ceux qui remplissent les condition et la formalités requises“.

5. Французскому законодателю нѣтъ дѣла до того, что иностранецъ посредствомъ натурализаціи обходитъ законы своего перваго отечества [1]).

Мы не входимъ здѣсь въ критическую оцѣнку аргументовъ, приводимыхъ сторонниками обоихъ направленій. Замѣтимъ только, что дарованіе развода иностранцу, натурализовавшемуся безъ участія жены, идетъ въ разрѣзъ съ традиціями французской юриспруденціи до 1884 года; мы видѣли, что эта юриспруденція не признавала заграничныхъ разводовъ французовъ, хотя бы постановленныхъ послѣ ихъ натурализаціи. Отмѣтимъ также, что Тунисскій судъ, постановившій 21 Марта 1892 года разводъ между супругами Avvocato, (изъ которыхъ жена осталась итальянкой), сознаетъ всю важность создаваемаго имъ же конфликта. Этотъ конфликтъ, по мнѣнію суда, одинъ изъ тѣхъ, которые могутъ быть разрѣшены только путемъ международныхъ договоровъ.

[1]) Эти положенія по большей части извлечены изъ знаменитаго дѣла Menabrea. Графъ Менабреа, итальянскій подданный, натурализовался во Франціи, и потомъ вчинилъ искъ о разводѣ противъ жены, оставшейся итальянкой. Компетенція французскихъ судовъ признана рѣшеніями Tr. Seine, 1 ch. 9 Nov. 1892 (Journal 1892, p. 1155) и C. de Paris 12 Mai 1893 (Journal 1893, p. 847,) а самый разводъ постановленъ Trib. Seine, 1 ch. 18 Juin 1896 (Journal 1896, p. 842).—См. также Trib. Tunis 1 ch. 21 Mars 1892 (Journal 1892. p. 933) дѣло Avvocato). И въ этомъ случаѣ натурализовался во Франціи одинъ мужъ итальянецъ, но развода просила также и жена. Судъ констатируетъ, что обходъ итальянскихъ законовъ его не касается; что право на разводъ принадлежитъ всѣмъ французамъ, не исключая натурализованныхъ. Мотивы натурализаціи безразличны: „Il n'est pas défendu à un étranger de rechercher la nationalité française pour venir se mettre sans la protection des institutions établies par le législateur français et pour profiter des principes d'équité et de justice dont ces institutions sont inspirées“ C. d'Alger 19 Févr. 1896 (Journal 1896, p. 606). „Les tribunaux français doivent assurer à leurs nationaux l'exercice complet des droits que leur confère leur nationalité, sans avoir à se préoccuper des conséquences qui peuvent en résulter pour les étrangers“ Въ томъ же духѣ C. d'Alger 13 Déc. 1897 (Journal 1898, p. 723) давшій разводъ итальянцу, Colongo, послѣ его натурализаціи во Франціи.

Вторая гипотеза: жена одна натурализуется во Франціи.

Алжирскому Аппеляціонному Суду пришлось недавно разбирать процессъ, по существу своему не отличающійся отъ знаменитаго дѣла Боффремонъ. Французскій судъ рѣшилъ дѣло именно съ той точки зрѣнія, которая въ свое время подверглась такой единодушной критикѣ со стороны французской юриспруденціи и науки.

Госпожа Outeniente, испанка, послѣ разлученія съ мужемъ, постановленнаго испанскимъ судомъ, перешла одна во французское подданство. Алжирскій судъ нашелъ возможнымъ развести ее съ мужемъ-испанцемъ, несмотря на то, что разводъ не существуетъ въ Испаніи. Судъ приводитъ слѣдующіе аргументы: декретъ натурализаціи даруетъ г-жѣ Outeniente всѣ гражданскія права французовъ, а не только часть ихъ; поэтому она имѣетъ полное право на разводъ. Разводъ этотъ, правда, не связываетъ ея мужа, и какъ бы нарушаетъ единство брачнаго союза. Но французскіе суды существуютъ для обезпеченія свободнаго осуществленія своихъ правъ всѣми французскими гражданами; до конфликтовъ же, возникающихъ вслѣдствіе примѣненія принциповъ французскаго права съ иностранными законодательствами, французскимъ судамъ нѣтъ никакого дѣла [1]).

Рѣшеніе Алжирскаго суда заслуживаетъ самаго серьезнаго вниманія. Мы видѣли, что по дѣлу Бофремонъ кассаціонный судъ установилъ, что француженка, натурализовавшаяся за границей, никогда не можетъ сослаться на законъ новаго отечества для обхода французскаго. Теперь же Алжирскій судъ формально признаетъ право бывшей испанки обойти свой національный законъ, при чемъ не безъ пренебреженія заявляетъ о своемъ полномъ равнодушіи къ возникающему

[1]) C. d'Alger, 2 Décembre 1893 (Clunet, 1894, p. 120) „.... Les tribunaux français sont institués pour assurer le libre exercice de leurs droits à leurs nationaux d'origine ou d'acquisition sans avoir à se préoccuper du conflit que des décisions basées sur les principes du droit français font naître par rapport aux législations étrangères".

международному конфликту. Нельзя не замѣтить, что сопоставленіе этихъ двухъ рѣшеній даетъ теорію, принятіе которой знаменовало бы конецъ международнаго частнаго права. Принципъ взаимности — Suum Cuique — уступаетъ соображеніямъ, диктуемымъ однимъ французскимъ интересомъ — „Omnia Mihi". Вмѣсто необходимости международныхъ договоровъ выставляется неизбѣжность международныхъ конфликтовъ. И рѣшеніе Алжирскаго суда не единственное въ своемъ родѣ; мы видѣли, что Сенскій и Ниццскій суды въ дѣлахъ Менабреа и Аввокато приводятъ аналогичныя соображенія. Мы еще вернемся къ этимъ рѣшеніямъ. Здѣсь же повторимъ еще разъ, что они противны духу всей предшествовавшей французской юриспруденціи.

§ 2. Бельгія.

1. Судебная компетенція.

52 статья закона 25 Марта 1876 года перечисляетъ 10 случаевъ, въ которыхъ бельгійцы или иностранцы могутъ искать противъ иностранцевъ въ бельгійскихъ судахъ; второй пунктъ этой статьи основываетъ компетенцію на домицилѣ или пребываніи иностранцевъ въ Бельгіи. Разводъ не предусмотрѣнъ спеціально, а 54 ст. того же закона даетъ иностранцу право отвода противъ бельгійца, во всѣхъ непредусмотрѣнныхъ 52 статьею случаяхъ, если такое же право предоставлено бельгійцу въ отечествѣ иностранца [1]). Отсюда слѣдуетъ, что бельгійскіе суды могутъ разводить иностранныхъ супруговъ только, когда они оба живутъ или пребываютъ въ Бельгіи.

Основываясь на томъ же законѣ, Нобеле [2]) полагаетъ, что если мужъ-иностранецъ натурализуется въ Бельгіи, а жена останется иностранкой, и не раздѣляетъ домициля мужа (напр., разлучена съ нимъ), то она можетъ отклонить компетенцію бельгійскихъ судовъ. Бельгійская юриспруден-

[1]) Weiss, Traité, p. 793.

[2]) Nobele, въ Journal 1887, pp. 575 — 583.

ція держится, однако, противоположнаго взгляда, находя, что во имя публичнаго порядка иностранецъ, натурализовавшійся въ Бельгіи, долженъ всегда имѣть возможность развестись въ Бельгіи [1]).

2. Законодательная компетенція.

Бельгійская юриспруденція подчиняетъ разводъ національному праву супруговъ, дѣлая, однако, обычныя оговорки въ пользу публичнаго порядка [2]). Въ частности, превращеніе разлученія иностранныхъ супруговъ въ разводъ тоже обсуждается по ихъ національному закону [3]). Кромѣ того, нужно замѣтить, что бельгійская юриспруденція принимаетъ принципъ отсылки [4]).

§ 3. Голландія.

Голландское законодательство не содержитъ спеціальныхъ текстовъ, касающихся международнаго бракоразводнаго права.

Напомнимъ, что 6 ст. закона „объ общихъ началахъ законодательства“ подчиняетъ личныя права голландцевъ національному закону.

По 127 ст. уст. гр. судопр., голландскій судья всегда компетентенъ для разсмотрѣнія обязательства, заключеннаго иностранцемъ съ голландцемъ, за границей или въ Голландіи, и независимо отъ мѣстопребыванія этого иностранца.

На основаніи 431 ст. того же устава, иностранныя рѣшенія, по общему правилу, не исполняются въ Голландіи, и процессы могутъ быть начаты вновь въ этой странѣ [5]).

[1]) C. de Bruxelles, 31 Déc. 1866 (Pasicrisie Belge, 1867, 2, 87); C. de Bruxelles, 31 Déc. 1877 (Pasicrisie, 1878, 2, 114).

[2]) Trib. de Liège, 13 Juin 1885 (Journal 1887, p. 491; C. de Bruxelles, 6 Fév. 1889 (Journal 1889, p. 713), C. Bruxelles, 17 Avr. 1889 (Journal 1890, p. 724), C. Bruxelles, 13 Nov. 1889 (Journal 1891, p. 273).

[3]) Nobele въ Journal 1887, p 575; Humblet въ Journal 1888, p. 461.

[4]) Trib. d'Anvers 16 Mars 1895: бельгійскій судъ разводитъ англичанъ, домицилированныхъ въ Бельгіи, по бельгійскому праву (Journal 1896, p. 655). Trib. Bruxelles, 1 Déc. 1894 (Journal, p. 895) — аналогичное рѣшеніе, въ виду того, что отвѣтчикъ Гамбуржецъ.

[5]) Actes de la Conférence de la Haye 1893; II partie, pp. 77 — 78.

§ 4. Италія.

1 Судебная компетенція.

А. Компетенція итальянскихъ судовъ.

Итальянскій уставъ гражданскаго судопроизводства не упоминаетъ объ иностранцѣ-истцѣ. Но право иностранца искать въ итальянскихъ судахъ ясно вытекаетъ изъ Art 3 C. Civ., даровавшаго иностранцамъ всѣ гражданскія права туземцевъ [1]). Что же касается иностранца-отвѣтчика, то его подсудность итальянскимъ судамъ опредѣлена ст. 105 — 106 уст. гр. судопр. [2]).

Приводимъ комментаріи проф. Джанцана, наиболѣе подробно разработавшаго этотъ вопросъ.

Изъ текста 105 статьи, слѣдуетъ, что противъ иностранца, имѣющаго мѣстожительство (residenza) въ Италіи, всегда можетъ быть вчиненъ искъ въ итальянскихъ судахъ, хотя бы и не имѣлись на лицо условія, о которыхъ говоритъ эта статья [3]). Но и въ непредусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ итальянскіе суды компетентны, если иностранный отвѣтчикъ не отклоняетъ ихъ компетенціи in limine litis. Некомпетентнымъ ex officio итальянскій судъ можетъ себя объявить только ratione materiae [4]). Эти правила не терпятъ ни-

[1]) Gianzana, Lo Straniero nel diritto civile Italiano 1884, Parte II, § 60—61

[2]) Ст. 105: „Противъ иностранца, не имѣющаго резиденціи въ королевствѣ, можетъ быть вчиненъ искъ въ итальянскихъ судахъ, даже если онъ не находится въ Италіи: 1) если искъ касается движимостей или недвижимостей, находящихся въ королевствѣ; 2) если искъ основанъ на договорахъ или фактахъ, имѣвшихъ мѣсто или подлежащихъ исполненію въ королевствѣ; 3) во имя взаимности“.

Ст 106: „Противъ иностранца можно вчинить искъ изъ обязательствъ, заключенныхъ за границей: 1) если онъ имѣетъ резиденцію въ королевствѣ, хотя бы и не находился тамъ; 2) если онъ находится въ королевствѣ, хотя не имѣетъ тамъ резиденціи, при условіи, что повѣстка вручена ему лично“.

[3]) Gianzana, l c., Parte II, § 67.

[4]) Gianzana, l. c., §§ 152, 160.

какого измѣненія, хотя бы дѣло касалось личныхъ правъ (questioni di stato) иностранца [1]).

Такъ, для разлученія иностранныхъ супруговъ итальянскіе суды компетентны, по мнѣнію Джанцаны, въ слѣдующихъ трехъ случаяхъ: a) если отвѣтчикъ жительствуетъ (è residente) въ королевствѣ; b) если отвѣтчикъ не отклоняетъ итальянской юрисдикціи, при чемъ его мѣстожительство безразлично; c) если факты, обосновывающіе разлученіе, имѣли мѣсто въ Италіи [2]).

Итальянскіе суды въ общемъ сходятся съ теоріей Джанцаны, хотя различно обосновываютъ свою компетентность. Луккій аппеляціонный судъ рѣшилъ 11 Декабря 1873 года, что законъ о разлученіи есть норма общественной безопасности и примѣнимъ къ иностранцамъ во имя Art 11 Disp. Prel. C. C. [3]).

Венеціанскій аппеляціонный судъ 6 Октября 1876 г., основываетъ свою компетентность для разлученія иностранныхъ супруговъ на итальянской національности жены до брака [4]).

Казальскій судъ (Corte di Casale 18 Gennaio 1884 Causa Lefevre Rousselet) разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: Art 6 Disp. Prel. опредѣляетъ личныя и семейныя права по національному закону. Очевидно, что эта статья, равно какъ и Art 12 Disp. Prel. (о ненарушеніи этими правами итальянскаго публичнаго порядка) теряютъ всякій смыслъ, если не допустить компетенціи итальянскихъ судовъ въ дѣлахъ, касающихся личныхъ правъ иностранцевъ. Нужно также замѣтить, что Art. 947 Cod. proc. civ. предполагаетъ компетенцію иностранныхъ судовъ для обсужденія личныхъ правъ итальянцевъ; трудно предположить, что итальянскій законодатель отрицаетъ у туземныхъ судовъ право, признанное за иностранными. Ко всему этому присоединяется и общее со-

[1]) Gianzana, l. c., § 206.
[2]) Gianzana, l. c., § 210.
[3]) Gianzana, l. c., § 209.
[4]) Journal 1879, p. 298.

ображеніе, что судъ мѣстожительства наиболѣе компетентенъ для обсужденія вопросовъ, возникшихъ въ предѣлахъ его юрисдикціи; интересъ самого иностранца требуетъ скорѣйшей и удобнѣйшей расправы [1]).

Итальянскую юриспруденцію нельзя, однако, считать вполнѣ установившеюся въ разбираемомъ вопросѣ. Такъ, Миланскій аппеляціонный судъ высказался за некомпетентность итальянскихъ судовъ для разбора дѣлъ между иностранцами, затрогивающихъ ихъ личныя или семейныя права. Статью 6 Disp. Prel. слѣдуетъ понимать въ томъ смыслѣ, что итальянскіе судьи должны примѣнять національный законъ иностранца, если имъ приходится попутно (incidenter) обсуждать его личныя права [2]). Принципіально некомпетентность итальянскихъ судовъ для обсужденія личныхъ и семейныхъ правъ иностранцевъ призналъ и Римскій кассаціонный судъ; но эта некомпетентность смѣняется, по теоріи суда, обязательною компетентностью, разъ иностранцы сами подчинились итальянской юрисдикціи [3]).

B. Компетенція иностранныхъ судовъ.

941 статья итальянскаго устава гражданскаго судопроизводства обставляетъ исполнимость иностранныхъ рѣшеній слѣдующими условіями: 1) рѣшеніе должно быть постановлено компетентной судебной властью; 2) стороны должны были быть правильно вызваны въ судъ, 3) равно какъ законно

[1]) C. di Casale, 1884: „.. Ed oltre a ciò è risaputo, che l'autorità giudizaria del luogo della residenza è la piu adatta, sotto ogni rapporto, ed anche nell 'interesse stesso dello straniero, a gindicare sulle questioni di statuto personale, che sorgono per fatti ed accidenti ivi avvenuti; cosi che l'azione dei tribunali nazionali (т. е. итальянскихъ судовъ), più opportuna e più rapida, si riduce ad una vera protezione che ad ogni modo non potrebbe mai portare un reale e definitivo nocumento, e tanto meno pregiudicare la condizione personale giuridica dello straniero reduce alle sua patria" (Gianzana, l c., Parte II, § 209).

[2]) C. d'appel de Milan, 15 Févr. 1876 (Nellinger c. Stüve) въ Journal 1876, p. 220.

[3]) C de Cassation de Rome, 4 Avril 1891 (J. 1894, p. 182).

представлены на судѣ; отсутствіе сторонъ должно быть основано на законѣ; 4) рѣшеніе не должно содержать ничего противнаго публичному порядку или публичному праву королевства. Экзекватура иностраннаго рѣшенія дается послѣ особаго суммарнаго производства (giudizio di delibazione), коимъ установляется наличность этихъ условій.

Основываясь на этой статьѣ, итальянская юриспруденція принимаетъ къ исполненію иностранныя рѣшенія о разлученіи или разводѣ, постановленныя національнымъ судомъ супруговъ [1]).

Нужно, однако, замѣтить, что 4 п. Art 941 очень эластиченъ и сводитъ вопросъ объ экзекватурѣ къ усмотрѣнію итальянскаго судьи. И дѣйствительно, недавно Римскій кассаціонный судъ призналъ, что французское рѣшеніе о разводѣ двухъ французовъ, живущихъ въ Италіи, противно итальянскому публичному порядку, и не только не можетъ получить экзекватуру, но и вообще ничтожно въ Италіи: несмотря на французское рѣшеніе, итальянскіе суды могутъ постановить между этими же супругами разлученіе [2]).

[1]) Флорентинскій апелляціонный судъ 30 Іюня 1875 года далъ экзекватуру англійскому рѣшенію, постановившему разлученіе между супругами и поручившему дѣтей, соотвѣтственно ихъ полу, попеченію отца и матери (Journal 1879, p. 301). Римскій апелляціонный судъ 29 Октября 1884 года, далъ экзекватуру германскому рѣшенію, постановившему разводъ между пруссакомъ гр. Донгофъ и его женою, бывшею итальянкою (Journal 1886, p. 621). Миланскій апелляціонный судъ 29 Ноября 1887 года, далъ экзекватуру греческому рѣшенію, постановившему разводъ между грекомъ и его женою — бывшею итальянкою; при этомъ истица была освобождена отъ обязанности доказать наличность первыхъ 3-хъ условій 941 ст. уст. гр суд, такъ какъ отвѣтчикъ самъ призналъ правильность рѣшенія (Journal 1889, p. 168). Венеціанскій апелляціонный судъ 28 Іюня 1888 г.: иностранное рѣшеніе о разводѣ иностранцевъ можетъ получить экзекватуру въ Италіи (Journal 1889, p. 910). — Тотъ же судъ 17 Марта 1892 г.: экзекватура иностраннаго рѣшенія о разводѣ иностранныхъ супруговъ не нарушаетъ Art 12 Disp. prel. Cod. Civ. (Journal 1894, p. 917). Миланскій апелляціонный судъ, 13 Октября 1891 г., полагаетъ даже, что иностранное рѣшеніе о разводѣ иностранныхъ супруговъ согласно ихъ національному закону, дѣйствительно въ Италіи безъ экзекватуры (Journal 1894, p. 182).

[2]) Римскій кассаціонный судъ 4 Апрѣля 1891 года (Journal 1894, p. 182).

2. Законодательная компентенція.

Разлученіе и разводъ иностранцевъ въ Италіи.

Изъ 3-ей статьи итальянскаго гражданскаго кодекса слѣдуетъ по толкованію Джанцаны, что иностранцы имѣютъ одинаковыя съ туземцами права, но никакъ не большія или различныя [1]). Итальянскіе суды не могутъ, поэтому, признавать и защищать такія права иностранцевъ, которыя не принадлежатъ итальянцамъ. Иностранецъ не можетъ, напримѣръ, вчинить въ итальянскомъ судѣ искъ о разводѣ [2]).

Эта теорія Джанцана, очевидно, раздѣлялась Миланскимъ аппеляціоннымъ судомъ, который отказалъ иностраннымъ супругамъ даже въ разлученіи, такъ какъ оно могло повести къ разводу по ихъ національному закону [3]). Изъ совершенно противоположной точки зрѣнія исходитъ за то знаменитое рѣшеніе Анконскаго аппеляціоннаго суда отъ 22 Марта 1884 года.

По мнѣнію Анконскаго суда, итальянскій законодатель не можетъ считать разводъ иностранцевъ противнымъ туземному публичному порядку, такъ какъ онъ установилъ неразрывность брака для однихъ итальянцевъ. Изъ 103 ст. (по которой иностранецъ долженъ доказать свою бракоспособность по національнымъ законамъ) гражд. кодекса слѣдуетъ, что разведенные въ своемъ отечествѣ иностранцы могутъ вступать въ бракъ въ Италіи; разъ этотъ бракъ не нарушаетъ публичнаго порядка, о которомъ говоритъ Art 12 Disp. Prel., то нельзя видѣть нарушенія этого порядка и въ постановленіи развода въ Италіи. Нельзя предположить, чтобы итальянскій законодатель косвенно признавалъ разводъ для иностранцевъ въ одной статьѣ, и запрещалъ его въ другой [4]). Поэтому,

---

[1]) Gianzana l. c. Parte II, § 166: equindi davanti ai tribunali diritti eguali avranno gli stranieri che i regnicoli, non maggiori, o diversi

[2]) Gianzana, §§ 167, 168, 169.

[3]) Cour d'appel de Milan 15 Février 1876 (Journal 1876, p. 220).

[4]) Gianzana l c. Parte II, § 216 приводитъ весь текстъ этого рѣшенія: „..... Quante volte la legge estera del divorzio derogasse veramente

Анконскій судъ постановилъ разводъ между германскими супругами Бременъ, при чемъ достойно вниманія, что супруга была до замужества итальянкой.

Подобное Анконскому рѣшенію постановилъ и Генуэзскій судъ 7 Іюня 1894 года [1]). Судъ развелъ двухъ англійскихъ супруговъ и заявилъ, что разводъ иностранцевъ не можетъ быть противенъ итальянскому публичному порядку, разъ итальянскіе аппеляціонные суды допускаютъ принудительное исполненіе въ Италіи иностранныхъ рѣшеній о разводахъ иностранцевъ.

§§ 5—9. Испанія, Португалія, Румынія, Греція, Сербія.

Въ законодательствахъ этихъ странъ нѣтъ спеціальныхъ текстовъ, касающихся международнаго бракоразводнаго права. Мы отсылаемъ, поэтому, къ первымъ четыремъ отдѣламъ этого тома.

§ 10. Швейцарія.

1. Судебная компетенція.

А. Компетенція Швейцарскихъ судовъ.

56 ст. федеральнаго закона 24 Декабря 1874 г. скрываетъ въ себѣ, какъ это подмѣтилъ Бартэнъ, любопытное примѣненіе принципа отсылки. Въ самомъ дѣлѣ, установляя, что швейцарскіе суды могутъ разводить иностранцевъ лишь при гарантіи, что отечество ихъ признаетъ этотъ разводъ—56 ст. подчиняетъ швейцарскіе суды иностранному рѣшенію о ихъ компетентности [2]), т. е. принимаетъ правила о конфликтахъ

alle leggi proibitive nazionali, riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume, non entra in mente il perche si avesse dovuto autorizzare di traforo l'uffiziale dello stato civile del regno a celebrare il matrimonio dei divorziati. La legge non tollerai giammai di sghembo id in via indiretta quanto implicitamente o espressamente inibisce...".

[1]) Journal 1898, p. 412.

[2]) Bartin, въ Revue 1898, pp. 179—187.

законовъ, содержащіяся въ личномъ статутѣ иностранныхъ супруговъ.

По единогласному свидѣтельству швейцарскихъ авторовъ, 56 ст. привела къ тому, что фактически иностранцы лишены возможности разводиться въ Швейцаріи [1]). Федеральный судъ требуетъ гарантіи, что швейцарское рѣшеніе будетъ признано отечествомъ иностранныхъ супруговъ безъ всякой повѣрки [2]) Поэтому, разводъ въ Швейцаріи недоступенъ напр. австрійцамъ, такъ какъ австрійское правительство не можетъ предрѣшать признанія швейцарскихъ разводовъ его судами. Онъ недоступенъ также нѣмцамъ, хотя ст. 568 герм. уст. гр. суд. признаетъ для развода компентенцію одного суда домициля; это потому, что германскіе суды провѣряютъ дѣйствительность самого швейцарскаго домициля. Результатъ въ данномъ случаѣ особенно поучителенъ, такъ какъ нѣмцы, домицилированные въ Швейцаріи, не могутъ развестись ни въ этой странѣ, ни въ Германіи [3]). Не могутъ разводиться въ Швейцаріи и французы; французское правительство предложило было выдавать свидѣтельства о признаніи швейцарскихъ рѣшеній, постановленныхъ на основаніи поводовъ, допускаемыхъ французскимъ правомъ, при чемъ соглашалось довольствоваться чисто формальной повѣркой въ размѣрахъ 17 статьи швейцаро-французскаго договора 1869 года (касательно компетенціи, вызова сторонъ и ненарушенія ordre public). Но федеральный судъ высказался противъ принятія этого пред-

[1]) Barilliet, Journal 1880, p. 357; Roguin Conflits des lois suisses, § 58.

[2]) Дѣло Bachmann 11 Сент. 1886, Roguin l. c. § 58. Дѣло Fischer 30 Сентября 1876, Barlliet l. c., p. 355.

[3]) См. Journal 1888, p. 762 объявленіе швейцарскаго федеральнаго совѣта. Ср. также дѣло Manogg 26 Декабря 1884 года у Roguin l c. § 59. Федеральный судъ неправильно утверждаетъ, что германскіе суды не признаютъ швейцарскихъ рѣшеній за отсутствіемъ взаимности, которой требуетъ § 661 герм. уст. гр. суд.; взаимность эта существуетъ со стороны Швейцаріи.—Нужно замѣтить, что Кантональные суды иногда разводятъ нѣмцевъ (Roguin l. c. § 61) Trib. de Genève 29 апрѣля 1887 года (Journal 1890, p 512).

ложенія [1]) Швейцарскіе суды не могутъ также разводить голландцевъ [2]).

Федеральное законодательство воспрещаетъ безсрочное разлученіе супруговъ. Тѣмъ не менѣе Женевскій кантонъ издалъ 5 Апрѣля 1876 года законъ, разрѣшающій судамъ постановлять безсрочное разлученіе между иностранцами, національный законъ которыхъ не признаетъ развода, даннаго въ Швейцаріи. Федеральный судъ рѣшилъ 18 Октября 1876 года по дѣлу Surrugues, что женевскій законъ недѣйствителенъ [3]), и что иностранцы не могутъ быть безсрочно разлучены швейцарскими судами.

B. Компетенціи иностранныхъ судовъ.

Мы уже имѣли случай говорить о 43 ст. закона 1874 [4]), неясная редакція которой подаетъ поводъ къ различнымъ толкованіямъ. Федеральный департаментъ юстиціи и полиціи въ своемъ отчетѣ въ 1887 г. выводитъ изъ этой статьи, что швейцарцы никогда не могутъ разводиться за границей [5]) Въ 1891 году союзный совѣтъ сообщилъ швейцарскому консулу

[1]) Roguin l. c., § 63; рѣшеніе федер. суда 15 Ноября 1886 (Journal 1887, p. 111) устанавляетъ, что договоръ 1869 года не касается вопросовъ личнаго статута, а потому домицилированные въ Швейцаріи французы не имѣютъ права на разводъ въ ея судахъ. То же рѣшилъ Женевскій судъ 12 Марта 1886 (Journal 1889, p. 180)

[2]) Trib. Fédéral 1 Juillet 1897 (Journal 1898, p. 191).

[3]) Roguin l c. § 73.

[4]) Art 43 „Les actions en divorce et en nullité de mariage doivent être intentées devant le tribunal du domicile du mari. Est reservé le recours au tribunal fédéral en conformité de l'Art 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale du 27 Juin 1874. A défaut d'un domicile dans la confédération l'action peut être intentée au lieu d'origine (bourgeoisie) ou au dernier domicile du mari en Suisse".

[5]) См. Louis de Salis (въ Journal 1889, p. 410—417), который самъ противоположнаго мнѣнія, находя, что 43 ст. установляетъ общій принципъ компетенціи суда домициля. Того же мнѣнія Bairilliet (Journal 1880, pp. 358—363), полагающій, что судъ мѣста происхожденія или послѣдняго домициля въ Швейцаріи указаны 43 статьею лишь на случай невозможности получить разводъ за границей. За то Roguin (conflits des lois suisses § 74) de lege lata согласенъ съ федеральнымъ правительствомъ.

въ Одессѣ, что швейцарцы, вступившіе въ бракъ въ Россіи, могутъ развестись только въ Швейцаріи [1]).

Многіе швейцарскіе ученые далеко не согласны съ этой теоріей [2]).

2. Законодательная компетенція.

Швейцарскіе писатели объясняютъ 56 ст. федер. закона 24 Декабря 1874 года отнесеніемъ развода къ „публичному порядку". Швейцарскій законодатель полагаетъ, что швейцарскіе суды могутъ разводить иностранцевъ, какъ и туземцевъ, только по поводамъ, признаваемымъ швейцарскимъ правомъ, и потому онъ и нуждается въ гарантіи, что такое рѣшеніе будетъ признано на родинѣ супруговъ [3]).

§ 11. Австрія.

1. Судебная компетенція.

А. Компетенція австрійскихъ судовъ.

Компетенція австрійскихъ судовъ для разлученія или развода основывается исключительно на общемъ домицилѣ супруговъ въ Австріи. Суды эти разлучаютъ и разводятъ иностранцевъ, имѣвшихъ такой домициль даже тогда, когда самый бракъ былъ заключенъ за границей, и хотя бы стороны въ самый моментъ иска уже не были домицилированы въ Австріи. Постановленія отечественныхъ законодательствъ иностранцевъ, подчиняющія ихъ исключительно національной юрисдикціи, нисколько не вліяютъ на австрійскую компетенцію. Съ другой стороны, австрійскіе суды разлучаютъ и разводятъ австрій-

[1]) Journal 1892, p. 1102.

[2]) Ср. Marlin Journal 1897, p. 755.

[3]) Barrillet, Journal 1880, pp. 351—353; Roguin, Conflits § 56 цитируетъ въ томъ же смыслѣ рѣшеніе федеральнаго суда по дѣлу Graberg 11 Августа 1879 года; однако Женевскій судъ 8 Апрѣля 1892 ставитъ условіемъ компетенціи швейцарскаго суда совпаденіе поводовъ къ разводу въ швейцарскомъ и иностранномъ правѣ (Journal 1892, p. 1068)

скихъ супруговъ только въ случаѣ, если они имѣли когда нибудь общій домициль въ Австріи [1]).

B. Компетенція иностранныхъ судовъ.

Компетенція иностранныхъ судовъ обсуждается обыкновенно тоже по принципу домициля. Высшій судъ астрійскій (29 Апрѣля 1884 года) далъ экзекватуру рѣшенію баварскаго суда, постановившаго разводъ между двумя австрійскими супругами, домицилированными въ Баваріи [2]). Однако, въ одномъ случаѣ тотъ же судъ призналъ ничтожнымъ венгерское рѣшеніе о разводѣ, ссылаясь на то, что оно затрагиваетъ личныя права австрійскихъ подданныхъ [3]).

2. Законодательная компетенція.

A. Разлученіе и разводъ иностранцевъ въ Австріи.

Австрійскіе суды, разъ они объявляютъ себя компетентными для развода или разлученія австрійскихъ или иностран-

[1]) Рѣшенія Высшаго австрійскаго суда: 11 Января 1888 (Bohm's Zeitschrift I, p. 83): Австрійскіе суды компетентны для развода иностранныхъ старокатоликовъ, домицилированныхъ въ Австріи.—10 Ноября 1891 (Böhm III, p 102): Австрійскіе суды могутъ разводить иностранныхъ супруговъ, бракъ которыхъ заключенъ за границей и которые не домицилированы въ моментъ вчинанія иска въ Австріи, если только эти супруги имѣли послѣдній общій домициль въ этой странѣ.—15 Апрѣля 1896 (Böhm VI, p. 458): Австрійскіе суды компетентны для расторженія брака венгерцевъ, заключеннаго въ Венгріи, если супруги имѣли послѣдній общій домициль въ Австріи. Эта компетентность нисколько не аффицируется 114 ст. венгерскаго закона 1894 года о бракѣ, по которой венгерцевъ могутъ разводить одни венгерскіе суды — Рѣшеніе 4 Февраля 1891 года (Journal 1891, p 999) основываетъ даже компетентность австрійскихъ судовъ на добровольномъ подчиненіи сторонъ; нужно, однако, замѣтить, что стороны — шведы — были раньше долгое время домицилированы въ Австріи — 7 Января 1891 (Journal 1891, p. 1002): Австрійскіе суды компетентны для развода австрійскихъ супруговъ, если они послѣ брака имѣли общій домициль въ Австріи; послѣдовавшая затѣмъ перемѣна домициля не вліяетъ на компетенцію, такъ какъ § 14 общихъ правилъ о подсудности имѣетъ въ виду судъ послѣдняго общаго домициля въ Австріи.—Сравни также Jettel, Handbuch, p. 48—49 и цитированныя тамъ рѣшенія.

[2]) Rittner въ Journal 1885, pp. 152—162.

[3]) Ob. Gerichtshof 9 Déc. 1885: „da es sich um eine Statusfrage handle" Jettel Handbuch, p. 47.)

ныхъ супруговъ, руководствуются исключительно австрійскимъ правомъ [1]). Такъ, напр., Высшій Вѣнскій судъ 11 Января 1888 года расторгнулъ заключенный за границей бракъ иностранныхъ супруговъ по австрійскому закону, во имя „jus publicum“ [2]).

B. Разводъ и разлученіе австрійцевъ за границей.

Несмотря на вышеизложенную собственную практику, австрійскіе суды постоянно отказываютъ въ признаніи и исполненіи иностранныхъ приговоровъ, постановленныхъ на основаніи того же территоріальнаго принципа. Такъ, цѣлая серія рѣшеній Высшаго австрійскаго суда провозглашаетъ ничтожность разводовъ, полученныхъ за границей австрійскими супругами, изъ которыхъ хоть одинъ принадлежалъ къ католическому вѣроисповѣданію [3]). При этомъ до-

[1]) См. Jettel, Handbuch, p. 49 и цитированныя тамъ рѣшенія.— Австрійское право не допускаетъ развода для супруговъ, изъ коихъ одинъ былъ католикомъ во время заключенія брака или принялъ католичество послѣ онаго (§ 111 гражд. кодекса; Hofdecret, 4 August 1814). Для такихъ супруговъ существуетъ только отлученіе отъ ложа и стола, постановляемое или на основаніи взаимнаго ихъ согласія или на основаніи слѣдующихъ поводовъ: прелюбодѣяніе; преступленіе, совершенное однимъ изъ супруговъ; покинутіе супруга; жестокое обращеніе съ супругомъ и нанесеніе ему тяжкихъ оскорбленій; растрата состоянія супруга; поступки, предосудительные для семейной нравственности, тѣлесные недостатки, грозящіе заразой. — Не-католики наоборотъ могутъ разводиться либо по взаимному соглашенію, либо на основаніи слѣдующихъ поводовъ: прелюбодѣяніе; осужденіе на тюремное заключеніе не менѣе 5 лѣтъ; оставленіе брачнаго домициля; жестокое обращеніе и тяжкое оскорбленіе, непреодолимое отвращеніе, проявившееся въ рядѣ разлученій и примиреній (Art 115 гр. код.). См. Weiss, l. c, pp. 529—530; Jettel, l. c, pp. 35—36.

[2]) Bohm's Zeitschrift, I, p. 83.

[3]) Рѣшенія Высшаго Вѣнскаго Суда: 18 Ноября 1884: Разводъ, постановленный Берлинскимъ судомъ относительно австрійца-лютеранина и его жены-католички ничтоженъ (Rittner, въ Journal 1885, pp. 152—162).— 18 Октября 1884: Разводъ, данный Берлинскимъ судомъ австрійскому католику и его женѣ, недѣйствителенъ; второй бракъ мужа ничтоженъ (Journal 1886, p. 470). — 8 Ноября 1892: Разводъ австрійца-католика постановленный Гамбургскимъ судомъ, ничтоженъ (Journal 1893, p. 932).—

стойно всякаго вниманія, что ничтожными объявляются не только разводы, касающіеся австрійскихъ супруговъ, но даже иностранныхъ, по крайней мѣрѣ, если жена бывшая австрійская подданная.

3. Вліяніе перемѣны подданства на право разлученія или развода.

Желая обойти строгость отечественнаго права, австрійскіе католики прибѣгаютъ довольно часто къ натурализаціи за границей, обыкновенно въ Венгріи. Кромѣ подданства они мѣняютъ также религію, принимаютъ унію или протестантство, и получаютъ, наконецъ, разводъ въ трансильванскихъ судахъ, послѣ чего вступаютъ въ новые браки.

Эти знаменитые Трансильванскіе браки, какъ и предшествующіе имъ разводы, признаются въ Австріи ничтожными.

1. Если натурализуется въ Венгріи одна жена, то самая натурализація ея недѣйствительна по австрійскому праву, какъ совершенная отдѣльно отъ мужа [1]). Этимъ вполнѣ объясняются рѣшенія Высшаго суда отъ 30 Ноября 1880 года и 6 Декабря 1881 года, коими разводы, данные трансильванскими судами австрійскимъ разлученнымъ женамъ, перешедшимъ въ венгерское подданство, признаны ничтожными, какъ и вторые браки этихъ лицъ [2]).

2. Но даже тогда, когда натурализуется въ Венгріи мужъ, (что влечетъ за собою потерю австрійской національности и для жены), его бракъ остается нерасторжимымъ въ глазахъ австрійскаго закона. Высшій судъ 24 Ноября 1891 года призналъ ничтожность развода, постановленнаго въ Венгріи относительно австрійца-католика, перешедшаго въ венгерское под-

1 Декабря 1891: Разводъ, данный Саксонскимъ судомъ австрійцу-католику и женѣ его лютеранкѣ, ничтоженъ въ Австріи, равно какъ второй бракъ мужа (Böhm, II, p. 401). — 6 Декабря 1892: Разводъ, постановленный Клаузенбургскимъ судомъ между венгерцемъ-лютераниномъ и австрійчкой-католичкой, недѣйствителенъ въ Австріи (Bohm, III, p 436).

[1]) Jettel, Handbuch, p. 49.

[2]) Journal 1886, p. 409.

данство и принявшаго унію; ничтожнымъ признанъ и второй бракъ его, какъ совершенный при жизни первой супруги [1]). Эта практика не пользуется однако сочувствіемъ австрійскихъ юристовъ; Риттнеръ и Іеттель высказываются за обсужденіе права на разводъ по новому національному закону супруговъ, Фуксъ съ оговоркой, что супруги перенесли свой домициль въ Венгрію [2]).

§ 12. Венгрія.

По новому закону 1894 года венгерскіе суды компетентны для развода иностранцевъ лишь въ томъ случаѣ, если такой разводъ будетъ признанъ въ отечествѣ этихъ иностранцевъ (Art 116). Но за то венгерскіе суды компетентны во всякомъ случаѣ для разлученія иностранцевъ, пребывающихъ въ Венгріи (Art 118).

Что же касается разводовъ венгерцевъ, то они относятся къ исключительной компетенціи венгерскихъ судовъ (Art 114) [3]).

Въ случаѣ, если иностранный супругъ натурализуется въ Венгріи, онъ можетъ быть разведенъ на основаніи факта, составлявшаго поводъ къ разводу или разлученію по его прежнему національному закону, и являющагося поводомъ къ разводу по венгерскому закону. Разлученіе, постановленное до натурализаціи иностранца въ Венгріи, на его бывшей родинѣ, можетъ быть превращено въ разводъ венгерскимъ судомъ, въ случаѣ, когда поводы къ разлученію иностраннаго права являются поводами къ разводу по венгерскому (Art 115)

Наконецъ, если мужъ-венгерецъ натурализуется за границей, подавъ предварительно женѣ поводъ къ разводу, эта

[1]) Böhm's, Zeitschrift, II, p. 396.

[2]) Lyon-Caen, De l'influence de la religion des époux sur les causes de Divorce en Autriche (Journal 1880, pp. 268 — 278). — Jettel, Handbuch, pp. 49 — 50.

[3]) Ср. также рѣшеніе Венгерскаго министерства внутреннихъ дѣлъ у Bohm VI, p. 473, по которому иностраннымъ рѣшеніямъ, касающимся бракоразводныхъ дѣлъ венгерцевъ, отказывается въ экзекватурѣ.

послѣдняя не теряетъ права вчинить противъ него искъ о разводѣ въ Венгріи, если не послѣдовала за нимъ (Art 117 [1]).

Такимъ образомъ, натурализація иностранца въ Венгріи можетъ привести къ примѣненію венгерскаго разводнаго права къ браку, возникшему въ сферѣ дѣйствія иностраннаго закона, не признающаго развода. Въ случаѣ натурализаціи венгерскихъ супруговъ съ общаго согласія, ихъ бракоразводныя дѣла отходятъ очевидно къ компетенціи иностранныхъ судовъ и законовъ. Но въ то же время 117 статья ограждаетъ венгерскую подданную отъ невыгодныхъ для нея послѣдствій односторонней натурализаціи мужа въ государствѣ, не признающемъ развода, или подчиняющемъ его другимъ условіямъ.

§ 13. Германія.

1. Судебная компетенція [2]).

По § 568 германскаго устава гражданскаго судопроизводства, компетентнымъ для развода является земскій судъ (Landgericht), которому вообще подсуденъ мужъ (гдѣ онъ имѣетъ свой „allgemeiner Gerichtsstand“). Этотъ судъ опредѣляется по мѣстожительству (§ 13 уст. гр. суд.) въ Германіи или за границей; за неимѣніемъ такового, по мѣстопребыванію въ Германіи, а буде и такое неизвѣстно, по послѣднему мѣстожительству въ Германіи (§ 18 уст. гр. суд.). Компетенція германскаго суда въ брачныхъ дѣлахъ никогда не можетъ быть основана на добровольномъ подчиненіи сторонъ, которое допускается лишь для имущественныхъ исковъ (§ 40 уст. гр. суд.).

Въ судебной практикѣ признано, что правила о подсудности касаются какъ туземцевъ, такъ и иностранцевъ.

---

[1]) Ср. Ernest Lehr. La nouvelle législation hongroise sur l'état civil et le mariage civil (Journal 1895, pp. 751—766). Neumann, l. c., p. 245.

[2]) Свѣдѣнія о судебной компетенціи въ Германіи заимствованы, главнымъ образомъ, у Keidel, Die Bestimmungen der deutschen Civilprocessordnung über die Zuständigkeit der deutschen Gerichte in Ehesachen im internationalen Verkehr (Böhm's Zeitschrift, Band IV, pp. 324—329).

Конфликты съ другими государствами, конечно, неизбѣжны, такъ какъ германскій законъ почти совершенно не принимаетъ во вниманіе національности супруговъ. Нѣмцы, жительствующіе за границей, не могутъ развестись ни въ Германіи, ни въ иностранныхъ государствахъ, постановляющихъ разводъ между одними туземцами. Мало того, если нѣмцамъ и удается получить разводъ въ странѣ своего заграничнаго домициля, иностранное рѣшеніе недѣйствительно въ Германіи, пока не объявлено исполнимымъ (§ 660 уст. гр. суд.); экзекватура же эта выдается только въ случаѣ взаимности (§ 661 уст. гр. суд.), которая считается недоказанной (unverbürgt) относительно большинства иностранныхъ государствъ. Вторые браки въ Германіи, конечно, невозможны до полученія экзекватуры иностраннаго рѣшенія о разводѣ [1]).

Съ другой стороны, германскіе суды разводятъ иностранцевъ, ни мало не стѣсняясь обстоятельствомъ, что такіе разводы могутъ быть недѣйствительны за границей. Имперскій судъ рѣшилъ даже (24 Апрѣля 1884 года), что такое непризнаніе германскаго развода отечествомъ иностранца не препятствуетъ ему заключить новый бракъ въ Германіи. Кейдель указываетъ весьма справедливо, что въ случаѣ изгнанія такого иностранца, отечество откажется принять его семью, и германское правительство само окажется разрушителемъ единства семьи, созданной германскимъ же правомъ.

Національный моментъ только въ одномъ случаѣ вліяетъ на компетенцію суда. Если мужъ покинулъ жену и поселился за границей, она имѣетъ право вчинить искъ о разводѣ

[1]) Прекрасную иллюстрацію этого порядка вещей представляетъ случай, приведенный въ Zeitschrift Bohm'a, I, p. 641. Ангальтинецъ, домицилированный въ Швейцаріи, былъ лишенъ возможности вчинить разводный искъ въ Ангальтѣ; но въ то же время ангальтинскія власти отказали ему и въ выдачѣ цертификата о томъ, что швейцарское рѣшеніе будетъ признано въ Ангальтѣ, чѣмъ лишили его также возможности развестись въ Швейцаріи (Art 56 швейцарскаго закона 1874 года). Ангальтскія административныя власти ссылались на то, что вопросы объ исполненіи иностранныхъ рѣшеній относятся къ компетенціи судовъ.

въ судѣ послѣдняго его мѣстожительства въ Германіи, однако только въ томъ случаѣ, если мужъ былъ германскимъ подданнымъ въ моментъ оставленія имъ жены (§ 568 Absatz 2, уст. гр. суд.) [1]).

2. Законодательная компетенція.

Германскій Имперскій законъ 6 Февраля 1875 года отмѣнилъ институтъ постояннаго отлученія отъ ложа и стола, и наряду съ временнымъ отлученіемъ удержалъ одинъ разводъ. Статья 77-ая этого закона гласитъ: „Въ случаяхъ, когда по нынѣшнему законодательству постановлялось разлученіе, на будущее время будетъ постановляться разводъ. Въ случаяхъ, когда до изданія этого закона было постановлено разлученіе, и супруги не сошлись вновь, каждый супругъ можетъ, ссылаясь на постановленное рѣшеніе, требовать общимъ порядкомъ развода".

По поводу этой статьи возникло продолжающееся и по нынѣ разногласіе между Имперскимъ судомъ и Саксонскими судами. Послѣдніе, опираясь на саксонскій законъ 4 Марта 1879 года § 3 и на § 13 саксонскаго гражданскаго кодекса [2]),

---

[1]) По мнѣнію Кейделя, для компетентности германскаго суда безразлично, когда именно мужъ покинулъ жену (до или послѣ перенесенія домициля за границу) и когда состоялось самое перенесеніе (до или послѣ брака); но необходимо, чтобы у него когда нибудь былъ домициль въ Германіи. Имперскій судъ (9 Іюня 1883) призналъ, однако, компетентность гамбургскаго суда, какъ суда послѣдняго германскаго домициля жены, покинутой мужемъ-нѣмцемъ, за котораго она вышла и съ которымъ жила въ Перу (Journal 1884, pp. 316—318; гамбургскій апелляціонный судъ призналъ себя некомпетентнымъ). Съ другой стороны, Landgericht Hall въ Вюртембергѣ 26 Октября 1892 года рѣшило, что § 568 Absatz 2 герм. уст. гр. суд. не касается случаевъ, когда жена, хотя и вынужденная сквернымъ обращеніемъ мужа, сама его покинула (Bohm III, p. 304).

[2]) § 13 B. G. B. „Eingehung und Auflösung der Ehe werden nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, dessen Unterthan der Ehemann ist". Законъ 4 Марта 1879 года постановляетъ, что разводъ брака, если мужъ не подданный нѣмецкаго государства, можетъ быть постановленъ лишь въ томъ случаѣ, когда національные законы мужа признаютъ саксонское рѣшеніе. (Niemeyer, Positives Internationales Privatrecht, § 206).

не разводятъ иностранныхъ супруговъ, національные законы которыхъ не допускаютъ развода. Имперскій же судъ находитъ, что 77 ст. закона 6 Февраля 1875 года примѣнима и къ разводамъ иностранцевъ, хотя бы партикулярныя германскія законодательства предписывали соблюденіе національнаго закона [1]).

Саксонское воззрѣніе раздѣляется, повидимому, и въ Баденѣ [2]). За то въ Баваріи, еще до изданія имперскаго закона 1875 года, разводъ относился къ публичному порядку и былъ безусловно доступенъ иностранцамъ, національный законъ которыхъ отвергалъ этотъ институтъ [3]).

Германскіе суды могутъ превращать въ разводы разлученія, постановленныя не только туземными, но и иностранными судами [4]). Имперскій судъ отказалъ, однако, въ превращеніи въ разводъ разлученія, постановленнаго Вѣнскимъ судомъ уже послѣ изданія закона 1875 года, считая ничтожнымъ самое разлученіе [5]). Другими словами, подчиняя иностранцевъ legi fori, Имперскій судъ не допускаетъ такого подчиненія для нѣмцевъ, тяжущихся за границей.

Разводъ постановляется германскими судами только на

---

[1]) Reichsgericht 10 Januar 1895 кассировало рѣшеніе Oberlandesgericht Dresden и постановило разводъ между австрійскими подданными, несмотря на католическую вѣру мужа (Böhm V, p. 168). Дрезденскій апелляціонный судъ, однако, уже 29 Января 1895 года постановилъ новое рѣшеніе, въ которомъ опять защищаетъ принципъ національности (Bohm, VI, p. 50).

[2]) Niemeyer, l. c, § 134.

[3]) Апелляціонный судъ въ Zweibrücken 27 Juin 1870 (дѣло Gaston) развелъ француженку съ мужемъ, домицилированнымъ въ Баваріи и тамъ же заключившимъ съ ней бракъ (Journal 1875, pp. 120 — 123).

[4]) См. Beauchet, Du divorce en Allemagne des époux autrichiens séparés de corps (Journal 1884, pp. 271—276), который цитируетъ рѣшеніе Имперскаго суда отъ 1 Іюля 1883 года, не допускающее только превращеніе въ разводъ иностранныхъ разлученій, основанныхъ на договорѣ сторонъ (ст. 103 и 105 австрійскаго кодекса). — Германскій писатель Sicherer (тамъ же) думаетъ, однако, что ст. 77 закона 6 Февраля не имѣетъ въ виду иностранныхъ разлученій.

[5]) Reichsgericht, 20 Mai 1892 (Böhm, IV, p. 67

основаніи поводовъ, допускаемыхъ по lex fori [1]). Иногда, правда, суды исходятъ изъ lex domicilii мужа, но это объясняется совпаденіемъ этого закона съ lex fori. Законъ страны, гдѣ былъ поданъ поводъ къ разводу (lex loci delicti commissi) не принимается во вниманіе [2]). Нимейеръ утверждаетъ за то, что lex domicilii мужа въ моментъ возникновенія повода имѣетъ извѣстное, именно отрицательное значеніе: если приводимый фактъ не есть поводъ къ разводу по этому закону, въ разводѣ должно быть отказано, не взирая на lex fori [3]).

Юридическія послѣдствія развода обсуждаются по тому же праву, что и самый разводъ [4]).

---

[1]) Reichsgericht. 19 Juni 1883: Супруги жили сначала въ Пруссіи, затѣмъ въ Ганноверѣ. Женѣ, вчинившей искъ о разводѣ въ Ганноверѣ на основаніи поводовъ, возникшихъ во время домицила мужа въ Пруссіи, отказано въ искѣ, такъ какъ эти поводы неизвѣстны ганноверскому праву (Journal 1884, pp. 307 – 309). — Reichsgericht 22 Juni 1886 (Journal 1888, p. 530): Судья обсуждаетъ поводы къ разводу исключительно по lex fori. — Hanseatisches Oberlandesgericht, 11 October 1889 und Reichsgericht 3 Februar 1890 Искъ о разводѣ, вчиненный мужемъ, домицилированнымъ въ Гамбургѣ, въ гамбургскомъ судѣ, обсуждается исключительно по гамбурскому праву, гдѣ бы ни былъ заключенъ бракъ и гдѣ бы ни находилась отвѣтчица (Bohm, I, p 361). — Reichsgericht 4 Juni 1889 (Bohm, I, p. 362): Законъ страны, въ которой заключенъ бракъ, не оказываетъ никакого вліянія на право, примѣнимое къ разводу. — Bayerisches Oberstes Landgericht 26 April 1890 (Bohm I, p. 504): Судья обсуждаетъ искъ о разводѣ всегда по lex fori. — Reichsgericht 26 October 1891: Разводъ обсуждается только по lex fori, а не по закону послѣдняго домицила мужа (Bohm II, p. 473).

[2]) Bayerisches Oberlandesgericht 29 Sept 1891 (Bohm II, 474). — Reichsgericht 5 December 1893 (Bohm IV, p. 569). Простое прелюбодѣяніе мужа можетъ быть поводомъ къ разводу согласно lex fori, хотя бы по lex loci delicti commissi для состава прелюбодѣянія требовалось совершеніе его въ брачномъ домицилѣ.

[3]) Niemeyer, l. c., § 99 и цитированныя рѣшенія.

[4]) Landgericht Hamburg 4 Marz 1890 (Bohm I, p. 362). — Bayerisches Oberstes Landesgericht 11 Marz 1895 (Bohm V, p. 387): Права разведенныхъ супруговъ на дѣтей обсуждаются по lex domicilii отца въ моментъ развода. Отецъ не можетъ повліять на права матери, путемъ перемѣны домицила послѣ развода. — Reichsgericht 27 Mai 1881 (Niemeyer, l. c. § 100).

Новый германскій гражданскій кодексъ [1]), какъ извѣстно, опредѣляетъ личныя права не по домицилю, а по національности. Въ занимающей насъ области развода мы находимъ очень любопытную попытку примиренія этого принципа національности съ требованіями lex fori [2]). Съ одной стороны, коммисія, работавшая надъ вторымъ чтеніемъ кодекса, отвергла положеніе Имперскаго суда, что германскіе суды могутъ постановлять только разводъ даже между иностранцами. Коммисія нашла, что ст. 77 закона 6 Февраля 1875 года вовсе не отвергаетъ постояннаго разлученія, какъ безнравственное, а потому германскіе суды могли постановлять его между иностранными супругами, согласно ихъ національному закону. Тѣмъ болѣе это возможно теперь, когда самъ германскій кодексъ опять ввелъ разлученіе (Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, § 1575 Bürg. Ges. B.). Но въ то же время, по Art 17 Abs. 4 кодекса, какъ разводъ, такъ и разлученіе постановляются германскими судами только на основаніи тѣхъ поводовъ, которые мотивируютъ разводъ и по германскому праву [3]).

---

[1]) См. превосходную статью Erich Aron, „Die Beschlusse der Kommission der zweiten Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches hinsichtlich der Vorschriften uber das internationale Privatrecht“ (Bohm's Zeitschrift, VI, pp. 1 — 24).

[2]) Art 17. Einfuhrungsgesetz zum Burg. Gesetzbuche:

„Fur die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört

Eine Thatsache, die sich ereignet hat, wahrend der Mann einem anderen Staate angehörte, kann als Scheidungsgrund nur geltend gemacht werden, wenn die Thatsache auch nach den Gesetzen dieses Staates ein Scheidungsgrund oder ein Trennungsgrund ist.

Ist zur Zeit der Erhebung der Klage die Reichsangehörigkeit des Mannes erloschen, die Frau aber Deutsche, so finden die deutschen Gesetze Anwendung.

Auf Scheidung so wie auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann auf Grund eines auslandischen Gesetzes im Inlande nur erkannt werden, wenn sowohl nach dem auslandischen als nach den deutschen Gesetzen die Scheidung zulässig sein wurde“.

[3]) Такимъ образомъ, подданный государства, признающаго разводъ, можетъ быть разведенъ въ Германіи только на основаніи поводовъ, су-

Принимаемый во вниманіе національный законъ мужа есть національный законъ въ моментъ процесса; однако фактъ, происшедшій во время принадлежности мужа къ другому государству, можетъ повести къ разводу лишь тогда, когда онъ составляетъ поводъ не только по новому, но и по прежнему національному закону мужа (Art 17 Abs. 1 и 2).

Наконецъ, нужно отмѣтить, что новый кодексъ принимаетъ въ области развода отсылку національнаго закона мужа къ германскому закону. По справедливому замѣчанію Erich Aron'a. эта отсылка прямо необходима въ разводномъ правѣ, разъ ужъ она допущена въ брачномъ [1]).

ществующихъ какъ въ его національномъ, такъ и въ германскомъ правѣ. А разлученіе иностранца постановляется германскимъ судомъ лишь въ случаѣ, когда поводы къ разлученію иностраннаго закона совпадаютъ съ поводами къ разводу германскаго. Трудно понять, почему новый кодексъ, допуская вообще институтъ разлученія на основаніи иностраннаго права, не подчиняетъ этому праву и поводы. Въ самомъ дѣлѣ, если національный законъ иностранцевъ (напр. Италіи) знаетъ одно разлученіе, то часто придется отказать въ оном только потому, что поводы къ нему не содержатся въ германскомъ правѣ развода, какъ недостаточно сильные для окончательнаго расторженія брака (напр. согласіе супруговъ); такой отказъ не логиченъ и не вяжется съ признаніемъ самаго института разлученія въ Германіи. Но непослѣдовательность германскаго новаго кодекса еще рельефнѣе выступаетъ въ томъ случаѣ, когда національный законъ иностранца признаетъ и разводъ и разлученіе, обусловливая ихъ, однако, различными поводами (таково напр англійское право). Объ уравненіи иностраннаго разлученія и германскаго развода здѣсь не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ иностранное право содержитъ оба института. Естественно ожидать извѣстнаго совпаденія поводовъ къ разводу въ обоихъ правахъ; требованіе же, чтобы и поводы къ разлученію по иностранному праву вели къ разводу въ германскомъ, найдетъ себѣ удовлетвореніе развѣ въ самыхъ исключительныхъ случаяхъ. Поэтому, для иностранцевъ, отечество которыхъ знаетъ двойную форму расторженія брака, либеральное постановленіе новаго германскаго кодекса останется обыкновенно мертвой буквой, что врядъ ли согласно съ тенденціей этого уложенія. — Германскій законодатель какъ бы отнимаетъ одною рукою то, что далъ другою

[1]) Такъ, въ германскомъ правѣ въ случаяхъ развода на основаніи объявленія умершимъ или безвѣстно отсутствующимъ одного изъ супруговъ, второй бракъ другого супруга прекращаетъ первый бракъ, хотя бы пропавшій безъ вѣсти оказался потомъ въ живыхъ. Допустимъ, что ино-

Новый законъ регулируетъ также случай, когда въ моментъ вчинанія иска о разводѣ мужъ утратилъ германскую національность, но жена — нѣмка. Разводъ въ этомъ случаѣ обсуждается по германскому праву (Art 17 Abs. 3 Einf. Ges.).

§§ 14 — 15. Швеція, Данія.

За отсутствіемъ законодательныхъ текстовъ о международномъ бракоразводномъ правѣ, мы отсылаемъ къ предыдущимъ отдѣламъ.

§ 16. Англія.

1. Судебная компетенція.

А. Компетенція англійскихъ судовъ.

На компетенцію англійскихъ судовъ въ дѣлахъ развода не оказываютъ никакого вліянія: мѣсто заключенія брака [1]); домициль сторонъ въ моментъ заключенія брака [2]); мѣсто гдѣ поданъ поводъ къ разводу (offence) [3]); національность сторонъ [4]).

Нѣкоторыя судебныя рѣшенія основывали компетенцію англійскихъ судовъ на одномъ фактѣ пребыванія (residence) мужа въ Англіи. Сюда относятся напр. дѣла Brodie v. Bro-

---

странный супругъ объявленнаго умершимъ вступитъ во второй бракъ въ Германіи; этотъ послѣдній, въ случаѣ отсылки со стороны національнаго закона, дѣйствителенъ, если соблюдены личныя условія германскаго права. Если теперь не признать того же принципа отсылки, для расторженія перваго брака, то мы можемъ легко придти къ абсурду: второй бракъ будетъ дѣйствителенъ, а первый въ то же время останется нерасторгнутымъ, согласно національному закону иностранца Erich Aron, l c.

[1]) Westlake, Private International Law 1890, § 43; Dicey, Conflict of Laws 1896, p 270.

[2]) Въ дѣлѣ Wilson v. Wilson 1872 супруги въ моментъ брака были домицилированы въ Шотландіи; однако англійскій судъ призналъ себя компетентнымъ (Dicey, l. c., p. 271).

[3]) Въ дѣлѣ Ratcliffe v. Ratcliffe 1859, англійскій судъ призналъ себя компетентнымъ для развода, хотя бракъ былъ заключенъ, и прелюбодѣяніе совершено въ Индіи (Dicey, l. c., p. 271).

[4]) Въ дѣлѣ Niboyet v. Niboyet 1878 англійскій судъ призналъ свою компетенцію, хотя супруги были французы (Dicey, l. c., p. 276).

die (1861) [1]), и въ особенности знаменитое дѣло Niboyet v. Niboyet 1878 [2]). Однако въ настоящее время восторжествовала теорія, основывающая компетенцію на домицилѣ мужа въ моментъ возникновенія дѣла о разводѣ [3]).

Эта восторжествовавшая теорія домициля построена, какъ это ни странно, на предположеніи территоріальности бракоразводнаго права. Компетентнымъ закономъ для расторженія брака, для видоизмѣненія „status of marriage“ какого либо лица, является lex domicilii; отсюда дѣлается выводъ, что для развода лицъ, домицилированныхъ въ Англіи, компетентны исключительно англійскіе суды, какъ будто только они могутъ примѣнять англійское бракоразводное право [4]).

[1]) Foote A. concise treaty, p. 63; Westlake, l. c., § 45.

[2]) Жена Niboyet, французскаго консула въ Англіи, вчинила противъ него искъ о разводѣ въ High Court. Филлиморъ призналъ некомпетентность англійскаго суда въ виду французскаго домициля мужа, когда дѣло было перенесено въ Court of Appeal, то съ Филлиморомъ согласился однако только лордъ-судья Brett; по его мнѣнію разводъ модифицируетъ права состоянія лица, его „status of marriage“, а поэтому онъ можетъ быть постановленъ только судомъ страны домициля, которой это лицо подвластно. Напротивъ того, лорды-судьи James и Cotton нашли, что компетенція не можетъ находиться въ зависимости отъ одного произвольно мѣняемаго домициля мужа; ст. 27 Divorce and Matrimonial, Causes Act. 1857 разрѣшаетъ всякому супругу требовать расторженія брака на основаніи прелюбодѣянія другого; иностранцы не могутъ безнаказанно нарушать англійскіе законы. Поэтому для компетенціи англійскихъ судовъ не непремѣнно требуется англійскій домицилъ, а достаточно уже одного пребыванія въ Англіи. Это пребываніе не должно быть, однако, чисто случайное. Lord James требуетъ „residence as distinct from casual presence on a visit or in itinere). Судьи не выяснили точно, какое вліяніе на компетенцію имѣетъ совпаденіе residence съ locus delicti commissi, какъ это было въ данномъ дѣлѣ (Journal Clunet, 1879, pp. 195 — 209, Westlake, l. c., § 42).

[3]) Окончательное торжество теоріи домициля знаменуется рѣшеніемъ по дѣлу Mesurier v. Mesurier 1895 (Dicey, l. c., p. 274).

[4]) Мнѣніе лорда Brett'a въ Niboyet (см. выше); Manning v. Manning, 1871 (Westlake, l. c., § 45); Wilson v. Wilson, 1872 (Dicey, l. c., p. 259). Въ послѣднемъ дѣлѣ Lord Penzance замѣтилъ: „An honest adherence to this principle moreover will preclude the scandal which arises when a man and woman are held to be man and wife in one country, and strangers in another“ (Dicey, l. c., p. 270).

Только рѣшенія, постановленныя судами домициля мужа, могутъ считаться рѣшеніями in rem и могутъ притязать на признаніе въ другихъ странахъ.

Англійскій домициль въ моментъ процесса обосновываетъ англійскую компетенцію, хотя бы онъ не сопровождался фактическимъ пребываніемъ (residence in fact) въ Англіи [1]). Жена раздѣляетъ домициль, а слѣдовательно и forum мужа Однако, въ случаѣ, когда мужъ покидаетъ жену и выселяется въ другое государство, въ англійской юриспруденціи замѣчается теченіе основывать компетенцію на его бывшемъ домицилѣ, въ которомъ продолжается residence жены [2]). Но, какъ свидѣтельствуетъ Дайси, и это вліяніе „residence“ на компетенцію далеко не достовѣрно. И знаменитый юристъ заключаетъ, что единственное отступленіе отъ опредѣленія подсудности по домицилю мужа въ моментъ процесса дѣлается въ случаѣ добровольнаго подчиненія отвѣтчика англійской юрисдикціи [3]).

Компетенція англійскихъ судовъ для разлученія обсуждается по тому же принципу, что и компетенція для развода [4]). Что же касается исковъ „о возстановленіи супружескихъ правъ“, то преобладаетъ тенденція довольствоваться однимъ пребываніемъ (residence) обѣихъ сторонъ въ Англіи [5])

---

[1]) Ratcliffe v. Ratcliffe, 1859, Gillis v. Gillis, 1874 (Foote, l. c., p. 66).

[2]) См. подробнѣе ниже.

[3]) Zycklinsky v. Zycklinsky 1862 (Dicey, l. c., p. 276), см. также Calwell v. Calwell (Foote, p. 67).

[4]) Manning v. Manning; Niboyet v. Niboyet (Westlake, l c., § 47).

[5]) Въ Yelverton v. Yelverton, 1859, Женѣ отказано въ искѣ о совмѣстной жизни, такъ какъ мужъ не жительствовалъ и не находился въ Англіи (Westlake, l. c., § 48); въ Firebrace v. Firebrace, 1878, англійскій судъ призналъ свою компетенцію принять мѣры для защиты жены, если мужъ, по крайней мѣрѣ, резидируетъ въ Англіи (Journal 1879, p. 288); въ Thornton v. Thornton, 1886, требуется нахожденіе обѣихъ сторонъ въ Англіи въ моментъ подачи иска (Westlake, § 48).

B. Компетенція иностранныхъ судовъ.

До 1857 года англійское право не знало развода (divorce a vinculo). А такъ какъ въ то же время бракъ разсматривался какъ простой контрактъ, то иностранныя судебныя рѣшенія, расторгающія „англійскіе браки“ (т. е. браки, заключенные въ Англіи), признавались ничтожными въ этой послѣдней странѣ; право на разводъ не могло принадлежать супругамъ, вступившимъ въ бракъ подъ эгидою закона, развода не признающаго. Lex loci contractus, какъ для всѣхъ договоровъ, такъ и для браковъ являлся справедливымъ мѣриломъ (just rule) для опредѣленія правъ и обязанностей сторонъ, контрагирующихъ именно въ виду этого закона [1]).

Эта теорія о нерасторжимости „англійскаго брака“ получила яркую иллюстрацію въ знаменитомъ дѣлѣ Lolley (1812). Lolley, шотландецъ, женился въ Англіи и потомъ развелся въ Шотландіи; когда же онъ послѣ развода вступилъ во вторичный бракъ въ Англіи, то англійскій судъ призналъ шотландскій разводъ ничтожнымъ, а самаго Lolley сослалъ за двоеженство на галеры [2]).

„Matrimonial Causes Act“ 1857 года ввелъ разводъ въ Англіи, распространивъ его на браки, заключенные до этого года, чѣмъ, очевидно, нанесъ ударъ договорной теоріи развода. Вслѣдъ затѣмъ англійская юриспруденція стала конструировать разводъ уже не какъ расторженіе контракта, а какъ прекращеніе извѣстнаго личнаго состоянія (extinction of a status), зависящее отъ lex domicilii. Подъ „англійскими браками“ стали разумѣться союзы, участники которыхъ въ моментъ заключенія были домицилированы въ Англіи [3]).

---

[1]) Dicey, Conflict of Laws (pp. 753 — 755); Story Commentaries, § 225.

[2]) Story, Commentaries Edition, 1865, § 218; точно также въ дѣлѣ M'Carthy v. Decaix, 1831, лордъ Brougham не призналъ развода, постановленнаго датскимъ судомъ между датчаниномъ и англичанкой, такъ какъ бракъ былъ заключенъ въ Англіи (Foote, l. c., p. 60; Westlake, l. c., § 52).

[3]) Dicey, l. c., p. 755 и сл.

Цѣлый рядъ судебныхъ рѣшеній признаетъ некомпетентность иностранныхъ судовъ для расторженія англійскихъ браковъ, если мужъ въ моментъ начатія процесса не домицилированъ въ государствѣ суда [1]). Для того, чтобы быть признаннымъ въ Англіи, иностранный домициль долженъ быть пріобрѣтенъ bona fide, а не съ спеціальной цѣлью обойти англійскіе законы. Не имѣется судебныхъ рѣшеній, прямо признающихъ компетенцію иностранныхъ судовъ для расторженія англійскихъ браковъ, если мужъ домицилированъ въ моментъ процесса въ государствѣ суда; однако, эта компетентность признана implicite и выставляется какъ правило современной практики такими юристами, какъ Вестлэкъ и Дайси [2]).

Что касается расторженія не-англійскихъ браковъ (то есть, браковъ лицъ, не домицилированныхъ въ моментъ заключенія въ Англіи), то и здѣсь компетенція принадлежитъ судамъ домициля въ моментъ развода, а не судамъ отечества. Если, однако, государство домициля само признаетъ разводъ, постановленный въ отечествѣ, то въ силу принципа отсылки и англійскіе суды не откажутъ въ признаніи этого развода [3]).

---

[1]) Tollemache v. Tollemache, 1859; Pitt v. Pitt, 1864 (Dicey, l. c., p. 392); Въ дѣлахъ Shaw v. Gould, 1868 и Dolphin v. Robins 1859 разводы, данные шотландскими судами англійскимъ супругамъ, признаны ничтожными въ Англіи, такъ какъ стороны не пріобрѣли шотландскаго домициля bona fide (Alexander въ Journal Clunet, 1879, p. 523), Точно также Queens Bench Division of the High Court 14 Іюня 1890 года признала ничтожность развода, постановленнаго Висбаденскимъ судомъ по иску англичанина, такъ какъ этотъ англичанинъ пріобрѣлъ только фиктивный домициль въ Висбаденѣ и вдобавокъ скрылъ отъ нѣмецкаго суда нѣкоторыя обстоятельства дѣла (Journal Clunet, 1891, p. 262. Ср. также Court of Appeal 21 Févr. 1896 (Journal 1896, p. 886).

[2]) Westlake, l. c., § 50; Dicey, l. c., Rule 83 ссылается на „weighty judicial dicta“ въ дѣлахъ Shaw v. Attorney General, 1870; Wilson v. Wilson 1872; Shaw v. Gould, 1868.

[3]) Dicey, l. c., pp. 390, 393.

2. Законодательная компетенція.

A. Разводъ и разлученіе иностранцевъ въ Англіи.

Мы уже видѣли, что англійская практика основываетъ компетенцію суда домициля для развода на томъ соображеніи, что измѣнять „брачное состояніе“ (status of marriage) лица можетъ только законъ его мѣстожительства. Отсюда ясно, что англійскіе суды въ постановленныхъ ими разводахъ должны руководствоваться исключительно lex domicilii, совпадающей съ lex fori. Національный законъ иностранцевъ вовсе не принимается во вниманіе. По выраженію Лорда Brett въ дѣлѣ Niboyet, „status of marriage“ опредѣляется по отношенію къ обществу, среди котораго живетъ данное лицо (living at home), а не относительно родины, незаинтересованной въ положеніи лица, ее покинувшаго [1]). Разводъ относится къ публичному порядку (stringent domestic policy), и потому всѣ поводы къ нему обсуждаются англійскими судами по lex fori [2]).

B. Разводъ и разлученіе англичанъ за границею.

Компетентность судовъ иностраннаго домициля для расторженія иностранныхъ браковъ (при заключеніи которыхъ стороны не были домицилированы въ Англіи) по lex fori безспорна въ глазахъ англійской юриспруденціи. По словамъ Дайси, англійскіе суды признаютъ разводъ, постановленный судомъ шведскаго домициля между итальянцами [3]); въ 1886 году (Scott v. Attorney General) въ Англіи былъ признанъ разводъ данный судомъ иностраннаго домициля ирландскимъ супругамъ, не смотря на то, что ирландское право не знаетъ развода [4]). Палата лордовъ въ 1882 году (Harvey v. Farnie) рѣшила, что шотландскій разводъ брака, заключеннаго въ Англіи, можетъ быть постановленъ на основаніи

[1]) Journal, 1879, p. 195 ss.
[2]) Westlake, l. c., § 52.
[3]) Dicey, l. c., p. 390.
[4]) Dicey, l. c., p. 755, etss

повода, неизвѣстнаго англійскому праву [1]). Разводъ, данный австрійскому католику въ Берлинѣ, вопреки его національному закону, дѣйствителенъ въ Англіи [2]).

Что же касается компетентности судовъ иностраннаго домициля для расторженія „англійскихъ браковъ“ на основаніи поводовъ, неизвѣстныхъ англійскому праву, то она весьма спорна [3]). Александръ [4]) и Вестлэкъ [5]) высказываются, положимъ, и здѣсь за lex fori, но Дайси выражается гораздо осторожнѣе, допуская возможность, что иностранныя рѣшенія, противныя англійскому праву, не будутъ признаны въ Англіи [6]).

---

[1]) Дѣло Harvey v. Farnie (Journal 1884, p. 193) нельзя цитировать какъ доказательство того, что иностранные суды могутъ расторгать англійскіе браки по lex fori. Farnie—шотландецъ, домицилированный въ Шотландіи, и только женился въ Англіи на англичанкѣ. Шотландскій судъ постановилъ разводъ на основаніи не квалицированнаго прелюбодѣянія мужа, чего недостаточно по англійскому праву. Тѣмъ не менѣе англійскіе суды признали второй бракъ Farnie въ Англіи дѣйствительнымъ, чѣмъ окончательно подорвали старинную теорію, проведенную въ дѣлахъ Lolley (1812) и Mc. Carthy v. de Caix (1831).

[2]) Divorce Division of the High Court 2 July 1887 (Sachs) Sachs, австрійскій католикъ, домицилированный въ Берлинѣ, получилъ тамъ же разводъ, и затѣмъ вторично женился въ Англіи. High Court призналъ второй бракъ дѣйствительнымъ (Journal 1888 p. 277) — Какъ на исключительный случай укажемъ на дѣло Zyclinski v. Zyclinski 1862, въ которомъ компетентность иностраннаго суда основана на подчиненіи сторонъ (Dicey, l. c, p. 393).

[3]) Lord Penzance въ Shaw v. Attorney General, 1870, требуетъ, чтобы иностранный судъ руководился поводами англійскаго права (Foote, l. c., p. 61). Въ дѣлѣ Haggard v. Haggard 1880, разводъ, постановленный Вашингтонскимъ судомъ, не признанъ, между прочимъ, и потому что поводъ (оставленіе жены мужемъ) неизвѣстенъ англійскому праву (Hugh Weightman въ Journal 1885, pp. 405 — 416). Lord James въ Niboyet, 1878, находитъ, что нельзя признать развода, полученнаго во Франціи домицилированнымъ тамъ англичаниномъ, въ обходъ англійскихъ законовъ (Journal 1879, p. 195 et ss.).

[4]) Journal 1879, p. 524.

[5]) § 52.

[6]) Dicey, l. c., p. 391: „The Courts of a foreign Country, possibly, have no jurisdiction to dissolve an English marriage for any cause for which a divorce could not be obtained in England (??).

Разводъ, постановленный компетентнымъ иностраннымъ судомъ, во всякомъ случаѣ не будетъ признанъ въ Англіи, если онъ является результатомъ неправды (fraud) [1]), или же нарушеніемъ „естественной справедливости“ (напр., одна изъ сторонъ не знала о процессѣ) [2]). Въ этомъ отношеніи дѣйствуютъ общія правила о признаніи иностранныхъ рѣшеній въ Англіи.

Точно также признаніе иностраннаго рѣшенія о разводѣ въ Англіи предполагаетъ его окончательность. Если по lex fori разведенные супруги могутъ вступить въ другой бракъ лишь по истеченіи извѣстнаго срока, полагающагося для апелляціи, то разводъ считается неокончательнымъ и стороны не могутъ вступить въ новый бракъ въ Англіи [3]). Но, съ другой стороны, ограниченія, налагаемыя иностраннымъ окончательнымъ рѣшеніемъ на свободу разведенныхъ сторонъ, не имѣютъ эффекта въ Англіи, если не совпадаютъ съ послѣдствіями англійскаго развода [4]).

3. Вліяніе перемѣны домициля на право разлученія или развода.

Мы видѣли, что англійское право основываетъ судебную компетенцію въ дѣлахъ развода на „добросовѣстномъ“ доми-

[1]) Dicey, l. c., Rule 90: „A foreign judgment is invalid which is obtained by fraud (of the party or Court“).

[2]) Такъ напр., въ дѣлѣ Shaw v. Attorney General, 1870, гдѣ мужъ не былъ извѣщенъ объ искѣ жены (см. выше); въ дѣлѣ 14 Іюня 1890 года, въ которомъ англичанинъ скрылъ отъ Висбаденскаго суда нѣкоторыя обстоятельства дѣла (см. выше).

[3]) Warter v. Warter, 1890. Супруги были разведены въ Индіи по Indian Divorce Act. 1869 года, по которому оба супруга могутъ вступить въ другіе браки лишь по истеченіи 6 мѣсяцевъ послѣ приговора о разводѣ, если не было апелляціи. Второй бракъ жены, заключенный до истеченія срока, признанъ ничтожнымъ (Dicey, l. c., p. 430).

[4]) Scott v. Attorney General, 1886: Ирландскіе супруги получили разводъ въ Капской колоніи, по законамъ которой виновная въ прелюбодѣяніи сторона не можетъ вступить во второй бракъ ранѣе оскорбленной стороны. Это условіе не было соблюдено, а между тѣмъ второй бракъ виновнаго признанъ въ Англіи (Dicey, l. c., p. 430). Такія ограниченія имѣютъ характеръ penal status, касаясь только виновной стороны. Въ дѣлѣ Warter срокъ — только integral part of the proceedings.

цилѣ сторонъ въ моментъ процесса (bona fide domicil). Но на самомъ дѣлѣ домициль только и можетъ быть добросовѣстнымъ [1]). Если кто либо пріобрѣтаетъ домициль безъ намѣренія продолжительнаго пребыванія въ избранномъ мѣстѣ, то онъ въ сущности не перемѣнилъ своего прежняго мѣстожительства. При натурализаціи in fraudem legis намѣреніе обходящаго отечественный законъ можетъ нейтрализовать извѣстные эффекты перемѣны подданства, не касаясь дѣйствительности самой натурализаціи, какъ формальнаго акта. Другое дѣло при недобросовѣстной перемѣнѣ домициля; fraus подрываетъ въ корнѣ самый актъ перенесенія домициля, который юридически не существуетъ, разъ не сопровождался намѣреніемъ продолжительнаго жительства на новомъ мѣстѣ.

Намъ не приходится, поэтому, распространяться о перемѣнѣ домициля, совершенной обоими супругами въ промежутокъ времени между бракомъ и вчинаніемъ иска о разводѣ. Если домициль перенесенъ bona fide, компетентенъ судъ новаго мѣстожительства; если имѣется fraus, перемѣна считается фиктивной, и компетенція суда стараго домициля остается нетронутой.

Но возможно, что мужъ переселяется изъ страны, гдѣ онъ жилъ въ моментъ брака, bona fide, но одинъ. Теряетъ ли жена, имъ покинутая, право на разводъ въ судѣ стараго домициля?

На этотъ вопросъ англійская юриспруденція не даетъ вполнѣ опредѣленнаго отвѣта. Съ одной стороны, англійскіе суды объявляютъ себя, обыкновенно, компетентными, если дѣло идетъ о женѣ, сохранившей бывшій домициль своего мужа въ Англіи [2]). Дѣйствительно, подчиненіе покинутой

[1]) Bar, Theorie und Praxis I, p. 224, прим. 16): „In Wahrheit ist Domicil und bona fide Domicil auch eins und dasselbe“.

[2]) Deck v. Deck 1860: Супругъ пріобрѣлъ домициль въ Америкѣ, и и тамъ же совершилъ прелюбодѣяніе. Англійскій судъ призналъ себя компетентнымъ для развода, основываясь, однако, не столько на англійскомъ домицилѣ жены, сколько на англійской національности супруговъ (Foote, l. c., p. 67; Westlake, l. c., § 46). — Въ дѣлѣ Santo-Teodora

жены суду новаго домициля могло бы имѣть для нея самыя несправедливыя послѣдствія: напр., если бы мужъ поселился въ Италіи, она бы потеряла и вовсе право на разводъ. Но съ другой стороны, англійскіе суды, повидимому, не признаютъ иностранныхъ разводовъ, постановленныхъ въ странѣ домициля жены, если мужъ переселился одинъ въ Англію [1]).

Возможно также, что брачный домициль покидаетъ одна жена. Такая перемѣна остается безъ всякаго вліянія на судебную компетенцію въ дѣлахъ развода [2]).

---

v. Santo-Teodora, 1876, супруги были итальянцы, долгое время жившіе, въ Англіи Жена — бывшая англичанка получила разводъ (отъ Филимора), хотя супругъ выселился изъ Англіи (Westlake, l. c., § 46; Alexander въ Journal Clunet, 1881, p 193). — Lord Justice Brett въ дѣлѣ Niboyet высказывается тоже въ пользу компетенціи англійскаго суда, если мужъ покидаетъ жену и англійскій домициль (Westlake, § 46). — Въ дѣлѣ Le Sueur v Le Sueur, 1876 года, женѣ, покинутой мужемъ и затѣмъ поселившейся въ Англіи отказано въ разводѣ; но здѣсь мужъ и до оставленія жены никогда не былъ домицилированъ въ Англіи (Westlake, § 46; Dicey, p 273).

[1]) Shaw v. Attorney General 1870. англичанка, покинутая мужемъ, добилась развода въ штатѣ Іовѣ, въ то время какъ мужъ находился въ Канадѣ. Нужно, однако, замѣтить, что англійскій судъ основывалъ ничтожность этого развода на томъ, что мужъ даже не былъ извѣщенъ объ искѣ жены (Alexander, Journal 1879, p. 523; Westlake, l. c., § 51).

[2]) Haggard v. Haggard, 1880: атташе англійскаго посольства въ Вашингтонѣ Haggard (домицилированный въ Англіи) женился на американкѣ, послѣ совмѣстной жизни въ Америкѣ, супруги переѣхали въ Англію; затѣмъ мужъ перевелся въ посольство въ Тегеранъ, а покинутая имъ жена вернулась въ Вашингтонъ, гдѣ и получила разводъ. High Court призналъ этотъ разводъ ничтожнымъ, какъ постановленный не въ домицилѣ мужа (оставшемся англійскимъ). Въ данномъ дѣлѣ нужно отмѣтить, что мужъ покинулъ жену, но не англійскій домициль. High Court основывалъ ничтожность, однако, также на томъ, что разводъ постановленъ по поводу, неизвѣстному англійскому праву (Hugh Weigtman въ Journal 1885, pp. 405 — 416).—Въ дѣлѣ Green v. Green, 1893, американка, вышедшая за домицилированнаго въ Англіи англичанина, покинула его и вернулась въ Америку; пенсильванскій судъ развелъ ее, какъ бывшую американку, основываясь на жестокомъ обращеніи мужа, для выясненія котораго не было произведено слѣдствія въ Англіи. Разводъ признанъ ничтожнымъ въ этой послѣдней странѣ (Journal 1893, pp. 911—915).

§ 17. Шотландія.

Шотландскіе суды приняли такъ называемую уголовную теорію развода (penal theory of divorce), по которой разводъ разсматривается какъ наказаніе, налагаемое государствомъ за нарушеніе обязанностей брачной жизни [1]). Компетенція шотландскихъ судовъ въ дѣлахъ развода можетъ быть основана 1) на совершеніи прелюбодѣянія въ Шотландіи, если отвѣтчикъ можетъ быть лично вызванъ въ судъ [2]); 2) на простомъ пребываніи (residence) отвѣтчика въ Шотландіи въ теченіе 40 дней до доставленія ему вызова [3]); 3) на реальномъ, добросовѣстномъ домицилѣ (bona fide domicil) отвѣтчика въ Шотландіи [4]).

Что же касается матеріальнаго права, то примѣняется исключительно шотландское. Высшіе шотландскіе суды разсуждаютъ слѣдующимъ образомъ:

Заключая бракъ въ какой нибудь странѣ, супруги вовсе не обязываются вѣчно жить по законамъ этой страны. Но и договоры ихъ о подчиненіи этимъ законамъ не могли бы вліять на публичное право государства суда. Точно также и самъ иностранный законъ не дѣйствуетъ за предѣлами своей естественной сферы (extra territorium jus dicenti impune non paretur). Въ каждой странѣ законы, касающіеся развода, считаются затрогивающими соціальные интересы (the domestic interests of society), и иностранцы не могутъ вносить свое спеціальное право, несогласное съ этими „великими и важными публичными нормами“. Поэтому, нерасторжимость брака по національному закону сторонъ или по lex loci contractus

[1]) Dicey, l. c., p. 755 и сл.

[2]) „Adultery and presence within our territory are the only requisites to found the jurisdiction by citation (Story, Commentaries, Edition, 1865, § 206).

[3]) Westlake, § 42; Dicey, p. 755 и сл.

[4]) Story, l. c., §§ 205 и 219; Westlake, l. c, § 42; Dicey, l. c., говоритъ о домицилѣ и пребываніи мужа, тогда какъ Westlake прямо заявляетъ, что жена-отвѣтчица должна имѣть самостоятельный домициль или пребываніе въ Англіи.

не помѣшаетъ шотландскимъ судамъ постановить разводъ по lex fori [1]).

Замѣтимъ, впрочемъ, что по свидѣтельству Дайси (Dicey, l. c., p. 755 и сл.), шотландскіе суды въ послѣднее время, повидимому, начинаютъ отказываться отъ своихъ чрезмѣрныхъ претензій.

§ 18. Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты.

1. Судебная компетенція.

Компетентнымъ для развода признается во всѣхъ штатахъ союза судъ домицила въ моментъ иска. Ни національность, ни простое пребываніе супруговъ не могутъ обосновать юрисдикціи [2]); не вліяютъ на нее также ни мѣсто заключенія брака, ни мѣсто, гдѣ поданъ поводъ къ разводу, ни домициль во время подачи этого повода [3]). Компетенція суда можетъ основываться, за то, на домицилѣ только одного изъ супруговъ. Такъ, жена можетъ пріобрѣсти отдѣльный отъ мужа домициль и получить въ немъ разводъ, въ особенности, если она жила въ этомъ домицилѣ до брака [4]). При этомъ, однако,

[1]) Story, Commentaries §§ 221—224. — Въ дѣлѣ Warrender v. Warrender 1835, палата Лордовъ (какъ апелляціонная инстанція по шотландскому дѣлу) признала компетенцію шотландскихъ судовъ для расторженія брака, заключеннаго домицилированнымъ въ Шотландіи шотландцемъ съ англичанкой въ Англіи. Замѣчательно, что Lord Brougham, рѣшившій еще въ 1831 году дѣло Mc. Carthy v. de Caix, высказался здѣсь въ пользу признанія этого развода въ Англіи (Story, l. c., § 226 c.).

[2]) Wharton, Conflict of Laws, § 223.

[3]) Wharton, l. c., §§ 231 — 233.

[4]) Такъ рѣшилъ Верховный судъ Соединенныхъ Штатовъ въ дѣлѣ Cheever v. Wilson (Wharton, l. c., § 224, Note 3). По Массачузеттскому статуту 1843 года, разводъ постановляется по иску супруга, жившаго пять лѣтъ въ штатѣ, хотя бы поводъ къ разводу былъ поданъ внѣ штата. (Story, Commentaries, § 229). Въ дѣлѣ Shaw v. Shaw 1867, Массачузетскій судъ далъ разводъ женѣ, которая поселилась послѣ брака въ Колорадо вмѣстѣ съ мужемъ, но потомъ вернулась, вслѣдствіе дурного его обращенія съ нею, въ Массачузеттсъ (Wharton, l. c., § 224, Note 3). Точно также судъ Сѣв. Каролины по дѣлу State v. Schlachter 1868, призналъ разводъ, постановленный по иску жены въ Нью-

предполагается, что женѣ приходится основывать отдѣльный домициль не по своей волѣ, а по винѣ мужа [1]).

Мужъ имѣетъ, конечно, тоже право требовать развода въ судѣ своего личнаго домициля, хотя бы жена не раздѣляла его [2]). Въ данномъ случаѣ жена считается домицилированной въ новомъ мѣстѣ жительства мужа, если она покинула его. Если же она покинута мужемъ, то эта фикція падаетъ, и мужъ не можетъ получить развода въ штатѣ [3]), въ который онъ удалился.

Съ этими ограниченіями можно сказать, что компетенція американскаго суда основывается на реальномъ домицилѣ истца [4]). При этомъ, необходимымъ условіемъ является оповѣщеніе отвѣтчика. Если отвѣтчикъ живетъ внѣ штата процесса, и истецъ знаетъ его мѣстожительство, то недостаточно публикаціи черезъ газеты, а требуется личное оповѣщеніе, необходимое также въ случаѣ, когда отвѣтчикъ домицилированъ въ предѣлахъ штата процесса; одной публикаціи достаточно лишь въ случаѣ временнаго отсутствія домицилированнаго отвѣтчика [5]). Кромѣ того, компетенція

Іоркѣ, ея домицилѣ до брака, куда она вернулась послѣ совмѣстнаго съ мужемъ домициля въ Каролинѣ (Wharton, ibidem).

[1]) Wharton, l. c., § 227, Moore y Dicey, pp. 282 — 283.

[2]) Рѣшенія суда Массачузеттса въ дѣлахъ Hood v. Hood (признаніе развода, даннаго мужу въ Иллинойсѣ, послѣ того какъ жена вернулась въ Массачузеттсъ), Burlen v. Shannon (признаніе развода, даннаго мужу въ Индіанѣ, послѣ удаленія его изъ Массачузеттса); Wharton, l c., § 228.

[3]) Supreme Court of Massachusetts 11 May 1889 (Bohm's Zeitschrift, I, p. 374).

[4]) Sup. Ct. New Hampshire 1878, Foss v. Foss (Wharton, § 228, Note 4.

[5]) Massachusetts Hood v. Hood 1865 призналъ разводъ, постановленный въ Иллинойсѣ между двумя домицилированными тамъ супругами, при чемъ жена во время развода жила въ Массачузеттсѣ и была оповѣщена только черезъ газеты. Supr. Crt. Massachusetts, Burlen v. Shannon: мужъ, одинъ перенесшій домициль въ другой штатъ, можетъ получить тамъ разводъ по извѣщеніи жены черезъ повѣстку, доставленную ей въ Массачузеттсѣ. Supr. Crt. New-Jork 1818 Borden v. Fitch не призналъ развода, даннаго мужу въ Vermont'ѣ безъ всякаго извѣщенія

суда можетъ быть основана на добровольномъ подчиненіи отвѣтчика [1]).

Въ особомъ положеніи находится штатъ Пенсильванія, гдѣ форумомъ для развода считается брачный домицилъ сторонъ [2]).

Домицилъ принимается американскими судами въ руководство для опредѣленія не только собственной, но и иностранной компетенціи [3]).

2. Законодательная компетенція.

Статуты Массачузетса 1835 года воспроизводятъ теорію in fraudem legis. Если жители штата отправляются въ другой штатъ, съ цѣлью получить разводъ на основаніи повода, не признаннаго въ Массачузетсѣ, то такой разводъ не будетъ признанъ въ послѣднемъ штатѣ [4]).

§ 19. Южная Америка.

1. Аргентинія.

Ст. 86 гр. кодекса постановляетъ, что законно заключенный бракъ можетъ быть прекращенъ только смертью одного

жены, находящейся въ Connecticut'ѣ. — Supr. Crt. New-Jork, 1851 Vischer v Vischer призналъ ничтожность Мичиганскаго развода, даннаго мужу, такъ какъ жена была оповѣщена только путемъ публикаціи. Тоже рѣшили Court of App. New-York 1869 Kerr v. Kerr; Court of App. New-York 1878, People v. Baner New-Yersey, Doughty v. Doughty. — Missouri, Gould v. Crow различаетъ въ разводѣ, постановленномъ послѣ вызова отвѣтчика одною публикаціею, личный и вещный эффекты; первый не имѣетъ экстратерриторіальной силы (Wharton, l. c., § 237, Note 1. Сравни Moore y Dicey, p 283).

[1]) Wharton, l. c., § 238, и приведенныя рѣшенія. Въ дѣлѣ Kinnier v. Kinnier, New-York, судья Church сказалъ: „The Court also had jurisdiction of the parties by the voluntary appearance of the defendant".

[2]) Wharton, l. c., § 239.

[3]) Illinois, Roth v. Roth y Moore-Dicey, p. 397.

[4]) Wharton, l. c., § 229. См. напр. дѣло Hanover v. Turner y Story, l. c, § 228. Прежде въ Массачузеттсѣ господствовала уголовная теорія развода, и въ дѣлѣ Barber v. Root, судъ призналъ разводъ, постановленный въ Vermont'ѣ, гдѣ былъ поданъ поводъ къ разводу (Story, § 229).

изъ супруговъ. А въ силу 97 ст. того же кодекса даже бракъ, расторжимый по lex loci contractus, можетъ быть прекращенъ въ предѣлахъ республики только согласно 86 ст. гр. код. [1]).

2. Чили.

По 121 ст. чилійскаго гр. кодекса бракъ, расторжимый по lex loci contractus, можетъ быть разведенъ въ Чили только по чилійскимъ законамъ. А въ силу 120 ст. того же кодекса, разводъ, постановленный за границей вопреки чилійскимъ законамъ, не даетъ супругамъ право вступить во второй бракъ въ Чили.

Замѣчательно, что эта 120 ст. говоритъ вообще о разводахъ, а не о разводахъ однихъ чилійцевъ [2]).

3 4. 5. Экуадоръ, Уругвай, Гондуррсъ.

Постановленія чилійскаго законодательства повторяются законами Экуадора, Уругвая и Гондураса [3]).

6. Союзъ, заключенный въ Монтевидео.

Ст. 13 договора, заключеннаго въ Монтевидео:

Законъ брачнаго домициля регулируетъ:

a) разлученіе.

b) расторженіе брака, при предположеніи, что поводъ къ разводу допускается по lex loci contractus [4]).

§ 20. Турція.

1. Разводъ мусульманъ.

Разводъ по ханифитскому ученію есть односторонній актъ мужа. Правомъ этимъ можетъ воспользоваться всякій совершеннолѣтній и находящійся въ здравомъ умѣ мусульманинъ.

---

[1]) Neumann, l. c., p. 241.

[2]) Neumann, l. c., p. 247.

[3]) Niemeyer, Vorschläge II, pp. 70, 71, 73.

[4]) Neumann, l. c., p. 242.

Разводъ бываетъ неокончательный (талаки—ридж'и) и окончательный (талаки-баннъ). Два раза мужъ можетъ дать своей женѣ разводъ и опять сойтись съ нею въ теченіе извѣстнаго срока (иддетъ) и безъ уплаты новаго вѣна (махръ). Только третій разводъ считается непремѣнно окончательнымъ [1]); но и послѣ него мужъ можетъ опять жениться на прежней женѣ, именно въ томъ случаѣ, если она предварительно выйдетъ замужъ за другого и потомъ получитъ отъ этого послѣдняго разводъ.

Серія трехъ разводовъ можетъ быть замѣнена однимъ тройнымъ разводомъ, считающимся окончательнымъ.

Разводъ дается или „expressis verbis“ (алфази сарихъ) или „ambiguis verbis“ (алфази кинаіе). Только во второмъ случаѣ намѣреніе дающаго разводъ принимается во вниманіе.

Мужъ можетъ, такимъ образомъ, разводиться съ женою по собственному усмотрѣнію, безъ всякой вины съ ея стороны и безъ всякаго участія судьи. Судъ постановляетъ разводъ только въ случаѣ половой неспособности мужа [2]). Мужъ можетъ делегировать женѣ право развода, или дать ей разводъ за выкупъ (этотъ институтъ называется мухали'а) [3]).

Этихъ краткихъ свѣдѣній совершенно достаточно, чтобы оцѣнить варварскій характеръ мусульманскаго бракоразводнаго права. Нѣтъ никакого сомнѣнія, что ни одно цивилизованное государство не признаетъ развода, даннаго на его территоріи турецкимъ мужемъ своей женѣ; разводъ этотъ будетъ такимъ образомъ считаться дѣйствительнымъ только въ Турціи.

---

[1]) Первый и второй разводъ тоже становятся окончательными при употребленіи извѣстныхъ словъ.

[2]) Если мужъ отступаетъ отъ ислама; если мужъ-язычникъ не принимаетъ ислама вмѣстѣ съ женою; если жена эмигрируетъ въ немусульманскую (харбитскую) страну — бракъ не разводится, а считается ничтожнымъ (фасхъ).

[3]) Измаилъ Хакки, l. c., pp. 121 — 128; Friedrichs, „Das Ehrecht des Islams“ въ „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, VII, Band, pp. 263 — 271; Nauphal, Législation Musulmane. Filiation et Divorce.

Если разводъ будетъ постановленъ иностраннымъ судомъ шеріета, онъ, конечно, тоже будетъ признанъ въ Оттоманской Имперіи [1]).

Ибрагимъ Хакки Бей утверждаетъ, что суды шеріета въ Оттоманской Имперіи, когда имъ приходится разбирать бракоразводныя дѣла, не обращаютъ никакого вниманія на національность тяжущихся [2]).

2. Компетенція Вселенскаго Патріархата для развода иностранцевъ.

А. Расторженіе браковъ между турецкими подданными и иностранцами.

„Смѣшанный Національный Совѣтъ (Ἐθνικὸν Μικτὸν Συμβούλιον)“, какъ и Синодъ, провозглашаютъ компетенцію судовъ Патріархата для разбора супружескихъ тяжбъ и для развода оттоманскихъ подданныхъ съ иностранцами [3]). При этомъ они допускаютъ присутствіе драгомана на судѣ, не даютъ ему однако ни права голоса, ни права подписанія рѣшеній. Вліяніе отсутствія драгомана на ничтожность судопроизводства еще не выяснилось [4]).

---

[1]) Консультація Ибрагима Хакки Бея, п. XI, Note 1.

[2]) Консультація Ибрагима Хакки Бея, п. XII

[3]) Къ компетенціи Синода и подчиненныхъ ему духовныхъ судовъ относится собственно расторженіе брака, т. е. уничтоженіе церковью установленной связи между супругами, къ компетенціи Смѣшаннаго Національнаго Совѣта и подчиненныхъ провинціальныхъ судовъ относятся имущественныя послѣдствія развода.

[4]) Рѣшеніе Смѣшаннаго Національнаго Совѣта, № 20, 1878 года. Присутствіе драгомана въ смѣшанныхъ дѣлахъ требуется международными договорами; поэтому можно требовать признанія ничтожными процессуальныхъ дѣйствій, совершенныхъ безъ участія драгомана. Это даже вопросъ публичнаго порядка (δημοσίας τάξεως). Но тотъ же Совѣтъ, подъ № 19, 1881 года, рѣшаетъ, что присутствіе драгомана зависитъ отъ усмотрѣнія заинтересованнаго консульства. — Рѣшенія того же Совѣта 24 Мая 1889 года и 8 Мая 1891 года: драгоманы не имѣютъ ни права принимать участіе въ совѣщаніи суда, ни права голоса. Рѣшеніе 25 Сентября 1891 г., того же Совѣта отрицаетъ за драгоманами и право подписывать рѣшенія. — Синодъ проводитъ ту же теорію. Протоколъ Си-

В. Расторженіе браковъ между одними иностранцами.

Синодъ проводитъ теорію, что суды Патріархата компетентны для развода иностранныхъ супруговъ, и при этомъ на основаніи lex fori. Изъ протокола 9 Мая 1866 года слѣдуетъ, что духовные суды могутъ разводить греческихъ супруговъ, съ вѣдома мѣстнаго греческаго консульства. Протоколъ 11 Декабря 1875 года гласитъ: „Церковь судитъ подлежащія ей супружескія тяжбы по своимъ законамъ, не различая національности супруговъ".

Эта теорія мотивируется слѣдующимъ образомъ: „Священный Синодъ компетентенъ для разбора духовныхъ дѣлъ греческихъ подданныхъ. Правда, Порта признала принципъ экстерриторіальности для своихъ отношеній съ Греческимъ Правительствомъ; но не менѣе безспорно, что много раньше Порта даровала и утвердила за Патріархатомъ право судить духовныя дѣла между православными, и никогда не отнимала этого права. Поэтому, признанное Портой право экстерриторіальности можетъ относиться только къ гражданскимъ дѣламъ". (Протоколъ Синода 30 Сентября 1876 года).

Новѣйшія рѣшенія Синода проникнуты тѣми же идеями [1]).

Въ 1886 году Патріархатъ имѣлъ столкновеніе съ нашимъ правительствомъ по дѣлу русскоподданныхъ супруговъ Х,

нода 16 Мая 1892 года: драгоманы присутствуютъ, но не имѣютъ права голоса. Протоколъ Синода 14 Марта 1892 года: Греческій драгоманъ присутствуетъ въ Синодѣ, какъ и въ смѣшанномъ Національномъ Совѣтѣ по дѣламъ греческихъ подданныхъ. Свѣдѣнія эти заимствованы у Θεοτοκα, Νομολογια του οἰκουμενικου πατριαρχειου, Константинополь 1897, pp. 49—51.

[1]) Ср. протоколъ Синода 20 Декабря 1888 года: Духовные суды могутъ разбирать споры между супругами греческой національности. Прот. № 119, 1892 года. Духовный Судъ въ Смирнѣ былъ компетентенъ для разбора супружескаго спора между греческими подданными. Прот. № 174, 1895 года: Апелляціонная жалоба на рѣшеніе Халкедонскаго митрополита неправильно основывается на греческой національности супруговъ. Съ незапамятныхъ временъ суды Патріархата признавали свою компетенцію въ брачныхъ дѣлахъ православныхъ христіанъ, не обращая вниманія на ихъ національность (См. Θεοτοκα, Νομολογια etc, pp. 51—55).

бракъ которыхъ былъ расторгнутъ Синодомъ, хотя онъ былъ заключенъ даже не въ Турціи, а въ нашей посольской церкви въ Парижѣ. Патріархъ объяснилъ нашему посольству образъ дѣйствія Синода: 1) установившеюся практикою, 2) соображеніемъ, что „по смыслу церковныхъ каноновъ допускается въ бракоризводныхъ дѣлахъ обращеніе къ Вселенской церкви въ томъ случаѣ, если бракъ совершенъ въ государствѣ, въ которомъ основное вѣроисповѣданіе не принадлежитъ къ Православной церкви“ [1]).

Если сравнить это заявленіе Патріарха съ теоріею Синода относительно греческихъ подданныхъ, то нужно сдѣлать заключеніе, что компетенція Синода для развода предполагаетъ совершеніе брака либо въ самой Турціи, либо въ неправославной странѣ, но никакъ не въ странѣ православной. И дѣйствительно, мы можемъ засвидѣтельствовать, что въ 1899 году судъ I инстанціи Патріархата отказался принять просьбу о разводѣ брака, заключеннаго русскоподданными въ Россіи [2]).

Въ самое послѣднее время (1899) Патріархатъ имѣлъ столкновеніе съ Русскимъ Генеральнымъ Консульствомъ въ Константинополѣ. Жена русскоподданнаго К. подала непосредственно въ духовный судъ Патріархата просьбу о разводѣ ея съ мужемъ [3]), послѣ чего этотъ судъ вызвалъ русскоподданнаго черезъ повѣстку, посланную помимо русскаго консульства. Это послѣднее обратилось въ патріархатъ съ нотою (10 Іюля 1899), въ которой указывало, что искъ г-жи К. могъ быть вчиненъ только черезъ него, послѣ разсмо-

[1]) Архивы Императорскаго Посольства въ Константинополѣ

[2]) Другого взгляда чѣмъ Синодъ держится Смѣшанный Національный Совѣтъ въ своемъ рѣшеніи 1875 года (№ 18). Онъ признаетъ въ немъ, что тяжба между двумя греческими подданными, живущими въ Константинополѣ, подсудна, въ силу капитуляцій, греческому консульству, Θεοτοκα, l. c., p. 53. Но рѣшеніе это объясняется очень просто тѣмъ, что Смѣшанный Совѣтъ разсматриваетъ только имущественныя тяжбы между супругами, тогда какъ Синоду подсудны дѣла о разводѣ, имѣющія религіозное значеніе и потому независящія отъ національности сторонъ.

[3]) Бракъ былъ заключенъ въ Турціи.

трѣнія его законности [1]); при этомъ консульство вернуло Патріархату его повѣстку. Патріархатъ отвѣтилъ сначала письменно (26 Іюля), что самъ судъ рѣшилъ вопросъ о своей компетентности „по правиламъ вселенскихъ соборовъ и новелламъ и декретамъ византійскихъ императоровъ“. Но потомъ Патріархатъ внялъ доводамъ нашего консульства. Г-жа К. представила свое прошеніе консульству, которое разсмотрѣло его и затѣмъ передала въ Патріархатъ (24 Августа 1899 года № 1146) [2]).

[1]) Мы констатируемъ совершенно правильный взглядъ консульства, что Патріархатъ можетъ разводить русскихъ подданныхъ только по поводамъ, допускаемымъ русскимъ правомъ.

[2]) Вотъ текстъ нотъ Генеральнаго Консульства и Патріархата

I.

Au Patriarcat Oecuménique. Phanare.

№ 932. 10 Juillet 1889.

Le sujet russe C. établi en cette capitale expose dans une requête qu'il vient de me présenter que le tribunal ecclésiastique du Patriarcat Oecumenique lui a signifié une demande en divorce que sa femme a introduit contre lui.

Il joint à sa requête l'instance de sa femme ainsi que la citation qui lui est faite par le tribunal ecclésiastique d'avoir à comparaître à l'audience fixée en la dite cause à lundi prochain.

L'admission de l'instance de M-me C. et de l'envoi de la citation du tribunal ecclésiastique doit certainement avoir été la conséquence d'une erreur, car il est de principe et de règle que, en ce que concerne les sujets russes, une action du genre de cette de M-me C. ne peut être introduite que par le canal du Consulat Général d'où relévent les parties interessées et qui doit au préalable examiner, si les motifs légaux ne s'opposent à sa transmission.

Aussi, j'ai l'honneur de restituer ci-joint au Patriarcat Oecuménique la citation, adressée à mon administré sur la copie de l'instance de M-me C., avec prière de vouloir bien ne donner aucune suite à ce qui en fait l'objet

La Consul Général de Russie. Signé: *Lagowsky.*

II

A Son Excellence Monsieur Lagowsky, Consul Général de Russie à Constantinople.

№ 1259. 26 Juillet 1899.

EXCELLENCE.

Le Patriarcat Oecuménique s'empresse d'accuser reception de la lettre estimée, que Votre Excellence lui a adressée en date du 10 courant et sub

Теотокасъ, авторъ „Номологіи Вселенскаго Патріархата“ слѣдующимъ образомъ защищаетъ юриспруденцію Патріархата. Конечно, говоритъ онъ, съ точки зрѣнія права экстерриторіальности, суды Патріархата не могутъ судить тяжбы между одними иностранцами, тѣмъ болѣе, что они допустили присутствіе драгомановъ и, такимъ образомъ, сами сравняли себя съ общими турецкими судами. Но, съ другой стороны, слѣдуетъ имѣть въ виду, что договоры Порты, освобождающіе иностранцевъ отъ юрисдикціи оттоманскихъ судовъ, не могутъ вліять на духовную компетенцію Патріархата. Политическое отдѣленіе Греціи. Сербіи и Румыніи отъ Оттоманской Имперіи не само по себѣ повлекло за собою и церковную независимость, которая основана на спеціальныхъ церковныхъ же актахъ; точно также жители Іоническихъ

№ 932, dans laquelle il est question du différend conjugal du sujet russe C., actionné en divorce par devant le Tribunal Ecclésiastique du Patriarcat par sa femme.

Le Tribunal Ecclésiastique du Patriarcat, devant lequel a été renvoyée la lettre de Votre Excellence, après l'avoir examinée avec toute l'attention et le soin qu'elle comportait, s'est prononcé qu'il regrette bien de ne pouvoir prendre en considération Votre recommandation par rapport au déroulement de la susdite action en divorce, attendu que, comme Votre Excellence connaît mieux que tante autre personne, les actes de nature administrative n'exercent, d'après la loi, aucune influence sur l'issue des procès, où il regne le principe général du droit, „que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir administratif“. Il est, par conséquent, absolument bésoin que le sujet russe C., recommandé par Votre Excellence, comparaisse par devant le Tribunal Ecclesiastique, soit personnellement soit par fondé de pouvoirs régulier, et soumette toutes les exceptions, qu'il croirait avoir le droit d'y soumettre, soit relativement à l'annulation de la communication de l'action, soit relativement à la compétence du Tribunal. Le Tribunal Ecclésiastique, qui se sert, comme lois, des Règles des Saints et sacrés Synodes Oecuméniques et des Novelles et des Decrets des mémorables Empéreurs Byzantins, que la Russie, dont un des dignes serviteurs est Votre Excellence, dans sa piété, sait respecter, ne pourra pas, dans ce cas, ne pas prendre en considération et apprécier, à leur juste valeur, toutes les exceptions.

Sur cela, je présente à Votre Excellence tous mes souhaits et je suis de Votre Excellence.

Le souhaiteur et ami.

Le Grand Vicaire. Signé: *Chrysostome.*

острововъ и во время владычества Англіи продолжали духовно зависѣть отъ Патріархата. Наконецъ, компетенція судовъ Патріархата освящена вѣковою практикою.

Эти аргументы, на нашъ взглядъ, довольно слабы. Суды Патріархата такіе же оттоманскіе суды, какъ и общіе суды Имперіи, и нѣтъ основанія освобождать ихъ отъ слѣдованія капитуляціямъ. Та или другая держава можетъ, конечно, подчинить этимъ судамъ своихъ подданныхъ, какъ она можетъ и вообще отказаться отъ капитуляцій. Но такое подчиненіе не есть право Патріархата; привилегіи, дарованныя ему Портой. для державъ — res inter alios acta; для державъ имѣютъ значеніе однѣ капитуляціи, не дѣлающія различія между свѣтскими и духовными судами Оттоманской Имперіи. Что же касается ссылокъ на бывшія вассальныя владѣнія Порты, то онѣ не идутъ къ дѣлу, такъ какъ дарованная имъ „церковная независимость“ вовсе не освободила ихъ въ глазахъ Патріархата отъ подчиненія его судамъ. По свѣдѣніямъ того же Теотокаса, греческая миссія въ Константинополѣ уже съ 1875 года оспариваетъ компетентность Патріархата въ дѣлахъ между одними греками, основываясь при этомъ именно на правѣ экстерриторіальности. — Точно также и австрійское посольство нотою отъ 18 Января 1854 года № 108 протестуетъ противъ „вѣковой практики“ Патріархата, которая, такимъ образомъ, является далеко не безспорной [1]). Такимъ образомъ, державы имѣли бы полное право учредить въ Турціи духовные суды и судить въ нихъ своихъ подданныхъ. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда они признаютъ компетенцію судовъ Патріархата, они, разумѣется, могутъ требовать присутствія въ нихъ своихъ драгомановъ и соблюденія національнаго права брачущихся.

---

[1]) Θεοτοκα, l. c., pp. 51—53, примѣчаніе

II. Россія.

1. Разводъ въ Россіи.

А. Браковъ, заключенныхъ за границей иностранцами.

Прусская подданная X. обратилась въ 1881 году въ С.-Петербургскую Евангелическо-Лютеранскую Консисторію съ просьбою о расторженіи ея брака, совершеннаго за границей въ одной гражданской формѣ.

„По мнѣнію Генеральной Консисторіи, лютеранскіе духовные суды могли бы рѣшать дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ, при соблюденіи постановленій устава Евангелическо-Лютеранской церкви о судопроизводствѣ въ Консисторіяхъ и о причинахъ къ разводу, въ виду того, что лютеранская церковь не придаетъ браку значенія таинства, и потому еще, что наше законодательство признаетъ дѣйствительными акты, совершаемые въ другихъ государствахъ, согласно мѣстнымъ законамъ“ [1]). Министерство Внутреннихъ Дѣлъ не раздѣляло этого взгляда (въ виду ст. 630 и 632 ч. II т. X св. зак., и ст. 543 ч. I т. XI, по которымъ консисторіямъ подсудны только дѣла о бракахъ, совершаемыхъ духовенствомъ), находило однако возможнымъ въ отдѣльныхъ случаяхъ ходатайствовать въ пользу расширенія компетенціи консисторій передъ Высочайшей властью. Въ томъ же смыслѣ высказался и Главноуправляющій II Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи [2]). Министерство же Иностранныхъ Дѣлъ, запрошенное въ свою очередь, рѣшительно высказалось противъ предоставленія Консисторіи права расторженія брака X. „Гражданскій бракъ, совершенный за границей, безъ церковнаго обряда, не можетъ быть признанъ, на основаніи нашихъ узаконеній, законнымъ

[1]) Отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 8 Іюля 1883 года за № 2789.

[2]) Тамъ же.

супружескимъ союзомъ и обязательнымъ для обѣихъ сторонъ, а потому и не можетъ быть расторгнутъ по дѣйствующимъ у насъ правиламъ". Кромѣ того, русскій разводъ не былъ бы, по мнѣнію Министерства, признанъ въ Германіи, гдѣ, на основаніи закона 6 Февраля 1875 года, всѣ брачныя дѣла подлежатъ вѣдомству суда гражданскаго [1]). Министерство Внутреннихъ Дѣлъ отклонило вслѣдъ за тѣмъ ходатайство г-жи X, и издало распоряженіе (16 Октября 1881 года, № 4736) о томъ, что дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ вообще не могутъ быть разрѣшаемы нашими Консисторіями.

Въ 1883 году Министерство Внутреннихъ Дѣлъ запрашиваетъ Министерство по бракоразводному дѣлу У, германскаго подданнаго, заключившаго въ Тильзитѣ бракъ въ гражданской и церковной формѣ; въ виду этого послѣдняго обстоятельства, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ не встрѣчаетъ препятствій къ испрошенію Высочайшаго соизволенія на расторженіе этого брака С.-Петербургской лютеранской консисторіей [2]).

Въ своемъ пространномъ отвѣтѣ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ опять высказывается противъ расторженія чистыхъ гражданскихъ браковъ. „Съ достоинствомъ нашей государственной власти не было бы совмѣстно допускать по столь малозначительнымъ поводамъ и безъ существенной надобности немаловажныя отступленія отъ существующихъ у насъ узаконеній". Проистекающія у насъ неудобства для германскихъ подданныхъ, принужденныхъ возвращаться для развода на родину, не могутъ вліять на рѣшеніе этого вопроса.

Но и подтвержденіе гражданскаго брака иностранцевъ церковнымъ вѣнчаніемъ не открываетъ возможности его развода въ Россіи. Гражданскіе браки иностранцевъ признаются у насъ правильными, независимо отъ подтвержденія ихъ цер-

[1]) Отношеніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 19 Сентября 1881 года, за № 8570.

[2]) Отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 8 Іюля 1883 года, за № 2789.

ковнымъ обрядомъ [1]); поэтому разводъ, постановленный нашимъ духовнымъ судомъ, касается лишь церковнаго обряда, „который не составляетъ необходимой принадлежности гражданскаго брака, такъ что сей послѣдній и послѣ рѣшенія консисторіи не могъ бы считаться расторгнутымъ". Въ Германіи же такой разводъ не былъ бы признанъ, какъ совершенный судомъ негражданскимъ.

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ рекомендуетъ, поэтому, германскимъ подданнымъ, ищущимъ развода, возвращаться на родину, и высказывается за отклоненіе ходатайствъ о расторженіи ихъ браковъ въ Россіи. Съ этимъ мнѣніемъ согласились Министры Юстиціи и Внутреннихъ Дѣлъ, а также Командующій Императорской Главной Квартирой [2]).

Намъ кажется, что точка зрѣнія нашего правительства неправильна. По 224 ст. уст. гр. суд., „дѣла иностранцевъ, находящихся въ Россіи, какъ между собою, такъ и съ русскими подданными, подлежатъ вѣдомству русскихъ судебныхъ установленій, по общимъ законамъ о подсудности". Съ другой стороны, разъ гражданскій бракъ иностранцевъ, заключенный за границей, даже безъ подтвержденія церковнымъ вѣнчаніемъ, считается у насъ законнымъ [3]), то онъ можетъ быть у насъ же расторгнутъ. Во-первыхъ, существуетъ только международное, а не междуцерковное право: иностранный гражданскій бракъ признается нашимъ государствомъ, послѣ чего форма его заключенія становится безразличной; а затѣмъ онъ разводится судами нашего государства, которые въ Россіи оказываются духовными. Во-вторыхъ, и съ церковной точки зрѣнія трудно понять, почему неправославный духовный судъ не можетъ расторгнуть брака, считающагося по церковнымъ правиламъ законнымъ, даже если онъ не былъ совершенъ въ

[1]) Взглядъ, діаметрально противоположный высказанному тѣмъ же Министерствомъ въ 1881 году, см. выше.

[2]) См. отношеніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ Статсъ-секретарю у принятія прошеній, отъ 23 Сентября 1883 года, за № 7521.

[3]) См напр рѣшеніе Сената по дѣлу Хмѣльника, выше, стр. 187.

церкви? Можно утверждать, что гражданскій судъ некомпетентенъ для расторженія православнаго брака, въ которомъ участіе церкви составляетъ элементъ таинства. Но лишать, напримѣръ, русскія евангелическо-лютеранскія консисторіи права разводить нѣмцевъ, состоящихъ въ (гражданскомъ) бракѣ, законномъ по русскому и германскому праву — есть, по нашему крайнему разумѣнію, отказъ въ правосудіи, противный духу нашего права. Въ частности, замѣтимъ, что Министерство Иностранныхъ Дѣлъ ошибается, думая, что Германія не признаетъ такихъ разводовъ. Мы уже видѣли, что, въ силу германскихъ законовъ, нѣмцы, домицилированные за границей, только тамъ и могутъ разводиться [1]).

B. Браковъ, заключенныхъ за границей русскими.

Приведеннымъ выше рѣшеніемъ нашего правительства какъ будто бы противорѣчитъ требованіе, предъявленное нами въ 1880 году германскому правительству. Наше министерство требовало, „чтобы браки, законно разведенные у насъ, были признаваемы разведенными и въ Германіи, хотя бы и были заключены тамъ по германскому гражданскому обряду“ [2]). Нужно думать, что въ данномъ случаѣ наше правительство имѣло въ виду браки русскихъ подданныхъ, заключенные за границей по гражданскому и церковному обряду.

C. Браковъ, заключенныхъ въ Россіи иностранцами.

Для развода такихъ браковъ русскіе суды, конечно, компетентны (ст. 224 уст. гр. суд.). Намъ не удалось найти сюда относящихся рѣшеній. Общій духъ нашей юриспруденціи заставляетъ насъ предполагать, что и при разводахъ иностранцевъ будетъ примѣняться русское право.

---

[1]) См. выше стр. 352.

[2]) Письмо Министерства Иностранныхъ Дѣлъ гр. Толстому 7 Февраля 1879 года, № 1160 и Notice, remise à Mr. Philippsborn.

2. Разводъ за границей.

А. Браковъ русскихъ подданныхъ, заключенныхъ въ Россіи.

Вопросъ этотъ разсмотрѣнъ довольно обстоятельно въ не разъ уже цитированной нами запискѣ Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 18 Апрѣля 1879 года.

По мнѣнію Министерства, изъ статей 630 и 632. ч. 2, т. X слѣдуетъ, что бракоразводное дѣло русскихъ подданныхъ во всякомъ случаѣ должно начаться въ Россіи, за отсутствіемъ внѣ ея предѣловъ русскихъ духовныхъ правительствъ, компетентныхъ въ силу указанныхъ статей. Кромѣ того, „относительно подсудности брачныхъ дѣлъ установлено вообще правило, что искъ начинается въ томъ судебномъ мѣстѣ, коему подвѣдомственъ отвѣтчикъ (ст. 530, ч. 1, т. XI) [1]); временное же пребываніе русскихъ подданныхъ за границей не можетъ измѣнить ихъ подсудности нашимъ духовнымъ судамъ, и слѣдовательно, для нашихъ духовныхъ судовъ не можетъ быть обязательно рѣшеніе судовъ иностранныхъ, въ особенности же судовъ свѣтскихъ“.

Браки католиковъ, какъ извѣстно, не могутъ быть расторгнуты, а только признаны ничтожными; разслѣдованіе о недѣйствительности возможно, конечно, только на мѣстѣ совершенія брака, т. е. въ Россіи; единственный же заграничный судъ, могущій въ этомъ случаѣ имѣть мѣсто, есть судъ папы, къ которому дѣло можетъ перейти по аппеляціи.

Наконецъ, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что бракоразводныя дѣла вѣдаются за границей обыкновенно гражданскими судами, и что исполненіе иностранныхъ судебныхъ рѣшеній, — исключая случаи, предусмотрѣнные трактатами, — возможно только на основаніи опредѣленій судовъ Имперіи (ст. 1273 и 1274 уст. гр. судопр.).

Въ виду всего сказаннаго, Министерство полагаетъ, что

[1]) Ст. 639, ч. 1, т. XI, изд. 1896 года.

„вопросъ о дѣйствительности у насъ заграничныхъ разводовъ для русскихъ подданныхъ, вступившихъ въ бракъ въ Россіи, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно“.

Мы позволимъ себѣ не согласиться съ Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ.

1. Ст. 630 и слѣд. законовъ о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ (т. X, ч. 2, изд. 1876 г.) разграничиваютъ компетенцію русскихъ духовныхъ правительствъ, вовсе не касаясь иностранныхъ. Ст. 630 гласитъ: „Дѣла о бракахъ лицъ другихъ христіанскихъ (не-православныхъ) исповѣданій, духовенствомъ ихъ совершенныхъ, вѣдаются вообще въ установленныхъ для каждаго духовныхъ правительствахъ, съ слѣдующими ограниченіями относительно развода браковъ“. Въ слѣдующихъ статьяхъ (631 — 633) разграничивается компетенція судовъ различныхъ исповѣданій для расторженія смѣшанныхъ браковъ. Статьи эти отнюдь не являются нормами международнаго частнаго права (русскими „нормами коллизій“), а нормами матеріальнаго русскаго права. Поэтому изъ нихъ, на нашъ взглядъ, никакъ нельзя сдѣлать вывода о компетенціи или некомпетенціи иностранныхъ судовъ, которой онѣ вовсе не регулируютъ. Что же касается словъ 630 ст.: „духовенствомъ ихъ совершенныхъ“, то ихъ слѣдуетъ, по нашему мнѣнію, сблизить съ 65 ст., т. X, ч. 1 [1]); очевидно, 630 ст. хочетъ только напомнить, что бракъ неправославныхъ, заключенный въ православной церкви, только ею можетъ быть расторгнутъ.

2. Министерство замѣчаетъ также, что искъ вчинается по мѣсту жительства отвѣтчика; на это легко возразить, что до-

[1]) „Браки лицъ всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій должны быть совершаемы по ихъ закону духовенствомъ той церкви, къ которой принадлежатъ вступающіе въ супружество; но браки сіи признаются дѣйствительными и тогда, если, за неимѣніемъ въ томъ мѣстѣ, гдѣ оные совершаются, священника или пастора ихъ вѣры, вѣнчаніе произведено будетъ священникомъ православнымъ, но въ семъ случаѣ совершеніе и расторженіе сихъ браковъ производятся уже по правиламъ и обрядамъ Православной Церкви“.

вольно часто русскіе подданные пребываютъ за границей постоянно, а не временно.

3. Наконецъ, Министерство смѣшиваетъ, повидимому, признаніе иностранныхъ гражданскихъ рѣшеній съ ихъ исполненіемъ, не говоря уже о томъ, что толкованіе ст. 1273 и сл. уст. гр. судопр., предложенное Министерствомъ, далеко не безспорно [1]). Поэтому, намъ кажется, что наше законодательство не препятствуетъ расторженію русскихъ неправославныхъ браковъ, заключенныхъ въ Россіи, иностранными судами. Что же касается браковъ православныхъ, то мы уже видѣли [2]), что разводъ за границей недопустимъ, если браки были вѣнчаны въ церквахъ русской автокефальной церкви.

B. Браковъ русскихъ подданныхъ, заключенныхъ внѣ Россіи.

Расторженіе браковъ нашихъ подданныхъ иностранными судами какъ будто допускается нашимъ правительствомъ, если эти браки были заключены за границей. По крайней мѣрѣ Оберъ-прокуроръ Святѣйшаго Синода [3]) совѣтуетъ Министерству Иностранныхъ Дѣлъ согласиться съ германскимъ правительствомъ относительно непримѣненія §§ 76—77 закона 1875 года къ русскимъ православнымъ, такъ какъ эти статьи предоставляютъ расторженіе однимъ свѣтскимъ судамъ. Точно также въ „Notice remise à mr. Philippsborn“ [4]), мы читаемъ слѣдующее предложеніе нашего правительства: „Разводы между русскоподданными православнаго исповѣданія, пребывающими за границей, могутъ быть совершены лишь по дѣйствующимъ въ Россіи регламентамъ“. Отсюда можно вывести, что русское правительство признало бы разводъ русскаго православнаго брака, постановленнаго иностраннымъ духовнымъ судомъ, съ соблюденіемъ правилъ, коими руководствуются наши консисторіи.

[1]) См. напр. проф Ф. Ф. Мартенса, II, Вт. изд. § 82.
[2]) Стр. 377.
[3]) Въ отношеніи отъ 7 Марта 1879 года.
[4]) См. Приложенія.

На этой же точкѣ зрѣнія стоитъ и наше Генеральное Консульство въ Константинополѣ, которое, какъ мы видѣли, допускаетъ разводы браковъ русскихъ подданныхъ заключенныхъ въ Турціи въ Патріархатѣ, оставляя за собою только контроль ихъ законности, по русскому праву [1]).

3. Вліяніе перемѣны подданства на разводы.

Вопросъ о вліяніи перемѣны подданства на дѣйствительность развода разрѣшенъ гражд. кассац. департаментомъ Правительствующаго Сената по дѣлу Ботянъ (1896 года 4 Декабря № 118). Русскій подданный Ботянъ натурализовался съ Высочайшаго соизволенія въ Румыніи, и затѣмъ былъ разведенъ румынскимъ судомъ со своею женою Маріею, которая осталась въ Россіи. Одесская Судебная Палата нашла, что разводъ дѣйствителенъ, такъ какъ Марія Ботянъ потеряла русскую національность одновременно съ мужемъ. Такое рѣшеніе Судебная Палата основывала съ одной стороны на ст. 100, 101 и 103 т. X, ч. 1, по которымъ мужъ сообщаетъ своей женѣ всѣ права и преимущества, сопряженныя съ его состояніемъ, и по которымъ жена должна слѣдовать за нимъ; съ другой, 1) на 102 ст. т. X, ч. 1, по которой русскія подданныя, вступившія въ законный бракъ съ иностранцами, слѣдуютъ состоянію и мѣсту жительства своихъ мужей; 2) на 1028 ст. т. IX, по которой не только иностранки, выходящія замужъ за русскихъ подданныхъ, но и жены иностранцевъ принимающихъ русское подданство, становятся черезъ то самое русскими подданными.

Это рѣшеніе Одесской Судебной Палаты кассировано Правительствующимъ Сенатомъ по слѣдующимъ основаніямъ: Ст. 100 и 101, т. X, ч. 1, не имѣютъ отношеній къ разбираемому вопросу. Ст. 102, т. X, ч. 1, вовсе не имѣетъ въ виду вступленія въ бракъ съ русскимъ подданнымъ, перешедшимъ въ иностранное подданство лишь послѣ брака съ

[1]) См. выше стр. 377 — 379.

русскою подданною; этого случая не имѣетъ въ виду и 103 статья. Наконецъ, Сенатъ не находитъ возможнымъ сдѣлать изъ 1028 ст. т. IX, говорящей только объ иностранкахъ, выводъ a contrario, что и русскія подданныя теряютъ подданство черезъ одинъ выходъ изъ онаго ихъ мужей. Поэтому, и имѣя въ виду, что въ Высочайшемъ повелѣніи объ увольненіи Ботяна изъ русскаго подданства о его женѣ не упомянуто, Сенатъ призналъ, что Марія Ботянъ осталась русской подданной, и что рѣшеніе Одесской палаты объ обязательности для нея постановленія Румынскаго Суда не можетъ быть оставлено въ силѣ [1]).

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Наука.

I. Теоріи отдѣльныхъ ученыхъ.

1. Судебная компетенція.

По мнѣнію однихъ писателей, для развода компетентенъ исключительно національный судъ супруговъ. Такъ думаетъ напр. Баръ [2]), который замѣчаетъ, что рѣшеніе суда домициля могло бы быть признано отечествомъ супруговъ только послѣ матеріальной ревизіи, т. е. послѣ повѣрки его соотвѣтствія національному закону. Между тѣмъ бракоразводное право относится къ публичному праву и слѣдовательно судъ домициля можетъ примѣнить только lex fori. Но даже если-бы онъ и хотѣлъ руководствоваться національнымъ правомъ супруговъ, отечество ихъ не можетъ отказаться отъ ревизіи, такъ какъ судъ домициля могъ очевидно неправильно примѣнить чуждое ему право [3]).

[1]) Ср. по дѣлу Ботяна статью А. Л. Боровиковскаго, въ Журналѣ Министерства Юстиціи, за январь 1897 г. стр. 114—126,—г. Боровиковскій стоитъ на точкѣ зрѣнія Сената.

[2]) Bar, I, 495 — 502.

[3]) За компетенцію національнаго суда стоитъ также Нимейеръ (Niemeyer Vorschläge, p. 218).

Противоположеннаго мнѣнія придерживается Лоранъ. Отсылка сторонъ къ ихъ „естественнымъ“ судьямъ слишкомъ часто равносильна отказу въ правосудіи: напр., иногда, когда отечество считаетъ себя компетентнымъ для развода только домицилированныхъ въ его предѣлахъ подданныхъ [1]). Авторъ полагаетъ, что достаточно не только домициля, но даже простого пребыванія иностранца въ Бельгіи, чтобы онъ имѣлъ право на защиту мѣстныхъ судовъ [2]).

Такого же мнѣнія и Фіоре, указывающій, что иностранный судъ иногда является самымъ „естественнымъ“, именно, когда поводъ къ разводу или разлученію поданъ въ сферѣ его дѣйствія, и когда онъ, конечно, лучше національнаго суда можетъ разслѣдовать дѣло [3]).

Англо-американскіе писатели, подчиняющіе матеріальное бракоразводное право lex domicilii, не имѣютъ, конечно, основанія отстаивать компетенцію національнаго суда.

Уортонъ выставляетъ слѣдующее положеніе: разводъ можетъ притязать на международное признаніе, если онъ постановленъ судомъ домициля, если процедура была согласна съ международнымъ правомъ, и если не было обмана [4]). Простого пребыванія (residence) сторонъ въ округѣ суда для компетенціи недостаточно, такъ какъ иначе супруги могли бы обходить законы домициля [5]). Точно также, не могутъ вліять на компетенцію суда ни мѣсто, гдѣ заключенъ бракъ, ни мѣсто, гдѣ поданъ поводъ къ разводу; въ противномъ случаѣ разводъ находился бы въ полной зависимости отъ усмотрѣнія сторонъ, которыя имѣли бы полную возможность нарушенія своего личнаго права [6]); въ самомъ дѣлѣ, онѣ вступали бы въ бракъ, или подавали бы поводъ къ его расторженію въ

---

[1]) Laurent, l. c., IV, № 56.
[2]) l. c., p. 136.
[3]) Fiore, l. c., II, § 652.
[4]) Wharton, l. c., § 208.
[5]) § 223.
[6]) §§ 232—233.

тѣхъ странахъ, законы которыхъ наиболѣе соотвѣтствовали бы ихъ цѣлямъ.

Компетенція основывается обыкновенно на домицилѣ мужа; жена считается юридически домицилированной въ мѣстѣ жительства мужа и тогда, когда они разошлись фактически по добровольному соглашенію, или если она покинула его по своей винѣ. Но если мужъ покидаетъ жену или вынуждаетъ ее покинуть семейный очагъ, она можетъ пріобрѣсти независимый домициль и искать въ немъ развода [1]).

Дайси возстаетъ, какъ и Уортонъ, противъ договорной и уголовной теорій развода. Конечно, если бы бракъ былъ простой контрактъ, то право на разводъ можно было бы конструировать какъ право оскорбленной стороны на расторженіе брака при условіяхъ, выговоренныхъ въ контрактѣ, и считать компетентнымъ судъ loci contractus. Но бракъ не простой контрактъ, и стороны, вступая въ бракъ, не имѣютъ въ виду его расторженія. Что же касается уголовной теоріи, то можно сказать, что разводъ не всегда наказаніе, напр. когда онъ дается вслѣдствіе сумашествія одного изъ супруговъ. Затѣмъ, если разводъ уголовное наказаніе, то на чемъ основана его экстратерриторіальная сила? По мнѣнію Дайси, разводъ не расторженіе договора, а уничтоженіе состоянія (status), продолженіе котораго государство считаетъ неудобнымъ по юридическимъ или политическимъ причинамъ. Поэтому lex loci contractus не можетъ стѣснить компетентный судъ, которымъ является, очевидно, судъ домициля [2]).

Уголовная теорія развода отчасти принята профессоромъ Ф. Ф. Мартенсомъ, который признаетъ нормальную компетенцію отечественнаго суда, но допускаетъ также вчинаніе иска въ судѣ мѣста совершенія преступленія, мотивирующаго разводъ [3]).

---

[1]) §§ 224—224.
[2]) Dicey, l. c., pp 753—755.
[3]) Ф. Ф. Мартенсъ, II, § 72.

2. Матеріальная компетенція.

У большинства современныхъ писателей мы встрѣчаемъ подчиненіе права разлученія и развода совокупному дѣйствію національнаго и территоріальнаго законовъ; въ основѣ этого рѣшенія лежитъ неправильное на нашъ взглядъ, различеніе положительнаго и отрицательнаго дѣйствія пресловутаго „публичнаго порядка“.

Теорія Фіоре крайне противорѣчива. Постоянное разлученіе онъ подчиняетъ одному національному закону супруговъ. Lex fori не играетъ здѣсь никакой роли [1]) и можетъ только мотивировать фактическое разлученіе (Separation de fait). Разводъ въ принципѣ тоже долженъ обсуждаться по національному закону супруговъ, такъ какъ иначе иностранные суды могли бы подорвать всѣ основы организаціи нашихъ семей [2]). Отсюда дѣлается однако только выводъ, что территоріальный судъ не можетъ дать развода вопреки національному закону [3]). Но судъ страны, гдѣ институтъ развода неизвѣстенъ, не можетъ постановить его между подданными государства, его признающаго. Здѣсь уже выдвигаются соображенія публичнаго порядка, территоріальнаго суверенитета и т. д. [4])

Точно также разсуждаетъ и Вейсъ. Недопустимость развода, установленная территоріальнымъ правомъ, относится къ „международному публичному порядку“ и касается иностранцевъ, какъ и туземцевъ. Но право на разводъ не связано съ этимъ порядкомъ; Франція ничуть не заинтересована въ томъ, чтобы иностранные подданные могли получать разводъ, отвергаемый ихъ національными законами. Такимъ образомъ разводъ возможенъ только тогда, когда онъ допускается и по національному закону и по lex fori. Что же касается ново-

[1]) Fiore, II, §§ 649, 655.
[2]) II, § 683.
[3]) II, § 685.
[4]) II, §§ 688 — 689.

довъ къ разводу, то ихъ Вейсъ уже прямо подчиняетъ территоріальному праву. Съ одной стороны, французскій судъ не даетъ иностранцамъ развода на основаніи простого соглашенія супруговъ или болѣзни одного изъ нихъ, такъ какъ эти поводы неизвѣстны французскому закону; а съ другой, прусскіе суды могли бы развести французскихъ супруговъ на основаніи поводовъ неизвѣстныхъ французскому закону, и за Франціей осталось бы только право непризнанія такого развода [1]).

II Деспанье признаетъ только нерасторжимость брака абсолютнымъ правиломъ, обязательнымъ для всѣхъ, туземцевъ и иностранцевъ. Примѣненіе же принципа расторжимости къ иностранцамъ вопреки ихъ національному закону недопустимо, такъ какъ ведетъ къ международнымъ конфликтамъ. Затѣмъ судъ можетъ постановить разводъ только на основаніи поводовъ, извѣстныхъ какъ территоріальному, такъ и національному праву [2]).

Такія же приблизительно воззрѣнія высказываетъ Дюранъ [3]). Точно также и Нимейеръ [4]) высказывается за обсужденіе развода и его поводовъ по національному праву и lex fori.

Гораздо логичнѣе вторая теорія, подчиняющая разводъ одному территоріальному праву. Сюда относится Баръ, который утверждаетъ, что разводъ относится прежде всего (im eminenten Sinne) къ jus publicum. Территоріальный законодатель не можетъ ни допустить развода иностранцевъ, въ случаяхъ, когда онъ считаетъ его безнравственнымъ, ни отказать въ немъ, когда безнравственнымъ ему кажется продолженіе брака между супругами. Баръ признаетъ, конечно, что разводъ зависитъ и отъ національнаго закона супруговъ, но вытекающій отсюда конфликтъ онъ разрѣшаетъ, какъ мы видѣли,

---

[1]) Weiss, l. c., pp. 530 — 540.
[2]) Despagnet, l. c, pp. 424 — 427.
[3]) Durand, l. c., pp. 365 — 367.
[4]) Niemeyer, Vorschläge, § 219.

тѣмъ, что объявляетъ компетентнымъ одинъ національный судъ [1]).

Тѣ же взгляды мы встрѣчаемъ у Ассера, который особенно категорически отвергаетъ различное отношеніе къ праву на разводъ и къ нерасторжимости брака. Судья, постановляющій разводъ, не выясняетъ и не защищаетъ уже существующихъ правъ, а создаетъ новый юридическій status лица, т. е. дѣйствуетъ какъ органъ публичной власти и слѣдовательно долженъ примѣнять lex fori [2])

Третья теорія подчиняетъ разводъ національному закону супруговъ. Самый видный представитель ея, Лоранъ, разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ. Территоріальный судъ не можетъ, конечно, развести иностранцевъ вопреки ихъ личному закону; этого требуетъ всемірный порядокъ (ordre universel), въ интересахъ котораго слѣдуетъ стремиться къ устраненію международныхъ конфликтовъ. Но съ другой стороны, законодатель, воспрещающій разводъ своимъ подданнымъ, долженъ его всетаки допускать для иностранцевъ; суверенитетъ здѣсь ни при чемъ, такъ какъ право на разводъ частное право [3]). Если относить нерасторжимость брака къ публичному порядку, то придется не признавать даже иностранныхъ разводовъ и отказывать имъ во всякомъ дѣйствіи; напримѣръ не разрѣшать разведеннымъ иностранцамъ вторичнаго вступленія въ бракъ [4]). Если отказывать въ разводѣ иностранцамъ во имя нравственности, то ихъ отечество можетъ, во имя той же нравственности, разводить нашихъ подданныхъ [5]). Наконецъ, иногда отечество не считаетъ себя компетентнымъ для развода домицилированныхъ за границей иностранцевъ и тогда отказъ въ разводѣ со стороны иностраннаго суда есть отказъ въ правосудіи. И Лоранъ восклицаетъ: „Странное

[1]) Bar, I, pp. 482 — 483, 498
[2]) Asser-Rivier, l. c., § 53.
[3]) Laurent, V., p. 257.
[4]) l. c., p. 276.
[5]) l. c., p. 280.

общеніе между народами, въ которомъ иностранцы нигдѣ не находили бы справедливости! Этого не можетъ быть, ибо въ мірѣ должно царить право“ [1]).

Но эта прекрасная теорія совершенно подрывается ученіемъ о поводахъ къ разводу. Здѣсь авторъ опять обращается къ своему излюбленному „публичному порядку“, и создаетъ совершенно произвольную классификацію. Если поводъ касается нарушенія „существенныхъ обязанностей брака“, то онъ обсуждается по національному закону; напр. иностранные супруги могутъ получить въ Бельгіи разводъ на основаніи злостнаго оставленія его другимъ супругомъ, хотя бельгійскій законъ не знаетъ этого повода. Но съ другой стороны, иностранный супругъ не можетъ требовать въ Бельгіи развода на основаніи болѣзни супруга, такъ какъ этотъ поводъ считается безнравственнымъ. Очевидно, такое различеніе не имѣетъ объективнаго базиса [2]).

Положенія Лорана раздѣляется Оливи, который однако послѣдовательнѣе, и примѣняетъ ихъ и къ поводамъ [3]). Но за то Оливи выставляетъ другое положеніе, трудно согласимое съ его общей теоріею. По его мнѣнію, подданные страны, допускающей одинъ разводъ, могутъ получить разлученіе въ странѣ, не знающей развода, притомъ на основаніи поводовъ къ разводу по ихъ національному закону [4]). Это очевидное нарушеніе національнаго начала.

Мы не останавливаемся здѣсь на англо-американскихъ писателяхъ, для которыхъ компетентное матеріальное и формальное право совпадаютъ, одинаково опредѣляясь по домицилю [5]).

---

[1]) Laurent, l. c., V, p. 277.
[2]) Laurent, l. c., V, §§ 134 — 137.
[3]) Olivi (Revue 1883, pp. 376 — 380)
[4]) l. c., pp. 369 — 370.
[5]) См. выше.

3. Вліяніе перемѣны національности.

А. Оба супруга мѣняютъ подданство.

Баръ, относящій разводъ къ jus publicum, подчиняетъ его, конечно, національному закону въ моментъ процесса [1]); онъ не допускаетъ однако, чтобы факты, имѣвшіе мѣсто до перемѣны подданства, сдѣлались поводами къ разводу на основаніи одного новаго закона [2]). Эти факты не имѣли вѣдь юридическаго бытія. — Если оба супруга натурализуются за границей спеціально съ цѣлью развода, то и тогда слѣдуетъ его признать въ интересахъ международнаго единства семейныхъ отношеній [3]). Такимъ супругамъ слѣдуетъ только воспретить возвращеніе въ прежнее подданство.

Такого же мнѣнія Лоранъ, который замѣчаетъ, что экспатріація, съ открытой цѣлью избавиться отъ ненавистнаго закона не есть обходъ его [4]).

Въ пользу новаго закона супруговъ высказывается также Фіоре, однако только въ случаѣ отсутствія съ ихъ стороны fraus [5]): право на разводъ не есть частное право сторонъ, и законъ новаго отечества модифицируетъ его, какъ могъ измѣнить его и законъ стараго. Поэтому, новый законъ примѣнимъ и къ фактамъ, случившимся до натурализаціи. Этотъ взглядъ раздѣляетъ и Деспанье [6]): право развода вовсе не получаетъ здѣсь обратной силы, а возникаетъ вновь на основаніи раньше поданнаго повода. За новый законъ стоятъ также Вейсъ [7]) и Оливи [8]).

---

[1]) Совпадающему съ lex fori

[2]) Bar, I, pp 486 — 487.

[3]) l. c., p. 491.

[4]) „Il n'y a point de fraude à faire ce qu'on a le droit de faire, Laurent, V, pp. 341 и 362.

[5]) II, p. 219 — 221.

[6]) Despagnet, p. 437.

[7]) Weiss, p. 532.

[8]) Revue, 1883, p. 382.

В. Одинъ изъ супруговъ мѣняетъ подданство.

По мнѣнію Бара, государство, въ подданство котораго перешелъ одинъ изъ супруговъ, должно примѣнить къ нему свое бракоразводное право, не стѣсняясь законами страны, въ которой остался другой супругъ. Если не принять этого положенія, то пришлось бы примѣненіе всѣхъ внутреннихъ законовъ о разводѣ ставить въ зависимость отъ согласія обѣихъ сторонъ, тогда какъ это согласіе не имѣетъ никакого значенія [1]).

Фіоре дѣлаетъ здѣсь не совсѣмъ логичное различеніе, не примѣняя закона новаго отечества къ фактамъ, происшедшимъ до натурализаціи, и распространяя его на факты, происшедшіе послѣ нея. Въ послѣднемъ случаѣ, жена почему то считается подчиненной новому закону мужа. Въ случаѣ fraus, этотъ законъ однако вообще не примѣнимъ [2]).

Въ противоположномъ лагерѣ мы отмѣтимъ прежде всего Лаббе. Знаменитый юристъ полагаетъ, что бракъ — контрактъ, хотя и касается публичнаго порядка. Ни одна изъ сторонъ не можетъ посредствомъ перемѣны національности подчинить другую закону, котораго та не имѣла въ виду при вступленіи въ бракъ. Для измѣненія эффектовъ брака компетентенъ законодатель, къ сферѣ котораго бракъ относится всецѣло, такъ какъ онъ одинъ можетъ измѣнить ихъ для обоихъ супруговъ. Односторонніе же измѣненія брачнаго отношенія немыслимы: бракъ или существуетъ для обѣихъ сторонъ, или вовсе не существуетъ [3]).

Особеннаго вниманія заслуживаютъ также разсужденія Габбы. Итальянскій ученый рѣшительно становится на международную точку зрѣнія, утверждая, что ни одинъ супругъ не можетъ какимъ бы то ни было способомъ воспользо-

---

[1]) Bar, I, 489.
[2]) Fiore, II, §§ 691 — 692.
[3]) Labbé въ Journal Clunet 1877, pp. 1 — 26.

ваться законами другой страны для того, чтобы нарушить благопріобрѣтенныя права другого супруга [1]).

Къ теоріи Лаббэ примыкаютъ Лоранъ [2]), Вейссъ [3]) и др.

II. Институтъ международнаго права.

На Гейдельбергской сессіи 1887 года Институтъ регулировалъ международное бракоразводное право въ духѣ проектовъ Кенига и Вестлэка. А именно, вопросъ о допустимости развода вообще объявленъ зависящимъ отъ національнаго закона супруговъ; поводы же къ разводу подчинены lex fori. Проектъ Кенига предлагалъ кромѣ того признать исключительную компетенцію суда домициля, но Институтъ пока оставилъ этотъ вопросъ въ сторонѣ [4]).

Международный регламентъ, вотированный въ Лозаннѣ 5 Сентября 1888 года, гласитъ слѣдующее:

Ст. 17. Вопросъ о законной допустимости или недопустимости развода зависитъ отъ національнаго законодательства супруговъ.

Ст. 18. Если разводъ въ принципѣ признанъ національнымъ закономъ, то поводы, его мотивирующіе, должны обсуждаться по lex fori.

Разводъ, такимъ образомъ постановленный компетентнымъ судомъ, долженъ быть признанъ повсюду [5]).

Эти резолюціи подверглись строгой, но справедливой критикѣ Бара [6]). Дѣйствительно, трудно отрицать внутреннее противорѣчіе обѣихъ статей. Различіе поводовъ къ разводу соотвѣтствуетъ не менѣе глубокому различію въ соціальныхъ

[1]) Gabba въ Revue pratique de droit français. Tome 42 (1876), pp. 369 — 414.

[2]) Laurent, V, p. 351.

[3]) Weiss, l. c., p. 531.

[4]) Отмѣтимъ, что во время преній проф. Бруза высказался за компетентность суда домициля для развода иностранцевъ, хотя бы lex fori не знала развода, Annuaire IX, p. 123.

[5]) Annuaire X, p. 78.

[6]) Bar, I, pp. 500 — 502.

воззрѣніяхъ государствъ, чѣмъ различіе въ воззрѣніяхъ на самую расторжимость брака; и въ томъ и въ другомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи объ уступкахъ въ пользу lex fori. — Кромѣ того, Институтъ не высказался по вопросу о компетенціи, что дѣлаетъ его резолюціи крайне неопредѣленными.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Кодификація.

I. Гаагская Конференція 1894 года.

Сущность положеній, выработанныхъ I коммиссіею Второй Гаагской Конференціи (1894 года), сводится къ слѣдующему.

Воля супруговъ должна быть лишена всякаго вліянія на опредѣленіе закона, которому подчинены разводъ и разлученіе; бракъ невозможно уподобить другимъ контрактамъ.

Въ принципѣ расторженіе брака должно регулироваться тѣмъ же закономъ, который опредѣлялъ условія его образованія, т. е. національнымъ закономъ супруговъ. Здѣсь слѣдуетъ однако различать двѣ гипотезы:

1. Національный законъ супруговъ не допускаетъ развода.

Очевидно, что если lex fori знаетъ и разводъ и разлученіе, то нельзя утверждать, что разводъ требуется территоріальнымъ публичнымъ порядкомъ, и поэтому иностраннымъ супругамъ слѣдуетъ дать одно разлученіе, согласно ихъ національному закону. Но конфликтъ становится прямо неразрѣшимымъ, если lex fori знаетъ одинъ разводъ, а между тѣмъ публичный порядокъ требуетъ прекращенія совмѣстной жизни супруговъ.

2. Національный законъ супруговъ допускаетъ разводъ.

Въ данномъ случаѣ общій принципъ терпитъ ограниченіе. Отъ страны, не признающей развода, нельзя требовать, чтобы она позволила своимъ судамъ разводить иностранцевъ. Законъ,

устраняющій разводъ, есть законъ абсолютнаго публичнаго порядка.

Изъ всего сказаннаго слѣдуетъ, что разводъ можетъ быть постановленъ только въ случаѣ допущенія его и національнымъ закономъ супруговъ и lex fori

Подъ національнымъ закономъ разумѣется законъ супруговъ въ моментъ иска. Если же, вслѣдствіе натурализаціи одного изъ нихъ, супруги принадлежатъ разнымъ государствамъ, то слѣдуетъ руководствоваться ихъ послѣднимъ общимъ закономъ. „Неразумно (pas raisonable) допустить, чтобы положеніе, созданное этимъ закономъ для обоихъ супруговъ, могло бы быть радикально измѣнено дѣйствіемъ одного изъ нихъ“.

Что касается столкновенія законовъ, допускающихъ разводъ, но расходящихся въ опредѣленіи поводовъ къ нему, то коммисія не пришла къ единогласному рѣшенію. Всѣ члены ея согласились, что невозможно опредѣлять поводы къ разводу по одному національному закону супруговъ. Два члена пошли еще дальше и предложили формулу Института Международнаго права, подчиняющую поводы lex fori. Въ защиту этого положенія они приводили слѣдующія соображенія: для судьи легче примѣнить свой, чѣмъ чужой законъ; если требовать совпаденія національнаго закона и lex fori, то придется почти всегда отказывать въ разводѣ, такъ какъ полное совпаденіе бываетъ крайне рѣдко; здѣсь нѣтъ къ тому же такой пропасти, какъ между законодательствами, признающими и отвергающими самый институтъ развода; поэтому, лучше всего принять среднее рѣшеніе.

Другіе члены коммисіи отвергли, однако, это мнѣніе. Аргументъ объ удобствахъ судей конечно не серьезенъ. Вообще же мнѣніе меньшинства въ прямомъ противорѣчіи съ общими началами, принятыми для расторжимости брака. Въ тѣхъ случаяхъ, когда одно изъ двухъ государствъ не допускаетъ развода по извѣстному поводу, нельзя сказать, что разводъ допускается обоими. Отечество супруговъ никогда не допуститъ такого обхода своихъ законовъ. Что же касается замѣчанія,

что поводы къ разводу никогда не совпадаютъ, то оно невѣрно: серьезные поводы всюду одни и тѣ же, а тамъ гдѣ есть разногласіе, и слѣдуетъ отказывать въ разводѣ, будь ли то въ силу національнаго закона, или въ силу lex fori.

Переходя къ разлученію, коммисія установляетъ сначала общій принципъ, что оно допускается при совпаденіи національнаго закона и lex fori. Но затѣмъ она высказывается также за допустимость разлученія, если оно одно извѣстно lex fori, а національный законъ знаетъ одинъ разводъ. Конечно, сомнительно, чтобы отечество супруговъ признало такое разлученіе. Но во всякомъ случаѣ, для него это признаніе легче, чѣмъ для территоріальнаго государства—допущеніе развода. Кромѣ того, супруги иногда не имѣютъ фактической или юридической возможности получить разводъ въ отечественныхъ судахъ, а между тѣмъ прекращеніе ихъ союза необходимо.

Коммисія признаетъ компетенцію суда домициля супруговъ для разлученія и развода: судьи домициля обыкновенно наиболѣе компетентны для обсужденія дѣла, а кромѣ того, супруги часто утрачиваютъ право судиться въ національныхъ судахъ, такъ что отсылка ихъ къ этимъ судамъ равносильна отказу въ правосудіи. Въ случаѣ, когда жена имѣетъ особый домициль, компетентенъ судъ отвѣтчика.

Національный судъ, конечно, остается тоже компетентнымъ, а въ двухъ случаяхъ его компетенція исключительна. Во-первыхъ, страны съ церковной юрисдикціей могутъ не признавать заграничныхъ разводовъ своихъ подданныхъ, постановленныхъ гражданскими судами. Во-вторыхъ, къ національному суду придется обращаться въ случаяхъ, когда національный законъ знаетъ одно разлученіе, а lex fori одинъ разводъ [1]).

Ходъ преній.

Въ самомъ началѣ обсужденія вопроса о разводѣ и разлученіи въ Конференціи (9 Іюля 1894 года), проф. Ф. Ф.

[1]) Actes de la Deuxieme Conference de la Haye 1894, pp. 83—87.

Мартенсъ дѣлаетъ слѣдующее заявленіе: „Въ виду законовъ, дѣйствующихъ въ настоящее время въ Россіи, участіе русскихъ делегатовъ въ начавшихся преніяхъ будетъ носить исключительно доктринальный и теоретическій характеръ".

Итальянскій делегатъ г. Пьерантони замѣчаетъ, что система коммисіи лишаетъ юриспруденцію страны, не знающей развода, возможности дать его иностранцамъ.

Норвежскій уполномоченный г. Бейхманъ указываетъ на внутреннее противорѣчіе въ докладѣ, провозглашающемъ, что запретъ развода относится къ публичному порядку, а возможность разводиться — нѣтъ; лично г. Бейхманъ высказывается противъ кумулятивной системы и въ пользу преобладанія одной lex domicilii.

Швейцарскій делегатъ г. Рогэнъ предлагаетъ поправку, по которой государство, не признающее развода для своихъ подданныхъ, могло бы разводить иностранцевъ. Но эта поправка встрѣчаетъ сильную оппозицію (между прочимъ со стороны проф. Мартенса) и взята назадъ.

Бельгійскій далегатъ г. Беекманъ находитъ, что коммисія зашла слишкомъ далеко, требуя совпаденія національнаго и территоріальнаго законовъ не только для расторжимости брака, но и для поводовъ къ разводу. По мнѣнію г. Беекмана, поводы слѣдовало бы обсуждать по національному закону; отъ этого положенія онъ дѣлаетъ однако опять отступленіе, относя запрещеніе разводиться по взаимному согласію къ публичному порядку.

Г. фан-ден-Бульке присоединяется къ своему коллегѣ Беекману. Напротивъ того, гг. Мейли (Швейцарія), Миссиръ (Румынія), Коризмичъ (Венгрія) и проф. Мартенсъ (Россія) высказываются за систему Института Международнаго права, опредѣляющаго поводы къ разводу по lex fori.

Г. Легранъ (Франція) замѣчаетъ, что при системѣ Института слишкомъ легко обходить отечественные законы; достаточно было бы маленькаго путешествія въ Швейцарію, гдѣ судьи постановляютъ разводъ по своему усмотрѣнію. Раздѣ-

ляющій это воззрѣніе Г. Фейтъ (Голландія) обращаетъ вниманіе на то обстоятельство, что большинство законодательствъ предписываетъ женѣ слѣдовать за мужемъ, который такимъ образомъ можетъ выбрать наиболѣе удобную для него юрисдикцію.

Г. Беелаэртсъ-фан-Блокландъ (Голландія) предпочелъ бы, чтобы вопросъ о поводахъ былъ рѣшенъ конвенціей между отдѣльными государствами. Во всякомъ случаѣ, онъ противъ системы коммисіи, которая не согласуетъ, а просто кумулируетъ совершенно разнородные поводы и создаетъ такой „mixtum quid“, котораго не принялъ бы ни одинъ законодатель.

Г. Рагузенъ (Голландія) не раздѣляетъ мнѣнія своего коллеги, считая систему коммисіи вполнѣ логичной.

Г. Фонъ-Клеемпутте (Бельгія) указываетъ что если руководствоваться одной lex fori или одной lex domicilii, то мужъ можетъ легко подчинить жену другому закону, чѣмъ тотъ, которому она подчинилась, вступая въ бракъ.

Бар. Секендорфъ (Германія) соглашается съ коммисіей, такъ какъ система Института противорѣчитъ принципу, принятому для эффектовъ брака, а предложеніе г. Беекмана не считается съ требованіями публичнаго порядка.

Г. Рогэнъ (Швейцарія) защищаетъ систему Института. Система коммиссіи, между прочимъ, легко можетъ привести къ отказу въ разводѣ, разрѣшаемомъ каждымъ изъ двухъ сталкивающихся законовъ, такъ какъ поводы могутъ быть обозначены различными терминами.

Г. Миссиръ (Румынія) стоитъ за теорію Института потому, что поводы къ разводу относятся не только къ дѣеспособности сторонъ, но и къ формѣ или процессу.

Г. Пьерантони (Италія) проситъ сторонниковъ системы Института отказаться отъ оппозиціи, такъ какъ иностранцы, которымъ отказано въ разводѣ по lex fori, всегда могутъ обратиться въ свои національные суды.

„Кумулятивный“ принципъ коммисіи ставится на баллотировку и принимается большинствомъ 8 голосовъ (Россія,

Германія, Австрія, Франція, Бельгія, Испанія, Люксембургъ, Швеція) противъ 6 (Венгрія, Данія, Италія, Румынія, Норвегія, Швейцарія) и 1 воздержанія (Голландія). Затѣмъ большинствомъ 10 голосовъ принимается поправка проф. Мартенса: „Въ случаѣ несогласія между національнымъ закономъ и lex fori, разводъ не можетъ быть постановленъ".

Конференція переходитъ къ вопросу о разлученіи.

Г. Рогэнъ замѣчаетъ, что Швейцарія никогда не признавала дѣйствительности постояннаго разлученія, постановленнаго между швейцарцами за границей. Поэтому, онъ лично высказывается противъ предложенія коммисіи, по которому разлученіе можетъ быть дано въ силу одной lex fori. Гг. Шмеманъ и Рагузенъ тоже высказываются противъ этого предложенія.

Г. Рено указываетъ, что система коммиссіи въ данномъ вопросѣ представляетъ ту попытку примиренія двухъ сталкивающихся законовъ, на отсутствіе которой жаловались при обсужденіи развода.

Наконецъ, конференція принимаетъ предложеніе коммиссіи.

Точно также принимается кумулятивный принципъ для поводовъ къ разлученію, хотя г. Беекманъ повторяетъ свой протестъ.

При обсужденіи вопроса о компетенціи, г. Рено замѣчаетъ, что въ виду законодательствъ нѣкоторыхъ странъ, въ которыхъ разводъ дается иногда сувереномъ, можно вмѣсто „вчинанія иска о разводѣ" говорить въ протоколѣ о „подачѣ просьбы". Но г. Матценъ (Данія), не довольствуясь этимъ, предлагаетъ поправку, по которой слѣдуетъ обращаться не къ „компетентному суду", а къ „компетентной власти". Поправка эта отклоняется конференціей большинствомъ 8 голосовъ противъ 6 (Даніи, Испаніи, Голландіи, Румыніи, Россіи и Норвегіи).

Г. Бейхманъ указываетъ, что въ Норвегіи жена и до разлученія можетъ имѣть отдѣльный домициль, а потому проситъ не ставить признанія такого домициля въ зависи-

мость отъ разлученія. Конференція принимаетъ статью о компетенціи, предоставивъ редакціонной коммиссіи сдѣлать надлежащія измѣненія [1]).

10 Іюля I коммиссія представила окончательный проектъ, тутъ же принятый Конференціей.

I [2])

C. Разводъ и разлученіе.

Ст. 1.

Супруги въ правѣ просить о разводѣ въ томъ только случаѣ, если ихъ отечественный законъ и законъ мѣста заявленія просьбы признаютъ за ними это право.

Ст. 2.

Просить о разводѣ можно только по причинамъ, одинаково допускаемымъ какъ отечественнымъ закономъ супруговъ, такъ и закономъ мѣста предъявленія иска. Въ случаѣ противорѣчія между отечественнымъ закономъ супруговъ и закономъ страны, гдѣ была просьба заявлена, — разводъ не можетъ послѣдовать.

Ст. 3.

Просьба о разлученіи допускается:

1. Если отечественный законъ супруговъ и законъ мѣста предъявленія иска одинаково допускаютъ разлученіе.

2. Если отечественный законъ допускаетъ только разводъ, а законъ мѣста, гдѣ предъявленъ искъ, допускаетъ только разлученіе.

Ст. 4.

Просить о разлученіи можно только по причинамъ, одинаково допускаемымъ какъ отечественнымъ закономъ су-

[1]) Actes de la deuxième Conférence de la Haye (1894), pp. 73—79.

[2]) Мы пользуемся переводомъ „Совѣщанія“ образованнаго при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ для изученія программы III Гаагской Конференціи.

пруговъ, такъ и закономъ мѣста предъявленія иска. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ пунктомъ 2 статьи 3, надлежитъ сообразоваться съ поводами къ разводу, допускаемыми отечественнымъ закономъ.

Ст. 5.

Просьба о разводѣ или разлученіи можетъ быть заявлена:

1. Въ подлежащемъ судѣ мѣста жительства супруговъ. Если, согласно ихъ отечественному законодательству, супруги не имѣютъ одного и того же мѣста жительства, подлежащимъ судомъ является судъ мѣста жительства отвѣтчика.

При этомъ, однако, примѣняется отечественный законъ, устанавливающій для церковныхъ браковъ особую подсудность, исключительно компетентную для разсмотрѣнія просьбъ о разводѣ и о разлученіи.

2. Въ подлежащемъ судѣ, согласно отечественному закону супруговъ.

Ст. 6.

При различномъ подданствѣ супруговъ, отечественнымъ ихъ закономъ, при примѣненіи предшедшихъ статей, признается послѣднее общее ихъ законодательство [1]).

[1]) **Protocole Final.**

I.

C. **Divorce et séparation de corps.**

Article 1.

Les époux ne sont admis à former une demande en divorce que si leur loi nationale et la loi du lieu où la demande est formée les y autorisent.

Article 2

Le divorce ne peut être demandé que pour les causes admises à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où l'action est intentée. En cas de contradiction entre la loi nationale des époux et celle du pays où la demande a été formée le divorce ne pourra pas être prononcé.

Article 3

La séparation de corps peut être demandée. 1°. Si la loi nationale des époux et la loi du lieu où l'action est intentée l'admettent également,

II. Критика Гаагскаго протокола.

Къ 1 статьѣ.

Мы рѣшительно высказываемся противъ „кумулятивнаго“ принципа, принятаго Конференціей, по слѣдующимъ причинамъ.

1. Съ точки зрѣнія отдѣльныхъ государствъ, нелогично относить запрещеніе развода къ публичному порядку, а допустимость нѣтъ. Теоріи Бара и Ассера намъ кажутся несравненно логичнѣе теорій Фіоре, Вейсса и Деспанье.

2. Но и съ точки зрѣнія международнаго общенія нѣтъ основанія дѣлать въ данномъ вопросѣ уступку публичному порядку, даже въ его отрицательномъ проявленіи. Невозможно уподобить разводъ полигаміи и кровосмѣшенію. Эти два явленія просто несоизмѣримы съ нашей цивилизаціей, такъ какъ нарушаютъ существенные, постоянные элементы брака въ нашемъ пониманіи. Расторжимость же брака невозможно признать безнравственной въ предѣлахъ нашей циви-

---

2°. Si la loi nationale n'admet que le divorce et si la loi du lieu où l'action est intentée n'admet que la séparation de corps.

ARTICLE 4

La séparation de corps ne peut être demandee que pour les causes admises à la fois par la loi nationale des époux et par la loi du lieu où l'action est intentée. Dans le cas prévu pas l'art 3, 2°, on se référera aux causes de divorce admises par la loi nationale.

ARTICLE 5.

La demande en divorce ou en séparation de corps peut être formée:

1°. Devant le tribunal compétent du lieu où les époux sont domiciliés. Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile; le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.

Toutefois est réservée l'application de la loi nationale qui, pour les mariages réligieux, établirait une juridiction spéciale exclusivement compétente pour connaître des demandes en divorce ou en séparation de corps;

2°. Devant la juridiction compétente d'après la loi nationale des époux.

ARTICLE 6.

Si les époux n'ont pas la même nationalité, leur dernière législation commune devra, pour l'application des articles précédents, être considérée comme leur loi nationale.

лизаціи, какъ нельзя признать безнравственной и нерасторжимость. Франція, отмѣнившая разводъ въ 1816 году и вновь установившая его въ 1884 году, не имѣетъ, конечно, права считать итальянское законодательство, отвергающее разводъ, безнравственнымъ. Расторжимость и нерасторжимость брака относится несомнѣнно къ его перемѣннымъ элементамъ, опредѣляемымъ не случайнымъ закономъ суда, а закономъ, компетентнымъ съ точки зрѣнія международнаго общенія.

3. Этимъ компетентнымъ закономъ можетъ быть только національный законъ супруговъ. Всѣ тѣ соображенія, которыя побудили насъ подчинить этому закону личныя условія вступленія въ бракъ, заставляютъ насъ подчинить ему и расторжимость брака. Одинъ національный законодатель компетентенъ для опредѣленія, что болѣе соотвѣтствуетъ духу его народа: нерасторжимость разъ заключеннаго союза, во имя его святости, или же—расторжимость, если эта святость поругана тѣмъ или другимъ супругомъ.

4. Территоріальный законъ, на нашъ взглядъ, не можетъ вліять на разводъ ни въ положительномъ, ни въ отрицательномъ смыслѣ.

А. Нельзя допустить, чтобы супруги посредствомъ выбора суда могли бы обходить отечественные законы, запрещающіе имъ разводиться. Мѣстныя власти могутъ фактически разлучить супруговъ, если совмѣстная ихъ жизнь является скандаломъ или даже опасною для того или другого, но никакъ не разводить ихъ. Противъ развода въ данномъ случаѣ говоритъ уже то чисто международное соображеніе, что онъ не будетъ признанъ отечествомъ супруговъ.

В. Если же національный законъ признаетъ разводъ, а территоріальный нѣтъ, то отказъ въ разводѣ иностранцевъ приведетъ весьма часто къ отказу въ правосудіи. Такъ, нѣмцы, домицилированные въ Италіи, по этой теоріи не получатъ развода ни въ Италіи, ни въ Германіи. Такимъ образомъ, и здѣсь преобладаніе территоріальнаго закона должно быть отвергнуто въ интересахъ международнаго общенія.

5. Если мы обратимся къ юриспруденціи, то окажется, что, дѣйствительно, большинство государствъ подчиняютъ разводъ lex fori, но при этомъ почти всегда отказываютъ иностраннымъ судамъ въ примѣненіи того же закона къ подданнымъ этихъ государствъ. Такъ поступаютъ напр. Англія и Австрія. Очевидно, что такая система есть отрицаніе всякаго международнаго права. Швейцарія разводитъ по lex fori, но требуетъ гарантіи, что рѣшеніе будетъ признано отечествомъ супруговъ. Кумулятивный принципъ принятъ новымъ германскимъ кодексомъ. Наконецъ, нѣкоторыя государства (напр. Франція, Бельгія, Италія) подчиняютъ разводъ національному закону супруговъ. Особеннаго вниманія заслуживаетъ новѣйшая итальянская юриспруденція, допускающая разводъ иностранцевъ въ итальянскихъ судахъ. Юриспруденція эта является живымъ отвѣтомъ на аргументъ сторонниковъ lex fori, будто въ странѣ, не знающей развода, уже отсутствіе процессуальныхъ правилъ помѣшать дать его иностраннымъ супругамъ. Напомнимъ, кстати, что этотъ аргументъ могъ бы быть направленъ и противъ узаконенія иностранныхъ дѣтей въ странахъ, не знающихъ узаконенія. Между тѣмъ Конференція пренебрегла этимъ соображеніемъ при обсужденіи вопроса объ узаконеніи — и была совершенно права, на нашъ взглядъ.

На основаніи всего вышесказаннаго мы предлагаемъ 1 статью протокола I, с. измѣнить слѣдующимъ образомъ:

Ст. 1. Супруги въ правѣ просить о разводѣ, если ихъ отечественный законъ признаетъ за ними это право.

Къ 2 статьѣ.

Всѣ соображенія, приведенныя противъ 1 статьи протокола I, с., говорятъ и противъ 2 статьи его. Нельзя не согласиться съ г. Беелаэртсъ-фонъ-Блокландомъ, что кумулятивная система Конференціи подчиняетъ лицо такому строгому бракоразводному праву, какого ни одинъ законодатель не измыслилъ для своихъ подданныхъ. Нельзя также

принять и систему Института; критики, предъявленныя противъ нея, какъ въ наукѣ (Баромъ), такъ и на Конференціи, намъ кажутся вполнѣ убѣдительными. Какъ самый разводъ, такъ и поводы къ нему должны обсуждаться исключительно по національному закону супруговъ. Поэтому, по нашему мнѣнію, 2-ую статью протокола I, с. слѣдовало бы формулировать такъ: „Разводъ долженъ быть основанъ исключительно на поводахъ, допускаемыхъ національнымъ закономъ супруговъ".

Къ 3 и 4 статьямъ.

Въ вопросѣ о разлученіи Конференція отступила отъ кумулятивнаго принципа, но, какъ намъ кажется, въ нежелательномъ направленіи. Дѣйствительно, трудно понять, почему отечеству супруговъ легче признать отвергаемое имъ разлученіе, постановленное по lex fori между его подданными, чѣмъ территоріальному государству постановить разводъ между чужестранцами? На нашъ взглядъ, какъ разъ на оборотъ. Разъ Швейцарія считаетъ разлученіе безнравственнымъ, то она не признаетъ разлученія швейцарцевъ точно также, какъ Италія не признаетъ развода итальянцевъ. Конференція не рѣшилась провозгласить территоріальный принципъ для развода. Мы не находимъ возможнымъ признать этотъ принципъ и для разлученія. Особенно же нелогично опредѣлять поводы къ такому разлученію, постановляемому въ силу одной lex fori, по національному закону, имѣвшему въ виду одинъ разводъ и поэтому содержащему только самые тяжкіе поводы къ расторженію брака.

Мы предлагаемъ, поэтому, слѣдующее видоизмѣненіе 3 и 4 статей протокола I, с.

„3 статья. О разлученіи можно просить, если оно допускается отечественнымъ закономъ супруговъ.

4 статья. Поводы къ разлученію опредѣляются по одному отечественному закону супруговъ".

Къ 5 статьѣ.

Доводы, приводимые Дайси и Уортономъ противъ договорной и уголовной теорій развода. вполнѣ убѣдительны. Компетенція суда мѣста заключенія брака или мѣста, гдѣ поданъ поводъ къ разводу, предполагаетъ примѣненіе этими судами lex fori, т. е. прямое нарушеніе національнаго закона въ зависимости отъ усмотрѣнія сторонъ. Точно также добровольное подчиненіе супруговъ извѣстной юрисдикціи. на нашъ взглядъ, не имѣетъ рѣшающаго значенія: компетенціи разграничиваются государствами въ интересахъ супруговъ. но не могутъ зависѣть отъ ихъ случайнаго усмотрѣнія. Наконецъ, и простое пребываніе иностранныхъ супруговъ въ странѣ не устанавливаетъ между нею и ними настолько тѣснаго единенія, чтобы основывать на немъ компетенцію для измѣненія ихъ личнаго состоянія.

Компетентнымъ для развода и разлученія судомъ является, конечно, прежде всего судъ національный, примѣняющій національное право супруговъ и одинъ способный на авторитетное толкованіе его. Но исключительной компетенціею національнаго суда ограничиться невозможно. Должна быть также признана компетенція суда мѣстожительства супруговъ въ моментъ иска, и это по слѣдующимъ основаніямъ:

1. Отсылка супруговъ къ ихъ „естественнымъ“, т. е. національнымъ судьямъ иногда для нихъ крайне обременительна. Представимъ себѣ напр. двухъ русскихъ, живущихъ въ Бразиліи, которымъ для развода предлагаютъ съѣздить въ отечество [1]).

2. Судъ страны, въ которой протекала супружеская жизнь, является наиболѣе компетентнымъ для обсужденія фактической стороны дѣла, что для отечества иногда прямо невозможно.

---

[1]) Мы не приводимъ знаменитаго аргумента о безсудіи, который столь часто встрѣчается во французской юриспруденціи, такъ какъ отечество могло бы быть обязано по конвенціи къ разводу домицилированныхъ за границей подданныхъ.

3. Судъ домициля, по нашей теоріи, можетъ всегда примѣнить національный законъ супруговъ и даже дать имъ разводъ или разлученіе, не допускаемые по lex fori для туземцевъ. Поэтому отечество супруговъ не имѣетъ основанія отказывать въ исполненіи рѣшенію, постановленному согласно его законамъ.

4. Говорятъ, правда [1]), что судъ мѣстожительства можетъ легко ошибиться въ толкованіи чуждаго ему по духу права. Это возможно, но, на нашъ взглядъ, не является несправедливостью. При размежеваніи законодательныхъ сферъ желательно соблюденіе высшей справедливости, которая велитъ за каждымъ закономъ оставлять принадлежащую ему мѣру вліянія. Національность сторонъ отражается на выборѣ компетентнаго матеріальнаго права; мѣстожительство ихъ отразится на толкованіи этого права. И стороны тѣмъ менѣе могутъ роптать на такое вліяніе, что юрисдикція домициля представляетъ имъ вышеуказанныя преимущества при обсужденіи фактической стороны дѣла.

5. Наконецъ, въ пользу компетентности суда мѣстожительства можно привести и нарождающееся обычное международное право. Компетенція эта признается въ Англіи, Шотландіи, Германіи, Австріи, Франціи, Бельгіи, Соединенныхъ Штатахъ, а отчасти и въ Швейцаріи и Венгріи [2]).

Такимъ образомъ, мы вполнѣ присоединяемся къ принципу 5 статьи, по которому компетентнымъ для развода и разлученія является судъ общаго домициля супруговъ. Но за то намъ кажется, что въ случаѣ, если у супруговъ различный домициль, то невозможно допустить компетенцію одного суда отвѣтчика. Супругъ, злостно покинувшій другого, могъ бы при такомъ порядкѣ вещей легко лишить покинутаго возможности добиться развода, скрывшись гдѣ нибудь за границей. Помимо того, было бы несправедливо заставлять покинутаго совершать

[1]) Это возраженіе намъ было сдѣлано нашимъ товарищемъ А. А. Пиленко.

[2]) См. выше

убыточное путешествіе въ отдаленныя страны. Не идя такъ далеко, какъ американская практика, высказывающаяся за компетенцію реальнаго домицила истца, мы предлагаемъ принять конкуррирующую компетенцію судовъ мѣстожительства истца или отвѣтчика.

При этомъ, мы протестуемъ противъ опредѣленія наличности отдѣльнаго домицила у супруговъ по ихъ національному закону, какъ это предлагаетъ 5 статья. Домицилъ, какъ и національность, предполагаются Гаагской конференціей правильно установленными съ точки зрѣнія международнаго общенія. 5 же статья содержитъ „отсылку“ къ національному закону, которой мы, согласно общей нашей системѣ, принять не можемъ.

Противъ той же „отсылки“ мы должны возстать и по поводу 2 § 5 статьи, который провозглашаетъ компетенцію не національнаго суда, а юрисдикціи, компетентной по національному закону супруговъ.

Наконецъ, по поводу оговорки 1 § 5 статьи относительно расторженія церковныхъ браковъ церковными же судами, мы можемъ только повторить замѣчанія, сдѣланныя при критикѣ 4-й статьи протокола I a (о формѣ брака) [1]). На нашъ взглядъ, исключеніе можетъ быть допущено только для браковъ православныхъ. — Нѣтъ никакого основанія требовать непремѣннаго расторженія духовными судами такихъ браковъ, для которыхъ церковное вѣнчаніе является чисто-формальнымъ элементомъ.

Мы предложили бы, поэтому, такое чтеніе 5 статьи протокола I, c.

Ст. 5.

„Просьба о разводѣ или разлученіи можетъ быть заявлена:

1. Въ подлежащемъ судѣ мѣстожительства супруговъ. Если супруги не имѣютъ общаго мѣстожительства, то подлежащимъ является судъ мѣстожительства каждаго изъ нихъ.

[1]) См. стр. 236 и слѣд.

При этомъ, однако, примѣняется отечественный законъ, устанавливающій для православныхъ браковъ особую подсудность, исключительно компетентную для разсмотрѣнія просьбъ о разводѣ и о разлученіи.

2. Въ подлежащемъ отечественномъ судѣ супруговъ"

Къ 6 статьѣ.

Изъ всѣхъ предшествующихъ статей протокола I, с, какъ и изъ 6-й статьи слѣдуетъ, что подъ національнымъ закономъ супруговъ разумѣется національный законъ въ моментъ иска. Дѣйствительно, если оба супруга натурализовались послѣ вступленія въ бракъ, то нѣтъ никакого основанія ставить расторжимость или нерасторжимость этого брака въ зависимость отъ прежняго національнаго закона, уже болѣе не заинтересованнаго въ томъ или другомъ состояніи супруговъ. Поэтому мы отвергаемъ также теорію нѣкоторыхъ ученыхъ (см. выше), по которой новое отечество не можетъ дать натурализованнымъ супругамъ развода на основаніи повода, неизвѣстнаго ихъ прежнему національному закону. Въ данномъ случаѣ мы раздѣляемъ воззрѣніе Деспанье, что новый національный законъ не столько получаетъ обратную силу, сколько примѣняется къ факту, только теперь получившему юридическое значеніе. Предположимъ напр., что по старому закону супруговъ прелюбодѣяніе составляло поводъ къ разводу только, если оно соединялось съ осквернѣніемъ семейнаго очага; очевидно, что новое отечество, считающее неквалифицированное прелюбодѣяніе достаточнымъ поводомъ къ разводу, постановитъ его противъ супруга, совершившаго въ прежнемъ подданствѣ простое прелюбодѣяніе. Разсужденіе Бара, что поводъ не имѣлъ раньше юридическаго бытія, можетъ быть, и правильно; но факта, вѣдь, уничтожить нельзя и онъ получаетъ теперь свою юридическую квалификацію отъ единственнаго компетентнаго закона — національнаго закона супруговъ въ моментъ иска.

Переходимъ къ знаменитому спору о компетентномъ законѣ, когда только одинъ изъ супруговъ перемѣнилъ подданство.

Напомнимъ о положеніи этого спора во французской юриспруденціи [1]). Аргументація сторонниковъ примѣненія новаго закона натурализовавшагося супруга сводится къ слѣдующимъ положеніямъ. Всякій французъ, натурализованный или природный, имѣетъ право на разводъ; воля сторонъ не можетъ вліять на расторжимость брака, и вступая въ оный, супруги подчиняются всѣмъ послѣдующимъ измѣненіямъ бракоразводнаго права, будутъ ли они исходить отъ нихъ общаго національнаго закона или отъ новаго закона одного изъ нихъ; концепція брака, какъ нераздѣльнаго договора, не есть общепринятая; наконецъ, международные конфликты не касаются территоріальнаго судьи.

Мы согласны съ тѣмъ, что воля супруговъ не играетъ роли въ опредѣленіи компетентнаго бракоразводнаго права. Если принять теорію, что новый національный законъ не можетъ вліять на браки натурализованныхъ, какъ на контракты, заключенные подъ эгидой другого закона, то придется примѣнять прежній законъ и въ тѣхъ случаяхъ, когда натурализовались оба супруга. — Но за то невозможно отрицать, что примѣненіемъ новаго закона одного изъ супруговъ къ браку, какъ къ двустороннему отношенію, нарушается національное право не перемѣнившаго свое подданство супруга. Если напр. мужъ-итальянецъ натурализуется во Франціи, то французскій судъ не можетъ его развести иначе, какъ съ нарушеніемъ итальянскаго права, которому осталась подчиненной жена. Между тѣмъ натурализація мужа во Франціи не даетъ Франціи никакихъ правъ надъ женою, оставшеюся итальянкою. Здѣсь мы имѣемъ случай столкновенія двухъ публичныхъ порядковъ и разрѣшить его можно только, ставъ на международную точку зрѣнія. Тогда становится очевиднымъ, что разводъ немыслимъ, ибо поведетъ къ двойственности положе-

[1]) См. стр. 330 и слѣд.

нія двухъ супруговъ и ихъ дѣтей въ предѣлахъ международнаго общенія. Поэтому, мы вполнѣ присоединяемся къ принципу разбираемой статьи Гаагскаго протокола, по которому расторжимость брака зависитъ отъ послѣдняго общаго закона супруговъ.

III. Программа Русскаго Правительства, выработанная въ виду третьей Гаагской Конференціи.

Совѣщаніе, образованное при Министерствѣ Иностранныхъ Дѣлъ, приняло въ принципѣ правила, изложенныя въ ст. 1—4 протокола I, с., но предложило слить эти статьи въ двѣ, въ слѣдующей редакціи:

„Ст. 1. Супруги въ правѣ просить о разводѣ или о разлученіи въ томъ только случаѣ, если отечественный ихъ законъ и законъ мѣста заявленія просьбы признаютъ за ними это право.

Ст. 2. Просить о разводѣ или о разлученіи можно только по причинамъ, одинаково допускаемымъ какъ отечественнымъ закономъ, такъ и закономъ мѣста предъявленія иска".

Нетрудно замѣтить, что такая редакція значительно измѣняетъ не только форму, но и содержаніе 1—4 статей Гаагскаго протокола; совѣщаніе послѣдовательно проводитъ кумулятивный принципъ, тогда какъ протоколъ допускаетъ разлученіе на основаніи одного территоріальнаго закона. Мы несогласны съ мнѣніемъ совѣщанія, но должны отмѣтить его бо̀льшую логичность, сравнительно съ Гаагскимъ протоколомъ.

„При обсужденіи 5 статьи былъ возбужденъ вопросъ, какъ слѣдуетъ понимать, собственно для русскихъ подданныхъ, оговорку къ первому ея пункту, въ силу коей и при дѣйствіи изложенныхъ въ ст. 5 правилъ, тѣмъ не менѣе, примѣняется отечественный законъ, устанавливающій для религіозныхъ браковъ особую подсудность, исключительно компетентную для разсмотрѣнія просьбъ о разводѣ и о разлученіи, — т. е. въ смыслѣ ли распространенія начала расторгаемости религіоз-

ныхъ браковъ не иначе, какъ духовнымъ судомъ, на русскихъ подданныхъ всѣхъ вѣроисповѣданій, или же на однихъ только православныхъ.

Совѣщаніе высказалось въ пользу разрѣшенія сего вопроса въ первомъ смыслѣ, исходя изъ того соображенія, что наши дѣйствующіе законы, устанавливая для всѣхъ вообще вѣроисповѣданій,—за исключеніемъ лишь раскольниковъ и баптистовъ,—религіозную форму брака, возлагаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и расторженіе всѣхъ такихъ браковъ на духовныя власти подлежащаго исповѣданія, каковая точка зрѣнія и должна быть признана единственно правильною, ибо союзъ, освященный церковью торжественнымъ религіознымъ актомъ, будь онъ называемъ таинствомъ или же только священнодѣйствіемъ, не можетъ быть расторгаемъ распоряженіемъ свѣтской власти[1].

6 статья принята безъ измѣненій [1]).

---

[1]) Засѣданіе 16 Мая 1898 года см. Журналы Совѣщанія стр. 15—17.

ЗАКЛЮЧЕНІЕ.

Какъ результатъ нашего изслѣдованія мы предлагаемъ слѣдующія измѣненія въ I протоколѣ Гаагской Конференціи 1894 г.

ТЕКСТЪ ПРОТОКОЛА въ переводѣ нашего Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.	ПРОЕКТЪ АВТОРА.
I	I.
Положенія, касающіяся брака.	**Положенія, касающіяся брака.**
а) **Условія законности брака.**	а) **Условія законности брака.**
Ст. 1. Право вступленія въ бракъ опредѣляется отечественнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ, причемъ какъ законъ мѣста жительства брачущихся, такъ и законъ мѣста совершенія брака, принимается въ соображеніе настолько, насколько это разрѣшается отечественнымъ закономъ. Вслѣдствіе сего, и за этою оговоркою, для того, чтобы бракъ могъ быть разрѣшенъ не въ отечественной странѣ обоихъ или одного изъ супруговъ, необходимо, чтобы будущіе супруги находились въ условіяхъ, предусмотрѣнныхъ ихъ отечественнымъ закономъ.	*Ст. 1.* Право вступленія въ бракъ опредѣляется отечественнымъ закономъ каждаго изъ будущихъ супруговъ.
Ст. 2. Законъ мѣста совершенія брака можетъ воспретить бракъ иностранцевъ, который противорѣчилъ бы постановленіямъ сего закона, касающимся:	*Ст. 2.* Законъ мѣста совершенія брака можетъ воспретить бракъ иностранцевъ, который противорѣчилъ бы постановленіямъ сего закона, касающимся:

1) необходимости расторженія прежняго брака;

2) степеней родства или свойства, въ которыхъ бракъ безусловно воспрещенъ;

3) безусловнаго воспрещенія вступать въ бракъ, произнесеннаго противъ виновныхъ въ прелюбодѣяніи, вслѣдствіе коего бракъ одного изъ супруговъ былъ расторгнутъ

Ст 3. Иностранцы, желающіе вступить въ бракъ, обязаны удостовѣрить, что условія, необходимыя для вступленія въ бракъ по ихъ отечественнымъ законамъ, выполнены.

Они могутъ доказать это либо удостовѣреніемъ дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ или подлежащихъ властей ихъ страны, либо всякимъ инымъ способомъ, признаннымъ достаточнымъ мѣстною властью, которой,—если не имѣется въ виду международнаго соглашенія, устанавливающаго противное,—въ обоихъ случаяхъ предоставляется полная свобода оцѣнки представленныхъ доказательствъ.

Ст 4 По отношенію къ формѣ, бракъ, заключенный по законамъ страны, гдѣ онъ былъ совершенъ, будетъ признаваемъ дѣйствительнымъ повсюду.

Однако, государства, законодательства коихъ требуютъ религіознаго обряда бракосочетанія, могутъ не признавать дѣйствительности браковъ, заключенныхъ ихъ подданными за границею безъ соблюденія этого требованія.

1) необходимости расторженія прежняго брака:

2) воспрещенія брака между родственниками въ прямой линіи и въ первой степени боковой [1]).

3) отсутствія принужденія брачущихся къ вступленію въ бракъ

Ст. 3. Иностранцы, желающіе вступить въ бракъ, обязаны удостовѣрить, что условія, необходимыя для вступленія въ бракъ по ихъ отечественнымъ законамъ, выполнены

Они должны доказать это обстоятельство удостовѣреніемъ дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ или подлежащихъ властей ихъ страны. Удостовѣреніе это имѣетъ обязательную силу для мѣстныхъ властей

Ст 4. По отношенію къ формѣ бракъ долженъ быть заключенъ по законамъ страны, гдѣ онъ совершается, послѣ чего онъ будетъ признаваемъ дѣйствительнымъ повсюду.

Однако, государства, законодательства коихъ требуютъ религіознаго обряда бракосочетанія, могутъ не признавать дѣйствительности браковъ, заключенныхъ ихъ православными подданными за границею безъ соблюденія этого требованія.

[1]) Этотъ § можно бы даже и вовсе отбросить, такъ какъ въ предѣлахъ международнаго общенія его врядъ ли придется примѣнять

Равнымъ образомъ должны быть соблюдаемы и постановленія отечественныхъ законовъ, касающіяся оглашенія.

Достовѣрная копія брачнаго договора должна быть передана властямъ того государства, къ которому принадлежатъ супруги.

Ст. 5. По отношенію къ формѣ, будетъ равнымъ образомъ признаваемъ дѣйствительнымъ повсюду бракъ, заключенный предъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ, сообразно съ его законодательствомъ, если обѣ стороны принадлежатъ къ государству, представляемому посольствомъ или консульствомъ, и если это не противорѣчитъ законодательству страны, гдѣ бракъ былъ совершенъ.

б) Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія жены и дѣтей.

Ст. 1. Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія и правоспособности жены, равно какъ правосостоянія дѣтей, рожденныхъ до брака, опредѣляются закономъ страны, которой принадлежалъ мужъ во время вступленія въ бракъ.

Ст. 2. Права и обязанности мужа по отношенію къ женѣ и жены по отношенію къ мужу опредѣляются отечественнымъ закономъ мужа. Однако, права эти могутъ быть осуществляемы лишь средствами, которыя допускаются также закономъ страны, гдѣ

Оглашенія должны быть совершены и на родинѣ брачущихся, подъ страхомъ ничтожности брака

Достовѣрная копія брачнаго договора должна быть передана властямъ того государства, къ которому принадлежатъ супруги.

Ст. 5. Въ случаѣ полной невозможности для брачущихся иностранцевъ воспользоваться мѣстной формой, бракъ будетъ равнымъ образомъ считаться дѣйствительнымъ, если онъ заключенъ передъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ отечества одного изъ будущихъ супруговъ, сообразно съ его законодательствомъ

Браки членовъ посольствъ, пользующихся правомъ экстерриторіальности, могутъ быть всюду заключены въ формѣ ихъ національнаго закона.

б) Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія жены и дѣтей

Ст. 1. Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія и правоспособности жены опредѣляются закономъ страны, который принадлежалъ мужу во время вступленіи въ бракъ.

Послѣдствія брака въ отношеніи правосостоянія добрачныхъ дѣтей опредѣляются отечественными законами отца и ребенка въ моментъ заключенія брака.

Законность рожденія зависитъ отъ отечественныхъ законовъ отца и ребенка въ моментъ рожденія послѣдняго.

Ст. 2. Права и обязанности супруговъ относительно другъ друга опредѣляются закономъ страны ихъ мѣстопребыванія.

Нормальная продолжительность родительской власти опредѣляется отечественными законами отца и ре-

осуществленіе этихъ правъ предполагается.

Ст. 3 Въ случаѣ перемѣны подданства однимъ мужемъ, супружескія отношенія остаются подъ дѣйствіемъ послѣдняго общаго отечественнаго закона. Но правосостояніе дѣтей, рожденныхъ послѣ перемѣны подданства, опредѣляется новымъ отечественнымъ закономъ отца.

в) **Разводъ и разлученіе**

Ст. 1. Супруги въ правѣ просить о разводѣ въ томъ только случаѣ, если отечественный ихъ законъ и законъ мѣста заявленія просьбы признаютъ за ними это право

Ст 2. Просить о разводѣ можно только по причинамъ, одинаково допускаемымъ какъ къ отечественнымъ закономъ супруговъ, такъ и закономъ мѣста предъявленія иска. Въ случаѣ противорѣчія между отечественнымъ закономъ супруговъ и закономъ страны, гдѣ просьба заявлена, разводъ не можетъ послѣдовать.

Ст. 3. Просьба о разлученіи допускается;

1) если отечественный законъ супруговъ и законъ мѣста предъявленія иска одинаково допускаютъ разлученіе;

2) если отечественный законъ допускаетъ только разводъ, а законъ мѣста, гдѣ предъявленъ искъ, допускаетъ только разлученіе.

Ст. 4. Просить о разлученіи можно только по причинамъ, одинаково допускаемымъ какъ отечественнымъ закономъ супруговъ, такъ и закономъ

бенка въ моментъ рожденія послѣдняго. Власть эта можетъ быть прекращена, въ видѣ наказанія, и территоріальнымъ закономъ

Личныя отношенія родителей и дѣтей опредѣляются территоріальнымъ закономъ

Ст. 3. Въ случаѣ перемѣны подданства однимъ мужемъ, супружескія отношенія остаются подъ дѣйствіемъ послѣдняго общаго отечественнаго закона.

в) **Разводъ и разлученіе**

Ст. 1. Супруги въ правѣ просить о разводѣ, если ихъ отечественный законъ признаетъ за ними это право.

Ст 2. Разводъ долженъ быть основанъ исключительно на поводахъ, допускаемыхъ отечественнымъ закономъ супруговъ.

Ст 3. О разлученіи можно просить, если оно допускается отечественнымъ закономъ супруговъ.

Ст. 4. Поводы къ разлученію опредѣляются по одному отечественному закону супруговъ.

мѣста предъявленія иска. Въ случаѣ, предусмотрѣнномъ пунктомъ 2 статьи 3. надлежитъ соображаться съ поводами къ разводу, допускаемыми отечественнымъ закономъ.

Ст. 5. Просьба о разводѣ или разлученіи можетъ быть заявлена:

1) въ подлежащемъ судѣ мѣста жительства супруговъ. Если, согласно ихъ отечественному законодательству, супруги не имѣютъ одного и того же мѣста жительства, подлежащимъ судомъ является судъ мѣста жительства отвѣтчика.

При этомъ, однако, примѣняется отечественный законъ, устанавливающій для церковныхъ браковъ особую подсудность, исключительно компетентную для разсмотрѣнія просьбъ о разводѣ и о разлученіи.

2) въ подлежащемъ судѣ, согласно отечественному закону супруговъ.

Ст. 6. При различномъ подданствѣ супруговъ, отечественнымъ ихъ закономъ, при примѣненіи предшедшихъ статей, признается послѣднее общее ихъ законодательство

Ст. 5. Просьба о разводѣ или разлученіи можетъ быть заявлена:

1) въ подлежащемъ судѣ мѣста жительства супруговъ. Если супруги не имѣютъ общаго мѣста жительства, то подлежащимъ судомъ является судъ мѣста жительства каждаго изъ нихъ

При этомъ, однако, примѣняется отечественный законъ, устанавливающій для православныхъ браковъ особую подсудность, исключительно компетентную для разсмотрѣнія просьбъ о разводѣ и о разлученіи.

2) въ подлежащемъ отечественномъ судѣ супруговъ

Ст. 6. При различномъ подданствѣ супруговъ, отечественнымъ ихъ закономъ при примѣненіи предшедшихъ статей, признается послѣднее общее ихъ законодательство.

ПРИЛОЖЕНІЯ.

Печатаются съ разрѣшенія Гг. Министровъ:
Иностранныхъ Дѣлъ, Внутреннихъ Дѣлъ, Юстиціи,
и Г. Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода.

I.

Дѣло прусской подданной Е.

(1881 года № $\frac{II}{28}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ).

Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ 7 Сентября 1881 года (№ 4200).

Прусская подданная Е. обратилась въ С.-Петербургскую Евангелическо-Лютеранскую Консисторію съ просьбою о расторженіи ея брака съ мужемъ, находящимся въ безвѣстномъ отсутствіи. Бракъ былъ совершенъ за границей въ одной гражданской формѣ. Въ виду того, что подсудность дѣлъ о расторженіи въ Россіи браковъ, совершенныхъ за границей гражданскимъ порядкомъ, не опредѣлена русскими законами, и что вообще брачныя дѣла на основаніи 630 ст., ч. 2, т. X (изд. 1876 г.) подлежатъ вѣдѣнію духовнаго начальства, Евангелическая Генеральная Консисторія ходатайствуетъ объ испрошеніи Высочайшаго соизволенія на передачу бракоразводнаго дѣла Е. на разсмотрѣніе въ Евангелическо-Лютеранскую Консисторію. Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій спрашиваетъ, не встрѣчается ли международно-правовыхъ препятствій къ таковой передачѣ; а въ случаѣ передачи, должно ли произвести требуемую статьею 256, ч. 1, т. XI св. зак. публикацію о вызовѣ отсутствующаго Е. также въ предѣлахъ государства, въ подданствѣ котораго онъ состоитъ.

Отношеніе Управляющаго Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирса отъ 19 Сентября 1881 года (№ 8570).

„Что въ нашемъ законодательствѣ не находится правилъ о расторженіи браковъ гражданскихъ, объясняется, конечно, тѣмъ, что у насъ не существуетъ таковой формы браковъ, а потому и от-

сутствіе какихъ либо законоположеній по сему предмету служитъ яснымъ указаніемъ на то, что у насъ не можетъ быть принято къ разсмотрѣнію дѣло о разводѣ гражданскаго брака, совершеннаго за границею. Съ другой стороны, если всѣ вообще брачныя дѣла подлежатъ у насъ вѣдѣнію духовнаго суда, то это зависитъ отъ того, что бракъ считается у насъ учрежденіемъ религіознымъ и признается дѣйствительнымъ только при совершеніи его по установленному церковному обряду. На основаніи 182 ст. Устава Евангелическо-Лютеранской Церкви, совершеніе обряда бракосочетанія для принадлежащихъ къ Евангелическо-Лютеранской Церкви въ Россіи есть необходимое условіе дѣйствительности законнаго супружества, и по ст. 242 брачный союзъ признается дѣйствительнымъ и равно обязывающимъ обѣ стороны, какъ скоро совершенъ обрядъ бракосочетанія. Въ виду заключающихся въ сихъ статьяхъ правилъ, гражданскій бракъ, совершенный за границей безъ церковнаго обряда, не можетъ быть признанъ на основаніи нашихъ узаконеній законнымъ супружескимъ союзомъ и обязательнымъ для обѣихъ сторонъ, а потому и не можетъ быть расторгнутъ по дѣйствующимъ у насъ правиламъ. Въ случаѣ, если бы дѣло о расторженіи гражданскаго брака Е. поступило на разсмотрѣніе С.-Петербургской Евангелическо-Лютеранской Консисторіи, то, на основаніи приведенныхъ статей, Консисторіи оставалось бы признать, что Е. не состоитъ въ законномъ бракѣ, и что за симъ, по ея прошенію не можетъ быть возбуждено бракоразводнаго дѣла. Если-бы, вопреки изъясненнымъ соображеніямъ, гражданскій бракъ Е. былъ у насъ расторгнутъ судомъ церковнымъ, то таковое расторженіе не могло-бы имѣть никакой силы въ Германіи, гдѣ на основаніи закона 6 Февраля 1875 года, всѣ брачныя дѣла подлежатъ вѣдомству суда гражданскаго, и Германское Правительство могло-бы съ полнымъ основаніемъ протестовать противъ расторженія у насъ брака Е., такъ какъ оно совершилось не согласно съ дѣйствующими у насъ узаконеніями.— Къ сему считаю не лишнимъ присовокупить, что при письмѣ бывшаго Министра Внутреннихъ Дѣлъ Статсъ-Секретаря Макова на имя Его Сіятельства Государственнаго Канцлера отъ 18 Апрѣля 1879 (№ 1316), была препровождена записка по вопросу объ обязательности германскаго закона 6 Февраля 1875 года для русскихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ въ Германіи

Изъ этой записки видно, что Министерство Внутреннихъ Дѣлъ полагало, что бракъ, заключенный въ Германіи по гражданскому обряду безъ церковнаго вѣнчанія, въ глазахъ нашихъ духовныхъ судовъ не существуетъ, и потому не можетъ быть ими расторгаемъ".

Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій отъ 21 Апрѣля 1883 года (№ 1889) въ Департаментъ Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ содержитъ увѣдомленіе, что ходатайство Е. отклонено Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ, причемъ разъяснено Евангелическо-Лютеранской Генеральной Консисторіи, что дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ не могутъ быть разрѣшаемы Лютеранскими Консисторіями.

II

Дѣло У.

(1883 года № $\frac{II}{4}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ).

Германскій посолъ при Высочайшемъ Дворѣ препровождаетъ въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ прошеніе отъ 7 Марта 1883 г., на имя Государя Императора, Германскаго подданнаго У. о дозволеніи С.-Петербургской Евангелическо-Лютеранской Консисторіи принять къ производству дѣло о расторженіи брака просителя съ Д., заключеннаго въ Тильзитѣ по гражданскому обряду безъ церковнаго вѣнчанія. Министерство Иностранныхъ Дѣлъ препровождаетъ прошеніе Статсъ-Секретарю у принятія прошеній, а этотъ въ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій.

Отношеніе этого Департамента Статсъ-Секретарю у принятія прошеній отъ 8 Іюля 1883 года (№ 2789).

„.... У. обращался уже въ Іюлѣ 1882 года въ Министерство Внутреннихъ Дѣлъ съ жалобою на постановленіе С.-Петербургской Консисторіи, отказавшейся принять къ производству его дѣло. Таковая жалоба просителя, переданная по принадлежности въ Евангелическо-Лютеранскую Генеральную Консисторію, была оною оставлена безъ

удовлетворенія, въ виду предложенія Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 16 Октября 1881 года, за № 4736, о томъ, что дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ вообще не могутъ быть разрѣшаемы Лютеранскими Консисторіями, хотя Генеральная Консисторія съ своей стороны находила, что дѣло У., по ея мнѣнію можетъ быть признано подсуднымъ С.-Петербургской Евангелическо-Лютеранской Консисторіи, такъ какъ бракъ просителя подтвержденъ церковнымъ вѣнчаніемъ.

Общій вопросъ о подсудности Лютеранскимъ Консисторіямъ дѣлъ о расторженіи гражданскихъ браковъ лютеранъ былъ возбужденъ Евангелическо-Лютеранской Генеральной Консисторіею по дѣлу Е. По мнѣнію Генеральной Консисторіи, лютеранскіе духовные суды могли-бы рѣшать дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ при соблюденіи постановленій устава Евангелическо-Лютеранской церкви о судопроизводствѣ въ Консисторіяхъ и о причинахъ къ разводу, въ виду того, что Лютеранская Церковь не придаетъ браку значенія таинства, и потому еще, что наше законодательство признаетъ дѣйствительными акты, совершаемые въ другихъ государствахъ, согласно мѣстнымъ законамъ. Не раздѣляя мнѣнія Генеральной Консисторіи о подсудности гражданскихъ бракоразводныхъ дѣлъ Лютеранскимъ Консисторіямъ по закону, въ виду выраженнаго въ ст. 630 и 632, ч. 2, т. X св. зак. изд. 1876 г., и въ ст. 543, ч. 1, т. XI св. зак. правила, что Духовнымъ Консисторіямъ подсудны только дѣла о бракахъ, совершаемыхъ духовенствомъ, Министерство признавало болѣе удобнымъ, не измѣняя общаго правила о подсудности бракоразводныхъ дѣлъ иновѣрцевъ, ограничиться представленіемъ на Высочайшее воззрѣніе отдѣльныхъ, весьма немногочисленныхъ ходатайствъ о дозволеніи Лютеранскимъ Консисторіямъ рѣшать дѣла о расторженіи браковъ, совершенныхъ за границей и не подтвержденныхъ церковнымъ вѣнчаніемъ. Таковое мнѣніе Министерства раздѣлялъ и Главноуправляющій II Отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи Статсъ-Секретарь Князь Урусовъ, который по сему дѣлу отозвался, что онъ не встрѣчаетъ препятствій къ признанію у насъ законныхъ, браковъ лютеранъ, совершенныхъ за границей безъ участія лютеранскаго духовенства, если надлежащими русскими посольствами, миссіями или консульствами удостовѣрено дѣйствительное

заключеніе брачныхъ договоровъ согласно мѣстнымъ законамъ иностраннаго государства: но при семъ онъ призналъ удобнымъ и своевременнымъ возбудить вопросъ о подсудности упомянутыхъ дѣлъ въ законодательномъ порядкѣ, а до разрѣшенія этого вопроса представить на Высочайшее благовоззрѣніе каждый разъ особо о томъ направленіи, которое Министерство признаетъ возможнымъ дать отдѣльнымъ ходатайствамъ о расторженіи гражданскихъ браковъ. Тѣмъ не менѣе, ходатайство Е. было отклонено Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ, въ виду мнѣнія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ. Таковое мнѣніе и послужило основаніемъ вышеизложеннаго распоряженія Министерства Внутреннихъ Дѣлъ о томъ, что дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ вообще не могутъ быть разрѣшаемы нашими Консисторіями.

Хотя такимъ образомъ, Министерство Внутреннихъ Дѣлъ согласилось съ мнѣніемъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ о неудобствѣ изданія особаго закона о разсмотрѣніи Лютеранскими Консисторіями дѣлъ о расторженіи гражданскихъ браковъ лютеранъ, но, принимая во вниманіе 1) что бракъ У. подтвержденъ церковнымъ вѣнчаніемъ, 2) что въ виду сего дѣйствительность его и въ Россіи не подлежитъ сомнѣнію, я не встрѣчаю съ своей стороны препятствій къ испрошенію Высочайшаго соизволенія на представленіе С.-Петербургской Евангелическо-Лютеранской Консисторіи принять къ своему разсмотрѣнію дѣло о расторженіи гражданскаго брака просителя съ Д.

Министръ Внутреннихъ Дѣлъ ***Графъ Д. Толстой.***

Директоръ ***Князь Кантакузенъ Графъ Сперанскій.***

Статсъ-Секретарь у принятія прошеній запрашиваетъ мнѣнія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Отношеніе Министра Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирса Статсъ-Секретарю у принятія прошеній 28 Сентября 1883 года (№ 7521).

„..... соглашаясь съ Господиномъ Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ въ томъ отношеніи, что по дѣйствующимъ у насъ узаконеніямъ, разводы браковъ, заключенныхъ иностранными подданными за границей гражданскимъ порядкомъ, не могутъ подлежать разсмотрѣнію нашихъ Евангелическо-Лютеранскихъ Консисторій, и что не представляется надобности въ измѣненіи общихъ правилъ

о подсудности бракоразводныхъ дѣлъ иновѣрцевъ, я не могу однакоже признать цѣлесообразнымъ предположеніе о томъ, чтобы въ случаѣ ходатайствъ иностранцевъ о дозволеніи нашимъ Лютеранскимъ Консисторіямъ принимать къ производству дѣла о расторженіи гражданскихъ браковъ, заключенныхъ ими за границею, о каждомъ таковомъ ходатайствѣ испрашивалось каждый разъ особое Высочайшее повелѣніе. По мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, было бы неудобно повергать на Высочайшее воззрѣніе ходатайства такого рода, въ виду того, что исключенія изъ общаго порядка, установленнаго для веденія бракоразводныхъ дѣлъ находились бы въ совершенномъ противорѣчіи не только съ уставомъ означенныхъ Консисторій, но и съ нашими коренными узаконеніями о союзѣ брачномъ.

Въ таковомъ мнѣніи я утверждаюсь тѣмъ болѣе, что по указанію Министра Внутреннихъ Дѣлъ, число ходатайствъ такого рода весьма незначительно, и что съ достоинствомъ нашей государственной власти не было бы совмѣстно допускать по столь малозначительнымъ поводамъ и безъ существенной надобности немаловажныя отступленія отъ существующихъ у насъ узаконеній.

Такъ какъ браки, заключенные въ Германіи гражданскимъ порядкомъ между германскими же подданными, не могутъ быть расторгаемы въ ихъ отечествѣ. если лица, ищущія развода, тамъ не проживаютъ, то имъ, конечно, слѣдуетъ возвращаться на родину для начатія ихъ бракоразводныхъ дѣлъ. Но это обстоятельство ни въ какомъ случаѣ не можетъ служить основаніемъ не только къ измѣненію дѣйствующихъ у насъ законовъ о подсудности бракоразводныхъ дѣлъ, но и къ отступленіямъ отъ сихъ узаконеній, такъ какъ не на насъ, а на Германскомъ Правительствѣ лежитъ, главнымъ образомъ, обязанность озаботиться устройствомъ бракоразводныхъ дѣлъ своихъ подданныхъ.

Что касается собственно дѣла У, то изъ отношенія Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 16 минувшаго Іюля (№ 2789) открывается относительно онаго новое обстоятельство, не бывшее еще въ виду Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, такъ какъ оно не обозначено въ прошеніи, принесенномъ на имя Государя Императора.

Это обстоятельство заключается въ томъ, что бракъ просителя былъ подтвержденъ церковнымъ вѣнчаніемъ.

Въ виду 182 и 242 ст. Устава Евангелическо-Лютеранской

Церкви, можно было-бы предположить, что бракъ У., какъ подтвержденный церковнымъ вѣнчаніемъ, могъ бы быть расторгнутъ С.-Петербургской Лютеранской Консисторіей, и что для принятія сего дѣла Консисторіей къ разсмотрѣнію казалось бы не предстояло необходимости въ испрошеніи Высочайшаго соизволенія. Но при семъ представляются нижеслѣдующія соображенія.

По Германскому закону 6 Февраля 1875 года бракъ можетъ быть совершенъ только гражданскимъ порядкомъ, церковное же вѣнчаніе предоставляется на волю брачущихся, и никакой бракъ не можетъ быть расторгнутъ иначе, какъ судомъ гражданскимъ.

По существующему у насъ порядку, и на основаніи международнаго обычая, иностранцы, пріѣзжающіе въ Россію и вступившіе за границею въ бракъ гражданскимъ порядкомъ, хотя бы вовсе безъ церковнаго вѣнчанія, признаются у насъ законными супругами, и браку ихъ присвояются всѣ послѣдствія, установленныя нашимъ законодательствомъ.

Въ случаѣ, если бы бракоразводное дѣло У. было принято къ разсмотрѣнію нашею Евангелическо-Лютеранской Консисторіею на томъ основаніи, что бракъ его былъ подтвержденъ церковнымъ вѣнчаніемъ, и если бы сей бракъ былъ расторгнутъ, то таковое расторженіе не могло бы почитаться правильнымъ ни съ нашей точки зрѣнія, ни со стороны германскаго закона 1875 года.

Если заключенные иностранцами въ ихъ отечествѣ гражданскіе браки признаются у насъ правильными, не взирая на то, были ли они подтверждены церковнымъ вѣнчаніемъ, или нѣтъ, то и разводъ церковнымъ судомъ гражданскаго брака, хотя и подтвержденнаго церковнымъ обрядомъ, не можетъ быть признанъ у насъ безусловно правильнымъ, потому что рѣшеніе нашей Консисторіи можетъ коснуться лишь церковнаго обряда, который не составляетъ необходимой принадлежности гражданскаго брака, такъ что сей послѣдній бракъ и послѣ рѣшенія Консисторіи не могъ бы считаться расторгнутымъ.

Что касается германскаго закона, то расторженіе брака У. нашею Евангелическо-Лютеранской Консисторіею не было бы признано въ Германіи законнымъ, такъ какъ оно не было бы произведено судомъ гражданскимъ.

На основаніи сихъ соображеній, я прихожу къ слѣдующимъ заключеніямъ:

Относительно бракоразводныхъ дѣлъ между нашимъ и германскими законодательствомъ существуетъ коллизія, легко, впрочемъ, устранимая тѣмъ, что расторженіе гражданскихъ браковъ, заключенныхъ германскими подданными въ своемъ отечествѣ, можетъ быть предоставлено германскому суду, причемъ германскіе подданные, проживающіе въ Россіи и ищущіе развода, могли бы возвращаться на родину, если то требуется по германскому законодательству.

По сему не представляется надобности въ какихъ либо измѣненіяхъ въ нашихъ узаконеніяхъ по бракоразводнымъ дѣламъ, или же въ какихъ либо отъ нихъ отступленіяхъ, не соотвѣтствующихъ общей системѣ сихъ узаконеній

Ходатайство нѣсколькихъ иностранцевъ (до настоящаго времени извѣстно только 2 подобныхъ случая) не можетъ быть признано достаточнымъ основаніемъ для какихъ либо особыхъ мѣропріятій относительно развода гражданскихъ браковъ, тѣмъ болѣе, что нашимъ законодательствомъ гражданскій бракъ не допускается.

Въ случаѣ, если бы предположеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ относительно развода гражданскихъ браковъ германскихъ подданныхъ было осуществлено, то могъ бы возникнуть цѣлый рядъ новыхъ коллизій между нашимъ и германскимъ законодательствами, но уже не легко устранимыхъ, а трудно или вовсе не исправимыхъ по своимъ послѣдствіямъ.

Такъ напримѣръ, если бы У., по расторженіи его брака въ Россіи, вступилъ сначала въ бракъ съ нашею подданной, то такое супружество не было бы признано законнымъ въ Германіи: рожденныя въ ономъ дѣти также не были бы законными, не могли бы пользоваться въ Германіи наслѣдственными правами по смерти своего отца, и не были бы, равно какъ и мать ихъ, признаны германскими подданными, между тѣмъ какъ у насъ считались бы таковыми.

На сихъ основаніяхъ я полагалъ бы болѣе правильнымъ и осторожнымъ оставить прошеніе У. безъ послѣдствій, а также отклонять на будущее время прошенія такого рода ...“

Отношеніе Командующаго Императорской Главной квартирой отъ 11-го Января 1887 года (№ 564). Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

„.....Вы полагали бы всѣ подобнаго рода ходатайства отклонить.

Вполнѣ раздѣляя таковое мнѣніе Вашего Высокопревосходительства, долгомъ себѣ поставляю присовокупить, что къ оному присоединяются и Министры Юстиціи и Внутреннихъ Дѣлъ

Генералъ-Адъютантъ **Рихтеръ**

III.

Дѣло Х.—Т.

(1889 года № $\frac{II}{15}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ)

Х., русскій ротмистръ, лютеранинъ, женился во Франціи in extremis на французской гражданкѣ Т. Вслѣдствіе ходатайства Х. объ узаконеніи его ребенка, Департаментъ Иностранныхъ Исповѣданій Министерства Внутреннихъ Дѣлъ проситъ Департаментъ Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ узнать, дѣйствителенъ ли по французскимъ законамъ бракъ Х. Бракъ этотъ былъ совершенъ викаріемъ St. Volusien de Foix, послѣ чего черезъ нѣсколько дней госпожа Т. скончалась, о чемъ и имѣется актъ гражданскаго состоянія, составленный въ управленіи фаусскаго мэра, въ коемъ она названа женой Х. Департаментъ Иностранныхъ Исповѣданій считаетъ нужнымъ выяснить дѣйствительность брака по французскимъ законамъ; такъ какъ акты, совершенные за границей, признаются у насъ законными лишь тогда, когда совершены по законамъ того государства, въ коемъ составлены, и такъ какъ во Франціи обще-обязателенъ гражданскій бракъ, то необходимо уясненіе вопроса, какую силу можетъ имѣть въ Россіи совершенный надъ Х. и Т. брачный обрядъ, а равно выданное фуасскимъ викаріемъ свидѣтельство, косвенно удостовѣряющее актъ гражданскаго брака (Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій отъ 23 Іюня 1889 года, № 3328).

Отношеніемъ за № 134, отъ 15 Января 1890 года тотъ же Департаментъ проситъ узнать чрезъ Парижское Посольство, было ли при совершеніи означеннаго обряда соблюдено правило Тридентскаго Собора Sess 24, Decretum Tametsi, и вообще можетъ ли таковой по мѣстнымъ условіямъ, почитаться, равносильнымъ церковному бракосочетанію.

Посольство наводитъ справки, и епископъ въ Pamiers заявляетъ, что бракъ Х. и Т. совершенъ въ полномъ согласіи съ канонами римско-католической церкви, а потому дѣйствителенъ. Отступленіе отъ Тридентскаго Собора имѣется—отсутствіе подписи второй свидѣтельницы, но ея присутствіе формально дознано епископомъ. и онъ (епископъ) готовъ сдѣлать оговорку на актѣ о ея присутствіи. (Донесеніе барона Моренгейма отъ 21 Марта 1890 года № 304).

IV.

Дѣло о бракахъ англійскихъ подданныхъ въ Россіи.

(1886 года № $\frac{II}{12}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ)

Отношеніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отъ 18 Іюня 1886 года (№ 2883).

Англійскій Генеральный Консулъ въ Одессѣ обратился къ Одесскому Градоначальнику съ просьбою объ увѣдомленіи, будутъ ли русскія власти признавать законными браки великобританскихъ подданныхъ, заключенные ими въ Россіи у англиканскихъ священниковъ, въ отступленіе отъ постановленій англійскаго законодательства, предписывающаго совершеніе браковъ подданныхъ этой державы внѣ англійскихъ владѣній въ канцеляріи Консульства и въ присутствіи Консула, если этотъ послѣдній имѣетъ надлежащее полномочіе отъ англійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Изъ имѣющихся въ Министерствѣ Внутреннихъ Дѣлъ свѣдѣній видно, что подобный же вопросъ былъ возбужденъ въ 1882 году пребывающею здѣсь Бельгійскою миссіею относительно примѣненія въ Россіи закона 20 Мая 1882 года о бракахъ бельгійскихъ подданныхъ за границею. По этому предмету состоялось соглашеніе между Министерствами Внутреннихъ Дѣлъ, Юстиціи и Иностранныхъ Дѣлъ, а также и Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода въ томъ смыслѣ, что означенный законъ, предоста-

вляющій, между прочимъ, бельгійскимъ дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ право совершать браки за границею по законамъ своей страны, не можетъ имѣть примѣненія въ Россіи, и что таковые браки, заключенные на нашей территоріи въ формѣ, не установленной нашимъ законодательствомъ, будутъ признаваться у насъ незаконными. Какъ видно изъ отзыва Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 2 Мая 1884 года, за № 3380, Бельгійское Правительство признало основательность сдѣланныхъ ему нашимъ Правительствомъ возраженій, и предписало своимъ агентамъ не примѣнять въ Россіи упомянутаго закона при бракосочетаніяхъ бельгійскихъ подданныхъ съ иностранцами.

Полагая, что возбужденный Англійскимъ Генеральнымъ Консуломъ въ Одессѣ вопросъ о законности въ Россіи браковъ великобританскихъ подданныхъ, повѣнчанныхъ англійскими священниками согласно началамъ, принятымъ относительно бельгійскаго закона, и подробно изложеннымъ въ особой запискѣ, препровожденной въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ при письмѣ Министра Внутреннихъ Дѣлъ отъ 18 Ноября 1882 года, за № 4153, надлежало бы разрѣшить въ томъ смыслѣ, что таковые браки будутъ признаваться у насъ законными, и что церковное вѣнчаніе составляетъ необходимое условіе для признанія законнымъ всякаго брака, заключеннаго въ Россіи, я имѣю честь увѣдомить объ этомъ Ваше Высокопревосходительство, прося заключенія и т. д.

Товарищъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ ***Кн. Гагаринъ.***

.... **Министръ Иностранныхъ Дѣлъ отвѣчаетъ 12 Іюля 1886 года (№ 5312).**

Я присоединяюсь къ Вашему, Милостивый Государь, мнѣнію о томъ, что браки великобританскихъ подданныхъ, совершенные въ консульствахъ, не должны быть признаваемы у насъ законными, и что для признанія законнымъ всякаго брака, заключеннаго въ Россіи, необходимо церковное вѣнчаніе.

V.

Дѣло по нотѣ Великобританскаго посла о гражданскихъ бракахъ Великобританскихъ подданныхъ въ Россіи.

(1889 года № $\frac{II}{29}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ)

Великобританское Посольство 20 Сентября (2 Октября) 1889 года жалуется на дѣйствія русскихъ полицейскихъ властей въ Одессѣ, которыя отказались выдать англичанкѣ, повѣнчанной у великобританскаго Генеральнаго Консула въ Одессѣ, паспортъ какъ замужней женщинѣ, ссылаясь на то, что не совершено церковнаго вѣнчанія. Посольство указываетъ, что именно церковный бракъ англичанъ за границей ничтоженъ въ глазахъ англійскаго закона.

Отвѣтная нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ отъ 13 Января 1890 года (№ 300).

„ . . . . . Les considérations énoncées dans la note de Votre Excellence ont trait à une question de droit qui, selon l'avis du Gouvernement Impérial ne pourrait être discutée au point de vue de la loi nationale des conjoints, sans égard à la loi du lieu où leur union s'est effectuée.

Or, s'il est incontestable que la loi anglaise attribue aux agents consulaires la qualité d'officiers d'état civil et les autorise à procéder à l'union de leurs nationaux en pays étrangers, la loi russe, d'autre part, tient pour nul un mariage contracté en Russie lorsqu'il n'a pas été célébré devant un ministre du culte compétent.

Considéréé comme absolue par rapport aux individus qui se trouvent sur territoire russe, indigénes ou étrangers, cettre règle ne saurait admettre d'exeption quelque soit le rite et la nationalité des conjoints.

Il advient de là — comme dans le cas présent — un conflit de lois qui peut amener les plus graves incovénients quant aux effets juridiques du mariage.

Le Ministère Impérial ne voit qu'un seul moyen pour obvier à ces inconvénients, c'est de faire prévaloir la loi territoriale.

En effet l'application du principe „locus regit actum", accepté aujourd'hui universellement comme dérivant de la coutume internationale, parait être ici d'une nécessité absolue.

Il va sans dire que ce principe ne pourrait être interprété dans la matière d'une façon generale et abstraite. La valeur d'un mariage célébré en Russie par un consul étranger ne saurait faire doute au regard de l'Etat dont dépend le consul Mais au regard de l'Etat auprès duquel ce consul est accrédité, la validité d'un mariage contracté dans ces formes n'existera qu'autant que les lois territoriales le pourraient admettre.

Or, la loi russe ne connaissant pas le mariage civil, il est évident que la faculté des agents consulaires anglais de célébrer l'union de leurs nationaux ne peut avoir aucun effet en Russie.

En vue de ces considérations le Ministére Impérial ne se trouve pas à même de donner suite à la demande formulée par la note précitée de Votre Excellence.

Comme un passeport ou billet de sejour délivré par une autorité compétente en Russie, sert à définir l'état personnel du porteur et peut tenir lieu de preuve officielle dans les affaires judiciaires, le refus des employés d'Odessa est parfaitement conforme aux lois en vigueur . . . . . "

VI.

Дѣло по отношенію Посольства въ Берлинѣ по вопросу о вѣнчаніи въ Германской Имперіи лицъ православнаго исповѣданія согласно мѣстнымъ законамъ.

(1879 года № $\frac{II}{33}$ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ).

Донесеніе Императорскаго Посла въ Берлинѣ Министру Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирсу отъ 15/27 Января 1879 года (№ 111).

„Съ тѣхъ поръ какъ введенъ въ Германіи законъ о гражданскихъ бракахъ, настоятель Православной Висбаденской Церкви протоіерей Т. придерживался правила не вѣнчать Германскаго под-

даннаго прежде заключенія имъ гражданскаго брака, не требуя, напротивъ, удостовѣренія гражданскаго обряда, если приходилось ему вѣнчать германскую подданную съ русскимъ.

Такимъ образомъ, онъ повѣнчалъ русскаго подданнаго Статскаго Совѣтника Н. съ прусскою подданною С. прежде заключенія ими гражданскаго брака. За это онъ былъ приговоренъ Висбаденскимъ Королевскимъ Судомъ къ уплатѣ штрафа въ 150 марокъ.

Я не преминулъ обратиться тогда въ Германскій Департаментъ Иностранныхъ Дѣлъ для разъясненія дѣла въ будущихъ случаяхъ, и передалъ г. фонъ-Бюлову прилагаемую у сего въ копіи записку.

Не получивъ еще отвѣта, представился случай, что въ Висбаденской церкви желаетъ вѣнчаться пѣвчій В. изъ Лондона.

Я обратился по сему случаю вновь къ г фонъ-Бюлову прилагаемымъ у сего въ копіи оффиціальнымъ письмомъ, чтобы напомнить ему объ этомъ дѣлѣ и вмѣстѣ съ тѣмъ разъяснить, обязанъ ли пѣвчій В. совершить гражданскій бракъ для повѣнчанія его въ Висбаденской церкви.

На это я получилъ отъ г. фонъ-Бюлова прилагаемый въ копіи отвѣтъ, изъ котораго явствуетъ, что отъ о. Т. требуютъ до окончательнаго разрѣшенія вопроса, чтобы онъ не вѣнчалъ ранѣе исполненія гражданскаго обряда.

Вслѣдствіе сего, согласно мнѣнію о. Т., я предложилъ чрезъ него псаломщику вѣнчаться въ какой либо другой православной церкви за границей, и вмѣстѣ съ тѣмъ считаю долгомъ увѣдомить о предстоящемъ Ваше Высокопревосходительство, съ покорнѣйшей просьбою благоволить сообщить мнѣ заключеніе Императорскаго Правительства по предмету гражданскихъ браковъ, требуемыхъ въ Германіи. Что же касается въ настоящемъ случаѣ церквей нашего Посольства и миссій въ Германіи, то г. фонъ-Бюловъ сказалъ мнѣ, что онѣ не подходятъ подъ дѣйствіе закона 6 Февраля 1875 года“ Убри.

Depêche de Monsieur de Staal au Chancelier de l'Empire, en date de Stuttgart le 5/17 Janvier 1878 (№ 139).

„ ..... Je fis observer au C-te Uxkull (Ministre des Affaires Etrangères Wurtembergeois), que le mariage civil n'était pas admis par la légistation russe et qu'en outre le prêtre appelé à célébrer ici la cérémonie religieuse, dans le cas où l'une des parties appartenait à l'Eglise Orthodoxe, relevait de la légation; que par conséquent

il bénéficiait des exemptions du droit d'exterritorialité. Mon interlocuteur ne combattit pas ces objections, mais il releva à son tour, que la Chapelle russe faisant partie du Chateau Royal, on ne saurait y laisser sanctionner pour ainsi dire une infraction aux lois du pays.

Le point de vue du Ministre Wurtembergeois des Affaires Etrangères se justifie sans contredit par la teneur absolue de la nouvelle loi, mais il est évident, d'autre part que les restrictions apportées par celle ci au mariage entre étrangers équivaudraient presque, pour ce qui concerne spécialement les sujets russes, à une interdiction pure et simple. Il serait difficile 1) d'imposer à nos nationaux la cérémonie du mariage civil exclu de notre législation, et lors même qu'ils s'y prêteraient, les formalités de cet acte entraineraient en second lieu, des delais excessifs et parfois des exigences (ainsi que la dimissoriale) en désaccord avec nos institutions. De fait, il y aurait donc exclusion pour nos compatriotes. Celle n'a certainement pas été la pensée du législateur. Un échange d'idées dans les voies diplomatiques suffirait peut être pour dégager et éclairer la position des étrangers dans cette question . . . . . "

Dépêche de Monsieur de Staal au Chancelier le 7/19 Janvier 1879 (№ 158).

. . . . „Le mariage civil était purement facultatif en Wurtemberg jusqu'au 1 Janvier 1876. A partir de cette date, il a été rendu obligatoire en exécution de la loi de l'Empire édictée le 6 Février 1875 Une interprétation que je trouve forcée, mais à laquelle l'autorité judiciaire de l Empire parait s'attacher, étend cette prescription aux étrangers sans distinction de rite ni de nationalité.

Il me semble que, logiquement, on ne pourrait en tirer que la déduction suivante: à défaut de contrat civil, le mariage entre étrangers n'est pas considéré comme légal en Allemagne. Or, cette conséquence serait facilement acceptée par nos nationaux qui tiennent uniquement à la validité de leur union en Russie. Mais ce n'est pas ainsi que l'entendent les autorités Allemandes; le mariage civil est considéré par eux comme strictement obligatoire, et le prêtre qui accomplirait la cérémonie religieuse sans s'être enquis au préalable du certificat du fonctionnaire civil, est passible d'une peine. On le poursuit en justice.

C'est cette anomalie, imposant à nos nationaux un acte entièrement étranger à notre législation, qu'il s'agirait de réformer. Tout en rappelant les rigueurs du „Kulturkampf", elle me semble plutôt l'effet d'une omission ou d'un malentendu. Une explication suffirait peut-être à l'écarter . . . . . "

Письмо Министра Иностранныхъ Дѣлъ Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода отъ 17 Февраля 1879 года (№ 1160).

Милостивый Государь,

Графъ Дмитрій Андреевичъ!

Вслѣдствіе письма Вашего Сіятельства отъ 26 Января № 299, имѣю честь препроводить къ Вамъ, Милостивый Государь, выписку изъ Германскаго закона 6 Февраля 1875 года объ актахъ гражданскаго состоянія и заключеніи брачныхъ союзовъ. Въ этой выпискѣ заключаются всѣ положенія означеннаго закона, имѣющія какое либо отношеніе къ вопросу о вступленіи русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія въ бракъ, въ предѣлахъ Германской Имперіи.

Вмѣстѣ съ тѣмъ считаю долгомъ сообщить Вашему Сіятельству, въ дополненіе къ письму моему отъ 24 Января № 597, соображенія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ по изъясненному предмету.

Вопросъ о томъ, при какихъ условіяхъ можетъ быть допущено, при вступленіи въ бракъ въ Германіи лицъ православнаго исповѣданія между собою или же съ иновѣрцами, предварительное заключеніе гражданскаго брака, по мѣстнымъ законамъ, рѣшается различнымъ образомъ, судя потому, въ какой именно Православной церкви будетъ происходить вѣнчаніе таковыхъ браковъ, въ церкви, принадлежащей къ нашему посольству или миссіи, или же въ церкви, имъ не подвѣдомственной...

Относительно церквей сего послѣдняго разряда, Министерство полагало бы, что наше Правительство не имѣетъ права требовать отъ германскихъ властей изъятія ихъ отъ дѣйствующихъ въ Германіи гражданскихъ узаконеній. При вѣнчаніи въ таковыхъ церквахъ браковъ между лицами православнаго исповѣданія и притомъ русскими подданными, для вступающихъ въ бракъ не будетъ представляться достаточныхъ поводовъ къ уклоненію отъ предварительнаго заключенія гражданскаго брака; такъ

какъ исполненіе этого обряда не противорѣчитъ, повидимому, основнымъ правиламъ Церкви Православной.

Впрочемъ, въ семъ случаѣ, а равно и при заключеніи браковъ смѣшанныхъ, когда одно изъ лицъ будетъ православнаго исповѣданія, по мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ слѣдуетъ, во избѣжаніе затруднительныхъ послѣдствій, войти въ сношеніе съ Германскимъ Правительствомъ о томъ, чтобы не были допускаемы предварительные гражданскіе браки въ тѣхъ степеняхъ родства, при которыхъ не дозволяется вступленіе въ бракъ по правиламъ Православной Церкви.

Что же касается вѣнчанія браковъ смѣшанныхъ, и когда только одно изъ лицъ будетъ принадлежать къ русскому подданству, то предварительное заключеніе браковъ гражданскихъ представляется необходимымъ условіемъ для огражденія законности брака и всѣхъ его послѣдствій.

Такъ, при вступленіи русской подданной въ бракъ съ подданнымъ германскимъ, бракъ гражданскій является единственнымъ средствомъ къ узаконенію брачнаго союза въ Германіи. При вступленіи же въ бракъ германской подданной съ русскимъ подданнымъ, необходимо допустить, что Германское Правительство имѣетъ право требовать отъ своей подданной выполненія установленныхъ правилъ для признанія ея, по браку, русской подданною.

Относительно Православныхъ церквей, состоящихъ при нашихъ посольствахъ или миссіяхъ, представляется то соображеніе, что онѣ — какъ не отвергаетъ того и Германское Правительство — должны пользоваться правомъ внѣземельности, и потому не могутъ подвергаться дѣйствію германскаго закона 6 Февраля 1875 года. Посему Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагало бы, что браки лицъ православнаго исповѣданія и браки смѣшанные, но между лицами, принадлежащими къ русскому подданству, могутъ быть вѣнчаны въ церквахъ, подвѣдомственныхъ нашимъ посольствамъ и миссіямъ, по существующимъ до настоящаго времени правиламъ, но браки лицъ, изъ которыхъ только одно принадлежитъ къ нашему подданству, и въ особенности, если это лицо женскаго пола, было бы предусмотрительно, для огражденія законности брака, вѣнчать не иначе, какъ по предварительномъ вступленіи ихъ въ бракъ гражданскій.

Сверхъ того, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагало бы

при дальнѣйшихъ сношеніяхъ съ Германскимъ Правительствомъ по настоящему вопросу, войти въ соглашеніе по слѣдующимъ условіямъ

1) что, признавая за Германскимъ Правительствомъ право требовать, при вѣнчаніи браковъ въ означенныхъ выше Православныхъ церквахъ, исполненія закона 6 февраля 1875 г., мы не можемъ допустить, по отношенію нашихъ подданныхъ, чтобы браки, заключенные ими въ Германіи, въ чемъ либо отступали отъ дѣйствующихъ у насъ законовъ о союзѣ брачномъ. Напр., что мы не можемъ признавать законными браковъ, заключенныхъ только гражданскимъ порядкомъ, безъ обряда церковнаго вѣнчанія.

2) чтобы браки, между какими бы то ни было подданными и всѣхъ христіанскихъ исповѣданій, законно заключенные въ Россіи, были признаваемы законными и въ Германіи.

и 3) чтобы браки, законно разведенные у насъ, были бы признаваемы разведенными и въ Германіи, хотя бы и были заключены тамъ по германскому гражданскому обряду.

Сообщая Вашему Сіятельству о вышеизложенномъ, покорнѣйше прошу Васъ, Милостивый Государь, почтить меня увѣдомленіемъ о заключеніи Вашемъ по сему предмету и принять увѣреніе въ отличномъ моемъ почтеніи и преданности".

Такое же отношеніе послано Главноуправляющему II Отдѣленіемъ Собственной Его Величества Канцеляріи Князю Урусову.

Отношеніе Оберъ-прокурора Святѣйшаго Синода гр. Толстого Министру Иностранныхъ Дѣлъ Н. К Гирсу 7 марта 1879 года (№ 1151).

Милостивый Государь

Николай Карловичъ!

Въ послѣдствіе отношенія Вашего Высокопревосходительства отъ 7 минувшаго Февраля за № 1160 и 2 текущаго марта за № 2061, относительно примѣненія къ русскимъ подданнымъ, вступающимъ въ бракъ въ Германіи, мѣстнаго закона 6 Февраля 1875 года объ актахъ и т. д., имѣю честь увѣдомить, что я вполнѣ раздѣляю изложенныя въ отношеніи за № 1160 соображенія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ по вопросамъ, требующимъ сношенія и соглашенія съ Германскимъ Правительствомъ.

Къ сему долгомъ поставляю себѣ присовокупить, что, въ виду § 33 упомянутаго закона, признавая настоятельную необходимость

предположеннаго Министерствомъ сношенія съ Германскимъ Правительствомъ о томъ, чтобы предварительные гражданскіе браки русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія не были допускаемы во всѣхъ воспрещенныхъ Православною церковью степеняхъ родства и свойства (сверхъ поименованныхъ 1. 2 и 3 п. п. означеннаго § 33), нахожу, съ своей стороны, также необходимымъ, чтобы при этомъ сношеніи было обращено вниманіе и на то обстоятельство, что по дѣйствующимъ въ Россіи Церковнымъ постановленіямъ и гражданскимъ законамъ (т. X. ч. 1, изд. 57. ст. 37) не допускаются и не признаются законными и дѣйствительными брачныя сопряженія: 1) (ст. 37 п. 4) такихъ лицъ, которымъ по расторженіи прежняго брака возбранено вступать въ новый, 2) (ст. 37 п. 6) лицъ, имѣющихъ священнослужительскій или монашескій санъ и 3) (ст. 37 п. 7) лицъ православнаго исповѣданія съ нехристіанами; германскимъ же закономъ о заключеніи брачнаго союза воспрещается лицу, разведенному по причинѣ нарушенія святости брака, вступленіе въ новый бракъ лишь съ его совиновникомъ, а не безусловно со всякимъ другимъ лицомъ, какъ это установлено православной церковью; относительно же воспрещенія лицамъ, поименованныхъ въ 2 послѣднихъ пунктахъ, въ означенномъ законѣ вовсе не упомянуто. Равнымъ образомъ нашими законами воспрещено вступать въ бракъ лицу, имѣющему болѣе 80 лѣтъ, и вступленіе въ 4-ый бракъ (т. X ст. 421 и 37 п. 5), каковые браки также не воспрещаются германскимъ закономъ 6 февраля 1875 года.

Въ виду сего, по мнѣнію моему, всѣ такіе брачные союзы, какъ отвергаемые православной церковью, не должны бы быть допускаемы и къ заключенію установленными германскимъ закономъ гражданскими актами.

По § 40 того же закона, „право разрѣшенія препятствій къ браку принадлежитъ единственно государству“. Но въ числѣ препятствій для православныхъ русскихъ подданныхъ могутъ быть и такія, которыя, на основаніи обязательныхъ для нихъ отечественныхъ постановленій, разрѣшаются только властію православныхъ епархіальныхъ архіереевъ (напр., браки въ нѣкоторыхъ степеняхъ родства, или при недостаткѣ нѣсколькихъ мѣсяцевъ до брачнаго совершеннолѣтія), и такія, которыя ни въ какомъ случаѣ не подлежатъ разрѣшенію (напр., браки лицъ, разведенныхъ по нарушенію супружеской вѣрности). А потому, желательно

было бы, чтобы этотъ § не былъ примѣненъ къ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія.

Точно также, представляется желательными и необходимымъ при сношеніи съ Германскимъ Правительствомъ по настоящему дѣлу, войти въ соглашеніе о томъ, чтобы къ нашимъ подданнымъ православнаго исповѣданія не было примѣняемо и содержащееся въ § 77 закона 1875 года постановленіе относительно расторженія брачнаго союза, такъ какъ изъ сопоставленія этого § съ § 76 можно заключить, что расторженіе браковъ, заключенныхъ на основаніи сего закона, будетъ совершаться исключительно свѣтскою властью безъ участія власти духовной; между тѣмъ, по дѣйствующимъ въ Россіи постановленіямъ, браки расторгаются не иначе, какъ по рѣшенію собственно духовнаго суда. Сообщая о вышеизложенномъ покорнѣйше прошу принять и т. д.“.

Гр. Толстой.

II отдѣленіе собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи 11 Марта 1870 года (№ 179) Статсъ-Секретарю Н. К. Гирсу.

Милостивый Государь

Николай Карловичъ!

Ваше Высокопревосходительство, въ отношеніяхъ отъ 12 минувшаго Февраля и 2 сего Марта за №№ 1279 и 2062, а также въ доставленныхъ при нихъ приложеніяхъ, изволили передать мнѣ, по поводу возникшаго въ Германіи вопроса о примѣненіи къ нашимъ, православнаго исповѣданія, подданнымъ тамошняго закона о гражданскомъ бракѣ, какъ одномъ изъ необходимыхъ условій для совершенія надъ ними бракосочетанія, подробныя касательно сего предмета соображенія Министерства Иностранныхъ Дѣлъ съ цѣлью, чтобы сообщено было по онымъ подлежащее заключеніе.

Разсмотрѣвъ со всею тщательностью дѣло сіе, имѣю честь повергнуть на благоусмотрѣніе Вашего Высокопревосходительства нижеслѣдующее:

1) Само собою разумѣется, что при установленіи какихъ либо подробностей, касающихся международныхъ отношеній, первое, что должно быть принято во вниманіе, это—каждымъ изъ Правительствъ взаимно другъ къ другу, въ равной мѣрѣ, признаваемыя права экстерриторіальности.

2) По нашимъ узаконеніямъ, бракъ православнаго или православной съ другимъ лицомъ, какихъ бы ни было исповѣданія и подданства, считается законнымъ только съ момента совершенія его въ православной церкви, по правиламъ оной, православнымъ священникомъ. Такимъ образомъ, не только требуемое германскимъ закономъ предварительное заключеніе гражданскаго брака у гражданскаго чиновника, но и самое вѣнчаніе православныхъ съ иновѣрцами по обрядамъ исповѣданія сихъ послѣднихъ, не узаконяетъ еще брака. Слѣдовательно, исполненіе русскими православными, вступающими въ бракъ, помянутаго германскаго правительственнаго постановленія, является только какъ соблюденіе ими предварительныхъ формальностей (въ такомъ же родѣ, какъ напр. оглашеніе, представленіе извѣстныхъ документовъ и т. д.), не налагая на ихъ, предъ лицомъ Православія и русскаго закона совершенно никакой обязанности, а тѣмъ менѣе не давая никакихъ правъ, и

3) По началамъ же международнаго частнаго права, формы и обряды бракосочетанія опредѣляются законами мѣста совершенія брака. Не менѣе того, изъ этого общаго положенія, по соблюдавшемуся донынѣ правилу, дѣлалось, кажется, вездѣ исключеніе относительно тѣхъ именно иностранцевъ, отечественные законы коихъ видятъ въ бракѣ по преимуществу Священное Таинство.

На семъ основаніи, при вѣнчаніи въ заграничныхъ нашихъ церквахъ **жениха и невѣсты православной вѣры и русскаго подданства**, сколько извѣстно, до сихъ поръ безусловно не требовалось предварительнаго заключенія между ними, по мѣстнымъ узаконеніямъ, гражданскаго брака—а тѣмъ менѣе не обязывались заграничные наши священники не иначе приступать къ совершенію Таинства брака, какъ по удостовѣреніи, что надъ брачущимися совершенъ уже бракъ гражданскій.

Въ виду всего вышеизложеннаго, я, съ своей стороны,

1) Раздѣляю вполнѣ мнѣніе Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, что при разрѣшеніи вопроса о примѣнимости германскаго закона о гражданскомъ бракѣ къ православнымъ русскимъ подданнымъ при вѣнчаніи ихъ, между собою или съ иностранцами, въ православныхъ церквахъ, слѣдуетъ различать, въ какихъ именно церквахъ происходятъ эти бракосочетанія, какъ то: **въ посольскихъ** ли, т. е. такихъ, кои, состоя при нашихъ **посольствахъ** или миссіяхъ, непосредственно отъ нихъ зависятъ — или въ не посоль-

скихъ, къ коимъ принадлежатъ приходскія заграничныя и такія же частныя домовыя, вообще церкви никакой прямой связи съ посольствомъ или миссіею не имѣющія.

2) При совершеніи браковъ въ посольскихъ церквахъ, находку совершенно правильнымъ,—какъ полагаетъ Министерство,—примѣнять къ нимъ во всей полнотѣ право экстерриторіальности. Соотвѣтственно сему, браки какъ лицъ православнаго вѣроисповѣданія, такъ и смѣшанные, къ какому бы подданству вступающіе въ оные не принадлежали (къ русскому ли оба; или одинъ изъ нихъ къ иностранному), всѣ безъ изъятія, кажется, могли бы быть вѣнчаны по существующимъ въ Россіи, на этотъ предметъ, законамъ церковнымъ и гражданскимъ; вообще же, кромѣ тѣхъ законовъ, подробное установленіе порядка на совершеніе браковъ въ такихъ (посольскихъ) церквахъ могло бы зависѣть, по уполномочію Министерства, отъ ближайшаго усмотрѣнія посольства или миссіи.

3) Въ церквахъ не-посольскихъ, требованіе о томъ, чтобы лица иностраннаго подданства, будутъ ли они оба или одинъ изъ нихъ православнаго исповѣданія, а также лицо иностраннаго подданства, какой бы вѣры ни было, вступающее въ бракъ съ русскимъ — однимъ словомъ, каждое лицо не-русскаго подданства, прежде совершенія надъ нимъ вѣнчанія въ православной церкви, непремѣнно подчинялось мѣстному Германскому закону о заключеніи гражданскаго брака,—считаю обязательнымъ во всей своей силѣ, такъ какъ,—не говоря о мужчинѣ, остающемся при этомъ въ одномъ и томъ же подданствѣ, не женатъ онъ или женатъ,—женщина, выходящая за-мужъ за лицо другого подданства, переходитъ въ это послѣднее (т. е. подданство мужа) только по совершеніи надъ нею вѣнчанія, слѣдовательно, до того момента она должна уважать и исполнять всѣ постановленія своего Правительства, и наконецъ въ 4) по тому особому православному воззрѣнію на бракъ, какъ Св. Таинство, какой, вытекая изъ нашихъ религіозныхъ вѣрованій, признается и поддерживается у насъ самимъ закономъ, позволяю себѣ выразить, что было бы весьма желательно чтобы временно находящіеся за границею наши русскіе подданные, а тѣмъ болѣе еще, если оба они принадлежатъ къ православному вѣроисповѣданію, при желаніи ихъ вступить между собою въ бракъ, чтобы не насиловать ихъ совѣсти, не оскорблять ихъ религіознаго чувства,—по крайней мѣрѣ, при обоюдномъ ихъ

на то согласіи,—не были принуждаемы при вѣнчаніи и въ сихъ не-посольскихъ заграничныхъ нашихъ церквахъ, безусловно подчиняться Германскому закону о предварительномъ заключеніи между ними гражданскаго брака. Я ограничиваюсь однимъ указаніемъ на это соображеніе, не настаивая на немъ, если бы наше Министерство Иностранныхъ Дѣлъ встрѣтило затрудненіе войти о семъ, принятымъ въ такихъ дѣлахъ порядкомъ, въ подлежащее съ кѣмъ слѣдуетъ соглашеніе.

За симъ возбужденіе особыхъ вопросовъ относительно признанія въ Германіи браковъ, законно заключенныхъ или же разведенныхъ у насъ, кажется, едва ли представляется нужнымъ, такъ какъ вопросы эти разрѣшаются существующими въ семъ отношеніи узаконеніями и международными трактатами

Что же касается до недопущенія, по отношенію нашихъ подданныхъ, чтобы браки, заключенные ими въ Германіи, отступали въ чемъ либо отъ дѣйствующихъ у насъ законовъ о союзѣ брачномъ (каково между прочимъ, необходимость церковнаго вѣнчанія), то въ семъ отношеніи — позволю себѣ обратить вниманіе Вашего Высокопревосходительства — II отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, въ 1876 г. выразило уже свое воззрѣніе, заявивъ, по вопросу о заключеніи русскими браковъ съ швейцарскими уроженками (отношеніе 3 Сентября № 656), что оно вполнѣ раздѣляетъ мнѣніе Министерства, въ томъ смыслѣ, что браки, совершенные на основаніи однихъ только швейцарскихъ законовъ, по которымъ церковное вѣнчаніе не обязательно, не могутъ быть признаваемы въ Россіи законными. Примите и т. д.

Князь С. Урусовъ.

Министръ Внутреннихъ Дѣлъ препровождаетъ 18 Апрѣля 1879 года (№ 4182) князю Горчакову слѣдующую записку, составленную въ Министерствѣ Внутреннихъ Дѣлъ:

Начинается съ изложенія обстоятельствъ, по которымъ возбужденъ вопросъ, ноты Убри и т. д.

„ . . . . Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, разсматривая вопросъ о примѣненіи германскаго закона о гражданскомъ бракѣ къ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія, вступающимъ въ бракъ въ Германіи, нашло полезнымъ, чтобы при этомъ состоялось съ Германскимъ Правительствомъ соглашеніе по нѣ-

которымъ вопросамъ о заключаемыхъ въ Германіи бракахъ съ русскими подданными всѣхъ христіанскихъ исповѣданій.

Вопросы эти Министерство Иностранныхъ Дѣлъ сообщаетъ на заключеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, и при этомъ спрашиваетъ: считаются у насъ законными произведенные за границею разводы браковъ между русскими подданными неправославнаго исповѣданія, вступившими между собою въ бракъ въ Россіи? Склоняясь вообще къ возможности распространить на нашихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ въ Германіи, требованіе тамошняго закона о предварительномъ гражданскомъ бракѣ, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагаетъ однако войти въ сношеніе съ Германскимъ Правительствомъ о томъ:

1) чтобы, когда обѣ стороны—русскіе подданные, и при томъ обѣ или одна принадлежатъ къ православной церкви — не были допускаемы предварительные гражданскіе браки въ тѣхъ степеняхъ родства, при которыхъ не дозволяется вступленіе въ бракъ по правиламъ Православной Церкви.

2) чтобы при бракахъ, когда одна только сторона состоитъ въ русскомъ подданствѣ, признавая за Германскимъ Правительствомъ право требовать исполненія брачущимися закона 6 Февраля 1875 года, мы этимъ не обязывались допускать, по отношенію къ нашимъ подданнымъ, исключенія изъ дѣйствующихъ у насъ законовъ о союзѣ брачномъ, напр., чтобы мы не обязывались признавать законными браковъ, заключенныхъ только гражданскимъ порядкомъ.

3) чтобы браки между какими бы ни было подданными и всѣхъ христіанскихъ исповѣданій, законно заключенные въ Россіи, были признаваемы законными и въ Германіи.

и 4) чтобы браки, законно разведенные у насъ, были признаваемы разведенными и въ Германіи, хотя бы и были заключены тамъ по германскому гражданскому обряду.

Параграфъ 41 приведеннаго закона не оставляетъ сомнѣнія въ томъ, что этому закону, придается обязательная сила относительно всѣхъ браковъ, заключенныхъ въ предѣлахъ Германіи, къ какому бы подданству и исповѣданію брачущіеся ни принадлежали. Оспаривать примѣненіе этого закона къ русскимъ подданнымъ, вступающимъ въ бракъ въ Германіи, едва ли представляется юридическое основаніе и практическая польза.

Подчиненіе иностранцевъ, живущихъ въ предѣлахъ извѣстнаго государства, существующимъ въ ономъ законоположеніямъ (кромѣ, конечно, такихъ, которыя опредѣляютъ права состоянія лица, и обязанности, лежащія на немъ въ силу его подданства и личнаго его положенія на его родинѣ) высказывается прямо законодательствами. Такъ напр., по нашимъ законамъ (Основн. Госуд. Зак. т. I св. зак. Разд. 1 ст. 63), законъ, въ подлежащемъ порядкѣ обнародованный, долженъ быть свято и нерушимо исполненъ всѣми и каждымъ, какъ подданными, такъ и иностранцами и т. д.

Во французскомъ Code civil Art 3 постановлено: „Les lois de police et de sûrestes obligent tous ceux qui habitent le territoire". Вообще, должно въ этомъ отношеніи принять за правило, что „locus regit actum". Согласно этому, законодательство извѣстной страны, подчиняя своей юрисдикціи всѣхъ лицъ, живущихъ на территоріи, должно тѣмъ самымъ признавать и надъ своими подданными за предѣлами страны силу законовъ того государства, гдѣ эти подданные имѣютъ пребываніе [1]). Правило locus regit actum признается напр. французскимъ Code Civil (Art. 47 et 170). Такимъ образомъ, требованіе германскаго законодательства, чтобы бракамъ, вѣнчаемымъ на территоріи Германіи, предшествовала брачная запись, совершаемая у гражданскаго чиновника, не можетъ встрѣтить основательныхъ возраженій въ отношеніи православныхъ или иныхъ русскихъ подданныхъ, пребывающихъ въ Германіи, въ предположеніи, однако, что за гражданскимъ актомъ будетъ слѣдовать церковное вѣнчаніе.

Внѣ этого условія возникнетъ между германскимъ и нашимъ закономъ полное противорѣчіе, со всѣми его послѣдствіями.

По смыслу вышеприведенныхъ постановленій закона 6 Февраля 1875 года, бракъ, заключенный предъ гражданскимъ чиновникомъ, считается законнымъ, хотя бы за нимъ и не слѣдовало церковное вѣнчаніе.

Основное положеніе брака въ нашемъ законодательствѣ заключается въ томъ, что онъ имѣетъ и долженъ имѣть религіозную святость въ сознаніи самихъ брачущихся. По нашимъ законамъ,

[1]) Впрочемъ этимъ не ослабляются для подданныхъ постановленія ихъ родины, напр. ст. 1281 Устава гражд. судопр.

бракъ совершается въ церкви (т. X, ч. 1, ст. 31); лица всѣхъ вообще христіанскихъ исповѣданій вступаютъ въ Россіи между собою въ браки по правиламъ и обрядамъ ихъ церквей (ст. 61); бракъ всѣхъ вѣроисповѣданій, терпимыхъ въ Россіи (не исключая евреевъ, магометанъ и язычниковъ), признается законнымъ, когда оный совершенъ по правиламъ и обрядамъ ихъ вѣры (ст. 1113).

Измѣнять такое основное начало подъ вліяніемъ германскаго законодательства и вслѣдствіе неудобствъ для нѣкоторыхъ частныхъ лицъ, едва ли есть достаточный поводъ, особенно въ такое время, когда опытъ заставляетъ болѣе чѣмъ сомнѣваться въ правильности и соотвѣтствіи съ жизнью установленныхъ германскимъ закономъ основаній для брачнаго союза. Потому, если не можетъ быть возраженій противъ допущенія предварительнаго гражданскаго брачнаго союза между нашими подданными, вступающими въ бракъ въ Германіи, то совершеніе русскимъ подданнымъ одного только гражданскаго брачнаго акта не можетъ служить нашимъ административнымъ и судебнымъ установленіямъ основаніемъ къ признанію такового союза бракомъ, со всѣми его законными послѣдствіями [1]).

Наше Правительство поставлено неотразимымъ образомъ въ необходимость требовать, чтобы бракъ, совершенный въ Германіи, въ случаѣ когда оба брачущіеся, или одна сторона принадлежатъ къ русскому подданству, былъ, независимо отъ совершенія гражданскаго брачнаго акта, обвѣнчанъ въ церкви, подъ опасеніемъ признанія, въ противномъ случаѣ, брака недѣйствительнымъ. Нѣтъ сомнѣнія, что при условіи послѣдующаго, за заключеніемъ гражданскаго брака, церковнаго вѣнчанія, никакихъ практическихъ неудобствъ отъ такого гражданскаго акта не представляется; но въ случаѣ уклоненія отъ церковнаго вѣнчанія, вся тяжесть послѣдствій должна будетъ неизбѣжно лечь на лицъ, отъ того уклоняющихся. Въ этомъ послѣднемъ отношеніи предста-

[1]) Правила 1874 о раскольникахъ не составляетъ въ этомъ случаѣ исключенія, такъ какъ ими предполагается религіозный бракъ, какъ обстоятельство, предшествующее гражданской записи; законодатель не требуетъ лишь удостовѣренія въ заключеніи этого брака религіознымъ порядкомъ, въ виду непризнанія раскольническихъ сектъ терпимымъ исповѣданіемъ.

вляется 3 случая: 1) когда оба брачущіе-русскіе подданные; 2) когда женихъ — русскій подданный; 3) когда къ русскому подданству принадлежитъ невѣста.

Въ первомъ случаѣ, совершеніе лицами гражданскаго брака есть одна формальность, налагающая извѣстныя добровольныя обязательства, впредь до совершенія церковнаго брака, лишь за предѣлами Россіи.

Во второмъ случаѣ, совершеніе гражданскаго брака имѣетъ значеніе для германской подданной (невѣсты), и для самого германскаго правительства, въ силу того, что, по совершеніи брачнаго союза, она должна подлежать исключенію изъ германскаго подданства. но впредь до церковнаго вѣнчанія въ русское подданство принята быть не можетъ.

Для устраненія сего, отъ Германскаго Правительства зависѣть будетъ принять нужныя мѣры.

Наконецъ, въ третьемъ случаѣ, допущеніе предварительнаго гражданскаго брака само собою необходимо въ интересахъ русской подданной (невѣсты), ибо безъ этого бракъ не будетъ признанъ законнымъ въ Германіи. Въ случаѣ же уклоненія ея или жениха ея отъ церковнаго вѣнчанія, исключеніе изъ русскаго подданства не должно имѣть мѣста безъ особаго о томъ ходатайства, и самый бракъ, до перемѣны подданства, въ предѣлахъ Россіи не можетъ имѣть никакихъ гражданскихъ послѣдствій.

Посему казалось бы достаточнымъ о таковомъ взглядѣ нашего Правительства на брачный союзъ предупредить Германское Правительство, для огражденія германскихъ подданныхъ отъ неблагопріятныхъ для нихъ послѣдствій, въ случаѣ переѣзда, въ силу брачнаго союза, на русскую территорію и на случай возникновенія имущественныхъ споровъ.

Для предупрежденія же нашихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ за границей, необходимо поставить въ извѣстность о вышеизложенномъ нашихъ дипломатическихъ агентовъ, при содѣйствіи коихъ заключаются обыкновенно браки за границей. Общія соглашенія, въ смыслѣ компромисса по такому предмету едва ли возможны, какъ это видно изъ ближайшаго разсмотрѣнія проектированныхъ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ вопросовъ, именно:

1) Вопросъ о степеняхъ родства для вступленія въ бракъ не имѣетъ значенія, потому что при запрещаемыхъ степеняхъ, бракъ

не будетъ повѣнчанъ священникомъ, а пока онъ не повѣнчанъ, его для Россіи не существуетъ.

2) Указаніе Германскому Правительству на необязательность для насъ признанія законности брака, заключеннаго только гражданскимъ порядкомъ—не есть предметъ соглашенія, а имѣетъ значеніе предупрежденія Германскаго Правительства о послѣдствіяхъ такового гражданскаго брака (когда одна сторона принадлежитъ къ Германскому подданству) въ Россіи.

Вопросъ 3-й—о признаніи въ Германіи всѣхъ браковъ, законно заключенныхъ въ Россіи, и 4-й—о таковомъ же признаніи разводовъ, хотя бы разведенный бракъ былъ заключенъ гражданскимъ порядкомъ въ Германіи — представляются, повидимому, преждевременными, такъ какъ въ разсматриваемомъ случаѣ идетъ рѣчь только о степени обязательности для нашихъ подданныхъ подчиняться въ Германіи тамошнимъ законамъ о гражданскихъ бракахъ, но не возбуждается вопроса ни о силѣ нашихъ законовъ относительно живущихъ на нашей территоріи лицъ, ни о разводахъ вообще. Кромѣ того, возбужденіе этихъ вопросовъ было бы вообще не желательно, ибо они имѣютъ уже характеръ вмѣшательства въ чужое законодательство. При этомъ, если бы они были поставлены Германскому Правительству въ томъ видѣ, какъ это предполагается, то дали бы поводъ къ значительнымъ затрудненіямъ, безъ видимой практической пользы. Дѣйствительно, придется ли намъ на практикѣ требовать, чтобы браки между какими бы то ни было подданными и всѣхъ христіанскихъ исповѣданій, законно заключенные въ Россіи, были признаваемы законными и въ Германіи? Разсматриваемый законъ 6 Февраля 1875 года не даетъ повода къ сомнѣнію въ томъ, что этотъ вопросъ разрѣшается въ утвердительномъ смыслѣ, ибо онъ требуетъ заключенія гражданскаго брака въ предѣлахъ Германіи, и насколько намъ нѣтъ интереса возбуждать вопросъ о законности гражданскаго брака, совершеннаго въ Германіи между не русскими подданными, настолько и Германское Правительство не можетъ имѣть въ виду оспаривать исключительно церковный бракъ, заключенный у насъ. Вышесказанное относится и къ вопросу о разводахъ, т. е. къ требованію, „чтобы браки, законно разведенные у насъ, были признаваемы разведенными и въ Германіи, хотя бы и были заключены тамъ по германскому гражданскому обряду“.

Относительно этого вопроса кромѣ сказаннаго уже при разсмотрѣніи вопроса предшествующаго,—должно еще замѣтить, что на практикѣ могутъ быть два случая:

1) Бракъ заключенъ въ Германіи по гражданскому обряду. Бракъ сей, если за нимъ не слѣдуетъ церковнаго вѣнчанія, въ глазахъ нашихъ духовныхъ судовъ, которымъ подсудны бракоразводныя дѣла,—не существуетъ, и потому не можетъ быть ими расторгнутъ.

2) Церковному браку предшествовалъ гражданскій. Въ этомъ случаѣ расторженіе брака нашимъ духовнымъ судомъ могло бы быть достаточно для Россіи и для русскихъ подданныхъ, но не для Германіи, гдѣ подобныя дѣла вѣдаются судами свѣтскими, и не для германскихъ подданныхъ, для коихъ бракъ гражданскій, какъ заключенный по законамъ ихъ отечества, долженъ признаваться дѣйствительнымъ и подсуднымъ ихъ отечественнымъ судомъ.

Возбуждая вопросы о признаніи Германскимъ Правительствомъ законными, въ предѣлахъ Германіи, браковъ, совершенныхъ у насъ и разведенныхъ нашими духовными судами, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ спрашиваетъ: „считаются ли у насъ законными произведенные за границею разводы браковъ между русскими подданными неправославнаго исповѣданія, вступившими въ бракъ въ Россіи“.

На этотъ вопросъ отчасти отвѣчаютъ слѣдующія постановленія нашихъ законовъ (зак. о судопр. и взысканіяхъ гражданскихъ т. X, ч. 2, св. зак. изд. 76 г.). По ст. 630, дѣла о бракахъ лицъ другихъ христіанскихъ (не православнаго) исповѣданій, духовенствомъ ихъ совершенныхъ, вѣдаются вообще въ установленныхъ для каждаго духовныхъ правительствахъ. При этомъ (ст. 632), когда лица, въ бракѣ состоящія, принадлежатъ къ различнымъ христіанскимъ исповѣданіямъ, то опредѣленіе о дѣйствительномъ существованіи ихъ брака и законности онаго подлежитъ суду того исповѣданія, коего священникъ произвелъ первое вѣнчаніе, а рѣшеніе объ уважительности причинъ къ расторженію подлежитъ суду того вѣроисповѣданія, къ коему принадлежитъ отвѣтчикъ; но сіе рѣшеніе не можетъ быть постановлено прежде разсмотрѣнія о дѣйствительности совершенія брака и законности онаго. Отсюда можно вывести, что бракоразводное дѣло для русскихъ подданныхъ, во всякомъ слу-

чаѣ. должно начаться въ Россіи, за отсутствіемъ внѣ ея предѣловъ русскихъ духовныхъ правительствъ. Это подтверждается и тѣмъ, что относительно подсудности брачныхъ дѣлъ установлено вообще правило, что искъ начинается въ томъ судебномъ мѣстѣ, кому подвѣдомъ отвѣтчикъ (ср. ст. 530 т. XI, ч. 1); временное же пребываніе русскихъ подданныхъ за границей не можетъ измѣнить ихъ подсудности нашимъ духовнымъ судамъ и, слѣдовательно, для нашихъ духовныхъ судовъ не можетъ быть обязательно рѣшеніе судовъ иностранныхъ, въ особенности же судовъ свѣтскихъ. При этомъ, въ частности, относительно брачныхъ дѣлъ римско-католическаго исповѣданія, слѣдуетъ имѣть въ виду, что у римско-католиковъ поводомъ къ расторженію брака можетъ быть только недѣйствительность брака, а этотъ вопросъ можетъ подлежать изслѣдованію, конечно, только на мѣстѣ совершенія брачнаго обряда; единственный же заграничный судъ, могущій въ этомъ случаѣ имѣть мѣсто, есть судъ папы, къ которому можетъ перейти дѣло по апелляціи. Наконецъ, если принять въ соображеніе, что бракоразводныя дѣла вѣдаются въ Германіи гражданскими судами, то не должно упускать изъ вида постановленій ст. 1273 и сл. Уст. гр. суд. 20 Ноября 1864 г. Согласно этимъ постановленіямъ, рѣшенія судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ исполняются на основаніи правилъ, установленныхъ по сему предмету взаимными трактатами, чего въ настоящемъ случаѣ нѣтъ. Но если трактатомъ не установлены правила исполненія, то соблюдается слѣдующій порядокъ: рѣшенія судебныхъ мѣстъ иностранныхъ государствъ приводятся въ исполненіе въ Имперіи тогда только, когда это разрѣшено будетъ опредѣленіями судовъ Имперіи (ст. 1274); просьбы о семъ подаются въ тотъ судъ, въ вѣдомствѣ котораго должно производиться исполненіе (ст. 1275) и т. д.

Въ виду этихъ опредѣленій закона, и общаго правила, выраженнаго въ нашихъ основныхъ законахъ по коему наши законы должны быть „свято и ненарушимо исполняемы всѣми и каждымъ, какъ подданными, такъ и иностранцами, въ Россіи пребывающими“, вопросъ о дѣйствительности у насъ заграничныхъ разводовъ для русскихъ подданныхъ, вступившихъ въ бракъ въ Россіи, долженъ быть разрѣшенъ отрицательно.

Въ заключеніе, не излишне замѣтить по поводу предполагае-

маго съ Германскимъ Правительствомъ соглашенія, что въ виду коренного различія, существующаго во взглядѣ на бракъ между нашимъ и германскимъ законодательствомъ, и гого весьма важнаго обстоятельства, что брачныя дѣла у насъ вѣдаются судами духовными, какія либо по этому вопросу соглашенія между правительствами, несогласныя съ церковными правилами, могли бы вызвать и у насъ со стороны иновѣрнаго духовенства нѣкоторое подобіе той же „культурной борьбы", которая ставитъ германское законодательство, между прочимъ, въ слѣдствіе закона 6 Февраля 1875 года, въ разрѣзъ съ основными воззрѣніями нѣкоторыхъ исповѣданій на значеніе союза брачнаго".

Нота германскаго посла Швейница 18 (6) Іюля 1879 года (№ 2484а) уже утверждаетъ, что гражданскій обрядъ долженъ предшествовать даже бракамъ двухъ русскихъ подданныхъ въ русской посольской церкви.—Министерство Иностранныхъ Дѣлъ указываетъ посольству въ Берлинѣ на противорѣчіе между нотою Швейница и декларацією Бюлова (20 Іюля 1879 года, № 7059).

Донесеніе Посла Сабурова изъ Берлина Министру Иностранныхъ Дѣлъ 30 Іюля 1880 года (№ 1443).

Милостивый Государь

Николай Карловичъ!

Въ исполненіе отношенія Вашего Высокопревосходительства отъ 14 Мая за № 4341, я не преминулъ собрать свѣдѣнія о настоящемъ положеніи вопроса, касательно примѣненія германскаго закона о гражданскихъ бракахъ къ иностраннымъ подданнымъ, проживающимъ въ Германіи.

Во время моего предшественника, Императорское Посольство сообщило Германскому Министерству приложенную при семъ въ копіи, записку содержащую сущность инструкціи Императорскаго Министерства, отъ 14 Апрѣля 1879 года № 3708.

Содержаніе этой записки было подвергнуто всестороннему обсужденію здѣшнихъ законодательныхъ авторитетовъ.

Вслѣдствіе сего, Прусское Правительство пришло къ слѣдующему рѣшенію, которое уже приведено въ исполненіе:

Разослать циркулярно другимъ Германскимъ Правительствамъ извлеченіе изъ означенной записки, приглашая ихъ составить для

зависящихъ чиновниковъ инструкцію, въ силу которой они, при заключеніи гражданскихъ браковъ между русскими подданными, находящимися въ Германіи, должны имѣть въ виду существующія въ Россіи законоположенія касательно законныхъ бракосочетаній.

Этою мѣрою устраняется на будущее время случай неправильныхъ бракосочетаній, въ Россіи не признаваемыхъ. Что же касается вопроса о необходимости гражданскаго порядка бракосочетанія, то Германское Правительство остается при прежнемъ мнѣніи, а именно:

1) Бракосочетаніе иностранныхъ дипломатическихъ чиновниковъ въ посольскихъ церквахъ изъято отъ дѣйствія Германскаго закона.

2) Для другихъ же лицъ, не пользующихся правомъ экстерріоріальности, предварительный гражданскій обрядъ обязателенъ для признанія брака законнымъ въ Германіи, хотя бы они вѣнчались и въ посольскихъ церквахъ.

3) Въ случаѣ вѣнчанія въ другихъ не посольскихъ церквахъ, гражданскій обрядъ во всякомъ случаѣ обязателенъ.

Долгомъ считаю также препроводить, при семъ полученную мною, по сему предмету конфиденціальную записку Германскаго Министерства, служащую отвѣтомъ на вышеупомянутую записку моего предшественника. Примите и т. д.

Сабуровъ.

Notice remise à M-r Philippsborn.

Au point de vue du Gouvernement Impérial, l'obligation pour les sujets russes de contracter le mariage civil avant la bénédiction nuptiale d'aprés le rite orthodoxe. devrait dépendre de la circonstance, si cette cérémonie a lieu dans une chapelle jouissant des droits de l'exterritorialité ou dans une église russe en Allemagne se trouvant dans les conditions ordinaires.

Dans les temples orthodoxes de cette dernière catégorie il ne parait au Gouvernement Impérial que juste d'exiger des sujets russes qu'ils se conforment à la legislation allemande, d'autant plus que la formalité d'un enregistrement civil du mariage n'est pas en opposition formelle avec les principes du culte orthodoxe. De plus elle n'entraîne en Russie pour les nouveaux mariés aucune suite quant à la propriété et les droits de succession.

Quant aux chapelles diplomatiques russes à l'étranger, sans toucher au principe de l'exteritorialité, il serait utile peut être

d'abandonner dans les cas de mariage entre les sujets des deux pays à la volonté des époux de contracter en même temps le mariage civil.

Sur cette base le Gouvernement Impérial désirerait convenir des points suivants:

Tout en reconnaissant l'obligation des sujets russes de se conformer à la prescription du mariage civil à l'étranger, le Gouvernement Impérial croit devoir y mettre la condition que cette formalité civile ne se trouve pas pour chaque cas spécial en opposition avec les lois russes.

Ainsi l'on ne pourrait reconnaitre en Russie les mariages, conclus uniquement par devant l'officier civil.

Il serait impossible de reconnaître comme légal en Russie un mariage conclu entre des degrés de parenté trop rapprochés d'après les réglements de l'Eglise Orthodoxe.

Si l'un des fiancés avait été consacré prêtre ou s'il avait fait des voeux monastiques, il est évident qu'un mariage civil conclu à l'étranger n'aurait aucune valeur en Russie.

Une personne du rite orthodoxe ne peut également pas se marier à quelqu'un d'un Culte non chrétien.

L'âge de 80 ans et aussi un obstacle au mariage en Russie.

Il est défendu par les lois russes de convoler à une union matrimoniale pour la 4 fois.

Il faudrait prendre aussi en consideration si, en cas de divorce, il n'y a pas eu en Russie défense à l'un des époux de se remarier.

Sous ce dernier rapport la loi Allemande tend uniquement à empêcher les concubinages d'être plûtard revêtus des formes reconnues du mariage. L'église Orthodoxe défend par contre en général un nouveau mariage à celui des époux divorcés qui s'est rendu coupable d'infidélité conjugale.

D'après le § 40 de la loi Allemande, l'Etat est seul juge de la levée des obstacles dans les cas de mariages.

Cependant pour des russes orthodoxes, il y a de ces cas qui ne peuvent être réglés que par des Archeveques.

Il serait par conséquence désirable de ne pas appliquer ce § à des sujets de l'Empire, c'est à dire de ne pas admettre en Allemagne le mariage civil pour les cas de ce genre ne dépendant chez nous que de la juridiction éclesiastique et que l'on pourrait préciser.

Quant aux mariages consacrés dans les chapelles diplomatiques russes à l'etranger ils devraient être considérés comme conclus sur territoire Russe.

Indépendamment des considérations précitées il serait désirable de convenir encore des points si dessous.

1) Un mariage l'également conclu en Russie entre des époux de toute nationalité et de religion chrétienne, doit être également reconnu légal en Allemagne.

2) Les époux divorées légalement en Russie, doivent également être considérés comme tels en Allemagne, même s'ils y avaient conclu ce mariage d'après les lois civiles.

3) Les divorcés entre sujets russes du rite orthodoxe se trouvant à l'étranger ne peuvent avoir lien que d'aprrès les reglements existants en Russie".

Записка Германскаго Министерства.

Въ современномъ германскомъ правѣ господствуетъ принципъ, что браки, заключенные въ предѣлахъ Имперіи, туземцами или иностранцами (кромѣ лицъ экстерриторіальныхъ) въ формальномъ отношеніи подчинены дѣйствующимъ здѣсь постановленіямъ, особенно постановленію § 41 закона 6 Февраля 1875 года. Германское Правительство не можетъ принять воззрѣніе, защищаемое Императорскимъ Россійскимъ посольствомъ, по которому браки, совершенные въ посольской церкви, считаются какъ бы совершенными на русской территоріи; правительство это можетъ только признать, согласно ученію новѣйшихъ международниковъ, что фикція экстерриторіальности касается только членовъ посольства, но никакъ не всѣхъ иностранцевъ или даже туземцевъ во время ихъ пребыванія въ зданіи посольства.

Что же касается матеріальныхъ препятствій къ браку, о которыхъ говоритъ русская записка, то сочтено цѣлесообразнымъ довести о нихъ до свѣдѣнія германскихъ чиновниковъ гражданскаго состоянія, дабы они могли наставлять заинтересованныхъ, и въ надлежащихъ случаяхъ отказать въ совершеніи браковъ, воспрещаемыхъ русскими законами.

Потому всѣ союзныя правительства извѣщены, что по русскимъ законамъ бракъ воспрещается:

1) между лицами, находящимися въ извѣстныхъ, опредѣленныхъ православной церковью, степеняхъ родства;

2) между православными и нехристіанами:

3) лицамъ монашествующимъ и посвященнымъ уже въ іерейскій или діаконскій санъ;

4) имѣющимъ отъ роду болѣе 80 лѣтъ:

5) лицамъ, состоявшимъ уже въ 3 бракахъ;

6) лицамъ, которые при расторженіи брака изобличены въ супружеской невѣрности, наконецъ

7) что относительно нѣкоторыхъ изъ этихъ препятствій диспенсаціи даются только архіереями.

За то не оказалось возможнымъ принять три принципа, формулированные въ концѣ записки. Здѣсь можно указать, между прочимъ, на то, что разбираемые вопросы въ каждомъ случаѣ должны быть рѣшены судами и что поэтому невозможно давать ранѣе гарантіи относительно характера ихъ рѣшеній.

Берлинъ, Августа 1880.

Отъ Д. Т. С. барона Жомини — П. А. Сабурову 7 Октября 1880 года (№ 9431).

Милостивый Государь

Петръ Александровичъ!

Письмомъ отъ 30 Іюля—11 Августа за № 1443, на имя Господина Управляющаго Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ, Ваше Превосходительство увѣдомили о настоящемъ положеніи вопроса о примѣненіи германскаго закона о гражданскомъ бракѣ къ русскимъ подданнымъ, находящимся въ Германіи.

Вмѣстѣ съ тѣмъ Вы сообщили записку германскаго Министерства, служащую отвѣтомъ на сдѣланное нами заявленіе по изъясненному предмету.

Изъ этой записки видно, что Германское Правительство признаетъ право внѣземельности только за лицами, принадлежащими къ составу иностранныхъ посольствъ, и не считаетъ возможнымъ примѣненіе этого права къ лицамъ состоящимъ въ иностранномъ или мѣстномъ подданствѣ, хотя и находящимся въ зданіяхъ, занимаемыхъ посольствами.

Таковой взглядъ Германскаго Правительства послужилъ основаніемъ къ отклоненію нашего предложенія о томъ, чтобы лицамъ, надъ которыми обрядъ вѣнчанія совершается въ одной изъ Православныхъ церквей, состоящихъ при посольствѣ или при миссіи

въ Германіи было предоставлено право вступать или не вступать въ гражданскій бракъ, согласно ихъ на то желанію.

Между тѣмъ въ помянутомъ письмѣ Вашего Превосходительства за № 1443, сказано, что Германское Правительство, относительно примѣненія закона о гражданскомъ бракѣ полагаетъ:

1) Что бракосочетанія иностранныхъ дипломатическихъ чиновниковъ, въ посольскихъ церквахъ, должны быть изъяты отъ дѣйствія Германскаго закона.

2) Что для другихъ лицъ, не пользующихся правомъ экстерриторіальности, предварительный гражданскій обрядъ обязателенъ для признанія брака законнымъ въ Германіи, хотя бы они вѣнчались и въ посольскихъ церквахъ, и

3) Что въ случаѣ вѣнчанія въ другихъ непосольскихъ церквахъ, гражданскій обрядъ во всякомъ случаѣ обязателенъ

Изъ сравненія 2 послѣднихъ пунктовъ оказывается, что Германское Правительство, не смотря на выраженный имъ въ означенной запискѣ взглядъ, признаетъ до извѣстной степени различіе между браками, вѣнчанными въ посольскихъ и не въ посольскихъ церквахъ.

Въ первомъ случаѣ, гражданскій обрядъ считается необходимымъ для признанія законности брака въ Германіи, во второмъ же случаѣ гражданскій обрядъ является безусловно обязательнымъ.

Въ виду сего различія представляется полезнымъ окончательно выяснить вопросъ о томъ, считаетъ ли себя Германское Правительство въ правѣ противиться вѣнчанію православныхъ браковъ въ посольскихъ церквахъ въ Германіи безъ предварительнаго гражданскаго обряда, или же намѣрено ограничиться только непризнаніемъ таковыхъ браковъ законными въ Германіи.

Сообщая Вашему Превосходительству о вышеизложенномъ покорнѣйше прошу принять мѣры къ разъясненію представившагося нынѣ вопроса, и о послѣдующемъ благоволить меня увѣдомить.

Отвѣтъ П. А. Сабурова 30 Ноября 1880 года (№ 2132).

Милостивый Государь

Николай Карловичъ!

Отношеніемъ отъ 7 минувшаго Октября, Императорское Министерство, изволило мнѣ поручить окончательно выяснить. . . [1]).

[1]) См. конецъ предыдущей ноты.

Нынѣ имѣю честь представить слѣдующее объясненіе по означенному пункту.

Подъ словомъ „противиться“ можетъ только подразумѣваться наложеніе извѣстнаго штрафа, опредѣленнаго закономъ, на священника, совершившаго вѣнчаніе безъ предварительнаго гражданскаго брака.

За симъ является вопросъ, считается ли священникъ посольской церкви членомъ Посольства, и пользуется ли онъ правомъ экстерриторіальности на-равнѣ съ посломъ и чинами посольства.

Вопросъ этотъ я долженъ предоставить рѣшенію Императорскаго Министерства,

Изъ словесныхъ объясненій съ Германскими властями оказывается, что въ случаѣ, ежели священникъ посольской церкви имѣетъ экстерриторіальный характеръ, то германскій законъ о наложеніи штрафа не можетъ къ нему примѣняться.

Если же священникъ не пользуется правомъ экстерриторіальности, то Германское Правительство, желая избѣгать всякаго непріятнаго столкновенія, надѣется, что посолъ всегда будетъ имѣть средства предупредить такого рода случайности, такъ какъ отъ него зависитъ допускать частныхъ лицъ къ вѣнчанію въ посольской церкви.

Вслѣдствіе сего, имѣю честь покорнѣйше просить Ваше Высокопревосходительство почтить меня увѣдомленіемъ о мнѣніи Императорскаго Министерства касательно вопроса, простирается ли характеръ экстерриторіальности на священника посольской церкви. Примите, Милостивый Государь, увѣреніе въ отличномъ моемъ почтеніи и совершенной преданности.

Сабуровъ.

Нота Министерства Иностранныхъ Дѣлъ 7 Февраля 1881 года (№ 1192) послу въ Берлинѣ.

Милостивый Государь

Петръ Александровичъ!

Въ письмѣ отъ 30 Ноября 12 Декабря, № 2132 Ваше Превосходительство сообщили мнѣ нѣкоторыя соображенія по вопросу о вѣнчаніи православныхъ браковъ въ нашихъ посольскихъ церквахъ, находящихся въ Германіи, безъ предварительнаго гражданскаго обряда.

По изъясненному Вами, Милостивый Государь, мнѣнію по сему предмету, Германское Правительство можетъ противодѣйствовать

вѣнчанію таковыхъ браковъ, безъ совершенія гражданскаго обряда, только наложеніемъ денежнаго штрафа на совершившаго вѣнчаніе священника, и засимъ разрѣшеніе настоящаго вопроса зависитъ отъ того, признаются-ли священники посольскихъ церквей лицами принадлежащими къ посольствамъ и пользующимися вслѣдствіе того правами внѣземельности.

По мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, церкви, находящіяся при посольствахъ и миссіяхъ, составляютъ часть тѣхъ посольствъ и миссій, при которыхъ онѣ находятся, и пользуются правами и преимуществами имъ присвоенными. Совершеніе религіозныхъ обрядовъ по правиламъ того исповѣданія и по законамъ той страны, которой принадлежитъ посольство и находящаяся при ней церковь, безъ вмѣшательства иностраннаго правительства, составляетъ, безъ сомнѣнія, неотъемлемое право таковыхъ церквей.

Съ сей точки зрѣнія Германскому Правительству нѣтъ основанія противиться совершенію въ посольскихъ церквахъ браковъ по нашимъ законамъ. Единственнымъ законнымъ правомъ, которое въ семъ случаѣ можетъ быть признано за означеннымъ Правительствомъ, есть то, что оно можетъ не признавать гражданскихъ послѣдствій браковъ, совершенныхъ при такихъ условіяхъ.

Таковой взглядъ выраженъ между прочимъ въ нотѣ пребывающаго здѣсь Германскаго Посольства отъ 6 — 18 Іюля 1879 года въ № 2484, въ копіи у сего прилагаемой. Съ другой стороны, священникъ, какъ священнослужитель посольской церкви, есть лицо, принадлежащее къ составу посольства, а потому не можетъ быть подвергнутъ денежному штрафу по распоряженію Германскаго Правительства.

Такимъ образомъ, оказывается, что Германское Правительство не имѣетъ права требовать отъ насъ запрещенія священникамъ нашихъ посольскихъ церквей вѣнчать браки безъ предварительнаго гражданскаго обряда, что оно не имѣетъ законныхъ средствъ къ прекращенію вѣнчанія браковъ при такихъ условіяхъ, и что, по силѣ необходимости, оно должно ограничиться одною мѣрою непризнанія сихъ браковъ законными относительно гражданскихъ послѣдствій.

Сообщая Вашему Превосходительству о вышеизложенномъ, покорнѣйше прошу Васъ, при дальнѣйшихъ объясненіяхъ по насто-

ящему дѣлу, руководствоваться изъясненнымъ взглядомъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Управляющій Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ ***Гирсъ.***

Императорская миссія въ Стутгартѣ 16 (28) Апрѣля 1888 года (№ 119) Министерству Иностранныхъ Дѣлъ.

Власти Вюртемберга и Бадена вѣнчаютъ иностранныхъ подданныхъ съ туземками только при предъявленіи слѣдующаго цертификата иностранныхъ властеи 1) что данный иностранецъ подданный такого то государства, 2) что его отечественныя власти не находятъ препятствій противъ совершенія имъ брака въ Вюртембергѣ и Баденѣ, и что бракъ, заключенный по мѣстнымъ законамъ. будетъ признанъ въ отечествѣ иностранца, 3) что жена и дѣти пріобрѣтаютъ иностранное подданство 4) и будутъ приняты въ отечествѣ иностранца.

Русскій Посланникъ Бар. Фредериксъ не находитъ возможнымъ выдавать такіе цертификаты. Оказывается, что Германское Императорское Правительство далеко не всѣмъ правительствамъ сообщило текстъ русскаго закона о препятствіяхъ къ браку. Въ Вюртембергѣ эти препятствія неизвѣстны. Помимо того, мы не имѣемъ никакой гарантіи, что „главное условіе для признанія брака законнымъ въ Россіи, т. е. обязательный для всякаго русскаго подданнаго церковный обрядъ, будетъ выполнено“. И если правильность браковъ между православными русскими подданными можетъ до извѣстной степени быть контролируема нашимъ заграничнымъ духовенствомъ, то этого нельзя сказать про браки русскихъ подданныхъ неправославнаго исповѣданія. „Выводъ изъ вышеизложеннаго можетъ быть только слѣдующій. Такъ какъ необходимыя и вполнѣ достовѣрныя свѣдѣнія могутъ быть добыты нами только изъ Россіи, то единственною дѣйствительною цѣлесообразною мѣрою было бы предписаніе миссіямъ и консульствамъ выдавать удостовѣренія для браковъ не иначе, какъ по предварительному соглашенію съ подлежащими властями въ Россіи“.

Въ частномъ случаѣ русскаго подданнаго Т., вступившаго въ бракъ съ Вюртембергской подданною, посланникъ пошелъ, дабы не затягивать брака, на компромисъ, выдавъ Т. удостовѣреніе въ нѣсколько измѣненной редакціи: признаніе брака въ Россіи ставится въ зависимость отъ совершенія послѣ гражданскаго и церковнаго обряда, и ненарушенія препятствій русскаго права. Вза-

мѣнъ этого, баронъ Фредериксъ отобралъ отъ Т. подписку, которою Т. обязывался заключить послѣ гражданскаго и церковный бракъ, который онъ докажетъ посольству. Наконецъ, баронъ выдалъ свидѣтельство въ отрицательной формѣ о томъ, что ему не извѣстны препятствія къ браку по русскому закону.

Изъ отвѣтной ноты 23 Мая 1888 года явствуетъ, что Министръ Иностранныхъ Дѣлъ собирается войти въ новыя сношенія съ Св. Синодомъ и Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ.

На запросъ барона Врангеля, Генеральнаго Консула въ Данцигѣ 31 Декабря 1888 года Министерство Иностранныхъ Дѣлъ отвѣчаетъ 23 Января 1889 года № 533: „.... по мнѣнію моему, ввѣренное Вамъ Генеральное Консульство совершенно правильно отказываетъ во включеніи въ паспорты русскихъ подданныхъ женъ ихъ, съ которыми они сочетались бракомъ въ Германіи по гражданскому обряду безъ церковнаго вѣнчанія. Только тѣ вышедшія замужъ за русскихъ подданныхъ германскія уроженки подлежатъ включенію въ русскіе паспорты ихъ мужей въ качествѣ законныхъ супругъ, которыя съ ними повѣнчаны.....“ Это предписаніе циркулярно разослано всѣмъ консуламъ въ Германіи.

Императорская Россійская миссія въ Мюнхенѣ 15 марта 1889 года (№ 102) въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ.

..... Баварскія власти, предварительно совершенія гражданскихъ формальностей бракосочетанія русскихъ подданныхъ, по Имперскому закону 6 Февраля 1875 года, каждый разъ требуютъ отъ брачущихся засвидѣтельствованное миссіей удостовѣреніе въ томъ, что бракъ ихъ, совершенный въ Германіи, будетъ признанъ въ Россіи законнымъ.

Таковыя удостовѣренія выдаются миссіей, по прилагаемому у сего образцу [1]), но лишь по предъявленіи заинтересованнымъ лицомъ свидѣтельства мѣстныхъ русскихъ властей о томъ, что нѣтъ препятствій ко вступленію его въ бракъ....

Графъ Остенъ-Сакенъ.

[1]) Die Kaiserliche Russische Gesandschaft in Munchen bestätigt hiermit, dass eine im Königreiche Bayern gesetzlich abgeschlossene kirchliche Ehe, in Russland dieselbe Wirkung hat, wie wenn sie auf dem Gebiete des Russischen Reiches stattgefunden hatte, und dass, in dem vorliegenden Falle, kein Hinderniss im Wege stehe, die Ehe des Russischen Staatsangehörigen ... mit der .... zu vollziehen.

Императорское Россійское консульство въ Шверинѣ 12 марта 1889 года (№ 3) въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ.

... .. Въ ввѣренномъ управленію моему Императорскомъ Консульствѣ не имѣлось до сей поры примѣровъ тому, чтобы германскія власти предварительно совершенія гражданскихъ формальностей бракосочетанія русскихъ подданныхъ, когда либо заручались выдачею консульскихъ удостовѣреній или же засвидѣтельствованій въ томъ, что бракъ, совершенный въ Германіи, будетъ признанъ въ Россіи дѣйствительнымъ и законнымъ..... *Огаревъ*

Императорская Россійская миссія въ Дрезденѣ 9 Марта 1889 года (№ 49) сообщаетъ, что (по тому же дѣлу) „оффиціальнаго вопроса не было предложено миссіи и никакихъ свидѣтельствъ о томъ не было выдано миссіею". *Менгденъ.*

Императорская Россійская миссія въ Гамбургѣ 11 (23) марта 1889 года (№ 70) въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ.

..... Въ Гамбургѣ неоднократно случались бракосочетанія русскихъ подданныхъ съ мѣстными уроженками, и почти всякій разъ мѣстныя власти требуютъ удостовѣреній о неимѣніи препятствій къ совершенію брака, и о томъ, что жена такого лица пріобрѣтаетъ русское подданство.

Руководствуясь 1028 ст. т. IX св. зак., Императорская миссія не могла отказывать въ удостовѣреніи, что иностранка, вступая въ бракъ съ русскимъ подданнымъ, становится черезъ то самое русской подданной. Но въ ограниченіе себя, и къ интересахъ нравственности, помимо свидѣтельствованія удостовѣреній, выдаваемыхъ въ Россіи относительно неимѣнія препятствій къ вступленію въ бракъ просителя, всегда требуется отъ него росписка въ томъ, что онъ обязанъ совершать здѣсь бракъ по церковному обряду своей религіи.

Двѣ [1]) такія росписки при семъ представляются... вмѣстѣ съ тѣмъ... и образецъ выдаваемаго, по просьбѣ бракосочетающихся удостовѣренія [2]). *Графъ Кассини.*

---

[1]) Я нижеподписавшійся, даю сіе обязательство Императорскому Россійскому Генеральному консульству въ Гамбургѣ въ томъ, что кромѣ вѣнчанія въ сословномъ вѣдомствѣ, я буду вѣнчаться религіознымъ еврейскимъ бракомъ 4/16 Сентября 1886 года. *Абрамъ Або Левиновъ Шварцъ.*

[2]) Auf Ansuchen des Russischen Angehorigen Abram Abo Lewie Schwarz, bescheinigt das Kaiserlich Russische General-Consulat, dass im

Императорское Россійское консульство въ Лейпцигѣ 6 марта 1889 года (№ 58) въ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ.

Милостивый Государь

Александръ Георгіевичъ!

Предписаніемъ отъ 25 Февраля сего года за № 1384, Ваше Превосходительство изволило поручить мнѣ представить свѣдѣнія о томъ, не было ли во ввѣренномъ мнѣ консульствѣ примѣровъ, чтобы германскія власти, предварительно совершенія гражданскихъ формальностей бракосочетанія русскихъ подданныхъ, требовали засвидѣтельствованныхъ консульствомъ удостовѣреній въ томъ, что совершенный въ Германіи бракъ будетъ признанъ въ Россіи законнымъ.

По наведеннымъ, въ книгахъ консульства, тщательнымъ справкамъ, имѣю честь почтительнѣйше донести что, хотя еще въ прошломъ году въ Лейпцигѣ состоялось бракосочетаніе русскоподданнаго съ германскою уроженкою, но что ни тогда, ни вообще, по крайней мѣрѣ за послѣдніе 12 лѣтъ, консульствомъ подобнаго удостовѣренія ни выдано, ни засвидѣтельствовано не было.

При томъ считаю долгомъ прибавить, что, въ упомянутомъ выше случаѣ, бракъ былъ совершенъ и по церковному обряду. вслѣдствіе чего консульство включило въ русскій паспортъ мужа. въ качествѣ его законной супруги, бывшую германскую подданную. ...

Коскулъ.

Генеральный консулъ въ Франкфуртъ-на-Майнѣ 4 Марта 1889 года (№ 62) и консулъ въ Штетинѣ 3 Марта 1889 года (№ 44) сообщаютъ, что не знаютъ примѣровъ тому, чтобы германскія власти требовали отъ брачущихся засвидѣтельствованныхъ консуломъ удостовѣреній въ томъ, что бракъ ихъ совершенный въ Германіи, будетъ признанъ въ Россіи законнымъ.

Императорскій Россійскій консулъ въ Кенигсбергѣ 3 Марта 1889 года (№ 63) сообщаетъ тоже самое, а затѣмъ: „... Въ теченіе

Falle seiner Verheirathung mit einer Deutschen, und wenn die Trauung auch kirchlich nach dessen Ritus vollzogen wird, seine Frau sowie auch deren eventuelle Kinder, nach Russischen Gesetzen ohne weiteres in den Verband Russischer Unterthanen aufgenommen werden.

моей 8 лѣтней консульской практики было всего только 2 случая, что являлись русскіе подданные, евреи, и просили о включеніи въ ихъ русскіе паспорты женъ, съ коими они заключили здѣсь за границей гражданскіе браки, причемъ предъявляли акты о бракѣ, заключенномъ у чиновника гражданскаго состоянія.

Я каждый разъ отказывалъ въ этихъ просьбахъ, разъясняя просителямъ, что такой бракъ у насъ не можетъ считаться законнымъ, такъ какъ по нашему законодательству бракъ не можетъ быть предметомъ гражданскаго договора, по смыслу 1528 и 1529 статей т. IX, ч. 1. Вслѣдъ затѣмъ тѣ же лица заключали здѣсь, въ Пруссіи, браки по правиламъ ихъ духовнаго закона. Свидѣтельства о заключеніи духовныхъ браковъ, выданные раввинами, были мною свидѣтельствуемы, и затѣмъ имена женъ включаемы въ паспорты мужей.

Императорское Россійское консульство въ Любекѣ 11 марта 1889 года (№ 42).

Во исполненіе предписанія Вашего Превосходительства отъ 25 Февраля сего года за № 1284, имѣю честь представить при семъ копію съ одного изъ удостовѣреній, выданныхъ консульствомъ въ 1875, 1878, 1880 и 1881 годахъ по случаю бракосочетанія нѣкоторыхъ русскихъ подданныхъ въ Любекѣ.

Представляя при семъ также выписку изъ инструкціи чиновникамъ любекскаго гражданскаго состоянія, на основаніи коей, требуются отъ русскихъ подданныхъ, желающихъ вступить здѣсь въ супружество, подобныя удостовѣренія, честь имѣю донести, что съ 1881 года таковыхъ не было выдаваемо или свидѣтельствуемо ввѣреннымъ мнѣ консульствомъ.

Богословскій.

Копія съ удостовѣренія, выданнаго Россійскимъ Императорскимъ консульствомъ въ Любекѣ 13 (25) ноября 1878 года (№ 78).

Das Kaiserlich Russische Consulat zu Luebeck bezeuget hierdurch, dass N. N. durch Abstammung russischer Unterthan ist, und seiner hiesigen Eheschliessung mit der am 2. September 1856 in St. Petersburg geborenen N. N. ein rechtliches Hinderniss in Bezug auf seine Heimathsverhaltnisse nicht entgegensteht, derselbe vielmehr, dadurch seine Heimaths- und Unterthanenverhaltnisse auch ferner behält und solche auf seine demnachstige Ehefrau und seine ehelichen Kinder ubertragt.

Gesetz, betreffend die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in den königlichen Preussischen Staaten vom 13. März 1854.

§ 1. Auslander, welche in Unseren Staaten mit einer Inlanderin oder Auslanderin eine Ehe schliessen wollen, haben, neben der Erfullung der sonstigen gesetzlichen Erfordernisse, durch ein gehorig beglaubigtes Attest der Ortsobrigkeit ihrer Heimath nachzuweisen, dass sie nach dortigen Gesetzen unbeschadet ihrer Staatsangehorigkeit zur Eingehung einer Ehe im Auslande befugt sind, oder die nach diesen Gesetzen etwa erforderliche Erlaubniss zu der beabsichtigten Ehe erhalten haben.

§ 2. Unsere Minister der Justiz, des geistlichen u. s. w Angelegenheiten und des Inneren sind ermächtigt, sowohl in einzelnen Fällen, als mit Rucksicht auf die Angehorigen derselben überhaupt die Beibringung eines solchen Attestes (§ 1) zu erlassen.

§ 3. Geistliche oder Civilstandsbeamte, welche bei Schliessung der Ehe eines Ausländers amtlich mitwirken, ohne dass ihnen das erforderliche Attest (§ 1) vorgelegt worden, sollen, wenn die Beibringung desselben nicht erlassen ist (§ 2), mit Geldbusse bis zu 100 Thalern bestraft werden.

§ 4. Die Verordnung vom 28. April 1841 ist aufgehoben. 13. März 1864.

Friedrich Wilhelm.

Circulär-Erlass vom 2. März 1871.

Seitens der Kaiserlichen Russischen Staatsregierung ist uns mitgetheilt worden, dass nach den gegenwärtig in Russland bestehenden Gesetzen, russische Unterthanen beiderlei Geschlechts das Recht haben, sich mit Ausländern zu verheirathen, ohne verpflichtet zu sein, hierzu die specielle Genehmigung der Kaiserlichen Regierung einzuholen, sowie, dass die Russische Unterthanenschaft mit zu denjenigen Rechten und Prärogativen gehört, welche ein russischer Unterthan auf seine ausländische Ehefrau uberträgt.

Bei dieser Lage der russischen Gesetzgebung unterliegt es keinem Bedenken, die Vornahme von Trauungen Kaiserlich-Russischer Staatsangehoriger innerhalb Preussens auch ohne Beibringung des im § 1 des Gesetzes vom 13. März 1854 fur Auslander vorgeschriebenen Trau-Erlaubnissscheines der Heimathsbehörde zu gestatten. Indem wir demzufolge in Gemässheit des § 2 des gedachten Gesetzes

bezüglich der Kaiserlich-Russischen Staatsangehörigen die Beibringung des § 1 l. c. bezeichneten Attestes der Heimaths-Obrigkeit hierdurch allgemein erlassen, veranlassen wir die königliche Regierung in etwa vorkommenden Fällen von Beibringung des fraglichen Attestes seitens Kaiserlich-Russischer Staatsangehöriger Abstand zu nehmen, diese Anordnung aber mittelst Veröffentlichung derselben durch das Amtsblatt, zur Kenntniss des Geistlichen und des Publicums zu bringen. 2. März 1871.

Die Minister für geistliche Angelegenheiten des Innern der Justiz.

Erlass der preussischen Regierung vom 16. April 1889 (Amtsblatt der königlichen Regierung zu Konigsberg 13. Juni 1889).

Auf Grund des Gesetzes vom 13. März 1854, betreffend die Zulassung von Auslandern zur Eingehung einer Ehe in Preussen, sind mittelst der Circularverfugung vom 2. März 1871 die russischen Staatsangehorigen von Beibringnng des in § 1 a. u. o. erwahnten Attestes ein für allemal dispensirt worden.

Es ist dies geschehen, nachdem auf Grund der Mittheilung der Kaiserl. Russischen Staatsregierung als festgestellt betrachtet werden konnte, dass russische Staatsangehorige, ihre Ehemundigkeit etc. vorausgesetzt, eines polizeilichen Ehekonsenses nicht bedurfen, dergestalt, dass auch bei Schliessung der Ehe im Auslande (in Preussen) die Ehefrau ohne Weiteres die russische Staatsangehorigkeit erwerbe.

Nicht minder ist aber bei Erlass der Verfugung vom 2. Marz 1871 davon ausgegangen worden, dass auch in Russland die sonst zur Anwendung kommende Rechtsregel in Geltung stehe, wonach die Form der Eheschliessung sich nach dem Orte der letzteren richtet. Nach einer uns gegenwartig von dem Herrn Minister der auswartigen Angelegenheiten zugegangenen Mittheilung, ist letzteres jedoch, wie die gelegentlich eines Specialfalles veranlassten Erörterungen ergeben haben, — nicht der Fall. Die russische Gesetzgebung betrachtet als Erforderniss einer giltigen Eheschliessung, auch wenn derselbe im Auslande vor sich geht, die Trauung durch einen der Confession des russischen Nupturienten zugehörigen Geistlichen, also bei einem orthodoxen Russen die Trauung durch einen Geistlichen der griechischen Kirche.

Diesem Erforderniss wird in Preussen fast ohne Ausnahme nicht genügt werden können, und im Resultat gestaltet sich daher in

Preussen die Sache thatsachlich dahin, dass russische Staatsangehörige, wenigstens orthodoxe Russen, hier eine nach russischer Gesetzgebung giltige Ehe uberhaupt nicht schliessen können. Damit fallt aber die Voraussetzung der Circularverfügung vom 2. Marz 1871 hinweg, und es wird die letztere daher hiermit aufgehoben. Es wird uberdies hierbei darauf aufmerksam gemacht, dass russische Staatsangehorige niemals in der Lage sein werden, Attest ihrer Ortsobrigkeit, wie es der § 1 des Gesetzes vom 13. Marz 1854 vorsieht, dahin, dass sie zur Eingehung einer Ehe in Preussen, d. h. zur standesamtlichen Eheschliessung befugt sein, zu beschaffen, und dass daher russische Staatsangehörige zur Eheschliessung, nur auf Beibringung eines besonderen Dispenses (§ 2 des allegirten Gesetzes) zugelassen sind. Ein solcher besonderer Dispens wird demnächst nur nach eingehender Prüfung der Sachlage, und höchstens dann bewilligt werden können, wenn — namentlich bei nicht-orthodoxen Russen — die sichere Gewahr dafur gegeben ist, dass die Nupturienten willens und in der Lage sind, der standesamtlichen Eheschliessung die kirchliche Trauung in einer der Aufforderungen der russischen Gesetzgebung entsprechenden Weise nachfolgen zu lassen".

Вѣдомство Православнаго Исповѣданія по части юрисконсульта Св. Синода. 18 сентября 1888 года (№ 310).

Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

Отъ 9 Іюня сего года за № 4045 Ваше Высокопревосходительство просили заключенія моего по вопросу о томъ, уполномочены ли дипломатическіе представители наши за границею выдавать согласно требованію германскихъ властей, пребывающимъ въ Германіи русскимъ подданнымъ, предварительно вступленія сихъ послѣднихъ въ бракъ по законамъ Германской Имперіи, удостовѣренія о возможности или невозможности признанія за таковымъ бракомъ силы законнаго супружескаго союза въ предѣлахъ Россіи со всѣми проистекающими изъ сего союза для сочетавшихся онымъ лицъ гражданскими по русскимъ законамъ послѣдствіями.

Входя въ разсмотрѣніе приложеннаго къ тому же отношенію за № 4042 образца удостовѣренія, требуемаго Вюртембергскими властями отъ миссіи нашей въ Стутгардтѣ, я, съ своей стороны, не нахожу, чтобы выдача миссіею подобнаго удостовѣренія сопряжена была съ принятіемъ на себя миссіею безусловнаго ручатель-

ства въ томъ, что бракъ такого то русскаго подданнаго будетъ признанъ въ Россіи законнымъ, а женѣ и дѣтямъ сего лица усвоено будетъ русское подданство. По содержанію приведеннаго документа, миссія призывается выдавать вышеозначенное удостовѣреніе лишь съ оговоркою о томъ, чтобы при совершеніи помянутаго брака въ точности соблюдены были дѣйствующіе въ Россіи узаконенія относительно препятствій къ браку.

По существующему же у насъ порядку, рѣшеніе въ каждомъ данномъ случаѣ вопроса о томъ, могутъ ли тѣ или другія лица быть допущены къ бракосочетанію, или же имѣются къ сему какія либо законныя препятствія, принадлежитъ тѣмъ самымъ священнослужителямъ, которымъ предстоитъ совершеніе означеннаго бракосочетанія; представленія же брачущимися лицами какихъ либо удостовѣреній со стороны правительственныхъ властей въ томъ, что предположенный къ совершенію между тѣми лицами бракъ непремѣнно будетъ признаваться законнымъ, вовсе не требуется, и при томъ по той причинѣ, что на дѣлѣ подобное обстоятельство и не можетъ быть никѣмъ удостовѣрено.

Нерѣдко бывали случаи, что бракъ, совершенный, повидимому, съ соблюденіемъ всѣхъ законныхъ условій, не прежде, какъ по прошествіи лишь многихъ лѣтъ, оказывается совершеннымъ въ нарушеніе дѣйствующихъ относительно вступленія въ бракъ узаконеній (напр. случай вступленія въ бракъ по обману, или при существованіи прежняго законнаго супружества и т. п.), и послѣдствіемъ сего являлось признаніе такого брака незаконнымъ, и прижитыхъ въ семъ брачномъ сопряженіи дѣтей незаконнорожденными.

При такихъ обстоятельствахъ, и требуемыя отъ дипломатическихъ представителей нашихъ въ Германіи мѣстными властями удостовѣренія, въ формѣ сообщеннаго Вами, Милостивый Государь, образца, въ случаѣ, если бы Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ признано было возможнымъ возложить выдачу сихъ удостовѣреній на означенныхъ лицъ, могли бы быть выдаваемы, по мнѣнію моему, сими послѣдними безпрепятственно.

За всѣмъ тѣмъ, если бы германскими властями усмотрѣна была надобность въ какомъ либо отдѣльномъ случаѣ имѣть болѣе точное со стороны дипломатическихъ представителей нашихъ указаніе на счетъ того, не встрѣчается ли какихъ либо со стороны русскихъ

законовъ препятствій къ бракосочетанію собственно такого то русскаго подданнаго, то отвѣтный въ семъ случаѣ отзывъ, я полагаю, могъ бы быть сообщенъ германскимъ властямъ по предварительномъ истребованіи дипломатическими нашими представителями надлежащихъ по сему предмету свѣдѣній отъ пребывающаго за границею и имѣющаго совершить по чину православной церкви самое бракосочетаніе, православнаго русскаго церковнаго причта.

Объ изложенномъ имѣю честь сообщить Вашему Высокопревосходительству въ отвѣтъ на отношеніе за № 4042.

Оберъ-Прокуроръ ***К. Побѣдоносцевъ.***

Юрисконсультъ ***В Мордвиновъ***

Отъ Министерства Иностранныхъ Дѣлъ 20 Мая 1889 года (№ 4961) г. Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода.

„Отношеніемъ отъ 9 Іюня минувшаго года за № 4042 я имѣлъ честь обратиться къ Вашему Высокопревосходительству съ покорнѣйшей просьбой сообщить Министру Иностранныхъ Дѣлъ заключеніе Ваше по вопросу о томъ, могутъ ли дипломатическіе представители наши за границей выдавать, согласно требованію германскихъ властей, русскимъ подданнымъ, пребывающимъ въ Германіи, особыя удостовѣренія на вступленіе въ бракъ по законамъ Германской Имперіи. Въ отвѣтъ на вышеизложенное, Ваше Высокопревосходительство (отношеніемъ отъ 18-го Сентября минувшаго года за № 310) увѣдомили меня, что по существующему у насъ порядку, рѣшеніе въ каждомъ данномъ случаѣ вопроса о томъ, могутъ ли тѣ или другія лица быть допущены къ бракосочетанію, или же имѣются по сему какія либо препятствія, принадлежитъ тѣмъ самымъ священнослужителямъ, которымъ предстоитъ совершеніе означеннаго бракосочетанія, и что потому по мнѣнію Вашему, удостовѣренія, подобныя приложенному къ отношенію моему за № 4042, могли бы быть выдаваемы нашими дипломатическими представителями въ Германіи безпрепятственно.

По изъясненному вопросу я счелъ своимъ долгомъ, равнымъ образомъ, войти въ сношенія съ Господиномъ Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ.

Въ отзывѣ своемъ, отъ 21 Февраля текущаго года (№ 3435) въ копіи у сего прилагаемомъ, князь Гагаринъ, за Министра Внутреннихъ Дѣлъ, сообщаетъ мнѣ, что не можетъ признать соотвѣтственнымъ выдачу нашими миссіями вышеозначенныхъ удостовѣ-

реній на вступленіе въ бракъ, и что онъ, съ своей стороны, полагалъ бы цѣлесообразнымъ установить слѣдующій порядокъ при заключеніи браковъ русскихъ подданныхъ въ Германіи.

1) браки русскихъ подданныхъ въ Германіи могутъ быть заключаемы не иначе, какъ по представленіи брачущимися свидѣтельства отъ русскихъ миссій о неимѣніи препятствій къ браку.

2) миссіи, предварительно выдачи подобнаго свидѣтельства, объявляютъ брачущимся о тѣхъ требованіяхъ, которыя русскимъ закономъ поставлены для заключенія законнаго брака, т. е. о непремѣнномъ требованіи церковнаго вѣнчанія, и о всѣхъ ограничительныхъ законоположеніяхъ, заключающихся въ т. X св. зак. и 3) брачущіеся должны давать миссіи подписку въ томъ, что такое объявленіе имъ сдѣлано, и что обстоятельствъ, препятствующихъ, по русскому закону, вступленію ихъ въ бракъ, не имѣется.

Извѣщая о семъ Ваше Высокопревосходительство имѣю честь покорнѣйше просить Васъ, Милостивый Государь, не отказать въ сообщеніи Министерству Иностранныхъ Дѣлъ Вашего заключенія по содержанію приложенныхъ предположеній Министерства Внутреннихъ Дѣлъ.

При семъ считаю долгомъ присовокупить, что сношенія по сему предмету съ Министромъ Юстиціи мною сдѣлано не было.

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ, Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій 21 Февраля 1889 г. (№ 3435).

Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

Въ отношеніи отъ 11 Іюля минувшаго года за № 4122, Ваше Высокопревосходительство изволили спрашивать мое заключеніе о способахъ выхода изъ затрудненій, встрѣченныхъ при примѣненіи въ Германіи къ русскимъ подданнымъ мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ.

Изъ дѣла видно, что германскіе чиновники, совершающіе гражданскіе браки (Standesbeamten), въ силу соглашенія Русскаго и Германскаго Правительствъ 1879 года, обязаны относительно русскихъ подданныхъ удостовѣряться предварительно, что при этомъ наши законоположенія о союзѣ брачномъ не будутъ нарушены. Не имѣя, однако, въ своемъ распоряженіи никакихъ данныхъ къ сужденію о томъ, дозволителенъ ли предполагаемый брачный союзъ съ точки зрѣнія русскаго церковнаго и гражданскаго права, германскіе чиновники стали отказывать въ совершеніи для

русскихъ подданныхъ гражданскаго брака безъ представленія брачущимися соотвѣтственнаго свидѣтельства.

Вслѣдствіе сего, брачущіеся нашлись вынужденными обращаться за подобными удостовѣреніями къ мѣстнымъ русскимъ миссіямъ, но послѣднія, находясь въ отношеніи къ выдачѣ просимыхъ удостовѣреній въ такой же неизвѣстности, какъ и помянутые чиновники, и не признавая возможнымъ отклонить отъ себя всякое участіе въ этомъ дѣлѣ, выдавали въ иныхъ случаяхъ неточныя свидѣтельства о томъ, что „миссіи неизвѣстны препятствія къ браку того или другого лица“.

Съ своей стороны вполнѣ раздѣляю мнѣніе Вашего Высокопревосходительства, что вышеуказанный избранный миссіями выходъ изъ встрѣченнаго затрудненія, не можетъ признаваться соотвѣтственнымъ, потому что, съ одной стороны, при этомъ русскія миссіи входятъ въ противорѣчіе съ нашимъ законодательствомъ, предоставляющимъ дѣла брачныя, во всѣхъ ихъ стадіяхъ, вѣдѣнію духовной власти, съ другой, онѣ берутъ на себя отвѣтственность, выдавая отъ имени русскаго правительства свидѣтельства, въ достовѣрности которыхъ сами не убѣждены.

Тѣмъ не менѣе, въ настоящее время, когда уже вполнѣ обнаружилось, что означенное выше соглашеніе 1879 года не достигаетъ цѣли, и принимая во вниманіе незначительное вообще количество нашего духовенства за границей, я прихожу къ заключенію о необходимости привлечь, на законномъ основаніи, къ участію въ дѣлѣ заключенія браковъ въ Германіи русскими подданными мѣстныя миссіи, выработавъ такой порядокъ, при которомъ постановленія русскаго законодательства обезпечивались бы хотя до извѣстной степени.

Въ сихъ видахъ, и по соображенію, что главнѣйше заинтересованными въ законности брака являются сами брачущіеся, и что именно этимъ лицамъ наиболѣе извѣстны всѣ обстоятельства, могущія препятствовать вступленію ихъ въ бракъ, я полагалъ бы установить:

1) браки русскихъ подданныхъ въ Германіи могутъ быть заключаемы не иначе, какъ по представленіи брачущимися свидѣтельства отъ русскихъ миссій о неимѣніи препятствій къ браку.

2) миссіи, предварительно выдачи такого свидѣтельства, объявляютъ брачущимся о тѣхъ требованіяхъ, которыя русскимъ

закономъ поставлены для заключенія законнаго брака, т. е. о непремѣнномъ требованіи церковнаго вѣнчанія и о всѣхъ ограничительныхъ законоположеніяхъ, заключающихся въ т. X св. зак.

3) брачущіеся должны давать миссіи подписку въ томъ, что такое объявленіе имъ сдѣлано, и что обстоятельствъ, препятствующихъ по русскому закону, вступленію ихъ въ бракъ, не имѣется.

Форма такого объявленія должна быть выработана особо.

Сообщая о вышеизложенномъ Вашему Высокопревосходительству считаю долгомъ присовокупить, что въ виду особой важности настоящаго дѣла, по мнѣнію моему, предварительно окончательнаго разрѣшенія онаго, слѣдовало бы войти въ сношеніе не только съ Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода, но и съ Министромъ Юстиціи.

О послѣдующемъ благоволите, Милостивый Государь почтить меня увѣдомленіемъ.

Товарищъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ ***Князь Гагаринъ.***

Директоръ Князь ***Кантакузенъ—Графъ Сперанскій.***

Записка.

Германскій посолъ дѣлаетъ Императорскому Министерству 9 Сентября 1889 года слѣдующее заявленіе:

1) по § 2 прусскаго закона 13 Марта 1854 года, спеціальныя диспенсаціи выдаются Министрами Юстиціи, Культовъ и Внутреннихъ Дѣлъ.

2) Диспенсаціи будутъ выдаваться лишь русскимъ подданнымъ, личность которыхъ представляетъ серьезныя гарантіи того, что они имѣютъ намѣреніе и возможность вступить, послѣ гражданскаго, и въ церковный бракъ.

3) Отсюда слѣдуетъ, что придется дѣлать различіе между православными и неправославными. Такъ какъ православныхъ священниковъ въ Пруссіи очень немного, то русскіе подданные православнаго исповѣданія рѣже другихъ будутъ получать диспенсаціи, за невозможностью для нихъ соблюсти постановленія русскаго закона.

Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ отъ Вѣдомства Православнаго Исповѣданія. По части Юрисконсульства при Оберъ-Прокурорѣ Святѣйшаго Синода, 11 Сентября 1889 года (№ 233).

„Отношеніемъ отъ 20 Мая сего года за № 4961, въ послѣдствіе происходившей между Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ

и Вѣдомствомъ Православнаго Исповѣданія переписки, по вопросу о порядкѣ совершенія въ предѣлахъ Германской Имперіи браковъ между лицами, изъ коихъ одно или оба принадлежатъ къ числу русскихъ подданныхъ, и притомъ православнаго исповѣданія, Ваше Высокопревосходительство изволили, съ препровожденіемъ ко мнѣ копіи съ отзыва по настоящему дѣлу, за Министра Внутреннихъ Дѣлъ, тайнаго совѣтника князя Гагарина, отъ 21 Февраля текущаго года за № 3435, просить меня о доставленіи вновь по упомянутому вопросу заключенія.

Основанія къ затрудненіямъ въ совершеніи вышеозначенныхъ браковъ, какъ изъ той же переписки видно, заключаются:

1) Въ существующемъ между требованіями русскаго и германскаго законодательствъ разнообразіи относительно того, какими властями, духовными или гражданскими, должно быть совершаемо бракосочетаніе для того, чтобы супружескій союзъ считался за бракъ, законно совершенный: такъ, по германскому закону 6 Февраля 1875 года, законный бракъ въ предѣлахъ Германской Имперіи можетъ быть заключенъ не иначе, какъ предъ ведущимъ акты гражданскаго состоянія должностнымъ лицомъ (§ 41), которое, съ самымъ окончаніемъ выполненія всѣхъ установленныхъ тѣмъ же закономъ формальностей, объявляетъ, въ силу закона, жениха и невѣсту супругами, законно вступившими въ бракъ 52), а православнымъ священнослужителямъ воспрещается, подъ опасеніемъ денежнаго взысканія и даже тюремнаго заключенія, приступать къ совершенію церковнаго обряда бракосочетанія безъ предварительнаго удостовѣренія въ томъ, что бракъ лицъ, ищущихъ освященія супружескаго своего союза церковнымъ благословеніемъ, уже заключенъ предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія (§ 67); между тѣмъ, согласно дѣйствующимъ у насъ узаконеніямъ, гражданскаго брака для православныхъ русскихъ подданныхъ вовсе не установлено, и законнымъ бракомъ признается только бракъ, вѣнчанный въ церкви (ст. 31 Зак. Гр. ч. 1, т. X св. зак. изд. 1887 года), и

2) въ томъ, что хотя въ силу изданнаго Германскимъ Правительствомъ въ 1880 году, въ послѣдствіе состоявшагося между Россіей и Германіей соглашенія, особаго циркулярнаго распоряженія, мѣстныя германскія власти и призываются при заключеніи въ предѣлахъ Германской Имперіи браковъ русскихъ подданныхъ

православнаго вѣроисповѣданія, къ принятію въ соображеніе существующихъ въ Россіи законоположеній касательно лицъ, коимъ воспрещается вступать въ бракъ, тѣмъ не менѣе однако же означенныя власти, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ совершенія гражданскаго обряда бракосочетанія, не имѣя въ своемъ распоряженіи надлежащихъ данныхъ для опредѣлительнаго заключенія о томъ, не встрѣчается ли какихъ либо препятствій къ браку съ точки зрѣнія русскихъ церковныхъ и гражданскихъ законовъ, отказываютъ въ совершеніи браковъ русскихъ подданныхъ до представленія послѣдними такихъ отъ дипломатическихъ представителей нашихъ въ Германіи свидѣтельствъ, которыя служили бы ручательствомъ въ томъ, что бракъ подлежащій заключенію, будетъ признанъ въ Россіи законнымъ со всѣми проистекающими изъ сего союза для сочетавшихся онымъ лицъ гражданскими послѣдствіями: миссіи же наши, въ свою очередь, не считаютъ возможнымъ выдавать подобныхъ свидѣтельствъ въ требуемомъ германскими властями смыслѣ, такъ какъ выдача таковыхъ документовъ представлялась бы равносильною свидѣтельствованію ими, отъ имени русскаго правительства, о такихъ обстоятельствахъ, въ достовѣрности коихъ они сами не имѣютъ должнаго убѣжденія.

Обращаясь, съ своей стороны, къ новому обсужденію вопроса о согласованіи существующаго въ предѣлахъ Германіи порядка заключенія браковъ съ требованіями на сей предметъ русскаго законодательства, я нахожу, что даже и въ томъ случаѣ, если бы дипломатическіе представители наши въ Германіи и были уполномочены на выдачу предбрачныхъ свидѣтельствъ не только въ вышеозначенномъ смыслѣ, но даже и такихъ, которыя, по предположенію Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, заключали бы въ себѣ одно лишь основанное на предварительно отобранныхъ отъ самихъ брачущихся лицъ подпискахъ удостовѣреніе о неимѣніи препятствій къ браку, самая цѣль задачи, которая предлежитъ разрѣшенію Русскаго и Германскаго Правительства — обезпеченіе за браками, заключаемыми православными русскими подданными въ предѣлахъ Германской Имперіи, силы законнаго брака въ Россіи, — оставалась бы недостигнутою.

Заключивъ бракъ, по законамъ германскимъ предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія, супруги, при существующемъ порядкѣ, не связаны уже никакимъ даль-

нѣмцемъ, согласно тѣмъ же германскимъ законамъ, обязательствомъ относительно непремѣннаго совершенія ими еще церковнаго бракосочетанія по законамъ русскимъ. Оставаясь же, по заключеніи такого, гражданскимъ порядкомъ совершеннаго, бракосочетанія въ сожительствѣ между собою безъ освященія своего союза церковнымъ благословеніемъ, они не могутъ, по законамъ русскимъ, ни сами пользоваться правами законныхъ супруговъ, ни усвоять прижитымъ ими въ таковомъ сожительствѣ дѣтямъ правъ дѣтей, рожденныхъ отъ законнаго брака. Кромѣ того подобное положеніе вообще открывало бы православнымъ русскимъ подданнымъ поводъ обращаться именно къ совершенію брака исключительно гражданскимъ порядкомъ съ тою цѣлью, чтобы исполненіемъ требованій законодательства собственно германскаго пользоваться, какъ средствомъ для прикрытія, хотя бы внѣшняго только ради приличія, сожительства своего, не оправдываемаго русскою церковью и гражданскими законами относительно условій, при существованіи коихъ воспрещается вступленіе въ бракъ и, въ частности, подвергало бы одну изъ брачавшихся такимъ порядкомъ сторонъ случайности сдѣлаться жертвою обмана, если бы другая сторона пожелала злонамѣренно ее покинуть.

Существенное для православныхъ русскихъ подданныхъ препятствіе къ вступленію нынѣ, въ предѣлахъ Германіи, въ бракъ съ соблюденіемъ требованій на сей предметъ русскаго законодательства, составляетъ, на мой взглядъ, положительное воспрещеніе германскаго закона 6 Февраля 1875 года (§ 67) православнымъ священникамъ совершать церковное вѣнчаніе надъ лицами, не заключившими предварительно брака порядкомъ гражданскимъ, въ томъ же законѣ установленнымъ.

По этому позволительно желать, чтобы изъ приведеннаго общаго воспрещенія сдѣлано было Германскимъ Правительствомъ изъятіе собственно для русскихъ подданныхъ православнаго вѣроисповѣданія, установленіемъ правила о томъ, чтобы заключенію сими послѣдними брака предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія, обязательно предшествовало совершеніе надъ тѣми лицами церковнаго вѣнчанія, если не въ одной изъ находящихся, въ предѣлахъ Германіи, православныхъ церквей вообще, то по крайней мѣрѣ, какъ указано было въ нотѣ

бывшаго посла нашего въ Берлинѣ отъ 30 Іюня 1880 года за № 1443, въ одной изъ собственно состоящихъ при нашихъ посольствахъ и миссіяхъ въ государствахъ Германской Имперіи православныхъ русскихъ церквей.

Въ случаѣ отказа со стороны Германскаго Правительства отъ удовлетворенія прописаннаго предположенія, достаточнымъ обезпеченіемъ того, что бракамъ православныхъ русскихъ подданныхъ, заключаемымъ въ предѣлахъ Германіи безъ совершенія при томъ церковнаго, согласно русскимъ законамъ, вѣнчанія, не будетъ усвояемо силы законныхъ и съ точки зрѣнія германскаго закона супружескихъ союзовъ, представлялось бы, по моему мнѣнію, то, если бы Германское Правительство нашло возможнымъ и цѣлесообразнымъ, не измѣняя правилъ ни объ обязательномъ совершеніи обряда бракосочетанія предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія, ни о томъ, чтобы таковое заключеніе брака предшествовало церковному вѣнчанію, ограничиться: 1) дополненіемъ закона 6 Февраля 1875 года оговоркою о томъ, что условіемъ для признанія за браками православныхъ русскихъ подданныхъ, совершаемыми въ предѣлахъ Германіи, силы законныхъ супружескихъ союзовъ, поставляется, независимо отъ исполненія всѣхъ прочихъ требованій того же закона, еще повѣнчаніе тѣхъ браковъ, согласно русскимъ законамъ, въ церкви и 2) соотвѣтственно сему, измѣненіемъ по отношенію къ бракамъ тѣхъ же лицъ, формулы того объявленія, которое по силѣ § 52 закона 6 Февраля 1875 года, должностное лицо, ведущее акты гражданскаго состоянія, обязано произносить къ лицу брачащихся и именно въ томъ смыслѣ, чтобы женихъ и невѣста знали, что законнымъ будетъ признанъ ихъ бракъ не со времени окончательнаго исполненія надъ ними гражданскаго обряда бракосочетанія, а со времени повѣнчанія ихъ въ православной церкви по законамъ русскимъ.

Наконецъ, если бы Германское Правительство не сочло себя почему либо въ правѣ изъявить согласіе и на эту послѣдующую мѣру, въ такомъ случаѣ, въ видахъ безусловнаго лишенія православныхъ русскихъ подданныхъ способовъ обходить дѣйствіе русскаго закона, усвояющаго силу законнаго брака только супружескому союзу, освященному церковнымъ благословеніемъ, оставалось бы воспретить вовсе совершеніе надъ означенными лицами

браковъ во всѣхъ безъ изъятія, находящихся въ предѣлахъ Германской Имперіи, церквахъ православнаго вѣроисповѣданія.

Объ изложенномъ имѣю честь увѣдомить Васъ, Милостивый Государь, въ отвѣтъ на отношеніе за № 4961.

Оберъ-Прокуроръ ***К. Побѣдоносцевъ.***

Юрисконсультъ ***В. Мордвиновъ.***

Отъ Министра Иностранныхъ Дѣлъ Господину Министру Юстиціи 8 Марта 1890 года (№ 1710).

Въ 1879 году между Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ, Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода, II отдѣленіемъ Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, и Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ происходила переписка по вопросу о примѣненіи къ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія, вступающихъ въ супружество въ Германіи, Императорскаго закона 6 Февраля 1875 года о гражданскомъ бракѣ.

Препровождая выписку изъ означеннаго закона Министерству Внутреннихъ Дѣлъ, Главноуправляющему II отд. Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи и Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ сообщало, что полагало бы войти съ Германскимъ Правительствомъ въ сношенія по настоящему вопросу, дабы браки православныхъ русскихъ подданныхъ, совершаемые въ Германіи по закону 6 Февраля 1875 года, ни въ чемъ не отступали отъ дѣйствующихъ у насъ законовъ о союзѣ брачномъ.

По полученіи согласительныхъ отзывовъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ, Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода и Главноуправляющаго II отдѣленіемъ, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ съ Высочайшаго соизволенія, вступило по сему предмету въ переговоры съ Германскимъ Правительствомъ и заявило ему сущность нашихъ требованій.

Вслѣдствіе этого, Германское Правительство признало нужнымъ составить для чиновниковъ гражданскаго состоянія инструкцію, въ силу которой, при заключеніи въ Германіи браковъ русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія, подлежали принятію во вниманіе и существующія въ Россіи законоположенія.

Въ циркулярѣ, разосланномъ по этому поводу, германскимъ министромъ Внутреннихъ Дѣлъ въ 1880 году, указывалось, что въ Россіи православный бракъ воспрещенъ въ извѣстныхъ сте-

пеняхъ родства и свойства; между православнымъ и лицомъ не христіанскаго исповѣданія: для священнослужителей и монашествующихъ, для лицъ, имѣющихъ болѣе 80 лѣтъ, и для такихъ, которыя уже 3 раза состояли въ супружествѣ, или по расторженіи прежняго брака, утратили право вступать въ новый бракъ.

Соблюденіе германскими властями этого циркуляра, однако, оказалось на практикѣ весьма затруднительнымъ, такъ какъ не въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ совершенія брака православнаго русскаго подданнаго, чиновники гражданскаго состоянія имѣли возможность съ опредѣленностью заключить, не существуетъ ли какихъ препятствій къ совершенію брака съ точки зрѣнія русскаго церковнаго и гражданскаго закона.

Вопросъ о сопряженныхъ съ такимъ порядкомъ вещей неудобствахъ служилъ неоднократно предметомъ переписки между Императорскимъ и Германскимъ Правительствами, и въ послѣднее время, по поводу совершенія въ Стутгартѣ брака русскаго подданнаго Т. въ 1888 году, вновь обратилъ на себя вниманіе Министерства.

Затрудненія, усмотрѣнныя мѣстными германскими властями, въ указанномъ частномъ случаѣ, устранены были, на этотъ разъ, выдачею нашей миссіей въ Стутгартѣ г-ну Т. свидѣтельства о томъ, что миссіи неизвѣстно какого либо препятствія къ совершенію его брака.

Находя однако, что дипломатическіе и консульскіе представители наши въ чужестранныхъ государствахъ не уполномочены по закону принимать какое-либо участіе въ совершеніи брака русскихъ православныхъ подданныхъ по гражданскому обряду мѣстнаго порядка, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ сочло долгомъ обратиться по сему вопросу въ Министерство Внутреннихъ Дѣлъ и къ Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода, съ приложеніемъ образца выданнаго миссіей нашей въ Стутгартѣ г-ну Т. свидѣтельства, и съ просьбою сообщить отзывъ о томъ, уполномоченны ли наши представители въ Германіи выдавать русскимъ православнымъ подданнымъ предбрачныя свидѣтельства, какъ того требуютъ германскія власти, выражая, съ своей стороны, сомнѣніе въ правильности выдачи и соотвѣтствіи подобныхъ свидѣтельствъ.

Въ отвѣтъ на это Министерство Внутреннихъ Дѣлъ увѣдомило, что оно вполнѣ соглашается съ мнѣніемъ Министерства

Иностранныхъ Дѣлъ о несоотвѣтствіи выдаваемыхъ нашими миссіями брачущимся свидѣтельствъ о неимѣніи въ виду препятствій къ браку, но однако полагаетъ, что миссіи могли бы быть привлечены, на законномъ основаніи, къ участію въ дѣлѣ заключенія браковъ въ Германіи русскими подданными съ соблюденіемъ слѣдующаго порядка[1]).

.... Оберъ-Прокуроръ Святѣйшаго Синода въ отзывѣ своемъ по сему дѣлу вообще признавалъ выдачу какихъ бы то ни было свидѣтельствъ отъ нашихъ миссій русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія, вступающимъ въ бракъ въ Германіи, нецѣлесообразной, и проектированныя Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правила не обезпечивающими за браками, заключенными при такихъ условіяхъ, непремѣнную силу законнаго супружескаго союза въ Россіи.

Съ своей стороны Д. Т. С. Побѣдоносцевъ находилъ желательнымъ, чтобы Германское Правительство сдѣлало изъ общаго закона 6 Февраля 1875 года изъятіе для русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія установленіемъ правила, по которому такія лица совершали бы, до заключенія брака гражданскимъ порядкомъ, церковное вѣнчаніе, или же чтобы вышеприведенный законъ былъ дополненъ условіемъ о томъ, что бракъ православныхъ русскихъ подданныхъ совершенный въ Германіи, пріобрѣтаетъ силу законности если, независимо отъ исполненія прочихъ требованій германскаго закона, будетъ повѣнчанъ въ церкви.

Къ этому Оберъ-Прокуроръ Святѣйшаго Синода присовокупилъ, что буде Германское Правительство откажется отъ введенія у себя одной изъ вышеуказанныхъ мѣръ, оставалось бы вовсе запретить совершеніе надъ русскими подданными православнаго исповѣданія браковъ во всѣхъ находящихся въ предѣлахъ Германской Имперіи православныхъ церквахъ.

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, подвергнувъ настоящій вопросъ тщательному обсужденію и останавливаясь на предлагаемыхъ Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правилахъ выдачи нашими миссіями особыхъ предбрачныхъ свидѣтельствъ, не можетъ не замѣтить, что привлеченіе къ участію въ дѣлѣ заключенія православныхъ браковъ въ Германіи русской граждан-

---

[1]) Слѣдуютъ извѣстные 3 пункта (см. выше въ бумагѣ Кн. Гагарина).

ской власти, повидимому, не соотвѣтствуетъ нашимъ основнымъ законамъ По ст. 1 и 31 ч. 1, т. X св. зак., лица православнаго исповѣданія могутъ вступить между собою въ бракъ, не испрашивая ни особаго отъ Правительства дозволенія, ни увольненія отъ сословій и обществъ, при чемъ бракъ, чтобы быть законнымъ, долженъ совершаться во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ Православной Церкви.

Точный смыслъ этого основнаго закона исключаетъ, по мнѣнію Министра Иностранныхъ Дѣлъ, всякую возможность обусловить совершеніе браковъ русскихъ православныхъ подданныхъ за границею непремѣннымъ условіемъ представленія брачущимися свидѣтельства отъ миссіи о неимѣніи препятствій къ браку, тѣмъ болѣе, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ именно о тѣхъ препятствіяхъ къ брачному союзу, о коихъ говорится въ ст. 37 т. X, ч. 1 св. зак., и выясненіе которыхъ, при каждомъ отдѣльномъ бракосочетаніи, принадлежитъ священнослужителямъ, совершающимъ означенное таинство.

Имѣя въ виду, что предбрачное свидѣтельство, выданное русскою миссіею само по себѣ никакого значенія имѣть не можетъ по нашему закону, нельзя, по мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, не согласиться съ отзывомъ Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода о несоотвѣтствіи проектированныхъ Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правилъ.

Обращаясь засимъ къ мнѣнію, высказанному Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода объ измѣненіи германскаго закона о гражданскомъ бракѣ въ примѣненіи къ русскимъ подданнымъ Министерство Иностранныхъ Дѣлъ считаетъ долгомъ замѣтить, что едва-ли возможно расчитывать на благопріятный исходъ подобнаго съ нашей стороны продставленія, и что принятіе Германскимъ Правительствомъ одной изъ предполагаемыхъ мѣръ не устранитъ тѣхъ неудобствъ, противъ которыхъ нынѣ изыскиваются средства.

Въ самомъ дѣлѣ, если бы, по настоянію нашему, Германское Правительство и сочло возможнымъ ввести въ свое законодательство особую, въ видѣ изъятія изъ правила § 67 закона 6 Февраля 1875 года, статью для православныхъ русскихъ подданныхъ, согласно которой совершенію гражданскаго обряда бракосочетанія сими лицами въ Германіи предшествовало бы обязательно

церковное вѣнчаніе, то этимъ не могло бы еще устраниться дѣйствіе основного Германскаго закона 6 Февраля 1875 года, по которому (§ 41) бракъ пріобрѣтаетъ силу только съ момента его совершенія гражданской властью. При такихъ же условіяхъ могло бы оказаться, что бракъ, повѣнчанный въ Германіи, но еще не утвержденный тамъ гражданской властью, признавался бы въ Россіи законносовершеннымъ, а въ Германіи ничтожнымъ. Между тѣмъ подобные случаи настолько же нежелательны для насъ, насколько нежелательно въ Германіи обратное положеніе дѣла, когда бракъ, совершенный по Германскимъ законамъ, у насъ признается ничтожнымъ, если не повѣнчанъ въ церкви.

Другое измѣненіе германскаго закона, предлагаемое Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода, т. е. дополненіе правилъ 6 Февраля 1875 года оговоркою о томъ, что условіемъ для признанія за браками православныхъ русскихъ подданныхъ, совершаемыми въ предѣлахъ Германіи, силы законныхъ супружескихъ союзовъ поставляется, независимо отъ исполненія прочихъ требованій этого закона, еще повѣнчаніе въ церкви согласно русскимъ законамъ, повидимому, разрѣшаетъ вопросъ съ большей полнотой. Но не говоря уже о томъ, что подобное отступленіе являлось бы изъятіемъ изъ общаго внутренняго закона одной страны въ пользу нѣкоторыхъ подданныхъ другой, такая льгота на практикѣ встрѣтила бы много затрудненій, едва ли устранимыхъ.

Дѣйствительно, согласно § 54 Германскаго закона 6 Февраля 1875 года, немедленно по совершеніи гражданскаго обряда бракосочетанія супругамъ выдается о томъ установленное свидѣтельство, а бракъ вносится въ книги гражданскаго состоянія съ росписью свидѣтелей.

Эти то записи, по § 15 того же закона, и служатъ единственнымъ доказательствомъ законно совершеннаго брачнаго союза наравнѣ съ выданными изъ нихъ выписями, а съ другой стороны, въ силу §§ 3 и 12, книги гражданскаго состоянія могутъ вестись только гражданскимъ чиновникомъ опредѣленнаго гражданскаго округа, и ни въ какомъ случаѣ не поручаются лицамъ духовнаго сана или церковнымъ служителямъ.

При такомъ положительномъ требованіи закона, предлагаемое Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода изъятіе въ пользу рус-

скихъ православныхъ подданныхъ вызвало бы цѣлый рядъ осложненій и вопросовъ о томъ, какъ установить законность брака такихъ лицъ въ Германіи, какое значеніе могутъ имѣть записи въ книги гражданскаго состоянія браковъ, еще не вѣнчанныхъ въ церкви, и какимъ образомъ духовныя лица православнаго исповѣданія могли бы выполнить падающую на нихъ гражданскую обязанность, не нарушая ни мѣстнаго, ни своего церковнаго закона.

Вытекающее изъ такихъ условій столкновеніе различныхъ принциповъ противоположнаго свойства представляется Министерству Иностранныхъ Дѣлъ настолько существеннымъ, что оно съ своей стороны, не усматриваетъ выхода изъ тѣхъ затрудненій, которыя нынѣ возникаютъ при совершеніи въ Германіи браковъ между православными русскими подданными.

Дѣйствующее въ Германіи начало гражданскаго брака, требующее примѣненія общаго юридическаго правила „locus regit actum“ не можетъ быть приведено въ соотвѣтствіе съ нашимъ закономъ, не допускающимъ этого правила по отношенію къ бракамъ, въ виду безусловнаго требованія основныхъ правилъ православной церкви.

По этому поводу Министерство считаетъ долгомъ обратить вниманіе Вашего Высокопревосходительства на состоявшійся 16 Апрѣля 1889 года циркуляръ прусскаго Министерства касательно браковъ русскихъ подданныхъ въ Пруссіи.

Изъ разсмотрѣнія этого циркуляра, въ копіи при семъ прилагаемаго, Вы изволите, Милостивый Государь, усмотрѣть, что имъ отмѣняется распоряженіе 2 Марта 1871 года, согласно которому русскіе подданные, совершающіе бракъ въ Пруссіи, освобождались отъ предъявленія требуемаго закономъ 13 Марта 1854 года отъ иностранцевъ удостовѣренія отъ властей ихъ отечества въ разрѣшеніи на бракъ (Trau-Erlaubnisschein), въ виду того именно, что русскій законъ признаетъ дѣйствительнымъ только церковный бракъ. Съ отмѣною этой льготы, русскіе подданные, желающіе совершить бракъ въ предѣлахъ Пруссіи, обязаны предоставлять удостовѣренія русской власти въ томъ, что имъ разрѣшено заключить бракъ по прусскимъ гражданскимъ законамъ, если только они не освобождены будутъ отъ этой обязанности по особому усмотрѣнію Прусскаго Министерства (§ 2 зак. 13 Марта 1854 года).

Такъ какъ, однако, русскія власти вообще не призваны по закону выдавать брачущимся какія-либо разрѣшительныя свидѣтельства, то подобное распоряженіе Прусскаго Правительства, очевидно, сводится къ воспрещенію совершать въ общемъ порядкѣ въ предѣлахъ Прусскаго Королевства браки русскихъ православныхъ подданныхъ, и въ этомъ случаѣ прусскій законъ, повидимому, совпадаетъ съ предложеніемъ Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода.

Хотя циркуляръ 16 Апрѣля 1889 года касается только Пруссіи и не распространенія на всю Германскую Имперію, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ тѣмъ не менѣе не можетъ не признать за нимъ важнаго принципіальнаго значенія.....

Принимая однако во вниманіе, что вопросъ этотъ по сложности юридическихъ отношеній съ нимъ связанныхъ, представляетъ весьма значительныя трудности, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагало бы нужнымъ, предварительно какихъ либо сношеній съ Германскимъ Правительствомъ, имѣть въ виду какъ заключеніе Вашего Высокопревосходительства, такъ и отзывъ Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода и Министра Внутреннихъ Дѣлъ, къ которымъ я обратился съ надлежащими запросами.

О послѣдующемъ я буду ожидать Вашего, Милостивый Государь, благосклоннаго отзыва.

Министръ Иностранныхъ Дѣлъ

Господину Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода. 8 Марта 1890 года (№ 1711). Отъ Министра Иностранныхъ Дѣлъ.

„Отношеніемъ отъ 11 Сентября 1889 года за № 233, Ваше Высокопревосходительство изволили увѣдомить Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, что Вы не признаете предположеній Министерства Внутреннихъ Дѣлъ по поводу примѣненія въ Германіи къ русскимъ подданнымъ мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ достигающими цѣли, находя, что проектированныя онымъ Министерствомъ правила не могли бы обезпечить за браками, заключенными въ Германіи при такихъ условіяхъ непремѣнную силу законнаго супружескаго союза въ Россіи.

Съ своей стороны, въ видахъ устраненія нынѣ существующихъ неудобствъ въ этомъ отношеніи, Ваше Высокопревосходительство полагаете необходимымъ, чтобы Германское Правительство сдѣлало изъ общаго закона 6 Февраля 1875 года изъятіе для рус-

скихъ подданныхъ православнаго исповѣданія установленіемъ правила о томъ, чтобы такія лица совершали до заключенія брака гражданскимъ порядкомъ, церковное вѣнчаніе, или же чтобы Германское Правительство дополнило вышеприведенный законъ отъ 6 Февраля 1875 года условіемъ о томъ, что бракъ православныхъ русскихъ подданныхъ, совершенный въ Германіи, пріобрѣтаетъ силу законности лишь въ томъ случаѣ, если независимо отъ исполненія прочихъ требованій германскаго закона, такой бракъ будетъ повѣнчанъ, согласно русскому закону, въ церкви.

Къ этому Вы изволили, Милостивый Государь, присовокупить что буде Германское Правительство откажется отъ введенія у себя одной изъ вышеуказанныхъ мѣръ, оставалось бы вовсе запретить совершеніе надъ русскими подданными православнаго исповѣданія браковъ во всѣхъ безъ изъятія находящихся въ предѣлахъ Германской Имперіи православныхъ церквахъ.

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, подвергнувъ настоящій вопросъ новому обсужденію, и останавливаясь, прежде всего, на предлагаемыхъ Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правилахъ выдачи нашими миссіями особыхъ предбрачныхъ свидѣтельствъ, не можетъ не замѣтить, что привлеченіе къ участію въ дѣлѣ заключенія православныхъ браковъ въ Германіи русскими подданными русской гражданской власти, вообще, повидимому, не соотвѣтствуетъ нашимъ основнымъ законамъ. По ст. 1 и 31 т. X, ч. 1 св. зак., лица православнаго исповѣданія могутъ вступать между собой въ бракъ, не испрашивая на сіе ни особаго отъ правительства дозволенія, ни увольненія отъ сословій и обществъ, къ коимъ они принадлежатъ, при чемъ бракъ, чтобы быть законнымъ, долженъ совершаться во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ православной церкви.

Точный смыслъ этого основного правила исключаетъ, по мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, всякую возможность обусловливать совершеніе браковъ русскихъ православныхъ подданныхъ, хотя бы и за границей непремѣннымъ условіемъ представленія брачущимися свидѣтельства отъ гражданскаго учрежденія (миссіи) о неимѣніи препятствій къ браку, тѣмъ болѣе, что въ данномъ случаѣ рѣчь идетъ именно о тѣхъ существенныхъ препятствіяхъ къ брачному союзу, о коихъ говорится въ ст. 37 т. X, ч. 1 св. зак., и выясненіе которыхъ, при каждомъ отдѣльномъ бракосоче-

таніи, принадлежитъ, по нашему закону, священнослужителямъ, совершающимъ означенное таинство.

Такимъ образомъ, и имѣя въ виду, что подобное свидѣтельство, выданное русской миссіей, само по себѣ никакого значенія имѣть не можетъ съ точки зрѣнія русскаго закона, нельзя, по мнѣнію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, не согласиться съ мнѣніемъ Вашего Высокопревосходительства о томъ, что проектированныя Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правила не достигали бы на практикѣ намѣченной цѣли.

Переходя за симъ къ обсужденію предположенныхъ Вами, Милостивый Государь, изъятій изъ Германскаго закона о гражданскихъ бракахъ въ примѣненіи къ русскимъ подданнымъ, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ считаетъ долгомъ замѣтить, что едва ли принятіе Германскимъ Правительствомъ одной изъ предполагаемыхъ мѣръ устранитъ тѣ неудобства, противъ которыхъ нынѣ изыскиваются средства.

Въ самомъ дѣлѣ, если бы, по настоянію нашему, Германское Правительство и сочло возможнымъ ввести въ свое законодательство особую, въ видѣ изъятія, изъ правила § 67 закона 6 Февраля 1875 года, статью для русскихъ православныхъ подданныхъ, согласно которой совершенію гражданскаго обряда бракосочетанія сими лицами въ Германіи предшествовало бы обязательно церковное вѣнчаніе, то подобное правило, тѣмъ не менѣе, не могло бы отмѣнить дѣйствія основного германскаго закона, по которому (§ 41 зак. 6 Февраля 1875 года) бракъ пріобрѣтаетъ законную силу только съ момента его совершенія гражданскою властью. Такимъ образомъ, могло бы оказаться, что бракъ, повѣнчанный въ Германіи, но не утвержденный тамъ гражданскою властью, признавался бы въ Россіи законно совершеннымъ по русскимъ законамъ и ничтожнымъ въ Германіи. Между тѣмъ, подобные случаи настолько же нежелательны для насъ, насколько нежелательно для Германіи обратное положеніе дѣла, при которомъ законный бракъ, совершенный по гражданскимъ законамъ Германіи, у насъ признается ничтожнымъ, если не повѣнчанъ въ церкви.

Дополненіе закона 6 Февраля 1875 года о гражданскомъ бракѣ въ Германіи оговоркой о томъ, что условіемъ для признанія за браками православныхъ русскихъ подданныхъ, совершаемыми въ предѣлахъ Германіи, силы законныхъ супружескихъ сою-

зовъ, поставляется, независимо отъ исполненія прочихъ требованій этого закона, еще повѣнчаніе въ церкви, согласно русскимъ законамъ, и соотвѣтственное тому измѣненіе § 52 закона 6 Февраля 1875 года, повидимому, разрѣшаетъ вопросъ съ большей полнотой. Но не говоря уже о томъ, что подобное отступленіе отъ закона 6 Февраля 1875 года являлось-бы изъятіемъ изъ общаго основного правила внутренняго гражданскаго строя одной страны въ пользу нѣкоторыхъ, а именно православныхъ подданныхъ другой, такая льгота на практикѣ встрѣтила бы много затрудненій, едва ли устранимыхъ.

Дѣйствительно, согласно § 54 германскаго закона 6 Февраля 1875 года, немедленно по совершеніи гражданскаго обряда бракосочетанія супругамъ выдается о томъ установленное свидѣтельство, а бракъ вносится въ книги гражданскаго состоянія (Standesregister) съ росписью свидѣтелей. Эти то именно записи по § 15 того же закона и служатъ единственнымъ доказательствомъ законно совершеннаго брачнаго союза наравнѣ съ выданными изъ нихъ выписями. Съ другой стороны, въ силу §§ 3 и 12, книги гражданскаго состоянія могутъ вестись только гражданскимъ чиновникомъ опредѣленнаго гражданскаго округа (Standesamtsbezirk), и ни въ какомъ случаѣ не поручаются лицамъ духовнаго сана или церковнымъ служителямъ (Geistlichen und anderen Religionsdienern darf das Amt eines Standesbeamten oder die Stellvertretung eines solchen nicht uebertragen werden).

При такомъ положительномъ требованіи закона, предлагаемое изъятіе въ пользу русскихъ православныхъ подданныхъ вызвало бы цѣлый рядъ осложненій и вопросовъ о томъ, какъ констатировать законность брака такихъ лицъ въ Германіи, какое значеніе могутъ имѣть записи въ книгѣ гражданскаго состоянія подобныхъ браковъ, еще не вѣнчанныхъ въ церкви, — и какимъ образомъ духовныя лица православнаго исповѣданія могли бы выполнить падающую на нихъ въ такихъ случаяхъ гражданскую обязанность, не нарушая ни мѣстнаго, ни своего церковнаго закона.

Вытекающее изъ такихъ условій столкновеніе различныхъ принциповъ противоположнаго свойства представляется Министерству Иностранныхъ Дѣлъ настолько существеннымъ, что оно, съ своей стороны, не усматриваетъ выхода изъ тѣхъ фактическихъ затрудненій, которыя нынѣ возникаютъ при совершеніи въ Германіи браковъ между православными русскими подданными.

Дѣйствующее въ Германіи начало гражданскаго брака, требующее примѣненія общаго юридическаго правила „locus regit actum“, очевидно, не можетъ быть приведено въ соотвѣтствіе съ нашимъ закономъ, недопускающимъ этого правила по отношенію къ бракамъ, въ виду положительнаго и безусловнаго требованія основнаго правила православной церкви.

По этому поводу, Министерство считаетъ долгомъ обратить вниманіе Вашего Высокопревосходительства на состоявшійся 16 Апрѣля 1889 года циркуляръ прусскаго Министерства касательно браковъ русскихъ подданныхъ въ Пруссіи.

Изъ разсмотрѣнія этого циркуляра, въ копіи при семъ прилагаемаго, Вы изволите, Милостивый Государь, усмотрѣть, что имъ отмѣняется распоряженіе 2 Марта 1871 года, согласно которому русскіе подданные, совершающіе бракъ въ Пруссіи, освобождались отъ предъявленія требуемаго закономъ 13 Марта 1854 года отъ иностранцевъ удостовѣренія отъ властей ихъ отечества въ разрѣшеніи на бракъ (Trau-Erlaubnisschein), въ виду того именно, что русскій законъ признаетъ дѣйствительнымъ только церковный бракъ. Съ отмѣной этой льготы, русскіе подданные, желающіе совершить бракъ въ предѣлахъ Пруссіи, обязаны представлять удостовѣренія русской власти въ томъ, что имъ разрѣшено заключить бракъ по прусскимъ гражданскимъ законамъ, если только они не освобождены будутъ отъ этой обязанности по особому усмотрѣнію прусскаго Министерства (§ 2 зак. 13 Марта 1854 года).

Такъ какъ, однако, русскія власти вообще не призваны по закону выдавать брачущимся какія либо разрѣшительныя свидѣтельства, то подобное распоряженіе прусскаго Правительства очевидно сводится къ воспрещенію совершать, въ общемъ порядкѣ, въ предѣлахъ королевства браки русскихъ православныхъ подданныхъ, и въ этомъ случаѣ прусскій законъ, повидимому, совпадаетъ съ вышеприведенными предположеніями Вашего Высокопревосходительства.

Хотя циркуляръ 16 Апрѣля 1889 года касается только Пруссіи и не распространяется на всю Германскую Имперію, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ тѣмъ не менѣе не можетъ не признать за нимъ важнаго принципіальнаго значенія въ вопросѣ.....

Принимая однако во вниманіе, что вопросъ сей, по сложности юридическихъ отношеній, съ нимъ связанныхъ, представляетъ

весьма значительныя трудности, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ полагало бы нужнымъ, предварительно какихъ либо сношеніи съ Германскимъ Правительствомъ имѣть въ виду, какъ заключеніе Вашего Высокопревосходительства, такъ и отзывъ Министра Внутреннихъ Дѣлъ и Министра Юстиціи, къ которымъ я вмѣстѣ съ симъ обращаюсь съ надлежащими запросами.

О послѣдующемъ я буду ожидать Вашего, Милостивый Государь, благосклоннаго отзыва.

Министръ Иностранныхъ Дѣлъ.

Въ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій 2 Мая 1890 года № 3884 (отъ Департ. Внутрен. Сношеній).

Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій обратился въ Департаментъ Внутреннихъ Сношеній отношеніемъ отъ 14 Марта, за № 968, съ просьбой сообщить свѣдѣнія по нижеслѣдующимъ вопросамъ:

1. Имѣютъ ли мѣсто затрудненія, встрѣчаемыя при примѣненіи въ Германіи мѣстнаго закона о гражданскомъ бракѣ къ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія, при заключеніи браковъ русскихъ же подданныхъ, но другихъ христіанскихъ исповѣданій, для которыхъ на основаніи ст. 61 т. X, ч. 1 св. зак. совершеніе церковнаго обряда равнымъ образомъ обязательно?

2. Какіе документы требуются чиновниками гражданскаго состоянія отъ русскихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ?

3. Какими послѣдствіями сопровождаются въ Германіи брачныя сопряженія германскихъ подданныхъ между собой и съ русскими подданными, заключенныя въ Россіи, на основаніи извѣстнаго правила l. r. actum, путемъ церковнаго вѣнчанія?

4. Существуютъ ли послѣ 1879 года примѣры совершенія въ нашихъ посольскихъ церквахъ въ Германіи, пользующихся правомъ внѣземельности, обряда церковнаго вѣнчанія надъ русскими подданными, или надъ русскимъ подданнымъ съ одной стороны и германскимъ съ другой, ранѣе выполненія брачущимися гражданскаго брака передъ чиновникомъ гражданскаго состоянія?

5. При наличности подобныхъ примѣровъ, какимъ порядкомъ выполняютъ причты названныхъ церквей предостерегательныя формальности, положенныя по нашимъ законамъ при заключеніи браковъ?

Въ отвѣтъ на означенные вопросы Департаментъ Внутреннихъ Сношеній считаетъ долгомъ сообщить нижеслѣдующее:

По вопросу 1-му, что затрудненія, встрѣчаемыя въ примѣненіи въ Германіи мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ къ русскимъ подданнымъ православной вѣры, имѣютъ равнымъ образомъ мѣсто и при заключеніи браковъ русскихъ подданныхъ другихъ христіанскихъ исповѣданій, для которыхъ совершеніе церковнаго обряда бракосочетанія обязательно на основаніи ст. 61 т. X, ч. 1 св. зак.

На это обстоятельство Министерство Иностранныхъ Дѣлъ указывало въ отношеніи своемъ въ Министерство Внутреннихъ Дѣлъ отъ 11 Іюня 1888 года за № 4122, въ дальнѣйшей же своей перепискѣ по сему дѣлу имѣло въ виду преимущественно браки, заключаемые въ Германіи между православными русскими подданными, такъ какъ именно примѣненіе къ этимъ бракамъ дѣйствующихъ въ Германіи гражданскихъ законовъ представляетъ наибольшія затрудненія.

По вопросу 2-му, что сверхъ тѣхъ документовъ, которые могутъ быть потребованы отъ лицъ, вступающихъ въ бракъ въ Германіи въ силу закона 6 Февраля 1875 года (ст. 28—55), чиновники гражданскаго состоянія требуютъ отъ русскихъ подданныхъ, вступающихъ въ бракъ въ Германіи, удостовѣреніе русскихъ властей въ томъ, что этотъ бракъ будетъ считаться въ Россіи законнымъ. Такой порядокъ примѣняется и къ прочимъ иностранцамъ, проживающимъ въ Германіи.

По вопросу 3-му, что порядокъ заключенія браковъ германскими подданными между собою и съ иностранными подданными за границей опредѣляется германскимъ закономъ 4 Мая 1870 года (ст. 3—10).

По вопросамъ 4 и 5, что еще въ 1880 году, по поводу переговоровъ нашихъ съ Германскимъ Правительствомъ о примѣненіи къ русскимъ подданнымъ, проживающимъ въ Германіи, мѣстнаго закона о гражданскомъ бракѣ, Германское Правительство заявило на наши требованія, что оно не признаетъ возможнымъ примѣнить принципъ внѣземельности къ бракамъ между русскими подданными православнаго исповѣданія въ тѣхъ случаяхъ, когда вѣнчаніе брака происходило въ церквахъ, принадлежащихъ нашимъ посольствамъ и миссіямъ. Изъятіе отъ дѣйствія Германскаго закона въ семъ отношеніи допускается только для бракосочетанія въ посольскихъ церквахъ иностранныхъ дипломатическихъ чиновниковъ.

Министерство Юстиціи Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ 16 Іюля 1890 года (№ 20784).

Отношеніемъ отъ 8 Марта сего года за № 1710. Ваше Высокопревосходительство просили заключенія Министерства Юстиціи по вопросу о мѣрахъ, какія надлежало бы принять въ видахъ устраненія нынѣ возникающихъ на практикѣ неудобствъ при совершеніи въ Германіи браковъ между русскими подданными православнаго исповѣданія.

По соображеніи сего вопроса, я нахожу, что причина указанныхъ неудобствъ заключается въ томъ, что по основному положенію дѣйствующихъ въ Германіи законовъ о союзѣ брачномъ (ст. 41 зак. 8 Февраля 1875 года), бракъ, совершенный въ предѣлахъ Германской Имперіи, почитается дѣйствительнымъ въ томъ только случаѣ, если онъ въ установленномъ порядкѣ утвержденъ мѣстною гражданскою властью. По нашимъ же законамъ, бракъ между православными, хотя бы онъ заключенъ былъ и за границею, признается имѣющимъ законную силу лишь тогда, когда онъ совершенъ во всемъ согласно правиламъ и обрядамъ православной церкви. При такихъ условіяхъ возможны случаи, когда бракъ, повѣнчанный въ Германіи, но еще не утвержденный тамъ гражданскою властью, признавался бы въ Россіи законносовершеннымъ, а въ Германіи ничтожнымъ. Между тѣмъ подобные случаи настолько же нежелательны для насъ, насколько нежелательно въ Германіи обратное положеніе дѣла, когда бракъ, совершенный по германскимъ законамъ, признается у насъ ничтожнымъ, если не повѣнчанъ въ церкви.

Съ цѣлью предупрежденія означенныхъ случаевъ, Министерствъ Внутреннихъ Дѣлъ, какъ усматривается изъ упомянутаго отношенія за № 1710, полагаетъ привлечь наши миссіи въ Германіи къ участію въ дѣлѣ заключенія браковъ русскими подданными въ томъ смыслѣ, чтобы браки между лицами православнаго исповѣданія допускались германскими властями не иначе, какъ по представленіи брачущимися свидѣтельствъ отъ нашихъ миссій о неимѣніи препятствій къ браку, при чемъ такія свидѣтельства выдавались бы по предварительномъ отобраніи отъ брачущихся подписки объ отсутствіи обстоятельствъ, препятствующихъ по русскимъ законамъ вступленію ихъ въ бракъ. Относительно этой мѣры я вполнѣ присоединяюсь къ высказанному Оберъ-Про-

куроромъ Святѣйшаго Синода и раздѣляемому также Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ мнѣнію о томъ, что выдача нашими миссіями какихъ бы то ни было предбрачныхъ свидѣтельствъ русскимъ подданнымъ православнаго исповѣданія, желающимъ заключить бракъ въ Германіи, согласно мѣстнымъ законамъ, представлялось бы нецѣлесообразною и не отвѣчающею нашимъ дѣйствующимъ узаконеніямъ о союзѣ брачномъ, не говоря уже о томъ, что проектированныя Министерствомъ Внутреннихъ Дѣлъ правила отнюдь не обезпечивали бы за браками, совершенными германскими властями съ соблюденіемъ указанныхъ условій, непремѣнной силы законнаго супружескаго союза въ Россіи.

Взамѣнъ этихъ правилъ, Дѣйствительный Тайный Совѣтникъ Побѣдоносцевъ, съ своей стороны, находитъ желательнымъ, чтобы Германское Правительство сдѣлало изъ общаго закона 6 Февраля 1875 года изъятіе для русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія или установивъ правила о томъ, что такія лица должны совершить до заключенія брака гражданскимъ порядкомъ церковное вѣнчаніе по обряду православной церкви, или же, признавъ, что бракъ православныхъ русскихъ подданныхъ, совершенный въ Германіи, пріобрѣтаетъ силу законности, если, независимо отъ прочихъ требованій Германскаго закона, будетъ повѣнчанъ въ церкви.

По поводу перваго изъ сихъ предположеній, я, согласно съ мнѣніемъ по сему предмету Вашего Высокопревосходительства, не могу не замѣтить, что принятіе такового не устранило бы и тѣхъ неудобствъ, противъ которыхъ оно направлено, ибо вполнѣ возможны были бы и впредь такіе случаи, когда бракъ, законно совершенный по правиламъ православной церкви, не будетъ однако же утвержденъ германскими властями. Что же касается второй изъ проектированныхъ Оберъ-Прокуроромъ Святѣйшаго Синода мѣръ, то хотя при дѣйствіи оной случаи, подобные вышеуказаннымъ, и не могли бы имѣть мѣста, но мѣра эта едва ли представлялась бы соотвѣтственною потому, что она явилась бы въ сущности совершеннымъ воспрещеніемъ для православныхъ русскихъ подданныхъ вступленія въ Германіи въ бракъ и по обряду православной церкви въ тѣхъ случаяхъ, когда бракъ не допускается по германскимъ законамъ, но дозволяется по нашимъ дѣйствующимъ правиламъ [1]). Неза-

[1]) Напр., согласно §§ 28 и 35 Германскаго закона 6 Февраля 1875 года и въ отличіе отъ нашихъ дѣйствующихъ правилъ, лицамъ мужскаго пола

висимо отъ сего, обѣ разсматриваемыя мѣры были бы совершенно безсильны предупредить такіе случаи, когда бракъ, первоначально заключенный во всемъ согласно съ нашими и германскими законами, будетъ впослѣдствіи расторгнутъ германскими властями, но при этомъ будетъ почитаться по нашимъ законамъ вполнѣ дѣйствительнымъ и сохраняющимъ свою силу, или наоборотъ.

Въ виду сего и принимая во вниманіе, что тѣ неудобства, противъ которыхъ изыскиваются нынѣ средства, всецѣло обусловливаются кореннымъ различіемъ во взглядѣ нашихъ и германскихъ законовъ на союзъ брачный, я нахожу, что неудобства эти могли бы быть вполнѣ устранены лишь при томъ условіи, если бы или наше правительство сочло возможнымъ признать, что браки русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія, совершенные въ Германіи, подчиняются всецѣло дѣйствію мѣстныхъ гражданскихъ законовъ, или же германское правительство согласилось допустить въ отношеніи этихъ браковъ изъятіе изъ закона 6 Февраля 1875 года, въ томъ смыслѣ, что браки эти почитаются вполнѣ дѣйствительными только, когда они совершены по правиламъ православной церкви, и сохраняютъ притомъ свою силу лишь до тѣхъ поръ, пока не будутъ согласно тѣмъ же правиламъ расторгнуты.

Но первое изъ этихъ условій, очевидно, не могло бы быть принято русскимъ правительствомъ потому, что оно противорѣчило бы усвоенному нашимъ гражданскимъ законодательствомъ основному ученію православной церкви, согласно коему всѣ вопросы о совершеніи и расторженіи брака, какъ таинства, подлежатъ вѣдѣнію исключительно духовной власти. Такимъ образомъ, по мнѣнію моему, остается лишь снестись съ германскимъ правительствомъ на тотъ предметъ, не признаетъ ли оно возможнымъ допустить на вышеизъясненныхъ основаніяхъ изъятіе въ отношеніи браковъ русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія.

Что же касается вопроса о томъ, какъ подлежитъ поступить въ томъ случаѣ, если бы Германское Правительство не изъявило на сіе согласія, то едва ли возможно признать соотвѣтственнымъ

воспрещается вступленіе въ бракъ ранѣе достиженія ими 20 лѣтъ, а женщинамъ не дозволяется вступать въ новый бракъ прежде истеченія 10 мѣсяцевъ со времени смерти ихъ мужей и вообще со дня расторженія прежняго брака и т. п.

вовсе воспретить совершеніе браковъ надъ русскими подданными православнаго исповѣданія во всѣхъ православныхъ церквахъ Германіи, какъ это предполагаютъ Оберъ-Прокуроръ Святѣйшаго Синода. Подобная мѣра представлялась бы весьма стѣснительною для проживающихъ въ Германіи русскихъ подданныхъ которые для заключенія брака должны были бы каждый разъ предпринимать поѣздки въ Россію, или же по крайней мѣрѣ, въ другія иностранныя государства. Между тѣмъ такихъ случаевъ, когда бракъ, совершенный по обрядамъ православной церкви, не будетъ утвержденъ германскими властями, можетъ встрѣтиться весьма немного, ибо установленныя какъ нашими, такъ и германскими законами условія для вступленія въ бракъ, за нѣкоторыми лишь незначительными частностями, вообще совпадаютъ. Но и въ этихъ немногихъ случаяхъ отъ заинтересованныхъ лицъ и въ настоящее время вполнѣ зависитъ, для избѣжанія неудобствъ, сопряженныхъ отъ непризнанія брака ихъ германскими властями, предпринять поѣздку въ Россію и повѣнчаться въ одной изъ находящихся въ ней православныхъ церквей. Въ виду сего и принимая во вниманіе, что разсматриваемая мѣра неминуемо отразится весьма невыгодными послѣдствіями на многихъ изъ проживающихъ въ Германіи русскихъ православныхъ подданныхъ, я съ своей стороны не могу не признать предпочтительнымъ, въ случаѣ отказа германскаго правительства допустить вышеозначенное изъятіе въ пользу браковъ русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія, оставить существующій порядокъ вещей безъ измѣненія.

Объ изложенномъ имѣю честь увѣдомить Васъ, Милостивый Государь, въ послѣдствіе отношенія за № 1710.

Управляющій Министерствомъ Юстиціи.

Вѣдомство Православнаго Исповѣданія. По части Юрисконсульта при Оберъ-Прокурорѣ Святѣйшаго Синода 13 Октября 1890 года (№ 254).

Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

По поводу переписки, происходившей между Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ и Вѣдомствомъ Православнаго Исповѣданія о затрудненіяхъ, возникающихъ при примѣненіи въ Германіи къ русскимъ подданнымъ, православнаго вѣроисповѣданія, мѣстнаго закона 6 Февраля 1875 года о гражданскихъ бракахъ, Ваше Высокопревосходительство, отношеніемъ отъ 8 Марта 1890 года,

за № 1711, изволили просить вновь отзыва моего по упомянутому предмету.

Обсудивъ во всей совокупности обстоятельства настоящаго дѣла, въ связи съ высказанными Вами, Милостивый Государь, соображеніями, считаю долгомъ выразить, что я, съ своей стороны, прихожу къ тому окончательному заключенію, что изысканіе со стороны нашего Правительства какихъ либо мѣръ къ тому, чтобы супружескій союзъ, совершенный по Германскому закону 1875 года между лицами, изъ коихъ одно или оба принадлежатъ къ православной церкви, считался за бракъ законно совершенный и по нашимъ законамъ, представляется безполезнымъ.

Причина сего заключается въ томъ, что по Германскому закону 6 Февраля 1875 года бракъ въ предѣлахъ Германской Имперіи можетъ быть заключенъ не иначе, какъ предъ должностнымъ лицомъ, ведущимъ акты гражданскаго состоянія (§ 41), которое, по выполненіи всѣхъ формальностей, установленныхъ тѣмъ же закономъ, объявляетъ жениха и невѣсту, въ силу закона, супругами, законно вступившими въ бракъ (§ 52); между тѣмъ, по коренному русскому закону, выраженному въ ст. 1 и 31 т. X, ч. 1 зак. гражд., только тотъ бракъ между частными лицами почитается законнымъ, который совершенъ въ церкви православнымъ священникомъ, во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ православной церкви. Кромѣ сего, въ самыхъ условіяхъ заключенія брака, по отношенію къ брачущимся, оказываются разнообразія между германскими и русскими законами, при наличности коихъ могутъ быть случаи, что бракъ, признаваемый вполнѣ законнымъ по русскимъ законамъ, не будетъ допущенъ къ совершенію по германскимъ.

Такъ напр., по § 28 германскаго закона, брачное совершеннолѣтіе лицу мужскаго пола опредѣляется въ 20 лѣтъ, а по русскимъ законамъ (т. X, ч. 1) оно полагается въ 18 лѣтъ; по § 53 Германскаго закона лица женскаго пола по прекращеніи прежняго ихъ супружества, могутъ вступать въ новый бракъ лишь по истеченіи десяти мѣсяцевъ со времени прекращенія прежняго брака; тогда какъ по русскимъ законамъ подобнаго ограниченія для лицъ женскаго пола не существуетъ. И на оборотъ: изъ сличенія русскихъ законовъ съ германскими усматривается разнообразіе въ такихъ условіяхъ, по которымъ бракъ по германскимъ законамъ

можетъ быть допущенъ, а по русскимъ онъ безусловно воспрещенъ. Разнообразіе это касается напримѣръ препятствій къ браку, обусловливаемыхъ наличностью родства между брачущимися, вступленія въ бракъ съ лицомъ разведеннымъ, четвертаго брака одного изъ лицъ сочетающихся и т. п. (ср. герм. зак. 1875 года § 33. п.п. 3 и 5). При такихъ обстоятельствахъ, единственнымъ выходомъ изъ встрѣчающихся по разсматриваемому вопросу затрудненій являлось бы, по мнѣнію моему, воспрещеніе православнымъ священникамъ совершеніе браковъ русскихъ подданныхъ православнаго вѣроисповѣданія въ Германіи.

Но подлежитъ, однако, принять, въ соображеніе и то, что могутъ быть случаи, когда русскіе подданные сами пожелаютъ совершить свой бракъ по германскимъ законамъ, хотя чрезъ такой бракъ, съ точки зрѣнія русскихъ законовъ, ни сами брачущіеся не могутъ пользоваться правами законныхъ супруговъ, ни усвоять прижитыхъ ими въ таковомъ супружествѣ дѣтямъ правъ дѣтей законнорожденныхъ. Въ отзывѣ моемъ къ Вашему Высокопревосходительству отъ 11 Сентября 1889 года, за № 233, я имѣлъ честь указывать на то, что подобное положеніе открывало бы православнымъ русскимъ подданнымъ поводъ обращаться къ совершенію брака исключительно гражданскимъ порядкомъ, иногда съ тою цѣлью, чтобы исполненіемъ требованія законодательства собственно германскаго пользоваться, какъ средствомъ, для прикрытія,—хотя бы внѣшняго только ради приличія, — сожительства своего, не оправдываемаго русскими церковными и гражданскими законами относительно условій, при существованіи коихъ воспрещается вступленіе въ бракъ, и въ частности подвергало бы одну изъ брачущихся такимъ порядкомъ сторонъ случайности сдѣлаться жертвою обмана, если бы другая сторона пожелала злонамѣренно ее покинуть.

Для устраненія таковыхъ нежелательныхъ явленій, представлялось бы полезнымъ предложить Германскому Правительству, не признаетъ ли оно возможнымъ принять мѣры къ тому, чтобы брачущіеся въ Германіи русскіе подданные не оставались въ невѣдѣніи относительно того, что заключаемый ими предъ чиновникомъ, ведущимъ акты состоянія, гражданскій бракъ не имѣетъ предъ лицомъ русскаго закона никакого значенія, дотолѣ пока сей супружескій союзъ не будетъ освященъ церковнымъ вѣнчаніемъ, во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ православной

церкви. Въ сихъ видахъ, я, въ вышеозначенномъ моемъ отзывѣ за № 233, имѣлъ честь выразить Вамъ, Милостивый Государь, что по моему мнѣнію, для вышесказанной цѣли представляюсь бы необходимымъ, чтобы Германское Правительство сдѣлало изъ общаго закона 6 Февраля 1875 года изъятіе для русскихъ подданныхъ православнаго исповѣданія установленіемъ правила о томъ, что такія лица должны совершать, до заключенія брака гражданскимъ порядкомъ, церковное вѣнчаніе, или же чтобы Германское Правительство дополнило законъ отъ 6 Февраля 1875 года условіемъ о томъ, что бракъ православныхъ русскихъ подданныхъ, совершенный въ Германіи, пріобрѣтаетъ силу законности лишь въ томъ случаѣ, если, независимо отъ исполненія прочихъ требованій германскаго закона, такой бракъ будетъ повѣнчанъ, согласно русскому закону, въ церкви, и чтобы измѣнена была, соотвѣтственно сему, формула того объявленія, которое, по силѣ § 52 зак. 1875 года, чиновникъ, ведущій акты состоянія, обязанъ произносить къ лицу брачущихся.

Принимая за симъ во вниманіе, что, какъ видно изъ отзыва Вашего Высокопревосходительства за № 1711, Министерство Иностранныхъ Дѣлъ не входило еще по обсуждаемому вопросу въ сношенія съ Германскимъ Правительствомъ, а посему неизвѣстны и тѣ возраженія, какія могутъ встрѣтиться со стороны сего Правительства по настоящему дѣлу, я не нахожу основаній отступить въ чемъ либо отъ высказаннаго мною взгляда, о чемъ и имѣю честь увѣдомить Васъ, Милостивый Государь, въ послѣдствіе отношенія Вашего ко мнѣ за № 1711.

Оберъ-Прокуроръ ***К. Побѣдоносцевъ.***

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ 9 Февраля 1892 г. (№ 282).

Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ.

Вслѣдствіе отношенія отъ 12 Февраля 1890 года за № 944, имѣю честь увѣдомить Ваше Высокопревосходительство, что относительно способа выхода изъ затрудненій, встрѣченныхъ при примѣненіи въ Германіи къ русскимъ подданнымъ мѣстнаго закона о гражданскихъ бракахъ я вполнѣ присоединяюсь къ взгляду моего предшественника графа Толстого, изложенному въ отношеніи его къ Вашему Высокопревосходительству отъ 21 Февраля 1889 года за № 3435.

Дурново.

VI.

По нотѣ Бельгійской миссіи о вступленіи бельгійцевъ въ бракъ съ иностранцами.

Дѣло $\frac{II}{25}$ 1882 года Деп. Вн. Снош. М. И. Д.

Отъ Министра Иностранныхъ Дѣлъ Н. К. Гирса Оберъ-Прокурору Св. Синода К. П. Побѣдоносцеву 4 Октября 1882 года, № 9103.

Милостивый Государь

Константинъ Петровичъ.

Пребывающая здѣсь Бельгійская миссія сообщила Министерству Иностранныхъ Дѣлъ текстъ изданнаго 20 минувшаго Мая бельгійскаго закона о бракахъ бельгійскихъ подданныхъ за границею, а также инструкцію относительно примѣненія этого закона.

Сущность новаго закона 20 Мая 1882 года состоитъ въ томъ, 1) что браки какъ бельгійскихъ подданныхъ между собою, такъ и бельгійцевъ съ иностранцами, за границей совершаются по законамъ той страны, гдѣ брачущіеся находятся; 2) что браки между бельгійскими подданными за границею могутъ быть совершаемы также бельгійскими дипломатическими консульскими агентами и 3) что означенными агентами, если они снабжены особымъ на то полномочіемъ отъ бельгійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, могутъ быть также заключаемы браки между бельгійцами и иностранка.

Первые 2 пункта сего закона не составляютъ нововведенія и существовали уже прежде въ бельгійскомъ гражданскомъ кодексѣ; третьимъ же пунктомъ закона вводится новое правило, расширяющее, хотя и условнымъ образомъ, права бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ по заключенію ими браковъ за границею. Это правило вводится на тотъ случай, если бельгійцу, вступающему въ бракъ за границею съ иностранною подданною, представятся какія либо непреодолимыя препятствія къ заключенію брака.

Бельгійская миссія, поставляя Министерство въ извѣстность объ изданіи новаго закона, ходатайствуетъ о сообщеніи оной мнѣнія о томъ, представляются ли какія либо важныя основанія для

распространенія на дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ Бельгійскаго Правительства, находящихся въ Россіи, 3-го пункта закона 20 Мая, а также о доставленіи свѣдѣній о томъ, какія законоположенія дѣйствуютъ у насъ относительно заключенія браковъ, какія существуютъ у насъ правила относительно актовъ гражданскаго состоянія, и какія именно могутъ возникнуть препятствія для совершенія въ Россіи браковъ между бельгійскими и нашими подданными и прочими иностранцами.

Вникая болѣе подробнымъ образомъ въ содержаніе бельгійскаго закона 20 Мая 1882 года, я, между прочимъ, нахожу, что 6-мъ пунктомъ онаго установлено, что при заключеніи бельгійскимъ дипломатическимъ или консульскимъ агентомъ брака между бельгійскимъ подданнымъ и иностранкою, правоспособность сей послѣдней должна быть разсматриваема на основаніи законовъ ея отечества.

Въ виду сего обстоятельства, а также принимая во вниманіе, что требуемыя нашимъ закономъ формальности для вступленія въ бракъ не представляются обременительными, я прихожу къ тому заключенію, что въ распространеніи 3-го пункта означеннаго закона на пребывающихъ у насъ бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ не предстоитъ существенной надобности, хотя съ нашей стороны не представляется ни поводовъ, ни основанія сдѣлать какія либо возраженія противъ такого нововведенія.

Что же касается свѣдѣній, о доставленіи которыхъ ходатайствуетъ Бельгійская миссія, то я полагалъ бы сообщить оной выписку ст. 1—99 ч. 1, т. X св. зак., указавъ притомъ, что учрежденіе актовъ гражданскаго состоянія у насъ не существуетъ, что правила о брачныхъ документахъ заключаются въ 34, 35 и 36 ст. помянутой выписки, и что не представляется надобности въ особомъ перечисленіи препятствій ко вступленію бельгійца въ бракъ въ Россіи, такъ какъ они могутъ быть легко усмотрѣны и выведены изъ общихъ условій, требуемыхъ для вступленія въ бракъ.

Къ сему я считалъ бы необходимымъ присовокупить въ отвѣтѣ Бельгійской миссіи, что, по существующимъ у насъ законамъ, браки, заключенные на основаніи 3 п. новаго бельгійскаго закона, не могутъ быть признаны у насъ правильными по отношенію къ нашимъ подданнымъ.

Сообщая Вашему Высокопревосходительству о вышеизложенномъ и препровождая у сего, для ближайшаго усмотрѣнія копіи съ доставленныхъ мнѣ Бельгійскою миссіею бумагъ, обращаюсь къ Вамъ, Милостивый Государь, съ покорнѣйшею просьбою почтить меня увѣдомленіемъ по изъясненному предмету.

Независимо отъ сего я просилъ бы Ваше Высокопревосходительство сообщить мнѣ выписку изъ церковныхъ законовъ о степеняхъ родства и свойства, въ которыхъ возбраняется вступленіе въ бракъ, а также свѣдѣніе о томъ, какимъ образомъ примѣняется нынѣ требованіе ст. 6 гражданскаго закона о согласіи родителей на вступленіе въ бракъ, и требуется ли это согласіе только отъ несовершеннолѣтнихъ, или же отъ всѣхъ брачущихся вообще.

Присовокупляя къ сему, что по настоящему дѣлу я вошелъ также въ сношеніе съ Господиномъ Министромъ Внутреннихъ Дѣлъ, покорнѣйше прошу Васъ, Милостивый Государь, принять увѣренія и т. д.

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ (№ 4153) 18 ноября 1882 года Товарищу Министра Иностранныхъ Дѣлъ.

Милостивый Государь

Александръ Егоровичъ.

Препровождая при семъ, вслѣдствіе письма отъ 4 минувшаго октября № 9103, составленную въ Министерствѣ Внутреннихъ Дѣлъ записку относительно примѣненія въ Россіи бельгійскаго закона 20 мая 1882 года, о бракахъ Бельгійскихъ подданныхъ за границею, имѣю честь присовокупить, что по мнѣнію моему, слѣдовало бы изъ числа статей, сообщаемыхъ Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Бельгійской миссіи, исключить тѣ статьи т. X, ч. 1 св. зак., кои потеряли значеніе по измѣнившимся условіямъ жизни, какъ напр. ст. 15, касательно браковъ бывшихъ крѣпостныхъ людей.

Сверхъ сего я полагалъ бы необходимымъ сообщить означенной миссіи и ст. 182—187, 199—268, 474—581, 727—729, 736—745, 938 п. 7, 939 п. 4, 940, 985 п. 6, 1086 п. 3, 1088 п. 1—3, 1089, 1134, прил. къ ст. 1097, по прод. 1876 года, ст. 25 и 29, прил. къ ст. 1142, по прод. 1876 года, (Шіитское ученіе) ст. 10, 47, 48, 51, 59, 61, 62, 72 п. 3, 7—9 и 97. Та же нумерація статей и для Сунитскаго ученія. 1143, 1145, 1156, 1211, 1230, 1264,

1283, 1284 т. XI, ч. 1 св. зак. и Положеніе 1836 года о брачномъ союзѣ въ губерніяхъ Царства Польскаго.

Самый отвѣтъ я находилъ бы болѣе осторожнымъ, до отправленія его, въ видахъ всесторонняго обсужденія затрогиваемаго Бельгійскимъ Правительствомъ вопроса, сообщить на заключеніе Министра Юстиціи и Главноуправляющаго Кодификаціоннымъ Отдѣломъ.

Прошу Ваше Превосходительство принять и т. д.

Графъ Д. Толстой.

Записка о примѣненіи Бельгійскаго закона о бракахъ въ Россіи.

Дѣйствующимъ въ Бельгіи Code Civil относительно заключенія браковъ бельгійскими подданными внѣ ихъ отечества, установлены слѣдующія правила (слѣдуетъ текстъ 170 ст. C. Civil). Эти два пункта, по санкціонированному 20 мая текущаго года, верховною властью, постановленію палаты представителей, дополнены, между прочимъ, третьимъ (текстъ 3 п. закона 20 мая).

Основаніемъ къ такому дополненію закона послужило соображеніе о необходимости оградить бельгійскихъ подданныхъ отъ тѣхъ непреодолимыхъ препятствій, которыя могутъ представиться имъ при вступленіи въ бракъ съ иностранцами по законамъ страны, въ которой заключается бракъ.

Бельгійская миссія, сообщая объ этомъ законѣ нашему Министру Иностранныхъ Дѣлъ, возбудила вопросъ: есть ли какія либо важныя основанія къ тому, чтобы предоставить, согласно новому закону, находящимся въ Россіи дипломатическимъ и консульскимъ агентамъ Бельгійскаго правительства совершать браки бельгійцевъ съ русскими подданными.

Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, по разсмотрѣніи этого вопроса, находитъ, что требуемыя нашимъ закономъ формальности для вступленія въ бракъ не могутъ считаться обременительными, и потому нѣтъ повода къ распространенію новаго Бельгійскаго закона на пребывающихъ въ Россіи дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ Бельгійскаго Королевства, хотя вообще съ нашей стороны нѣтъ основанія къ представленію какихъ либо возраженій, по существу, противъ предполагаемаго нововведенія.

Съ мнѣніемъ этимъ едва ли можно согласиться: нововведеніе, о которомъ идетъ рѣчь, не только не вызывается необходимостью, но и нежелательно и неудобно, по слѣдующимъ соображеніямъ.

Прежде всего необходимо замѣтить, что имъ нарушается общее юридическое правило: locus regit actum, примѣняемое почти повсемѣстно къ формамъ заключаемаго брака, за исключеніемъ случаевъ, когда мѣсто совершенія брака избирается съ намѣреніемъ обойти законы отечественные (in fraudem legis).

По законамъ же страны, въ которой заключается бракъ, опредѣляется, въ большинствѣ случаевъ, и правоспособность брачущихся (lex loci contractus).

Достоинство этихъ принциповъ заключается въ простотѣ и удобствѣ примѣненія, чрезъ что надежно охраняется святость брачнаго союза и законность рождающихся дѣтей.

Но могутъ быть случаи, въ коихъ, по lex loci contractus, бракъ долженъ быть совершенъ въ присутствіи гражданскаго чиновника, а по lex domicilii требуется совершеніе церковнаго брака.

По мнѣнію наиболѣе авторитетныхъ юристовъ (Savigny VIII, § 381 Ed. 1849) правило locus regit actum сохраняетъ свою силу и при такомъ столкновеніи двухъ принциповъ; сторонамъ же, сочетавшимся лишь гражданскимъ порядкомъ, рекомендуется, въ интересахъ признанія заключеннаго брака дѣйствительнымъ по законамъ domicilii, обвѣнчаться и въ другой формѣ, по возвращеніи на родину.

Совѣтъ этотъ, въ связи съ общимъ правиломъ, прямо указываетъ на необходимость для брачущихся, когда они состоятъ подданными Государствъ съ разными законами о бракахъ, исполнить прежде требованія того изъ нихъ, который принадлежитъ странѣ, гдѣ они находятся, и затѣмъ уже перейти, для личныхъ своихъ выгодъ, къ исполненію закона, подъ дѣйствіемъ котораго имъ, рано или поздно, придется проживать.

Толкованіе изложеннаго мнѣнія въ иномъ смыслѣ, приводя къ заключенію, что интересы частныхъ лицъ выше государственныхъ, было бы въ явномъ противорѣчіи съ признаваемою всѣми законодательствами, въ томъ числѣ и нашимъ, обязанностью иностранцевъ, проживающихъ въ предѣлахъ извѣстнаго государства, подчиняться существующимъ въ немъ законамъ, кромѣ, конечно, тѣхъ, кои опредѣляютъ права состоянія лица и обязанности, лежащія на немъ въ силу его подданства и личнаго его положенія на родинѣ.

Такимъ образомъ, несоотвѣтствіе новаго Бельгійскаго закона съ общеюридическимъ началомъ внѣ всякаго сомнѣнія, и несогласіе

это признаетъ само Бельгійское правительство. Въ инструкціи, приложенной къ циркуляру съ объявленіемъ разсматриваемаго закона, Бельгійское Министерство Иностранныхъ Дѣлъ рекомендуетъ дипломатическимъ агентамъ употреблять всѣ средства къ отвлеченію Бельгійскихъ подданныхъ отъ заключенія брака съ иностранкою способомъ, въ семъ законѣ указаннымъ, потому, между прочимъ, что „Les mariages de cette dernière catégorie (contractés entre un Belge et une étrangère devant un agent diplomatique ou un consul de Belgique) courrent le risque d'être considérés à l'étranger comme inexistants".

Нельзя при этомъ не указать, что 3 п. закона 20 мая совершенно исключаетъ постановленіе того же закона о бракахъ Бельгійскихъ подданныхъ съ иностранцами за границею, заключающееся въ 1-мъ пунктѣ. Такъ, на основаніи этого послѣдняго пункта, браки Бельгійскихъ подданныхъ съ иностранцами совершаются по законамъ страны, гдѣ брачущіеся находятся, тогда какъ, на основаніи 3 п., браки эти могутъ совершаться и у Бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ, иначе сказать гражданскимъ порядкомъ, каковой не составляетъ необходимой принадлежности всякаго законодательства.

Такимъ образомъ, не имѣя юридическаго основанія и противорѣча въ тоже время и Бельгійскому закону, 3-й пунктъ, что главнѣе всего, идетъ въ разрѣзъ съ нашимъ законодательствомъ.

Основное положеніе послѣдняго относительно брака заключается въ томъ, что онъ имѣетъ и долженъ имѣть религіозную святость въ сознаніи самихъ брачущихся, въ виду чего по нашимъ законамъ бракъ совершается въ церкви и считается законнымъ, когда заключенъ по правиламъ и обрядамъ вѣры.

Между тѣмъ, согласившись на примѣненіе у насъ новаго Бельгійскаго закона, мы тѣмъ самымъ, косвеннымъ образомъ, признали бы законность гражданскаго брака на нашей территоріи и для извѣстной части нашихъ подданныхъ, т. е. измѣнили бы основное начало нашего законодательства, безъ оправданія такого измѣненія дѣйствительною необходимостью, и лишь подъ вліяніемъ иностраннаго Правительства, отстаивающаго удобства единичныхъ личностей.

Для подтвержденія того, что удобства практикованія новаго Бельгійскаго закона въ Россіи только кажущіяся, достаточно обра-

тить вниманіе на послѣдствія совершенія брака между бельгійскимъ и русскою подданными лишь гражданскимъ порядкомъ. По силѣ ст. 1026 т. IX св. зак. изд. 1876 года, русская подданная, вступившая въ бракъ съ иностранцемъ, ipso facto, увольняется изъ русскаго подданства, но само собою разумѣется, что такое увольненіе можетъ послѣдовать по вступленіи ея въ бракъ въ порядкѣ, указанномъ нашимъ законодательствомъ, т. е. по совершеніи церковнаго брака. Однако, и по увольненіи изъ русскаго подданства, вступившая въ бракъ съ иностранцемъ русская не разрываетъ окончательно связи съ отечествомъ, если обладаетъ какимъ либо въ немъ имуществомъ, и. кромѣ того, на основаніи той же статьи, имѣетъ право. послѣ уничтоженія брака, возвратиться въ подданство Россіи.

Находясь въ такомъ неопредѣленномъ положеніи, русская подданная, сочетавшаяся бракомъ однимъ гражданскимъ порядкомъ, не только не достигаетъ цѣли совмѣстнаго и спокойнаго сожительства съ супругомъ, но при этомъ подвергаетъ себя неблагопріятнымъ послѣдствіямъ, какъ въ томъ случаѣ, если она останется послѣ гражданскаго бракосочетанія въ предѣлахъ Россіи, такъ и въ другомъ, если она переселится за границу.

Оставаясь въ отечествѣ и состоя въ бракѣ, непризнаваемомъ нашими законами, она почиталась бы находящеюся въ незаконномъ сожительствѣ, и слѣдовательно подлежащею уголовной карѣ, а дѣти, рожденныя отъ такого брака, хотя и считались бы по законамъ страны, къ которой принадлежитъ мужъ, законными, но въ Россіи не могли бы наслѣдовать въ имуществѣ матери. Переѣхавши въ отечество своего мужа, что она могла бы осуществить тайнымъ путемъ или по паспорту, выданному ей какъ русской подданной, она въ первомъ случаѣ, тотчасъ же за переѣздомъ, а въ другомъ по истеченіи извѣстнаго срока, признавалась бы эмигрировавшею изъ отечества, со всѣми невыгодными для нея послѣдствіями такого признанія.

Въ виду вышеизложеннаго слѣдуетъ придти къ заключенію, что не только отсутствіе въ нашемъ законодательствѣ стѣснительныхъ формальностей при заключеніи браковъ должно быть положено въ основаніе нашего отрицательнаго отвѣта Бельгійскому посольству, но главнымъ мотивомъ непримѣненія бельгійскаго закона 20 Мая въ Россіи слѣдуетъ признать явное его противо-

рѣчіе нашимъ законамъ и необходимость оградить русскихъ подданныхъ отъ тяжкихъ для нихъ послѣдствій этого противорѣчія.

При этомъ не лишнимъ казалось бы выяснить Бельгійскому Правительству, что выраженіе согласія на примѣненіе новаго Бельгійскаго закона въ нашихъ предѣлахъ не отвѣчало бы достоинству Россіи, такъ какъ русское правительство тѣмъ самымъ признало бы наличность у насъ причинъ, вызвавшихъ изданіе этого закона и заключающихся, какъ это видно изъ инструкціи Бельгійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, между прочимъ, въ неудовлетворительномъ административномъ устройствѣ нѣкоторыхъ государствъ.

Въ поясненіе къ послѣднему, слѣдовало бы прибавить, что вступленіе Бельгійцевъ въ бракъ съ русскими подданными не обставлено у насъ никакими особыми препятствіями: что условія опредѣленія правоспособности брачущихся по нашимъ законамъ легче, во многихъ отношеніяхъ, чѣмъ въ иностранныхъ законодательствахъ, и что требуемое нашими законами совершеніе церковнаго обряда для дѣйствительности брака не противорѣчитъ постановленію Code Civil, въ силу котораго браки, какъ Бельгійскихъ подданныхъ между собою, такъ и Бельгійцевъ съ иностранцами за границею, совершаются по законамъ страны, гдѣ брачущіеся находятся. Наконецъ, нельзя не указать, что требованіе Бельгійскаго законодательства о гражданскомъ бракѣ можетъ быть въ точности исполнено брачущимися послѣ совершенія бракосочетанія въ церкви.

Настоящія наши въ этомъ смыслѣ, находясь на легальной почвѣ, имѣли бы за собою прецедентъ въ извѣстномъ Министерству Иностранныхъ Дѣлъ образѣ дѣйствія Германскаго Правительства относительно подчиненія иностранныхъ подданныхъ, проживающихъ въ Германіи, закону 6 Февраля 1875 г. о гражданскихъ бракахъ, послужившему для Висбаденскаго Королевскаго Суда основаніемъ къ наложенію на священника православной Висбаденской церкви штрафа въ 150 марокъ за обвѣнчаніе имъ русскаго и прусской подданныхъ, по обрядамъ православной церкви, безъ истребованія отъ нихъ удостовѣренія въ томъ, что они предварительно были повѣнчаны гражданскимъ порядкомъ (отношеніе Министерства Внутреннихъ Дѣлъ отъ 18-го Апрѣля 1879 года № 1316).

Разсматривая засимъ законъ 20 Мая въ полномъ объемѣ, слѣдуетъ замѣтить, что почти все сказанное о несостоятельности въ юридическомъ отношеніи 3-го его пункта и неудобствъ примѣненія его въ Россіи можетъ быть отнесено и ко 2 пункту. Прежде всего, положенія, заключающіяся въ этомъ послѣднемъ, исключаютъ таковыя-же, помѣщенныя въ 1-мъ пунктѣ. Такъ, на основаніи 1 пункта „браки Бельгійскихъ подданныхъ между собою за границею, совершаются по законамъ страны, гдѣ брачущіеся находятся. Между тѣмъ, на основаніи 2 пункта, браки эти могутъ совершаться у Бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ, по Бельгійскимъ законамъ.

Примѣненіе на практикѣ этого пункта дипломатическими агентами, пользующимися правомъ внѣземельности, не можетъ, конечно. возбуждать какихъ либо недоразумѣній, но предоставленіе обязанностей чиновниковъ гражданскаго состоянія консульскимъ агентамъ, неимѣющимъ помянутаго права, было бы равносильно установленію гражданскаго брака въ нашихъ предѣлахъ.

Такое нарушеніе правила locus regit actum могло бы, конечно, пройти безъ возраженія съ нашей стороны, такъ какъ интересы русскихъ подданныхъ остаются при этомъ не затронутыми. Но нарушеніе это пріобрѣтаетъ значеніе въ томъ отношеніи, что неблагопріятныя его послѣдствія для Бельгійскихъ подданныхъ могутъ быть рано или поздно предметомъ нежелательныхъ для русскаго правительства запросовъ и объясненій съ Бельгійскимъ Правительствомъ. Неминуемость же такихъ послѣдствій для бельгійцевъ, вступающихъ въ гражданскій бракъ у консульскихъ агентовъ, очевидна: бракъ такого рода, какъ совершенный на нашей территоріи, въ формахъ, неустановленныхъ нашимъ законодательствомъ, будетъ признаваться у насъ незаконнымъ, со всѣми невыгодами такого признанія, въ особенности относительно порядка наслѣдованія оставшимися въ живыхъ супругами и ихъ дѣтьми въ имуществѣ умершаго супруга, находящемся въ нашихъ владѣніяхъ.

Хотя въ сообщеніи о 2 пунктѣ говорится, какъ бы о дѣйствующемъ уже въ Россіи, тѣмъ не менѣе, въ интересахъ устраненія всякихъ недоразумѣній въ будущемъ, казалось бы полезнымъ, выяснить Бельгійскому Правительству неудобство примѣненія сего закона къ проживающимъ у насъ подданнымъ Бельгіи.

Вѣдомство Православнаго Исповѣданія. По части юрисконсульта при Оберъ-Прокурорѣ Святѣйшаго Синода 29 Ноября 1882 года (№ 189).

Господину Управляющему Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ.

Статсъ-Секретарь Гирсъ, въ письмѣ отъ 4 Октября 1882 года № 9102, сообщилъ на мое заключеніе вопросъ о томъ, представляются ли какія либо основанія для распространенія на дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ Бельгійскаго Правительства, находящихся въ Россіи, 3-го пункта закона 20 Мая сего года, по точной силѣ коего означенные агенты, будучи снабжены особымъ на то полномочіемъ отъ Бельгійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, могутъ заключать браки между Бельгійцами и иностранцами.

Приступая къ разсмотрѣнію сего вопроса, насколько онъ относится до заключенія браковъ между бельгійскими подданными и православными, и не касаясь вопроса о бракахъ бельгійцевъ съ русскими подданными иныхъ исповѣданій, считаю прежде всего необходимымъ замѣтить, что по ученію Православной Церкви, усвоенному и дѣйствующимъ законодательствомъ, бракъ есть таинство, совершаемое священникомъ, въ которомъ мужчина и женщина вступаютъ по добровольному согласію въ нерасторжимый союзъ для взаимнаго вспоможенія, законнаго рожденія и воспитанія дѣтей. Законный бракъ долженъ быть совершенъ въ церкви, и во всемъ сообразно правиламъ и обрядамъ Православнаго исповѣданія. Вѣнчаніе браковъ православныхъ внѣ церкви ст. 31 т. X ч. 1 допускаетъ въ тѣхъ только мѣстахъ, гдѣ по обстоятельствамъ вѣнчаніе въ церкви невозможно. Изъ сего явствуетъ, что бракъ, не имѣя значенія договора, заключаемаго при посредствѣ какого либо на то уполномоченнаго гражданскаго чиновника, получаетъ законную силу только черезъ церковное освященіе.

Въ виду такового начала, усвоеннаго нашимъ законодательствомъ, не представляется, по моему мнѣнію, возможности примѣнять къ бракамъ бельгійцевъ съ русскими подданными православнаго исповѣданія иныхъ правилъ, кромѣ тѣхъ, кои установлены нашими законами. Безъ ихъ соблюденія сожительство, признаваемое бракомъ по Бельгійскому закону, не будетъ таковымъ по нашему.

По симъ соображеніямъ, а также принимая во вниманіе, что пунктъ 6-й Бельгійскаго закона 20 Мая сего года опредѣляетъ

правоспособность иностранки не на основаніи законовъ государства, подданнымъ коего состоитъ ея мужъ, а на основаніи законовъ ея отечества, т. е. мѣста совершенія брака, я полагаю, что и самый бракъ долженъ быть совершаемъ согласно съ предписаніемъ русскихъ законовъ, и что, посему, распространеніе 3-го пункта закона 20 Мая на дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ Бельгійскаго правительства не представляется возможнымъ, тѣмъ болѣе, что облеченіе ихъ таковымъ правомъ могло бы вызвать весьма существенныя затрудненія въ тѣхъ случаяхъ, когда при опредѣленіи брачной правоспособности, означенные агенты нарушили бы относящіеся къ сему предмету законы. Неисполненіе сими лицами предписанныхъ закономъ для совершенія браковъ правилъ, могло бы повлечь за собою привлеченіе ихъ примѣнительно къ ст. 1577 улож. о наказ. къ отвѣтственности въ противность общепринятому началу внѣземельности дипломатическихъ агентовъ.

Находя, съ своей стороны, согласно съ мнѣніемъ статсъ-секретаря Гирса, что въ виду выраженнаго Бельгійскимъ посольствомъ желанія имѣть свѣдѣнія о законахъ, дѣйствующихъ у насъ относительно заключенія браковъ, надлежало бы доставить въ Бельгійскую миссію выписку изъ ст 99 т. X, ч. 1, я признавалъ бы полезнымъ указать вмѣстѣ съ тѣмъ, что веденіе общихъ актовъ состоянія возложено дѣйствующимъ закономъ (ст. 1032 — 1092 т. IX изд. 1876 г.) на приходское духовенство какъ православнаго, такъ и иностранныхъ христіанскихъ исповѣданій, что запись событій рожденія, брака и смерти у магометанъ, караимовъ и евреевъ возлагается также на духовныхъ лицъ сихъ исповѣданій, и что, наконецъ, гражданская регистрація актовъ состоянія допускается у насъ, на основаніи закона 19 Апрѣля 1874 г. (ст. 1093 т. IX, только по отношенію къ раскольникамъ, метрическія книги коихъ ведутся полицейскими управленіями.

Приступая, по разсмотрѣніи общаго вопроса, къ обсужденію статсъ-секретаремъ Гирсомъ частныхъ вопросовъ, имѣю честь увѣдомить Ваше Превосходительство: 1) что опредѣленіе степеней родства и свойства, въ которыхъ возбраняется вступленіе въ бракъ, содержится въ Указѣ Святѣйшаго Синода отъ 19 Января 1810 г., (24031), который на основаніи закона Моисеева (книга Левитъ гл. 18, ст. 7 — 11, 13 — 77, 20; гл. 20, ст. 14) и 54-го правила

шестого Вселенскаго собора запрещаетъ вступать въ бракъ въ первыхъ 4-хъ степеняхъ кровнаго родства и свойства.

По указу, заключеніе браковъ въ сихъ степеняхъ влечетъ за собою недѣйствительность оныхъ: таковые браки должны быть расторгаемы епархіальнымъ начальствомъ, при чемъ консисторское производство подлежитъ ревизіи Святѣйшаго Синода. Лицамъ просящимъ дозволенія на вступленіе въ таковые браки, предписано отказывать. Что же касается до браковъ, заключенныхъ въ степеняхъ родства и свойства далѣе возбраненныхъ означеннымъ указомъ, т. е. въ 5-й, 6-й и 7-й, то предписано оставлять вступившихъ, не производя о семъ никакихъ изслѣдованій, въ супружескомъ сожитіи неразлучными, безъ представленія о томъ Святѣйшему Синоду: если же въ сихъ незапрещенныхъ степеняхъ окажутся желающіе вступить въ бракъ, то преосвященнымъ предоставляется давать на сіе разрѣшеніе. 2) Обращаясь къ разсмотрѣнію вопроса о примѣненіи ст. 6 т. X, ч. 1, надлежитъ имѣть въ виду, что законъ воспрещаетъ вообще дѣтямъ, а не однимъ только несовершеннолѣтнимъ вступать въ бракъ безъ согласія родителей, слѣдовательно и совершеннолѣтніе должны испрашивать таковое согласіе. Бракъ, повѣнчанный безъ согласія родителей, не уничтожается, что явствуетъ изъ ст. 217 уст. дух. конс. и ст. 37 т. X, ч. 1, не причисляющихъ такового брака къ брачнымъ сопряженіямъ, признаваемыхъ незаконными. Вступленіе въ бракъ безъ согласія родителей влечетъ за собою по принесенной на сіе отъ родителей жалобѣ (ст. 1549 и 1566 Ул. о Нак.) заключеніе въ тюрьмѣ на время отъ 4-хъ до 8-ми мѣсяцевъ, и виновные сверхъ того лишаются права наслѣдовать по закону въ имѣніи того изъ родителей, котораго они оскорбили своимъ неповиновеніемъ. Родителямъ, однако же, предоставляется впослѣдствіи, по усмотрѣнію своему, заявлять въ установленномъ порядкѣ, что они признаютъ виновныхъ и возстановляютъ права ихъ на наслѣдованіе ихъ имѣніемъ вполнѣ или частію. Не подлежитъ сомнѣнію, что наказаніе не можетъ быть примѣняемо, равно какъ и опроверженіе правильности совершенія брака не можетъ быть признано умѣстнымъ, когда есть удостовѣреніе о томъ, что родители, зная о совершающемся бракѣ, не заявили своевременно о своемъ несогласіи или запрещеніи. Что же касается до священниковъ, виновныхъ въ повѣнчаніи брака безъ дозволенія роди-

телей, то, по ст. 1577 Ул. о Нак., они подвергаются: въ первый разъ выговору болѣе или менѣе строгому, а во второй отрѣшенію отъ должности, съ воспрещеніемъ опредѣлять ихъ вновь къ приходу.

Сообщая о вышеизложенномъ Вашему Превосходительству, имѣю честь возвратить препровожденную при письмѣ отъ 4 Октября 1882 года копію съ актовъ, доставленныхъ Бельгійскою миссіею.

Оберъ-Прокуроръ Святѣйшаго Синода ***К. Побѣдоносцевъ.***

Юрисконсультъ ***В. Саблеръ.***

Отъ Управляющаго Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Т. С Влангали 15 января 1883 г. (№ 366).

Господину Министру Юстиціи.

Обращу вниманіе Вашего Высокопревосходительства на то обстоятельство, что Министерство Иностранныхъ Дѣлъ, извѣщая Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода и Министерство Внутреннихъ Дѣлъ о сдѣланномъ намъ Бельгійскою миссіею сообщеніи, не только не имѣло въ виду содѣйствовать осуществленію предположенія Бельгійскаго правительства, но даже и не считало нужнымъ касаться вопроса о соотвѣтственности бельгійскаго закона 24 Мая 1882 г. съ дѣйствующими у насъ законоположеніями о союзѣ брачномъ, какъ вопроса, не возбуждающаго никакихъ сомнѣній, и потому предполагало ограничиться извѣщеніемъ Бельгійской миссіи о томъ, что браки, заключенные на основаніи 3 п. помянутаго закона, не могутъ ни въ какомъ случаѣ признаваться у насъ правильными.

Въ семъ случаѣ Министерство руководствовалось, главнымъ образомъ, тѣмъ обстоятельствомъ, что непризнаніе съ нашей стороны законности означенныхъ браковъ служитъ достаточнымъ средствомъ противодѣйствія примѣненію на нашей территоріи 3 п. бельгійскаго закона 1882 г., тѣмъ болѣе, что и само Бельгійское правительство въ виду затрудненій, могущихъ возникнуть отъ заключенія браковъ на основаніи 3 п. этого закона, и незатруднительности условій, требуемыхъ отъ иностранцевъ для вступленія въ бракъ съ нашими подданными, по всему вѣроятію, отказалось бы отъ предположенія распространить дѣйствіе закона 1882 г. на Бельгійскую миссію и консульства, находящіяся въ Россіи.

Вступленіе въ гражданскій бракъ равносильно заключенію всякаго рода договоровъ и условій. Если же заключенный договоръ или условіе не соотвѣтствуютъ, по формѣ или по содержанію, тре-

бованіямъ мѣстнаго законодательства относительно договоровъ вообще, то естественнымъ послѣдствіемъ такого правонарушенія является недѣйствительность самого договора, а посему Министерство Иностранныхъ Дѣлъ находило, что въ настоящемъ случаѣ не встрѣчается надобности въ какихъ либо особыхъ мѣропріятіяхъ. тѣмъ болѣе, что сими мѣропріятіями не устранились бы поводы къ столкновенію между нашими и бельгійскими законами, напр. въ тѣхъ случаяхъ, когда бы наши подданные вступали въ гражданскій бракъ въ Бельгіи съ мѣстными подданными.

Непризнаніе законности брака и его послѣдствій представляется для брачущихся лицъ условіемъ настолько тяжкимъ, что оно само по себѣ можетъ считаться достаточнымъ обезпеченіемъ точнаго соблюденія существующихъ у насъ узаконеній о союзѣ брачномъ. Независимо отъ сего представляется еще слѣдующее соображеніе На основаніи 6 п. бельгійскаго закона 24 Мая 1882 года правоспособность женщины, вступающей въ бракъ съ бельгійскимъ подданнымъ, опредѣляется на основаніи законовъ ея отечества. Этимъ условіемъ значительнымъ образомъ сокращаются тѣ поводы. по которымъ лица, вступающія въ бракъ, могли бы предпочесть заключеніе брака въ гражданскомъ порядкѣ совершенію онаго по установленному у насъ обряду.

При таковомъ условіи препятствія, возникающія со стороны нашего законодательства къ заключенію брака, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть обойдены совершеніемъ брака въ порядкѣ, установленномъ въ 3 п. бельгійскаго закона, а такъ какъ требованія для безпрепятственнаго вступленія въ бракъ, какъ по нашему, такъ и по бельгійскому законодательству, почти совершенно одинаковы, то и не будетъ представляться поводовъ къ заключенію брака въ гражданскомъ порядкѣ предпочтительно передъ способомъ совершенія ихъ, установленнымъ въ Россіи.

Въ виду вышеизложенныхъ соображеній, я полагалъ бы сообщить пребывающей здѣсь Бельгійской миссіи, согласно ея ходатайству, свѣдѣнія о дѣйствующемъ у насъ законодательствѣ о союзѣ брачномъ, ограничившись при томъ указаніемъ на то, что существующія у насъ правила о вступленіи въ бракъ не представляются затруднительными и что заключеніе браковъ между бельгійцами и лицами женскаго пола, состоящими въ русскомъ подданствѣ, на основаніи 3 п. зак. 1882 года, повело бы къ зна-

чительнымъ затрудненіямъ, вслѣдствіе того, что таковые браки не могли бы считаться у насъ законными.

Независимо отъ сего, я просилъ бы Ваше Высокопревосходительство благоволить сообщить мнѣ, на случай надобности, свѣдѣнія о томъ, было ли бы возможно, при дѣйствующемъ у насъ нынѣ законодательствѣ, привлекать къ отвѣтственности, судебнымъ порядкомъ, бельгійскихъ консульскихъ агентовъ въ тѣхъ случаяхъ, если бы ими совершались браки, на основаніи зак. 1882 года, между бельгійскими и нашими подданными.

Сообщая Вашему Высокопревосходительству о вышеизложенномъ, имѣю честь препроводить къ Вамъ, для ближайшаго усмотрѣнія, копію съ ноты Бельгійской миссіи и т. д.

Управляющій Министерствомъ **Т. С. Влангали.**

Министерство Юстиціи Господину Министру Иностранныхъ Дѣлъ Іюля 11 дня 1883 года (№ 15587).

При отношеніи отъ 15 Января текущаго года, за № 366, Товарищъ Вашего Высокопревосходительства препроводилъ ко мнѣ копію съ ноты пребывающей здѣсь Бельгійской миссіи съ приложеніемъ текста, изданнаго 20 Мая 1882 года, закона о бракахъ Бельгійскихъ подданныхъ за границею, а также переписку Министерства Иностранныхъ Дѣлъ по сему предмету.

При этомъ Т. С. Влангали просилъ о сообщеніи заключенія моего по вопросу о томъ, было ли бы возможно, на основаніи дѣйствующаго у насъ законодательства, привлекать къ отвѣтственности судебнымъ порядкомъ бельгійскихъ консульскихъ агентовъ въ тѣхъ случаяхъ, если бы ими совершались браки на основаніи 3 п. помянутаго выше закона, несоотвѣтственность котораго съ существующими у насъ законоположеніями о союзѣ брачномъ представляется, по единогласному заключенію Оберъ-Прокурора Святѣйшаго Синода и Министерствъ Внутреннихъ и Иностранныхъ Дѣлъ, не подлежащею сомнѣнію.

Признавая и съ своей стороны, что допущеніе дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ къ совершенію браковъ между Бельгійскими и русскими подданными было бы нежелательно, и что мотивы, побудившіе Бельгійское правительство къ изданію означеннаго выше закона, а именно, необходимость огражденія бельгійскихъ подданныхъ отъ тѣхъ непреодолимыхъ препятствій, которыя могутъ представиться имъ при вступленіи въ бракъ съ

иностранками по законамъ страны, въ которой заключается бракъ не имѣютъ значенія по отношенію къ Россіи, по законамъ которой браки между русскими и иностранными подданными разрѣшаются безпрепятственно, я считаю нужнымъ остановиться лишь на вопросѣ о примѣнимости какихъ либо карательныхъ мѣръ къ Бельгійскимъ консульскимъ агентамъ, въ случаѣ совершенія ими брака на основаніи 3 п. закона 20 Мая 1882 года.

Не говоря уже о томъ, что привлеченіе къ отвѣтственности, въ судебномъ порядкѣ, должностнаго лица иностраннаго государства за примѣненіе имъ закона своей страны, едва ли вполнѣ соотвѣтствовало бы общепринятымъ правиламъ о взаимныхъ международныхъ отношеніяхъ, нельзя вмѣстѣ съ тѣмъ не замѣтить, что вмѣшательство судебной власти въ дѣла подобнаго рода не оправдывалось бы и прямымъ на сей предметъ указаніемъ закона.

Хотя въ 1576 ст. ул. о нак. (изд. 1866 года) и предусматривается случай наказуемости священнослужителей иностранныхъ вѣроисповѣданій при совершеніи ими брака между лицомъ православнымъ и лицомъ другого христіанскаго исповѣданія, прежде совершенія онаго православнымъ священникомъ, а въ 1575 и 1577 ст. того же уложенія,—случаи совершенія такого брака, который по закону долженъ быть признанъ недѣйствительнымъ или который совершенъ безъ соблюденія предписанныхъ объ оглашеніи и другихъ предостерегательныхъ правилъ, но приравниваніе дипломатическихъ или консульскихъ агентовъ по степени наказуемости ихъ за сіи проступки къ православнымъ священникамъ или проповѣдникамъ другихъ христіанскихъ исповѣданій представляется, по мнѣнію моему, не только практически неосуществимымъ, такъ какъ за нарушеніе приведенныхъ статей, между прочимъ, положены такія наказанія, какъ удаленіе отъ должности и лишеніе сана, — но едва ли и согласнымъ съ точнымъ смысломъ нашего законодательства, относящаго указанныя выше отступленія отъ предписанныхъ для совершенія браковъ правилъ къ числу особыхъ преступленій, кои могутъ быть учиняемы только лицами духовнаго званія.

Руководствуясь сими соображеніями, я, съ своей стороны, полагалъ бы ограничиться, согласно предположенію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, сообщеніемъ пребывающей здѣсь Бельгійской миссіи свѣдѣній о дѣйствующихъ у насъ законоположеніяхъ о

союзѣ брачномъ и предупрежденіемъ Бельгійскаго Правительства о невыгодности для бракосочетающихся уклоненія отъ церковнаго вѣнчанія, какъ вслѣдствіе неопредѣленности ихъ взаимнаго положенія, затруднительности, при такихъ условіяхъ, перемѣны подданства, и непризнанія законности дѣтей, такъ и въ случаѣ возникновенія имущественныхъ или наслѣдственныхъ споровъ; къ привлеченію же къ отвѣтственности консульскихъ агентовъ, въ случаѣ если Бельгійское правительство за всѣмъ этимъ признаетъ возможнымъ распространить на нихъ дѣйствіе закона 20 Мая 1882 года,—не прибѣгать.

Министръ Юстиціи Статсъ-Секретарь ***Д. Набоковъ.***

Отъ Управляющаго Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ Т. С. Влангали Господину Оберъ-Прокурору Святѣйшаго Синода 11 Ноября 1883 года (№ 9232).

Отношеніемъ отъ 27 Ноября 1882 года, № 189, Ваше Высокопревосходительство изволили сообщить Министру Иностранныхъ Дѣлъ заключеніе Ваше по вопросу о томъ, представляются ли какія либо основанія для распространенія на Бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ, находящихся въ Россіи, 3-го пункта бельгійскаго закона 20 Мая 1882 года, по которому означенные агенты, если они снабжены на то особымъ полномочіемъ отъ Бельгійскаго Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, могутъ заключать браки между бельгійскими подданными и иностранками.

Одновременно съ симъ былъ полученъ отвѣтъ и отъ Господина Министра Внутреннихъ Дѣлъ, съ которымъ Министерство входило также въ сношеніе по изъясненному предмету.

Соглашаясь съ заключеніемъ Вашего Высокопревосходительства, а равно и съ таковымъ же заключеніемъ Господина Министра Внутреннихъ Дѣлъ по настоящему вопросу, но имѣя вмѣстѣ съ тѣмъ въ виду, что въ помянутомъ отношеніи Вашемъ за № 189 было выражено мнѣніе о томъ, что въ случаѣ нарушенія бельгійскими дипломатическими и консульскими агентами, при опредѣленіи брачной правоспособности, нашихъ узаконеній, сіи лица могли бы подвергаться отвѣтственности примѣнительно къ 1577 ст. Ул. о Наказ., а также во исполненіе требованія Дѣйств. Тайн. ов. Гр. Толстого, Министромъ Иностранныхъ Дѣлъ было

сдѣлано сношеніе по настоящему дѣлу съ Господиномъ Министромъ Юстиціи, съ сообщеніемъ ему производившейся по этому переписки.

Статсъ-Секретарь Набоковъ увѣдомилъ нынѣ, что, согласно предположенію Министерства Иностранныхъ Дѣлъ, онъ полагалъ бы ограничиться сообщеніемъ пребывающей здѣсь Бельгійской Миссіи свѣдѣній о дѣйствующихъ у насъ законоположеніяхъ о союзѣ брачномъ, и предупрежденіемъ Бельгійскаго Правительства о невыгодности для бракосочетающихся уклоненія отъ церковнаго вѣнчанія, какъ вслѣдствіе неопредѣленности ихъ взаимнаго положенія, затруднительности перемѣны подданства и непризнанія законности дѣтей, такъ и въ случаѣ возникновенія имущественныхъ или наслѣдственныхъ споровъ; къ привлеченію же къ отвѣтственности консульскихъ агентовъ, въ случаѣ если Бельгійское Правительство за всѣмъ тѣмъ признаетъ возможнымъ распространять на нихъ дѣйствіе закона 20 Мая 1882 года, не прибѣгать.

Вполнѣ раздѣляя мнѣніе Господина Министра Юстиціи по сему предмету, я полагалъ бы въ настоящее время ограничиться отзывомъ Бельгійской миссіи въ изъясненномъ выше смыслѣ, о чемъ имѣю честь увѣдомить Ваше Высокопревосходительство, покорнѣйше прося Васъ, Милостивый Государь, о заключеніи Вашемъ по сему предмету почтить меня увѣдомленіемъ.

Вѣдомство Православнаго Исповѣданія, по части Юрисконсульта при Оберъ-Прокурорѣ Святѣйшаго Синода 29 Ноября 1883 г. (№ 212).

Господину Управляющему Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ

Вслѣдствіе отношенія отъ 11 Ноября 1883 года, за № 9232, коимъ Ваше Превосходительство просите заключенія моего относительно отвѣта, который могъ бы быть данъ пребывающей въ С.-Петербургѣ Бельгійской миссіи на возбужденный послѣднею вопросъ о возможности примѣненія въ Россіи вновь изданнаго въ Бельгіи закона, дозволяющаго Бельгійскому правительству возлагать на дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ при иностранныхъ державахъ совершеніе браковъ бельгійскихъ подданныхъ съ подданными означенныхъ иностранныхъ державъ, долгомъ считаю увѣдомить Васъ, Милостивый Государь, что я, съ своей стороны, согласно съ мнѣніемъ Министра Юстиціи, полагалъ бы достаточнымъ ограничиться сообщеніемъ Бельгійской миссіи свѣдѣній о

дѣйствующихъ у насъ законоположеніяхъ о союзѣ брачномъ и предупрежденіемъ Бельгійскаго Правительства о связанныхъ съ распространеніемъ на Бельгійскихъ дипломатическихъ и консульскихъ агентовъ въ Россіи дѣйствія помянутаго новаго закона невыгодныхъ для бракосочетающихся послѣдствій отъ уклоненія ихъ отъ церковнаго вѣнчанія. . . . . .

Оберъ-Прокуроръ ***К. Побѣдоносцевъ.***

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ. Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій 4 Января 1884 г. (№ 5761).

Господину Управляющему Министерствомъ Иностранныхъ Дѣлъ.

. . . . . Вслѣдствіе сего имѣю честь увѣдомить Ваше Превосходительство, что я съ своей стороны склоняюсь къ мнѣнію, выраженному по настоящему дѣлу Дѣйств. Тайн. Сов. Набоковымъ, тѣмъ болѣе, что примѣненіе вышеприведенной статьи (ст. 1576 Ул. о Нак.) къ дипломатическимъ агентамъ, какъ пользующимся правомъ внѣземельности, вовсе не можетъ имѣть мѣста, примѣненіе же оной къ консульскимъ агентамъ встрѣтило бы на практикѣ затрудненіе и въ томъ отношеніи, что суду, разбору котораго подлежало бы дѣло, въ случаѣ привлеченія агента къ отвѣтственности по упомянутой статьѣ пришлось бы примѣнять таковую къ лицамъ свѣтскимъ лишь по аналогіи, такъ какъ оною устанавливается отвѣтственность священниковъ за нарушеніе закона о бракѣ.

Министръ Внутреннихъ Дѣлъ ***Графъ Д. Толстой.***

Директоръ ***Князь Кантакузенъ Графъ Сперанскій.***

St. Pétersbourg, le 24 Février (7 Mars) 1884. Monsieur le Comte Errembault de Dudzeele, Ministre de Belgique (№ 1482).

Monsieur de Ministre,

Si je n'ai pas répondu jusqu'à l'heure à votre note du 11/23 Août 1882, c'est que je tenais à réunir les opinions de toutes nos autorités compétentes concernant l'application en Russie du № 3 de la loi belge du 20 Mai 1882, relative à la célébration des mariages en pays étrangers.

Aujourd'hui que notre avis à ce sujet se trouve entièrement établi, j'ai l'honneur de vous faire connaître les considérations que la nouvelle clause de cette loi nous a suggerées.

En nous communiquant le texte de la loi du 20 Mai ainsi que les instructions arrêtées par le Département des Affaires etrangères de Belgique pour en régler l'execution, vous avez bien voulu signaler,

Monsieur le Ministre, que la permission éventuelle aux agents diplomatiques et aux consuls de Belgique de célébrer les mariages entre Belges et étrangères était octroyée dans le but de faciliter ces mariages dans des pays où leur célébration d'après les lois locales rencontrerait de sérieux obstacles.

Cette indication a reçu un ample développement dans la dite circulaire, dont nous ne pouvons assez apprécier la lucidité et et l'exactitude, et c'est en nous plaçant au point de vue de ce document que nous avons étudié l'application de la 3 clause de la nouvelle loi belge.

La circulaire porte entre autres que la disposition du N. 3 de la loi du 20 Mai n'est applicable qu'au mariage d'un Belge avec une étrangère, une telle union constituant l'acte initial d'une famille exclusivement belge, que le mariage célébré devant un agent diplomatique ou un consul de Belgique ne peut être considéré valable qu'en Belgique, et que les unions de cette catégorie courent le risque d'être vues à l'étranger comme n'ayant aucune valeur légale. Aussi la circulaire fait repartir l'importance qu'il y aurait de donner aux futurs époux le conseil de recourir aux autorités locales et de ne suivre la juridiction exceptionnelle admise par la législation belge qu'après qu'il aura été constaté que ce recours etait impraticable.

En effet, suivant la législation de l'Empire, aucun mariage ne peut être contracté autrement que suivant le rite de l'Eglise à laquelle appartiennent les futurs époux. De même si l'un des deux conjoints est un sujet russe et que l'union fut contractée à l'étranger, elle ne pourrait être valable pour la partie appartenant à la sujetion russe que dans le cas où l'union aurait été célébrée selon le rite de la confession respective et dans les conditions posées par notre loi.

Les lois régissant le mariage en Russie ne comportant aucune exception, point n'est besoin de dire que les unions contractées devant un agent diplomatique ou consulaire de Belgique ne pourraient en aucun cas être valables au regard de notre loi en ce qui concerne les sujettes russes. De cette manière des collisions nombreuses et continuelles se produiraient entre les législations des deux pays et au détriment majeur des conjoints et de leurs déscendants éventuels.

Pour en citer quelques exemples, j'indiquerai deux inconvénients les plus marqués.

Une sujette russe ayant contracté mariage avec un sujet belge sous le régime de la loi du 20 Mai 1882. ne serait pas considérée chez nous comme ayant contracté une union légale. elle ne serait pas reconnue sujette Belge et continuerait à être vue comme une ressortissante russe, tandis qu'aux yeux du Gouvernement Belge les droits de la sujetion de sa nouvelle patrie lui seraient incontestablement acquis.

Si des enfants étaient issus d'un tel mariage ils ne seraient en Russie que des enfants illégitimes et n'ayant aucun droit à la succession de leurs mères.

Je ne citerai pas d'autres exemples d'inconvénients pouvant résulter de l'application de la nouvelle loi belge, vu que la circulaire en a déjà fait prévoir la portée. et je me bornerai à vous prévenir, Monsieur le Ministre, que le Gouvernement Impérial préférerait que dorénavant les mariages des Belges avec des sujettes russes soient contractés suivant les formes prescrites par la loi de l'Empire, ce qui épargnerait aux deux Gouvernements bien de difficultés et ferait éviter aux contractants des inconvénients qui pourraient compromettre gravement leurs intérêts.

Pour satisfaire à la demande formulée par la note du 11/23 Août 1882, j'ai l'honneur de vous transmettre ci-près le texte des lois régissant les mariages et la rédaction des actes civils en Russie. En même temps je crois devoir faire à cette occasion une observation qui me semble n'être pas sans utilité. En indiquant les informations que le Gouvernement Belge désirerait obtenir sur notre législation en matière de mariage, la note précitée pose au № 3 la question suivante: „La mention des causes spéciales qui pourraient entraver les mariages entre Belges et étrangères, ainsi que l'énumération des différents cas où ces mariages seraient impossibles".

Notre législation ne contient point des dispositions spéciales qui empêcheraient les unions des sujettes russes avec des étrangers. aussi l'énumération de différents cas où ces mariages seraient impossibles seraient entièrement inutile, vu que les lois régissant le mariage en Russie s'étendent également aux unions entre les sujets russes et celles contractées entre ces derniers et des étrangers. Les lois prohibitives de mariage peuvent être extraites sans difficulté des

dispositions générales régissant cette matière dont elles font une partie intégrale.

Je me permettrai d'ajouter encore à ce qui précède que si l'on confrontait les dispositions de notre législation sur le mariage avec celles qui régissent la matière en Belgique. il y aurait lieu de conclure peut être que la législation belge présente quelques fois des cas d'empêchement de mariage difficiles à surmonter et qui n'existent point dans notre juridiction matrimoniale. Si l'on y joignait encore que suivant la clause 6 de la loi du 20 Mai 1882 la capacité de la femme étrangère est réglée par son statut personnel. les facilités que cette loi croit octroyer se réduisent presque à néant pour ce qui concerne la Russie.

Veuillez agréer Monsieur le Ministre, l'assurance de ma considération la plus distinguée.

Légation de Belgique. St. Petersbourg, 10 Janvier 1888 (29 Décembre 1887).

Monsieur le Conseiller Privé,

Sauf le cas de dérogation à un intérêt national belge. les étrangers sont régis en Belgique, quant à leur état et à leur capacité. par les lois de la nation à laquelle ils appartiennent.

Par une juste réciprocité, il est généralement admis que notre législation personnelle reste applicable, aux Belges résidant à l'étranger lorsqu'elle ne porte aucune atteinte aux lois territoriales d'ordre public.

Il est désirable, par conséquent, que l'administration russe soit officiellement instruite des changements apportés aux lois formant le statut personnel des sujets belges.

Dans cet ordre d'idées le gouvernement m'a chargé de transmettre au ministère Impérial des affaires étrangères le texte ci-joint de la loi du 16 Août dernier modifiant la capacité matrimoniale des Belges. Cette disposition a d'autant plus d'importance qu'en vertu du principe de réciprocité rappelé plus haut, les autorités étrangères dont l'intervention est requise pour la célébration du mariage d'un belge doivent pouvoir apprécier la capacité de celui-ci suivant sa loi nationale.

Veuillez agréer etc.

C-te Errembault de Dudzeele.

Въ Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій 9-го Января 1888 года № 167 отъ Департамента Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Пребывающая здѣсь Бельгійская миссія доставила Министру Иностранныхъ Дѣлъ печатный экземпляръ закона 16 Августа, объ измѣненіи существовавшихъ до сего времени правилъ — для совершенія бракосочетанія бельгійскихъ подданныхъ, принадлежащихъ къ военному сословію. Вмѣстѣ съ тѣмъ Бельгійская миссія ходатайствуетъ о сообщеніи новаго закона нашимъ духовнымъ властямъ для руководства.

Вслѣдствіе того Департаментъ Внутреннихъ Сношеній имѣетъ честь препроводить у сего означенный экземпляръ закона на благоусмотрѣніе Департамента Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій покорнѣйше прося о послѣдующемъ не оставить увѣдомленіемъ.

Министерство Внутреннихъ Дѣлъ (Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій) 20 Февраля 1888 года (№ 151)

Въ отношеніи отъ 9 Января сего года, за № 167, Департаментъ Внутреннихъ Сношеній сообщилъ ходатайство здѣшней Бельгійской миссіи объ объявленіи, для руководства подлежащимъ духовнымъ властямъ новаго Бельгійскаго закона о бракахъ Бельгійскихъ подданныхъ.

Вслѣдствіе сего Департаментъ Духовныхъ Дѣлъ имѣетъ честь увѣдомить, что удовлетвореніе изложеннаго ходатайства было бы прямымъ нарушеніемъ 995 ст. IX т. св. зак. изд. 1876 года, по силѣ которой иностранцы, проживающіе въ Россіи, подлежатъ, какъ лично, такъ и по имуществу, дѣйствію Россійскихъ законовъ.

Директоръ князь ***Кантакузенъ*** *графъ* ***Сперанскій.***

Légation de Belgique. St. Pétersbourg, 28 Mars (9 Avril) 1884.

Monsieur le Ministre,

Je viens d'être chargé par M-r le Ministre des Affaires Etrangères de présenter à Votre Excellence les remerciements du Gouvernement du Roi pour l'intéressant mémoire qu'elle a eu l'obligeance de remettre à la Légation de sa Majesté à St. Pétersbourg, le 24 Février (7 Mars) dernier, № 1432, en ce qui concerne la législation matrimoniale en Russie.

Il résulte de ce mémoire que les Belges qui désirent se marier en Russie, peuvent avoir recours aux formes locales.

Le Département des Affaires Etrangères se bornera conséquement à transmettre aux Consuls de Belgique établis dans le dit Empire, à titre de simple information, le texte de la loi du 20 Mai 1882 relative à la célébration des mariages des Belges en pays étrangers, loi qui remplace la disposition de l'art 170 du code civil et qu'ils n'auront pas à appliquer en ce qui concerne les mariages entre Belges et etrangeres.

Veuillez agréer etc.

C-te Errembault de Dudzeele.

VII.

(Дѣло 1874 года Деп. Вн. Сношп. М. И. Д. $\frac{II}{13}$).

По нотѣ Бельгійской миссіи о сообщеніи оной свѣдѣній о дѣйствующихъ у насъ узаконеніяхъ о бракахъ иностранцевъ съ нашими подданными, заключаемыхъ за границею по мѣстнымъ обрядамъ и установленіямъ.

Министерство Юстиціи Департаментъ 13 Декабря 1874 года № 21900. Въ Департаментъ Внутреннихъ Сношеній Министерства Иностранныхъ Дѣлъ.

Вслѣдствіе отношенія отъ 17 минувшаго Октября за № 8385 Департаментъ имѣетъ честь препроводить при семъ записку, содержащую въ себѣ требуемыя бельгійской миссіею свѣдѣнія о дѣйствующихъ у насъ узаконеніяхъ относительно браковъ иностранцевъ съ русскими подданными.

1. Слѣдуетъ ли національности своего мужа и подчиняется ли дѣйствію законовъ Бельгіи русская подданная, вступившая въ бракъ съ бельгійцемъ?

На основаніи 1552 ст. т. IX св. зак. (по прод. 1868 г.) русская подданная, вступившая въ бракъ съ иностранцемъ, почитается иностранкою. По ст. 102 т. X, ч. 1 зак. гр. лица женскаго пола, вступившія въ законный бракъ съ иностранцами, не состоящими ни въ службѣ, ни въ подданствѣ Россіи (какого бы вѣроисповѣ-

ланія, православнаго или иновѣрческаго ни были супруги) слѣдуютъ состоянію и мѣсту жительства своихъ мужей.

Смыслъ этихъ узаконеній несомнѣнно убѣждаетъ въ томъ, что, выходя замужъ за бельгійца, русская подданная слѣдуетъ подданству своего супруга и подчиняется въ предѣлахъ Бельгіи законамъ своего новаго отечества.

Въ предѣлахъ же Россіи она, какъ и всѣ иностранцы вообще, подлежитъ лично и по имуществу дѣйствію русскихъ законовъ (ст. 1519 т. IX св. зак.).

2. Дѣйствителенъ ли въ Россіи брачный договоръ, заключенный въ Бельгіи по мѣстнымъ законамъ?

Законодательство наше не знаетъ существованія особыхъ брачныхъ договоровъ (contrat de mariage) въ смыслѣ допускаемыхъ нѣкоторыми западноевропейскими законодательствами гражданскихъ сдѣлокъ между супругами, предшествующихъ заключенію брака и опредѣляющихъ имущественныя послѣдствія онаго.

3 Русская подданная, вступившая въ бракъ съ бельгійцемъ, пользуется въ Бельгіи всѣми правами, вытекающими изъ брачнаго договора: пользуется ли мужъ ея тѣми же правами въ Россіи?

Имущественныя послѣдствія брака опредѣляются у насъ не предварительнымъ соглашеніемъ супруговъ, облеченнымъ въ форму спеціальнаго на сей предметъ договора, а общими постановленіями закона, содержащимися въ ст. 109 — 118 т. X, ч. 1 и основанными на началѣ полной раздѣльности имущества каждаго изъ супруговъ.

Въ виду вышеизложеннаго и руководствуясь общимъ правиломъ дѣйствующаго у насъ законодательства о подчиненіи иностранцевъ по имуществу ихъ, въ Россіи находящемуся, дѣйствію русскихъ законовъ (Т. IX ст. 1519), слѣдуетъ придти къ заключенію, что брачные договоры, заключенные по законамъ Бельгіи между бельгійцами и лицами женскаго пола изъ русскихъ подданныхъ, не могутъ имѣть юридической силы по отношенію къ находящемуся въ Россіи имуществу супруговъ, и что за симъ мужъ-бельгіецъ можетъ пользоваться въ предѣлахъ Имперіи только тѣми имущественными правами, которыя предоставлены нашими гражданскими законами всѣмъ вообще лицамъ, состоящимъ въ супружествѣ.

4. Русская подданная, вступающая въ бракъ съ бельгійцемъ на правѣ общности (communauté) не можетъ совершить въ Бельгіи никакого гражданскаго акта безъ участія своего мужа; можетъ ли она въ Россіи совершать подобные акты безъ разрѣшенія и вѣдома своего супруга?

На основаніи ст. 109 т. X, ч. 1 бракомъ не составляется общаго владѣнія въ имуществѣ супруговъ. каждый изъ нихъ можетъ имѣть и вновь пріобрѣтать отдѣльную свою собственность. Приданое жены, равно какъ имѣніе, пріобрѣтенное ею, или на ея имя, во время замужества, черезъ куплю, даръ, наслѣдство или инымъ законнымъ способомъ, признается ея отдѣльною собственностью (ст. 110, т. X, ч. 1). Супругамъ дозволяется продавать, закладывать и иначе распоряжаться своимъ собственнымъ имѣніемъ прямо отъ своего имени, независимо другъ отъ друга. и не испрашивая на то взаимно ни дозволительныхъ, ни вѣрющихъ писемъ (ст. 114, т. X, ч. 1).

Сопоставленіе приведенныхъ узаконеній съ правиломъ. содержащимся въ ст. 1519 т. IX, по которому иностранцы, въ предѣлахъ Россіи, подлежатъ какъ лично, такъ и по имуществу ихъ. дѣйствію русскихъ законовъ, не оставляетъ ни малѣйшаго сомнѣнія въ томъ, что, вступивъ въ бракъ съ иностранцемъ (какой бы націи онъ ни былъ), русская подданная отнюдь не утрачиваетъ принадлежащаго ей права самостоятельнаго распоряженія своимъ имуществомъ, находящимся въ Россіи, а слѣдовательно и права совершать на это имущество всякаго рода акты и вступать по оному во всѣ закономъ дозволенныя обязательства, безъ особаго на то разрѣшенія или согласія своего мужа.

Изъ вышеприведенныхъ постановленій нашего общаго гражданскаго законодательства допускаются, впрочемъ, нѣкоторыя мѣстныя изъятія. Такъ по ст. 111 т. X, въ губ. Черниговской и Полтавской приданое жены, хотя и почитается отдѣльною ея собственностью, но состоитъ въ общемъ владѣніи и пользованіи супруговъ. и жена во время брачнаго съ супругомъ сожительства не можетъ безъ согласія его дѣлать никакихъ распоряженій въ нарушеніе или ограниченіе правъ мужа на общее съ нею пользованіе ея приданымъ. Недвижимое имущество мужа, на коемъ обезпечено приданое жены, не можетъ быть отчуждаемо, ни обременяемо

долгами безъ ея согласія, изъявленнаго въ судебномъ мѣстѣ личнымъ ея сознаніемъ надлежащаго о томъ акта.

5. Пріобрѣтаетъ ли мужъ бельгіецъ черезъ бракъ свой съ русскою подданною право распоряженія приданымъ (biens dotaux) жены, находящимся въ Россіи?

Выше было указано, что по русскимъ законамъ приданое жены составляетъ ея отдѣльную собственность (ст. 110 т. X), и что супруги вполнѣ самостоятельно и независимо другъ отъ друга распоряжаются принадлежащимъ каждому изъ нихъ имуществомъ (ст. 114, т. X, ч. 1 прод. 63). Изъ сего несомнѣнно слѣдуетъ, что право распоряженія приданымъ, находящимся въ Россіи, принадлежитъ исключительно женѣ, а не мужу, который не можетъ поступаться имѣніемъ жены иначе, какъ по законной на сіе довѣренности (т. X, ч. 1, ст. 113).

VIII.

Дѣло П. Гроссе (Grosset).

Дѣло 1889 г., $\frac{II}{32}$, Деп. Вн. Сношен. Мин. Иностран. Дѣлъ.

П. Гроссе получилъ отъ Харьковской мѣщанской управы удостовѣреніе, что если онъ вступитъ въ бракъ, то сообщитъ свои права женѣ и могущимъ быть дѣтямъ по званію. Это удостовѣреніе выдано ему для представленія въ Кильскій Магистратъ, чтобы получить дозволеніе на вступленіе въ бракъ въ Килѣ (отношеніе Харьковскаго Губернатора Департаменту Внутреннихъ Сношеній отъ 18 Октября 1889 года за № 6232).

Хозяйственный Департаментъ Министерства Внутреннихъ Дѣлъ, въ отношеніи 7 Мая 1890 года (№ 3003) въ Департаментъ Внутреннихъ Сношеній, находитъ, что выдача сказаннаго удостовѣренія, какъ видно изъ полученныхъ отъ Харьковскаго Губернатора данныхъ, оправдывалась бы дѣйствующими узаконеніями (ст. 541 и 542 т. IX изд. 1876 г.).

IX.

Полное Собраніе Законовъ. Томъ 1731 года № 5892. Ноября 29. Синодскій.

О подтвержденіи священникамъ дабы они вѣнчали браки только своихъ прихожанъ, а приписанныхъ къ другимъ церквамъ не вѣнчали и на вѣнчаніе своихъ прихожанъ другихъ церквей священникамъ позволенія не давали. и чтобы въ вѣнечныхъ памятяхъ по женихѣ и невѣстѣ подписывались свидѣтели изъ прихожанъ.

Святѣйшій Правительствующій Синодъ слушалъ прошеніе Титулярнаго Совѣтника Петра Беклемишева о отрѣшеніи его отъ первой жены его Марьи, на которой де женился онъ будучи въ Гамбургѣ у купца лютерскаго закона Іогана Крефта въ Декабрѣ мѣсяцѣ 1714 года, и прибывъ въ Москву жилъ съ нею годъ, а въ прошломъ де 716 году посланъ онъ къ республикѣ Венецкой и къ Грандукѣ Флоренскому въ характерѣ Агента: а оная жена его будучи въ пути изъ Гданска поѣхала въ Гамбургъ самоизвольно, которой де онъ будучи въ чужихъ краяхъ удержать не могъ. И дабы она ѣхала къ нему Беклемишеву, писалъ къ ней изъ Венеціи, также и по прибытіи въ Гамбургъ звалъ ее съ собою въ Россію, но она де съ нимъ не поѣхала, а какъ де въ 722 году пріѣхалъ въ Москву, потому жъ писалъ къ ней въ Гамбургъ многократно, только де и по тѣмъ письмамъ не поѣхала-жъ и ѣхать не хочетъ: и чтобъ позволено было ему Беклемишеву жениться на другой женѣ. При томъ же чтена объявленная Успенскаго Собора отъ попа Ѳедора Никитина написанная сего жъ Ноября 12 дня вѣнечная память на имя церкви Іоанна Предтечи, что на Лѣнивомъ торжку священника Петра Панкратіева, въ которой объявлено женится вдовецъ его прихода оной Беклемишевъ, понимаетъ вдову новокрещеную Лютерскаго закона иноземку Марью Ѳедорову дочь, и для того обыскать ему накрѣпко того жъ прихода знатными прихожанами и вѣнчать въ указное время. А буде явятся они не его прихода, отнюдь не вѣнчать. Да при той же вѣнечной памяти объявлено отъ помянутаго попа Петра, яко бы оной жены его Беклемишева Марьи, писанное къ

нему изъ Гамбурга на Нѣмецкомъ діалектѣ письмо, и оной Предтеченской попъ Петръ предъ Собраніемъ Святѣйшаго Синода по вопросу сказалъ, оную вдову крестилъ онъ, и потомъ вскорѣ по просьбѣ онаго Беклемишева, желающаго съ нею брачиться ходилъ онъ къ Успенскому Собору для взятья вѣнечной памяти, которую и написали съ его попа Петра словъ, и хотѣлъ ихъ вѣнчать, понеже де оная новокрещенная просила его попа, чтобъ немедленно обвѣнчать, опасаясь, чтобы де оной Беклемишевъ намѣренія своего въ супружество ее понять не отмѣнилъ, а она де того ради и вѣру православно Греческаго исповѣданія приняла, а оной де Беклемишевъ не его прихода, но токмо сынъ его духовной; а прихожанинамъ де его своимъ написалъ для того, что де о вѣнчаніи ихъ есть ему позволеніе отъ приходскаго (гдѣ оной Беклемишевъ живетъ) священника; при чемъ спрашиванъ онъ: когда бы онъ ту вѣнечную память соверша получилъ, кѣмъ бы онъ по ней указный обыскъ учинилъ, понеже вѣнечною памятью повелѣвается обыски чинить приходскими знатными людьми, а онъ Беклемишевъ не его прихода, на что онъ отвѣтствовалъ, что де не всегда таковые обыски прихожанами производятся, но болѣе посторонними, а по оному де Беклемишевѣ и по новокрещенной вдовѣ, хотѣли подъ обыскомъ подписаться Тайный Совѣтникъ Василій Степановъ, Коммерцъ-Коллегіи Ассесоръ Осипъ Соловьевъ, Стольникъ Степанъ Клокачевъ. — Приказали: о вышеписаннымъ учинить слѣдующее: 1-ое вышеупомянутому просителю Титулярному Совѣтнику Петру Беклемишеву на оной вдовѣ иноземкѣ Марьѣ Ѳедоровой дочери, которая не въ давномъ времени вступила въ Христіанскій Греческаго исповѣданія законъ, нынѣ жениться не позволять, и вѣнечной памяти не отпускать, и чтобъ о брачествѣ его съ оною вдовою и ни съ какою другою невѣстою вѣнечной памяти не отпускали, и впредь постороннимъ, кромѣ самихъ жениховъ, выключая изъ того знатныхъ персонъ, отнюдь ни кому вѣнечныхъ памятей не давали; о томъ сказать указъ Успенскаго Собора Ключарямъ, Попамъ, Протодіакону и діаконамъ, съ приложеніемъ рукъ ихъ, опасаясь за неисполненіе лишенія священства; понеже онъ Беклемишевъ является въ немаломъ подозрѣніи, потому, что онымъ своимъ прошеніемъ требуетъ позволенія жениться на другой, а на комъ именно не показалъ, а до поданія той челобитной уже и вѣнечную память о брачествѣ своемъ

со оною вдовою Марьею писать велѣлъ, о чемъ на него вышеобъявленной Предтеченской попъ Петръ показалъ. 2-ое. Объявленное отъ онаго попа Петра яко бы писанное къ оному Беклемишеву отъ первой жены его на нѣмецкомъ діалектѣ письмо перевесть на славянской діалектъ. 3-е. Предтеченскаго попа Петра въ Синодальной Канцеляріи о всемъ вышепоказанномъ, сочиня ему пункты, допросить со всякимъ обстоятельствомъ и по тому его допросу что и до другихъ духовнаго чина и вѣдомства Святѣйшаго Синода людей кого касаться будетъ потому жъ сыскивая въ Синодальную Канцелярію допрашивать и слѣдовать какъ святыя правила и Ея Императорскаго Величества указы повелѣваютъ, безъ продолженія времени, и по окончаніи того слѣдствія выписавъ изъ него къ тому приличныя правила и указы, предложить къ Синодальному разсмотрѣнію безъ упущенія. 4-ое. Отъ духовной Дикастеріи Московскихъ сороковыхъ церквей старостамъ объявить, чтобъ они приходскимъ священникамъ подтвердили съ запискою и съ приложеніемъ рукъ накрѣпко, подъ страхомъ за неисполненіе тяжкаго штрафа и безпощаднаго истязанія и лишенія чиновъ ихъ, о томъ, дабы каждый священникъ хотящихъ брачитися, вѣнчалъ своего приходу, а не другаго, и самъ бы въ постороннемъ приходѣ какъ своихъ приходскихъ, такъ и постороннихъ отнюдь вѣнчать не дерзалъ, и о вѣнчаніи своего прихожанина другой церкви священнику позволенія не давалъ, такожъ и въ обыскахъ по объявленіямъ въ вѣнечныхъ памятяхъ подписывалися бы всемѣрно по женихѣ и по невѣстѣ не одни посторонніе но и приходскіе люди, ежели они будутъ одного того прихода, гдѣ они живутъ; а ежели невѣста будетъ другаго прихода, то по ней тамошніе знатные или изъ подлыхъ хотя и не знатные да своими домами живущіе приходскіе, а при томъ и посторонніе ежели случится и изъ чужихъ приходовъ люди; а однихъ посторонніхъ, какова они званія и достоинства не были, безъ приходскихъ людей въ таковыя свидѣтельства отнюдь не принимать, понеже отъ таковыхъ посторонніхъ однихъ безъ приходскихъ людей свидѣтельствъ многое при такихъ обыскахъ неистинство происходитъ и лжи превеликія и противныя правиламъ и указамъ являются какъ довольно Святѣйшему Синоду о томъ извѣстно есть изъ дѣлъ разныхъ чиновъ людей, въ Синодальной Канцеляріи имѣющихся; и того всего онымъ поповскимъ

старостамъ и прочимъ священнослужителямъ съ причетниками смотрѣть накрѣпко, и ежели кто за кѣмъ таковое преступленіе увѣдаетъ; и тѣмъ персонамъ о томъ доносить въ Духовной Дикастеріи неукоснительно, отъ которой имая таковыхъ и по слѣдствіи сочиняя о томъ выписки, для докладу вносить въ Святѣйшій Синодъ безъ всякаго упущенія, и о томъ изъ Святѣйшаго Правительствующаго Синода въ ту Дикастерію послать указъ.

X.

CONSULTATION

donnée par

S. E. Ibrahim Hakki Bey, Conseiller Légiste de la Sublime Porte Ottomane, Professeur de droit international et public à la faculté de droit de Stamboul.

QUESTIONNAIRE.

I.

§ 1. Le mariage de deux sujets ottomans musulmans conclu à l'étranger dans la forme civile sera-t-il valable en Turquie?

§ 2. Les témoins devront ils être musulmans et sujets ottomans?

RÉPONSES.

I.

§ 1. Ces mariages sont valables si les autorités consulaires ottomanes à l'étranger certifient que les sujets ottomans en question se sont mariés à l'étranger, car tout acte d'état civil des ottomans à l'étranger est d'après la loi sur le recensement, du ressort des dites autorités consulaires. Le fait que le mariage a eu lieu étant certifié par les consulats ottomans, les tribunaux de Chéri devront s'en tenir à ce témoignage et ne pas entrer dans un examen de fond dont la preuve présentera de grandes difficultés.

§ 2. Si la validité d'un mariage était contestée et un examen de fond nécessité devant les tribunaux de Chéri, ceux-ci chercheront certainement la preuve de témoignage requis par le Chériat, c'est à dire quatre témoins musulmans si le mariage est conclu par des mandataires, et deux si les conjoints étaient personnellement présents. La nationalité des témoins importe peu pourvu qu'ils soient musulmans. Du reste dans les mariages ottomans conclus à nos ambassades et consulats on se tient à cette règle de constatation par témoins musulmans.

§ 3. Les fiancés devront ils se tenir au Chéri quant aux empêchements provenant des liens de parenté, de l'âge, du consentement des parents etc.?

II.

§ 1. Le mariage de deux sujets ottomans non-musulmans peut-il être conclu à l'étranger dans la forme civile?

§ 2. Les fiancés sont ils liés à l'étranger par les empêchements de leur loi réligieuse?

III.

§ 1 Le mariage d'un sujet ottoman musulman avec une sujette ottomane non-musulmane pourra-t-il être conclu à l'étranger dans la forme civile?

§ 2. Les témoins pourront ils être non-musulmans?

IV.

§ 1. Les mariages des sujets ottomans à l'étranger peuvent-ils être conclus par les consuls ou agents diplomatiques ottomans?

§ 2. Et en cas de musulmans, par les imams d'ambassade?

V.

Un sujet ottoman a-t-il besoin d'une autorisation de son Gouvernement pour se marier à l'étranger?

§ 3. La loi du Chéri est certainement la seule à régler la capacité personnelle des conjoints à se marier entre eux.

II.

§ 1. Sur ce point c'est la loi réligieuse et les décisions des autorités spirituelles des différentes communautés qui en décident Généralement ils n'admettent pas le mariage civil.

§ 2. Ils sont liés par ces empêchements; cela ne regarde pas l'État ottoman qui laisse ces questions à l'appréciation des autorités constituées des différentes communautés.

III.

§ 1—2. Il n'y a pas de différence entre les mariages des deux parties musulmanes et d'un ottoman musulman avec une ottomane chrétienne

IV.

§ 1. Non pour les non-musulmans, l'État ne se mêlant pas de leur mariage.

§ 2. Oui.

V.

Comme en Turquie c'est sur l'„ilmuhaber" délivré par les imams des quartiers, que les mariages musulmans se concluent, à l'étranger les ilmu-haber doivent être remplacés par les certificats à délivrer par les Consulats Ottomans. Une autorisation spéciale ne serait pas requise pourvu que les consulats certifient qu'il n'y a pas d'empêchement légal au mariage projeté. Pour les sujets non-musulmans l'autorisation de leurs chefs spirituels devrait être de rigueur.

VI.

§ 1. Les mariages des sujets ottomans conclus à l'étranger doivent ils nécessairement être transcrits sur les registres en Turquie?

§ 2. L'omission de cette formalité entraîne-t-elle la nullité du mariage?

VI.

Comme tout acte d'état civil, cette insertion est necessaire et s'effectue par l'entremise des consulats: mais son omission ne pourrait pas invalider un mariage qui peut être légalement prouvé.

VII.

§ 1. Un sujet ottoman musulman peut-il épouser une femme non-musulmane sujette étrangère?

§ 2. La capacité de cette dernière sera-t-elle determinée d'après sa loi nationale ou d'après le Chéri?

§ 3 Dans quelle forme ce mariage pourra-t-il être célébré s'il a lieu 1) en Turquie 2) à l'étranger?

VII.

§ 1. Oui

§ 2. S'il y avait contestation sur ce point, je crois que les tribunaux de Chéri se tiendraient à la loi du Chéri et jugeraient des capacités personnelles conformément à elle.

§ 3. Dans les mêmes formes que pour les cas où les deux parties seraient ottomanes.

VIII.

Une femme musulmane sujette étrangère peut-elle épouser un non-musulman sujet étranger?

VIII.

Non, ni même un non-musulman ottoman.

IX.

§ 1. Un sujet étranger musulman pourra-t-il contracter mariage avec une sujette ottomane musulmane en Turquie, ou à l'étranger?

§ 2. Le pourra-t-il avec une sujette ottomane non-musulmane?

§ 3. Et dans quelle forme, pour le dernier cas?

IX.

§ 1. Oui dans les deux cas.

§ 2. Oui.

§ 3. Dans la même forme que si le mari était musulman ottoman.

Notez que le réglement concernant les mariages des sujets persans en Turquie restreint sur cette permission en ce qui les concerne.

X.

§ 1. Une femme musulmane sujette étrangère pourra-t-elle épouser un non-musulman, sujet ottoman ou étranger?

X.

§ 1. En Turquie un tel mariage ne peut pas être conclu par les autorités ottomans.

§ 2. Si oui, dans quelle forme ce mariage devra-t-il être célébré 1) en Turquie 2) à l'étranger?

§ 2. Le mariage avec une partie ottomane conclu à l'étranger serait nul en Turquie et assimilé au concubinage.

XI.

Le mariage des sujets ottomans à l'etranger devra-t-il être précéde de publications en Turquie?

XI

Pas de publications. Les consulats peuvent du reste s'informer sur l'état légal des individus avant de laisser conclure le mariage

XII.

§ 1. Le divorce prononcé entre deux epoux sujets ottomans par un tribunal étranger sera-t-il reconnu valable en Turquie, si ces époux sont musulmans?

§ 2. S'ils sont non-musulmans?

§ 3. Si l'un d'eux est musulman?

§ 4. Quelles sont les conditions de la validité d'un pareil divorce?

XII.

§ 1. Non, à moins que le tribunal étranger ne soit un tribunal de Chéri

§ 2. Ça regarde les communautés, mais celles-ci non plus n'admettent pas la compétence des tribunaux étrangers sur ces points.

§ 3. En cas de mariage mixte si le mari est musulman, puisque la femme ne peut pas l'être, non (voyez § 1)

§ 4. Le divorce prononcé n'a pas de valeur à l'égard de la loi ottomane. Le divorce doit être en conformité de la loi de Chéri

XIII.

§ 1. Les tribunaux de Chéri Ottomans peuvent-ils prononcer le divorce entre des epoux etrangers musulmans tous les deux ou dont l'un est musulman?

§ 2. Si non, le pourront-ils au moins si la femme était sujette ottomane avant le mariage?

XIII.

§§ 1—2. Oui dans les deux cas, puisque leur compétence s'étend à tout musulman; seulement cela peut donner lieu à des conflits diplomatiques. Il n'y a pas d'arrangement à cet effet. La question se compliquerait encore grâce au système des capitulations.

XIV.

Les Patriarcats ont-ils le droit de prononcer le divorce entre des époux chrétiens qui ne sont pas sujets ottomans?

XIV.

Le Gouvernement n'appuie leur compétence qu'en ce qui touche les ottomans. Donc non en thèse générale.

XI.

Рѣшеніе Уголовнаго Кассаціоннаго Департамента Правительствующаго Сената отъ 10-го Января 1889 года по дѣлу прусскаго подданнаго Іосифа Хмѣльника.

Варшавская Судебная Палата, признавъ подсудимаго виновнымъ въ томъ, что, вступивъ 4 Октября 1876 г. въ Берлинѣ въ гражданскій бракъ, безъ совершенія церковнаго обряда, съ Паулиною Томашевскою, онъ при существованіи этого брака, законно нерасторгнутаго, 4 Сентября 1883 г. въ евангелическомъ приходскомъ костелѣ въ Варшавѣ сочетался вторичнымъ бракомъ съ Стефаніей Шнейдеръ, выдавая себя за холостого, присудила его, на основаніи ст. 1554 ч. 2, 20 степ. 2, 134 п. 4, 135 и 31 степ. 2, по лишеніи всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ, къ отдачѣ въ исправительныя арестанскія отдѣленія на 3 года съ послѣдствіями по 48 ст. улож и съ преданіемъ его церковному покаянію по распоряженію его духовнаго начальства.

На этотъ приговоръ защитникъ подсудимаго принесъ кассаціонную жалобу, въ которой указываетъ на допущенныя по дѣлу нарушенія: 1) ст. 1013 у. у. с. — тѣмъ, что судебнымъ слѣдователемъ истребовано было заключеніе только отъ Варшавской Евангелическо-Аугсбургской Консисторіи, которая вошла въ оцѣнку перваго и второго брака Хмѣльника; между тѣмъ, оцѣнка значенія и дѣйствительности перваго брака подсудимаго, заключеннаго, какъ видно изъ дѣла, между двумя лицами римско-католическаго вѣроисповѣданія, выходитъ за предѣлы компетенціи помянутой консисторіи, такъ какъ требуемое ст. 1013 у. у. с. заключеніе можетъ быть дано лишь духовнымъ судомъ того вѣ-

роисповѣданія, по правиламъ и обрядамъ котораго заключенъ брачный союзъ: защитникъ подсудимаго полагаетъ, что настоящее дѣло слѣдовало, для разъясненія вопроса о значеніи брачнаго союза католика Хмѣльника съ католичкою Томашевскою, препроводить прежде всего въ Варшавскую Римско-Католическую Консисторію, представляющую единственный для сего брака компетентный духовный судъ, и если бы дѣло было направлено такимъ образомъ, то получило бы несомнѣнно другой исходъ, такъ какъ Римско-католическая церковь брака, подобнаго настоящему не признаетъ въ силѣ обязательнаго союза; 2) ст. 2 Положенія о союзѣ брачномъ 1836 года, 1554 ст. ул. о нак. и 47 ст. Осн. Зак. — признаніемъ подсудимаго виновнымъ въ двоеженствѣ, такъ какъ на основаніи приведенной 2 ст. дѣйствующаго въ Варшавскомъ Судебномъ округѣ Положенія о союзѣ брачномъ, которою постановляется, что бракъ освящается церковью и совершенъ быть можетъ не иначе, какъ сообразно правиламъ и обрядамъ церковнымъ, а также и на основаніи законовъ гражданскихъ дѣйствующихъ въ Имперіи, институтъ брака у насъ тѣсно связанъ съ религіознымъ обрядомъ и безъ послѣдняго ничтоженъ; за симъ и уложеніе о наказаніяхъ, говоря о бракѣ, имѣетъ въ виду лишь узаконенную и единственно извѣстную ему форму его, т. е. религіозную, церковную, что подтверждается текстомъ 1013 ст. у. у. с. и налагаемымъ по 1554 ст. ул. о нак. церковнымъ покаяніемъ; слѣдовательно, для состава преступленія, предусмотрѣннаго послѣднею статьею, требуется непремѣнно, чтобы тотъ брачный союзъ, въ которомъ состоялъ обвиняемый въ моментъ вступленія въ новый бракъ, былъ совершенъ по правиламъ и обрядамъ церковнымъ, и распространять дѣйствіе этой статьи на тотъ случай, когда первый бракъ — гражданскій, безъ дополненія существующаго закона, невозможно; 3) ст. 170 ул. о нак., въ силу которой иностранецъ можетъ быть признанъ виновнымъ лишь тогда, когда за тоже дѣяніе могъ бы быть признанъ виновнымъ и русскій подданный; между тѣмъ не подлежитъ сомнѣнію, что гражданскій бракъ, въ который вступилъ бы русскій подданный заграницею, не могъ бы повлечь за собою, въ случаѣ вступленія его потомъ въ отечествѣ въ установленный законами сего послѣдняго религіозный бракъ, преслѣдованія за двоеженство. По изложеннымъ соображеніямъ, защитникъ подсудимаго ходатайствуетъ

объ отмѣнѣ какъ преданія подсудимаго суду, такъ и обвинительнаго о немъ приговора Палаты.

Правительствующій Сенатъ, выслушавъ заключеніе Товарища Оберъ-Прокурора, не можетъ признать заключающіяся въ кассаціонной жалобѣ соображенія правильными. Совершенно справедливо замѣчаетъ защитникъ подсудимаго, что по точному смыслу ст. 1013 у. у. с., обязывающей судебныя власти, предварительно преданія лицъ христіанскихъ исповѣданій суду, по обвиненію въ многобрачіи, требовать отъ надлежащаго духовнаго суда точныхъ свѣдѣній о совершеніи брака при существованіи уже другого, — подобное требованіе должно быть обращаемо къ духовному суду того вѣроисповѣданія, по правиламъ котораго были совершены оба брака, какъ первый, такъ и второй, потому что для понятія многобрачія необходимо должна быть установлена дѣйствительность всѣхъ заключенныхъ обвиняемымъ браковъ, которая можетъ быть признана только подлежащимъ компетентнымъ судомъ, и что, слѣдовательно, въ случаѣ, если одинъ бракъ былъ совершенъ по обрядамъ одного, а другой — по обрядамъ другого вѣроисповѣданія, то о значеніи каждаго изъ этихъ браковъ должны быть спрошены духовныя начальства обоихъ исповѣданій, по принадлежности. Но и при такомъ толкованіи 1013 ст. у. у. с., она не могла быть примѣнена по отношенію къ первому браку подсудимаго, такъ какъ этотъ бракъ былъ гражданскій, не сопровождавшійся церковнымъ обрядомъ и потому не представлялось основанія требовать о значеніи такого брака заключенія отъ Римско-Католической Консисторіи. — Переходя къ обсужденію указаній кассаціонной жалобы на неправильное примѣненіе къ подсудимому ст. 1554 ул. о нак., Правительствующій Сенатъ находитъ, что согласно §§ 41 и 52 германскаго Имперскаго закона 6 февраля 1875 года, въ предѣлахъ Германской Имперіи бракъ по закону можетъ быть совершенъ только чиновникомъ по веденію списковъ о состояніяхъ, и бракъ почитается заключеннымъ, когда означенный чиновникъ, по исполненіи предписанныхъ въ тѣхъ §§ дѣйствій, объявляетъ, въ силу закона, брачущихся законными супругами. — Палатою установлено, что подсудимый заключилъ въ Берлинѣ въ 1876 году такой гражданскій бракъ, и потому бракъ этотъ для подсудимаго, прусскаго подданнаго, не можетъ не быть признанъ законнымъ, а засимъ подсудимый,

состоявшій въ законномъ бракѣ, законнымъ порядкомъ нерасторгнутомъ, на точномъ основаніи ст. 1554 ул. о нак. и въ виду ст. 20 и 62 1 ч. т. X, за вступленіе во второй бракъ въ Варшавѣ въ 1883 году подлежитъ отвѣтственности, опредѣленной въ 1554 ст. ул. о нак. Законъ, изображенный въ этой статьѣ, ограждаетъ не только святость брака, но и истекающія изъ онаго правовыя отношенія брачущихся, ихъ дѣтей, въ особенности же интересы обманутой стороны. Не можетъ быть допущено мысли, чтобы всѣ подобные интересы подвергались безнаказанно нарушеніямъ со стороны иностранцевъ, связанныхъ уже брачными узами, для нихъ вполнѣ законными, только потому, что прежніе браки ихъ, по законамъ ихъ страны, были совершены безъ благословенія церкви, и чтобы дѣянія такихъ иностранцевъ, преступныя въ ихъ странѣ, въ Россіи были бы дозволяемы. Но въ случаяхъ подобныхъ настоящему, заключается и посягательство на святость брака, выразившееся во вступленіи подсудимаго въ бракъ, совершенный по обрядамъ церкви и завѣдомо для него, какъ уже обязаннаго первымъ законнымъ бракомъ, недѣйствительный и по обнаруженіи обмана подлежащій расторженію, почему, и преданіе подсудимаго, сверхъ уголовнаго наказанія, церковному покаянію, вполнѣ къ нему примѣнимо. Не усматриваетъ Правительствующій Сенатъ въ настоящемъ дѣлѣ и нарушенія ст. 47 Осн. Зак. и 170 ул. о нак., такъ какъ 1554 ст. улож. примѣнена къ подсудимому не вслѣдствіе распространительнаго ея толкованія, а согласно ея точному смыслу, и подсудимый за вступленіе во вторичный бракъ, при существованіи перваго законнаго брака, присужденъ къ наказанію на томъ же основаніи, какъ былъ бы присужденъ и русскій подданный за такое же преступленіе, т. е. по 1554 ст. ул. о нак., если же русскій подданный, заключившій за границей гражданскій бракъ, за вступленіе въ отечествѣ въ бракъ, совершенный по правиламъ своего вѣроисповѣданія, не подлежалъ бы обвиненію въ двоебрачіи, а подсудимый подвергается за подобное дѣяніе наказанію, то это различіе происходитъ не отъ различнаго способа примѣненія ул. о нак. къ русскому и иностранному подданному, а вслѣдствіи того, что для перваго гражданскій бракъ не представляетъ законнаго брачнаго союза, не соединенъ для него ни съ какими послѣдствіями, изъ законнаго брака проистекающими, а для послѣдняго таковой бракъ вполнѣ законенъ,

имѣетъ обязательную силу и, между прочимъ, лишаетъ его права вступать въ другой бракъ до расторженія перваго, иначе сказать, для русскаго подданнаго, вступившаго за границей въ гражданскій бракъ, бракъ, заключенный въ отечествѣ, не будетъ вторымъ, а для иностраннаго подданнаго, законами отечества котораго гражданскій бракъ установленъ, бракъ, совершенный послѣ такого гражданскаго брака, составляетъ уже преступленіе, предусмотрѣнное ст. 1554 ул. о нак. — По всѣмъ изложеннымъ ст. уст. уг. суд. Правительствующій Сенатъ опредѣляетъ:

Жалобу защитника подсудимаго оставить безъ послѣдствій.

ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ

Стран.	*Строка.*	*Напечатано.*	*Нужно читать.*
7	13 сверху	приводится	проводится
19	7 »	одного и того же лица	однимъ и тѣмъ же лицомъ
37	12 »	Ордонаксъ	Ордонансъ
42	2 »	домицилированныхъ лицъ въ Англіи	лицъ, домицилированныхъ въ Англіи.
56	1 »	брачущими	брачущимися
59	3 снизу	невѣденіемъ	невѣдѣніемъ
76	1 сверху	1893 года	1894 года
87	3 снизу	16 лѣтъ	16 лѣтъ?
89	4 »	авторръ	авторъ
90	4 сверху	Vermeisungsnorm	Verweisungsnorm
91	4 снизу	éproaux	éproux
116	2 сверху	1. Консульскіе	Консульскіе
138	11 снизу	итальянской	итальянкой
146	1 сверху	консуломъ	консуламъ
152	8 снизу	правозглашаетъ	провозглашаетъ
172	10 сверху	случая	случай
178	и слѣд. стр	Оберпрокуроръ	Оберъ-Прокуроръ
190	6 снизу	вѣсское	вѣсьое
209	7 »	1884 года	1874 года
213	2 сверху	основанію	основанія
220	1 снизу	константировать	констатировать
287	1 сверху	2. черезъ узаконеніе	в) черезъ узаконеніе