А. Н. МАКАРОВ
ПРОФЕССОР ЛЕНИНГРАДСКОГО ИНСТИТУТА НАРОДНОГО ХОЗЯЙСТВА.

ОСНОВНЫЕ НАЧАЛА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ИЗДАТЕЛЬСТВО НАРКОМЮСТА РСФСР.
МОСКВА — 1924.

Главлит № 21666. Тираж 3000 экз.

Типография Т-ва «Художественная Печатня», Москва, Арбат, д. № 7.
Телеф. 34-78.

ВВЕДЕНИЕ.

Глава I.

Международное частное право и его источники.

§ 1. Понятие международного частного права.

ЛИТЕРАТУРА: М. И. Брун, Введение в международное частное право—„Известия Министерства Иностранных Дел", 1915 г., кн. III, 130—159, кн. V, 105 - 151; Нольде, 463—468; Мартенс, 291—294; 299—314; Л. Шалланд, Современные течения в науке частного международного права—Право, 1901, 1931—1944; Zitelmann, I (см. в русской литературе рецензия А. А. Пиленко,—Ж. М. Ю. 1889 г. № 1, 283—292); Kahn, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts, 1899; Cybichowski, Die Bestandteile des internationalen Privatrechts—Zeitschrift, XX (1910), 367—398; Cybichowski, Internationales Privatrecht und Völkerrecht (в его сборнике „Studien zum internationalen Recht", 1912, 9—20); Neumeyer, Internationales Privatrecht в „Wörterbuch des Deutschen Staats—und Verwaltungsrechts", herausg. von M. Fleischmann, Bd. II 1913, 438—444; Jitta, Das Wesen des internationalen Privatrechts—Archiv des oeff Rechts, XIV (1899), 301—327; L. Bar, Neue Prinzipien und Methoden des internationalen Privatrechts—Archiv des öffentlichen Rechts VY (1900). 1—49; Jitta, Alte und neue Methoden des internationalen Privatrechts—Archiv des oeff. Rechts, XV (1900), 564—581. Zitelmann *, Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts. (Aus „Festgabe der Bonner juristischen Fakultät fur Karl Bergbohm sum 70 Geburtstag". 1919, 207—241)—рецензия P. Klein'a в Zeitschrift fur Völkerrecht, XI (1920), 626—628; Wilh. Kaufmann, Staatliches deutsches Internationalprivatrecht und völkerrechtliches Internationalprivatrecht der Haager Verträge—Festgabe der Berliner juristischen Fakultät fur Otto Gierke, Bd. III, 1910, 45—107; Ernst Isay, Zwischenprivatrecht und Zwischenverwaltungsrecht (aus der Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann), 1923; Pillet, Le droit international privé—Journal, 20 (1893), 5—24, 318—331; Weiss, Manuel, I—XXVIII; Valéry, 1—7; Lainé, Revue, I (1905, 1—

Arminjon *, Nature, objet et portée des régles du droit international privé; leur place dans la législation 1920.
Actes de la Conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé (13—27 septembre 1893) I—II, 1893—Actes 1893.
Actes de la Deuxièmè Conférence de la Haye chargée de réglementer diverses matières de droit international privé 25 juin—13 juillet 1894—Actes 1894.
Actes de la Troisième Conférence de la Haye pour le droit international privé (29 Mai 2 19 Juin 1900), 1900—Actes 1900.
Actes de la Quatrième Conférence de la Haye pour le droit international privé (16 Mai—7 Juin 1904), 1904—Actes 1904.
Bar, L. Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, I—II, 1889—Bar.
Despagnet, F., Précis de droit international privé 3-e édition, 1889—Despagnet.
Dicey, A digest of the law of England with reference to the conflict of laws, 2-nd edition, 1908—Dicey (В настоящее время имеется 3-е издание—A. V. Dicey * and A. B. Keith *, 1922).
Documents relatifs à la troisième Conférence de la Haye pour le droit international privé, 1900—Documents 1900.
Documents relatifs à la quatrième Conférence de la Haye pour le droit international privé, 1904—Documents 1904.
Fiore, Droit international privé, traduit par Antoine, I—IV, 1907—Fiore.
Foote, A concise treatise on private international jurisprudence, 3 ed., 1904—Foote.
Habicht, H., Internationales Privatrecht nach dem Einfuhrungsgesetze zum Bürgerlichen Gezetzbuche. Aus dem Nachlasse herausgegeben von Max Greiff., 1907—Habicht.
Journal du droit international privé, fondé par E. Clunet (издается с 1874 г.); с 21-го тома (1915)—Journal du droit international—Journal.
Meili, Das internationale Civil-und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, I—II, 1902—Meili.
Meili und Mamelok, Das internationale Privat-und Civilprocessrecht auf Grund der Haager Konventionen, 1911—Meili und Mamelok.
Neumann, H. Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzentwurfes nebst Motiven und Materialen. Ein Beitrag zur Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts, 1896—Neumann.
Niemeyer, Th., Vorschlage und Materialen zur Kodification des internationalen Privatrechts, 1895—Niemeyer, Vorschläge.
Niemeyer, Th., Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1901—Niemeyer, B.G.B.
Revue de droit international privé et de droit pénal international, fondée par Darras, издается с 1905 г.—Revue.

Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. VIII, 1849—Savigny.
Surville et Arthuys, Cours élémentaire de droit international privé, 5-e ed. 1910—Surville et Arthyus.
Valéry, J., Manuel de droit international privé, 1914—Valéry
Walker, G., Internationales Privatrecht, 2 Aufl., 1922—Walker.
Weiss. A., Traité théorique et pratique de droit international privé, T. I—XI, 2 ed., 1908—1913—Weiss, Traité.
Weiss, A. Manuel de droit international privé, 8-e éd., 1920—Weiss, Manuel.
Westlake, A treatise on private international law, 4 edit. 1905—Westlake (В настоящее время имеется 6-t edition by N. Bentwich *, 1922).
Wharton,, F., A treatise on the conflict of laws or private international law, 1872.
Zeitschrift fur internationales Privat—und Strafrecht mit besonderer Berucksichtigung der Rechtshilfe (издается с 1891 г.); с 12-го тома (1903)—Zeitschrift fur internationales Privat—und offentliches Recht; с 20-го тома (1910)—Zeitschrift für internationales Recht; с 25-го тома (1915)—Niemeyers Zeitschrift für internationales Recht—Zeitchrift.
Zitelmann, E., Internationales Privatrecht, I—II, 1—3, 1897—1912,—Zitelmann.

Звездочкой (*) при фамилии автора отмечены те издания, которые не могли быть использованы в настоящей работе, но которые приводятся на основании данных библиографических указателей или рецензий.

Всякая норма права имеет пространственные пределы своего применения. Это положение, являясь юридической аксиомой, нуждается не в подкреплении доказательствами, а лишь в пояснении примерами. Применительно к нормам местного значения это положение совершенно очевидно: если издается обязательное постановление об оплате жилых помещений в городе Ленинграде, то ясно, что вне пределов города Ленинграда это обязательное постановление применимо быть не может. Но и для норм общего характера пояснить намеченное положение не трудно. Если русский советский закон устанавливает условия вступления в брак или форму заключения брака, то он имеет в виду не все возможные на всем земном шаре браки, а лишь те из них, которые подпадают действию русского советского закона. Если германское уголовное уложение, устанавливает признаки кражи и определяет наказание за ее учинение, то оно имеет в виду опять таки не все подлежащие деяния, кем бы и где бы они не совершались, а лишь деяния, пространственно ограниченные. Если французский закон о печати устанавливает условия выхода в свет периодического издания, то и эти

нормы направлены не по адресу всех возможных повременных изданий всего мира, а лишь по адресу тех изданий, которые закон считает подведомственными французскому законодателю. Каково же пространственное действие всех национальных правовых норм? Казалось бы, что ответить на этот вопрос чрезвычайно просто: оставляя в стороне все те нормы, которые имеют точно очерченные в них самих пределы применения (напр, для точно указанного города, для точно названной категории лиц), можно признать, что русский советский закон действует в территориальных пределах Советской России, германский—Германии, французский—Франции и т. д. Другими словами—связать пространственные пределы применения нормы с границами государства. Ответ этот, при всей его соблазнительной простоте, отнюдь не может быть признан удовлетворительным. В самом деле, общепризнанным началом международнаго права, наряду с началом территориального верховенства, является начало верховенства личного: государство властвует не только над всеми, кто находится в пределах его территории, безотносительно к их гражданству, но и над своими гражданами безотносительно к месту их пребывания. Разграничить же пределы личного верховенства одного государства с пределами территориального верховенства другого далеко не всегда легко и просто. Возьмем такой конкретный пример. Французские граждане вступают в брак в Берлине: подлежит ли возникающее правоотношение обсуждению, в силу личного верховенства Франции, по нормам французского гражданского кодекса, или, в силу территориального верховенства Германии, по нормам гражданского уложения германского? Или другой пример — из области права уголовного. Советский гражданин совершил убийство на территории Финляндии. Отвечает ли он в Советской России по советским законам, в силу личного ее верховенства, или нет? Наконец, третий пример—из области административного права. В государстве, где существует школьная повинность, проживает с родителями ребенок-иностранец. Подпадает ли он этой повинности, в силу территориального верховенства государства, в котором он проживает, или от нее освобождается? Ряд таких вопросов можно было бы продлить до бесконечности: при сколько нибудь развитых международных сношениях жизнь дает бесчисленные случаи правоотношений, осложненных международным элементом. Для разрешения всех намеченных и всех им подобных вопросов необходимы точные нормы, которыми бы определялись пределы действия отдельных национальных правовых систем.

Приведенные примеры показывают, что определение пространственных пределов действия разноместных законодательных постановлений может оказаться необходимым для различных отраслей правопорядка; определение это необходимо, притом, как для права материального, так и для права процессуального, в частности, для права гражданского, уголовного, финансового, административного. Подлежащие нормы, определяющие пределы действия всех этих областей законодательства, и называются международным частным правом, международным уголовным правом, международным финансовым, международным административным правом и т. д.

Следует, однако, сразу же отметить существенное отличие определения пространственных пределов действия норм публичного права от определения пространственных пределов действия норм права частного. В области публичного права законодатель, определяя пределы применения своего национального правопорядка, никогда не идет дальше и не говорит какой из иностранных правопорядков применим к тем правоотношениям, которые он не считает себе подведомственными. Напротив, в области частного права законодатель очень часто указывает какой из иностранных законов должен быть применен, если правоотношение не подведомственно его отечественному правопорядку. В области публичного права должностные лица, признав отношение не подведомственным своему отечественному законодательству, на этом и останавливаются, т. е., не применяя непосредственно какое-бы то ни было иностранное право, отказываются вообще это отношение обсудить. Они могут сказать, применима ли установленная их отечественным законом школьная повинность к ребенку иностранцу или не применима, педведомствен ли советский гражданин, совершивший убийство на финляндской территории, советскому уголовному закону или не подведомствен, но и только. Напротив, в области частного права должностные лица, признав неподведомственность отношения их отечественному правопорядку, обсуждают это отношение на основании того или иного иностранного законодательства. Признав некомпентентность германского закона для обсуждения внутренних условий брака французов в Берлине, они подчиняют эти условия французскому праву. Такая готовность применять иностранные гражданские законы об'ясняется тем, что в области частного права государство, обычно, не имеет оснований настаивать на подчинении всех обсуждаемых в его пределах правоотношений местному правопорядку, тогда как публичное право, тесно связанное с самим существом государства, мыслится исключающим всякий иной публичный правопорядок. Но, конечно, взаимное проникновение частноправных систем в суды всех государств, эти системы создавших, предполагает некоторую общность основных положений, на которых эти системы построены. Там, где этой общности нет, невозможно широкое проникновение одного законодательства в судебную практику другого.

Под международным частным правом надлежит, следовательно, понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия разноместных гражданских законов. Не трудно наметить примерные житейские казусы, требующие обращения к нормам международного частного права: граждане одного государства вступают в сделку на территории другого—по какому закону определяется их дееспособность, по какому закону определяется содержание сделки и ее форма? Граждане двух различных государств вступают в брак на территории третьего государства—постановления какого из трех возможных законов относительно внутренних условий брака и его формы должны быть выполнены, чтобы брак считался действительным? Гражданин одного государства умирает, на территории другого и оставляет недвижимую собственность, расположенную в пределах третьего

государства — по какому закону мы будем обсуждать наследование после этого лица? Число таких примерных вопросов можно было бы увеличить до бесконечности. Ответы на них даются нормой международного частного права. Норма эта, другими словами, указывает — которому из нескольких претендующих на разрешение данного казуса законов следует отдать предпочтение, она устраняет их коллизию, она разрешает как бы возникший между ними конфликт. Отсюда — весьма распространенный термин, которым пользуются наравне с термином „международное частное право": правовые нормы, определяющие пространственные пределы действия разноместных законов, называют нормами *коллизионными или конфликтными* [1]). Пользуясь термином коллизионное или конфликтное право не следует, однако, забывать, что право это разрешает не коллизии утверждаемых субъективных прав участников гражданского оборота, а исключительно коллизии разноместных законов. Коллизионная норма лишь указывает на то материальное право, которое должно быть положено в основу обсуждения спорного правоотношения, отнюдь не разрешая спора по существу. Коллизионное право — это право о праве: указав на компентентное для обсуждения правоотношения законодательство, оно умолкает потому что этим указанием и исчерпывается то, что от него требуется. Все дальнейшее разрешает компетентная норма материального права.

§ 2. Коллизии междугосударственные и коллизии междуобластные.

ЛИТЕРАТУРА: См. литературу к предыдущему §, в частности Нольде, 465—467; Zitelmann, 1—395; Walker, 10—11, P. Klein [1]), Studien zum interlokalen Privatrecht, Österr. Zbl. für die jur. Praxis, 33 (1915), 1 ff.

Международное частное право определяет пространственные пределы действия разноместных гражданских законов. Разноместными гражданскими законами являются прежде всего гражданские законы различных государств. Но границы действия гражданского уложения могут и не совпадать с границами государственными: в пределах единой государственной границы могут действовать для различных областей различные гражданские законы.

---

[1]) Термин международное частное право пользуется всеобщим признанием (в германской литературе — internationales Privatrecht, во французской — droit international privé, в английской — private international law, в итальянской — diritto internazionale privato), в равной мере распространено и пользование термином коллизионное право, конфликтное право, коллизия законов (Kollisonsnormen, conflits des lois, conflict of laws). Наряду с этими терминами предлагаются иногда и другие, не получающие, однако, прочного признания в литературе Цительманом был недавно предложен термин Zwischenprivatrecht (droit interprivé), который на русский язык пришлось бы перевести словами „междучастное право". См. E Zitelmann, Der Name „internationales Privatrecht", Zeitschrift, 27 (1917), s. 198. В германской литературе термин этот принят сочувственно, но за пределами пока не находит себе применения.

Несвязанность границ действия гражданских уложений с границами государственными отчетливо проявляется при передвижениях этих последних. В частности перекройка политической карты Европы после мировой войны не повлекла за собой непосредственного изменения границ действия ряда гражданских уложений и, в результате, группа коллизий междугосударственных оказалась передвинутой в разряд коллизий междуобластных, а некоторые из коллизий междуобластных попали в группу коллизий междугосударственных. Я приведу примеры, иллюстрирующие только что сказанное. На территории нынешней Польши, образованной из частей, принадлежавших до войны России, Германии, Австрии и Венгрии, действуют посейчас даже не четыре, а целых пять кодексов, так как бывшая русская часть нынешней Польской Республики состоит не только из земель, входивших в состав губерний бывшего Царства Польского (в пределах этих губерний действовало Гражданское Уложение Царства Польского, т. е. рецепированный кодекс Наполеона), но также из земель, для которых действовал общеимперский свод гражданских законов. Сохранение границ действия гражданских уложений, существовавших до войны, привело таким образом к тому, что в нынешней Польше действуют т. X ч. I, гражданское уложение Царства Польского, Германское гражданское уложение, Австрийское гражданское уложение и Венгерское уложение [1]). Коллизии между этими кодексами — некогда в значительной своей части коллизии междугосударственные — превратились в коллизии междуобластные. Другой пример. В нынешней Литве посейчас действует т. X, ч. I. В Латвии и Эстонии — „Свод гражданских узаконений губерний Прибалтийских". Коллизии между этими кодексами — некогда в пределах единой Российской Империи коллизии междуобластные — превратились в коллизии междугосударственные. Наконец, третий, последний пример. Присоединение к Франции Эльзаса и Лотарингии не повлекло за собой непосредственного распространения на эти области действия code civil: в них продолжало применяться германское гражданское уложение. Коллизии между французским и германским уложениями для данных областей превратились из коллизий междугосударственных в коллизии междуобластные [2]).

Итак, граница между коллизиями междугосударственными и коллизиями междуобластными—граница подвижная. Было бы неправильно утверждать, что каждая из этих групп коллизий совершенно лишена обособленных, ей одной присущих черт. Коллизии междуобластные имеют свои особенности (дальнейшее изложение покажет в чем заключаются основные из этих особенностей), но, тем не менее, как те, так

---

1) См. Zoll, Entwürfe der Gesetze über internationales und interprovinziales (interlokales) Privatrecht—Zeitschrift für Polonisches Recht, 1923, Heft 1/2, s. 2.

2) Этим коллизиям посвящен французский закон 24-го июля 1921 г., содержание которого мне, к сожалению, неизвестно, равно как и комментарий к нему Niboyet. Conflits des lois francaises et des lois locales d'Alsace et Lorraine en droit privé. Commentaire de la loi du 24 Juillet 1921. В настоящее время на территорию присоединенных областей предполагается распространить действие французских гражданских законов.

и другие коллизии разрешаются едиными по природе своей нормами коллизионного права. Оперируя терминами германской юриспруденции, следует сказать, что как нормы, которые мы называем Internationales Privatrecht, так и нормы Interlocales Privatrecht—являются нормами коллизионными или нормами международного частного права.

§ 3. **Источники международного частного права.**

ЛИТЕРАТУРА: Законодательные и договорные тексты: F. Meili, Die Kodifikation des internationalen Civil—und Handelsrechts, 1891, Niemeyer, Vorschläge, 1*—140*; Neumann, 149—284; Weiss, Traité, VI, 1*—516* (Principales conventions conclues entre la France et les autres puissances sur les matières de droit privé); Actes 1893, 11, 5—110.

Законодательные материалы, комментарии, работы о положительно-правовых коллизионных нормах; а) иностранное право: Th. Niemeyer, Zur Vorgeschichte des Internationalen Privatrechts im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (Die „Gebhardschen Materialien"), 1915; Zitelmann und Niemeyer, Quellen zum internationalen Privatrecht, Heft I: Artikel 7 bis 31 des EG z. BGB für das Deutsche Reich nebst sämtlichen Entwürfen. Herausgegeben von Zitelmann, 1908; Walker, 53—59; Weiss, Traité, 111, 130—283; Habicht (комментарий); Niemeyer, B. G. B. (систематическое изложение); Donnedieu de Vabres, L'article 3 du code civil et la jurisprudence française de 1804-à 1904 Revue II (1906), 684—699, 829—860.

б) Советское право: подлежащие №№ собрания узаконений Советских республик; Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных РСФСР с иностранными государствами, I — V, 1921—1923; Гражданский Кодекс Советских Республик. Текст и практический комментарий под ред. Ал. Малицкого, 1923, с. 22 — 23; Гражданский Кодекс Р.С.Ф.С.Р., комментарий под ред. А. Г. Гойхбарга, И. С. Перетерского и З. Р. Теттенборн, вып. I, 1924 г. 17—21; Е. И. Кельман, о введении в действие Гражданского Кодекса (Опыт комментария Постановления Всеукраинского Центрального Исполнительного Комитета от 16-го декабря 1922 г.)—Вестник Советской Юстиции, 1923 г., № 2, с. 36—38.

в) Международная кодификация коллизионного права: Actes 1893; Actes 1894; Actes 1900; Documents 1900; Actes 1904; Documents 1904; Мандельштам, I; Meili und Mamelok; F. Kahn, Die einheitlische Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge, 1904. Lewald, Haager Konventionen zum Internationalen Privatrecht—Hatschek-Strupp, Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie, Bd. I, s. 454—481. Текст Гаагских конвенций: Meili und Mamelok, а также Bogeng, Die Haager Abkommen über internationales Privat u. Zivilprozessrecht, 1908, Dungs Sechs Haager Abkommen uber internationales Privatrecht. О пределах действия Гаагских конвенций после войны—Geltungsstand der Haager Abkommen uber internationales Privat u. Zivilprozessrecht—Zeitschrift, XXIX (1921),

s. 139—141. Примыкающие к Гаагским конвенциям законодательный и судебный материал собран у J. Kosters et F. Bellemans, Les conventions de la Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé Recueil de législation et de jurisprudence, 1921 (Publications de l' Institut intermédiaire international à la Haye).

Пробелы в праве: Zitelmann, Lücken im Recht, 1903; Herrfahrdt, Lücken im Recht, 1915; Otto Fischer, Die Methode der Rechtsfindung im internationalen Recht, 1915; А. В. Завадский, К учению о толковании гражданских законов, 1916; И. А. Покровский, Основные проблемы гражданского права, 1917, 64—82; П. И. Люблинский, Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса, 1917, 109—210; Ф. В. Тарановский, Учебник энциклопедии права, 1917, 254—260, 475—478.

Как всякая догматическая юридическая дисциплина наука международного частного права имеет своим предметом систематическое изучение норм положительного права, относящихся к подлежащей отрасли правопорядка. Каковы же источники положительного коллизионного права и где их следует искать? Нормы коллизионного права заключаются во 1) в законах отдельных государств, следовательно, в праве национальном, внутренне-государственном, во 2) в международных договорах, т. е. в праве международном. Однако, и те, и другие нормы в большинстве случаев весьма отрывочны и не полны, и те и другие далеко не покрывают собой выдвигаемых жизнью коллизионных казусов. Эта недостаточность законодательных и договорных коллизионных текстов ставит на очередь вопрос о заполнении пробелов в положительном коллизионном праве.

А. Национальные нормы.

Значительное число норм международного частного права заключается во внутреннем законодательстве отдельных государств. Создавая эти нормы, законодатель устанавливает в путях самостоятельного правотворчества пределы применения собственных гражданских законов, а часто, оставаясь в области подведомственной ему юрисдикции, и пределы применения законов иностранных. Установленные таким путем национальные нормы коллизионного права включаются иногда в гражданские кодексы (в некоторых уложениях они внешне обособлены в отдельные главы, в других их приходится разыскивать в общей массе норм материального гражданского права[1]), иногда они выносятся за пределы кодекса и помещаются в закон о введении его в действие.

а) В гражданские кодексы коллизионные нормы стали попадать сравнительно поздно: до появления их коллизионная практика питалась в течение нескольких веков коллизионной доктриной, на основных этапах развития которой я остановлюсь ниже. Неудивительно, что кодифицированные коллизионные правила оказались в тесной зависимости от непосредственного предшествовавшей им теории. Коллизионные правила были включены во все три крупные кодификации

конца XVIII и начала XIX в.—в Прусское Земское Уложение 1794 г., во французский гражданский кодекс 1804 г., и в австрийское уложение 1811 г. Каждый из этих кодексов в своих коллизионных постановлениях отразил теорию, называемую в истории коллизионных норм *теорией статутов*, причем французское уложение сказало новое слово, которому обеспечено было прочное будущее. В Прусском Уложении мы найдем некоторое количество коллизионных правил о дееспособности лица, о праве вещном и обязательственном (Allgemeines Landrecht, введение, §§ 23—27; ч. I, тит. 5, §§ 111—115 и 148). Некоторые указания по кругу вопросов, затронутых Прусским кодексом можно почерпнуть и из Австрийского уложения 1811 г. (А. В. G. B. §§ 4, 34—37, 300), хотя коллизионные нормы последнего еще более отрывочны и случайны. Не дает развитой системы коллизионных норм и Кодекс Наполеона. Сжатая и лаконичная статья 3-я этого Кодекса гласит: „Законы полиции и безопасности обязательны для всех живущих на территории. Недвижимости, даже принадлежащие иностранцам, подчиняются французским законам. Законы, касающиеся состояния и дееспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих заграницей". Я уже упоминал, что в основе коллизионных норм французского кодекса лежит та же статутарная теория, но что, вместе с тем, они заключают в себе и новое слово. Это новое заключается в том, что приведенная ст. 3 кодекса впервые вводит в положительное право, в качестве личного закона участника правоотношения, его национальный закон: дееспособность французов определяется по их национальному закону, независимо от их местожительства. Этому суждено было сыграть большую роль в будущем.

Как бы то ни было, в трех только что перечисленных уложениях сколько нибудь полно развитой системы коллизионных норм мы еще не найдем. К осуществлению такой системы толкало дальнейшее развитие научной мысли: на почве достижений германской науки выросла система коллизионных норм Саксонского гражданского уложения 1863 г. Приблизительно в то же время коллизионные нормы—уже на почве так называемой романской школы международнаго частного права—оказались включенными в итальянское уложение 1865 г. (ст.ст. 6—12). За итальянским—хронологически последовали уложение португальское 1868 г. (ст.ст. 26—31), испанское (в новой редакции 1889 г., ст.ст. 8—11), ряд южно-американских кодексов.

Серьезное внимание было уделено вопросам международного частного права при разработке германского гражданского уложения 1896 г. В окончательной редакции этого уложения подлежащие статьи были вынесены за его пределы и помещены в закон о введении уложения в действие (ст.ст. 7—31). Несмотря на некоторые пробелы (вещное, обязательственное право), статьи эти, вступившие в действие 1 января 1900 г., явились весьма значительной кодификацией коллизионного права. В этом отношении не последовали за германским кодексом составители швейцарского гражданского уложения 1907 г., уложения, вызвавшего к себе такой исключительный интерес в цивилистической науке. Применению швейцарского и иностранного права посвящена всего на

всего одна статья уложения (Schlusstitel, art 59): этой статьей сохраняется в силе закон 1891 г. о гражданских правоотношениях домицилированных иностранцев, равно как и кантональное коллизионное право. Закон 1891 г. не включает в себе коллизионных норм вещного и обязательственного права и, поскольку некоторые нормы вексельного конфликтного права не включены в федеральное обязательственное право 1911 г. (ст. 822—824), в швейцарском коллизионном праве этот пробел остается незаполненным. Интересную попытку кодифицировать коллизионное право являют собой польские проекты 1921 г., заключающие в себе нормы, посвященные коллизиям междугосударственным и междуобластным (последние, при пестроте местных гражданских правопорядков, имеют в нынешней Польше большое практическое значение). Если бы проект этот стал действующим правом, мы имели бы в польском законе самую полную кодификацию коллизионных норм из всех в настоящее время существующих.

б) В Советской России союзному целому принадлежит установление основ гражданского законодательства Союза (пункт п. ст. 1 Основного закона СССР). За пределами этих „основ" допускается, следовательно, в области гражданских законоавтономное правотворчество составных частей Союза. III-я сессия ЦИК СССР поручила Президиуму ЦИК'а образовать Комиссию в составе представителей союзных республик по назначению президиумов ЦИК'ов последних, по два представителя от каждой, для разработки и внесения в ближайшею сессию союзного ЦИК'а ряда законопроектов по вопросам общесоюзного законодательства, в частности по вопросу об „основах" гражданского законодательства Союза (см. „Изв. ЦИК" 10 ноября 1923 г., № 257).

Что касается составных частей Союза, то в РСФСР Гражданский Кодекс был принят 31 октября 1922 г. IV сессией ВЦИК и вступил в действие с 1 января 1923 г. Действие Кодекса, в силу ст. 9 Постановления ВЦИК о введении его в действие, распространяется на всю территорию РСФСР, но цик'ам автономных республик предоставляется, с утверждения Президиума ВЦИК, вносить в Кодекс дополнения и и изменения, необходимые в целях приспособления его к особенностям быта соответствующих республик. Такие отклонения от текста Гражданского Кодекса, принятого ВЦИК, могли бы породить междуобластные коллизии и потребовать подлежащих коллизионных норм. Мне известно, однако, лишь одно отклонение от основной редакции Кодекса РСФСР, а именно—внесенное Киргизским цик'ом для пределов Киргизской автономной республики и утвержденное ВЦИК и СНК постановлением от 28 сентября 1923 г. (см. „Изв." от 11 октября 1923 г., № 232), с поправками, внесенными постановлением Президиума ВЦИК от 19 ноября 1923 г. (см. „Изв. ЦИК." от 18 ноября 1923 г., № 264): отклонение это заключается в том, что, при применении ст.ст. 138, 265 и 266 Кодекса, нотариальному порядку свидетельствования договоров и доверенностей на территории Киргизской ССР приравнивается свидетельствование в местах административных учреждений. За этим совсем несущественным отклонением Кодекс действует на всем протяжении РСФСР в единой редакции.

Нормы брачного, семейного и опекунского права не входят в состав Гражданского Кодекса и выделены в самостоятельный кодекс („Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве" — Собр. Узак. 1918 г., № 76—77, ст 818), изданный еще в 1918 г. и действующий на всем протяжении РСФСР.

Гражданский Кодекс РСФСР получил силу закона еще тогда, когда не было общесоюзных законодательных учреждений; делегаты от Украины, Белоруссии и Закавказских республик входили в состав ВЦИК, не имевшего законодательной власти за пределами РСФСР. Этими пределами и было ограничено, поэтому, действие Гражданского Кодекса. IV сессия ВЦИК, утвердившая Кодекс, единогласно приняла, однако, по предложению Украинской делегации, следующее постановление. „Поручить Президиуму ВЦИК обратиться к правительствам договорных советских республик с дружественным предложением о проведении кодексов, принятых IV сессией ВЦИК, также и в их республиках" [1]). Во исполнение этого дружественного предложения, Гражданский Кодекс РСФСР вводился в порядке параллельного законодательства и в других республиках СССР.

В Украинской С. С. Республике действует с 1 февраля 1923 г. Гражданский Кодекс У. С. С. Р., не содержащий, за двумя незначительными из'ятиями, никаких отступлений от Гражданского Кодекса РСФСР [2]). Российскому Кодексу брачного права на Украине соответствуют декреты СНК „о гражданском браке" и „о разводе" (Собр. Узак. Укр. 1919 г., № 12, ст.ст. 144 и 145).

В Белорусской С. С. Республике действует с 1 марта 1923 г. Гражданский Кодекс РСФСР без всяких изменений (Собр. Узак. Белорус 1923 г., № 3, ст. 29).

В Азербейджанской ССР действует принятый на 3-й сессии Азербейджанского цик'а 16 июня 1923 г. Гражданский Кодекс, тем только отличающийся от Кодекса Российского, что нормы брачного, семейного и опекунского права, построенные на основе Российского Кодекса 1918 г, с незначительными от него отклонениями, включены в состав Гражданского Кодекса (после главы о наследственном праве).

В Грузии Гражданский Кодекс принят был 2-й сессией Грузинского цик. (см. „Изв. ЦИК" от 4 марта 1924 г., № 53).

Каковы же коллизионные нормы Советского законодательства?

В законодательстве РСФСР число их исключительно невелико: Постановление ВЦИК о введении в действие Гражданского Кодекса РСФСР заключает в себе коллизионную норму о дееспособности юридического лица (прим. 1 и 2 к ст 8), Кодекс об актах гражданского состояния—норму о дипломатическом браке (прим. 1 к ст. 53) и об отправлении функций опекунских учреждений в отношении проживаю-

---

[1]) См. А. Г. Гойхбарг, Хозяйственное право РСФСР. т. I. 1923, стр. 13—14.

[2]) Из'ятиями этими являются: 1) в ст. 54 Кодекса термин Кодекса РСФСР „немуниципализированные строения" заменен в Кодексе УУСР термином ненационализированные строения", 2) к ст 83 введено примечание о праве Откомхозов включать в договоры о застройке правила о судьбе построек при прекращении договора о застройке.

щих заграницей российских граждан (прим. к ст. 185), Гражданский Процессуальный Кодекс—норму о форме юридических сделок и об обязательственном праве (ст. 7). Во внутреннем законодательстве РСФСР мы других коллизионных норм, кроме перечисленных, не найдем. В Азербейджанском вводном законе (прим. 1 и 2 к ст. 8) повторены российские коллизионные нормы о дееспособности юридических лиц.

При почти полном тождестве норм материального гражданского права, украинское и белорусское законодательства знают обособленную систему норм права коллизионного. Сверх постановлений о дееспособности юридических лиц, в точности воспроизводящих право российское (прим. 1 и 2 к ст. 8 Постановления ВУЦИК 16 декабря 1922 г о введение в действие Гражданского Кодекса УССР, прим. 1 и 2 к ст. 9 Постановления Президиума ЦИК Белоруссии 2 февраля 1923 г. о введении в действие Гражданского Кодекса РСФСР), в украинском и белорусском „Положениях об иностранцах“ [1]) мы найдем коллизионные нормы вещного, обязательственного и брачного права. Имеется, как мы увидим ниже, коллизионная норма и в Украинском декрете о разводе.

Для устранения коллизий разноместных гражданских законов внутри СССР коллизионное решение дается ст 13 Положения о Верховном Суде СССР 23 ноября 1923 г. („Изв. ЦИК“ 28 ноября 1923 г., № 272); статья эта предписывает суду применять при обсуждении спорного гражданского правоотношения кодекс той союзной республики, на территории которой правоотношение возникло.

Приведенными отрывочными законодательными текстами исчерпывается состав действующих советских коллизионных норм. Нельзя не пожелать, чтобы эта отрасль правопорядка нашла себе место в в нашем положительном законодательстве, притом в законодательстве общесоюзном, а не отдельных составных частей СССР: единству „основ“ гражданского правопорядка, предусматриваемому союзной конституцией, должно соответствовать единство норм коллизионных. Безусловно ненормальным должно быть признано существующее ныне положение вещей, т. е. наличие обособленных коллизионных норм в отдельных союзных республиках (в Украине, Белоруссии), при единстве норм материального права.

Б. Международные договоры.

Вторую группу источников международного частного права составляют нормы, включенные в международные договоры, притом договоры двоякого типа — с одной стороны сепаратные договоры между двумя отдельными государствами, а с другой—договоры коллективные, создающие единые нормы права для целой группы государств.

---

1) Положение об иностранцах в УССР и порядке приобретения и утраты Украинского гражданства (28 марта 1922 г.)—Собр. Узак. Укр 1922 г. № 14, ст 237.—Положение об иностранцах в ССРБ (4 августа 1922 г.)—Собр. Узак. Белоруссии 1922 г. № 12, ст. 148).

а) Число сепаратных договоров, заключающих в себе коллизионные нормы, в достаточной степени велико. Чаще, чем другие области коллизионного права, затрагивается конвенциями право наследственное. Устранению коллизий в области наследования посвящаются, притом, либо специальные конвенции, либо отдельные постановления конвенций более общего содержания, напр. конвенций консульских. В конвенциях, не специально посвященных коллизионному праву, а имеющих более общее содержание, зачастую находятся нормы и других отраслей международного частного права. Так, в ряде консульских конвенций можно найти статьи, определяющие права консулов по приему к явке и совершению различных актов, статьи, дающие материал и для разрешения вопросов коллизионного порядка Часто в консульских же конвенциях, в статьях, определяющих права консулов по установлению опеки над малолетними своими соотечественниками, заключаются нормы опекунского коллизионного права.

В договорном праве Советской России мы найдем, если не специальные, посвященные международному частному праву конвенции, то статьи коллизионного содержания, вкрапленные в договоры более общего характера. Во временном соглашении РСФСР с Германией 6 мая 1921 г. имеется коллизионная норма обязательственного права (ст. XIII), повторенная во временном соглашении с Австрией 7 декабря 1921 г. (ст. 12). В ряд договоров включены коллизионные нормы наследственного права, так часто являющиеся предметом договорных соглашений: нормы эти мы найдем в мирных договорах с Эстонией (ст. XVI, п. 5), с Латвией (ст. XVII, п. 3) и с Литвой (ст. XIII, п. 5), в союзных договорах с Бухарой (ст. 12 прим.) [1]) и с Хорезмом, б. Хивой (ст. 15 прим. 1). Коллизионные нормы наследственного права имеются и в договорах Украины с Латвией (ст. X, п. 4) и с Эстонией (ст. XI). Некоторые из советских договоров предусматривают заключение в будущем соглашений по вопросам международного частного права. Так, только что упомянутые временные соглашения с Германией и с Австрией 1921 г. предусматривают заключение договоров об удостоверении актов гражданского состояния и о заключении браков (ст. VI). Мирный договор с Турцией 16 марта 1921 г. предусматривает заключение соглашений о дееспособности граждан договаривающихся государств, о праве семейном и наследственном (ст. X).

б) Вторую группу дововоров, являющихся испочниками положительного международного частного права, составляют дововоры коллективные.

Мысль о необходимости таких коллективных договоров высказана была впервые в средине XIX века итальянским юристом и государственным деятелем Манчини. Его усердным настояниям обязана инициатива Италии в деле созыва международной конференции для выра-

---

[1]) Помимо этих действующих ныне соглашений, коллизионная норма наследственного права имелась в финансовом соглашении 27 августа 1918 г. между Россией и Германией (ст. 15), примыкавшем к печальной памяти Брестскому договору и отпавшем вместе с последним.

ботки единых норм международного частного права. Попытки итальянского правительства созвать такую конференцию, падающие на 70-е и 80-е годы, не привели, однако, к практическим результатам. В 1874 г. проявила инициативу в том же деле Голландия, но опять таки безрезультатно. Тем временем вопрос о кодификации международного частного права усердно дебатировался и в Институте международного права, т. е. международном научном обществе, в состав которого входят виднейшие специалисты всех стран. Начиная с Женевской сессии 1874 г., Институт международного права почти ежегодно возвращался к проблемам коллизионного права и выработал целый ряд проектов международных соглашений по различным вопросам международного частного права. В то время, как в Европе вопрос о коллективных договорах для установления коллизионных норм находился еще в стадии академического обсуждения, он получил практическое разрешение в Южной Америке: на конгрессе 1889 г. в Монтевидео был выработан целый кодекс коллизионного права, связывающий Аргентину, Парагвай, Перу, Уругвай и Боливию. В 1893 г. голландскому правительству удалось, наконец, собрать в Гааге международную конференцию для кодификации коллизионного права, в которой приняли участие представители 13-ти государств континентальной Европы. За этой первой конференцией в 1894 г. последовала вторая, в 1900—третья и в 1904 г. четвертая [1]). Предложенная голландским правительством первой конференции программа занятий, охватывая чуть ли не все части коллизионного права, носила, в силу этого, слишком общий, академический характер. Конференция избрала более практический путь, путь выделения отдельных вопросов для всестороннего их обсуждения и отыскания решения на котором могли бы сойтись все участники конференции. Об этом методе работ конференций свидетельствует следующий перечень результатов их трудов. Заключительный акт первой конференции 1893 г. заключал проекты: 1) о браке; 2) о передаче судебных и внесудебных актов; 3) о поручениях по допросу свидетелей; 4) о наследовании. Заключительный акт второй конференции 1894 г.: 1) о браке; 2) об опеке; 3) о гражданском процессе; 4) о банкротстве; 5) о наследовании. Проект о гражданском процессе составил предмет международной конвенции, подписанной в Гааге в 1896 г., ратифицированной державами. Заключительный акт третьей конференции 1900 г. заключал проекты: 1) о браке; 2) о разводе, 3) об опеке; 4) о наследовании. Три первые из этих проектов составили соответственные международные конвенции, подписанные в Гааге же в 1902 г. и также ратифицированные большинством участников. Наконец, заключительный акт четвертой конвенции 1904 г заключал проэкты: 1) о гражданском процессе (пересмотр конвенции 1896 г.); 2) о наследовании; 3) о личных и имущественных отношениях супругов; 4) о законном прещении (об ограничении дееспособности); 5) о банкротстве. Проекты о гражданском процессе, о личных и имущественных отношениях супругов и о законном прещении были облечены

---

[1]) На четвертой конференции впервые принимало участие внеевропейское государство—Япония.

в форму международных конвенций, подписанных в 1905 г., но ратифицированных (за исключением конвенции о процессе) значительно позже (в 1912 г).

Все эти конвенции об'единили лишь группу европейских континентальных государств. Англия с самого начала заняла по отношению к заданию Гаагских конференций отрицательную позицию. Россия, принимавшая участие во всех конференциях, вносила предложения для остальных держав неприемлемые и подписала (и ратифицировала) лишь обе конвенции о гражданском процессе (1896 и 1905 г.).

Незадолго до начала мировой войны из числа участников Гаагских конвенций о браке, о разводе и об опеке выступила Франция, согласно ее о том заявлению, конвенции эти с 1 июня 1914 г. потеряли для нее обязательную силу. Уже во время войны (в 1916 году) Франция отказалась от участия и в конвенциях 1905 г. о личных и имущественных отношениях супругов и о законном прещении. Война, разрушив действие всех договоров между воюющими, за исключением тех, которые были заключены на случай военных столкновений, расколола на двое и группу участников Гаагских конвенций по вопросам международного частного права. Окончание войны не восстановило, однако, прежнего положения вещей. Версальский и примыкающие к нему мирные трактаты, перечисляя те коллективные договоры, которые будут впредь применяться в отношениях между Германией, Австрией и Венгрией, с одной стороны, — и участвовавшими в этих договорах державами Антанты, с другой, из договоров по вопросам международного частного права приводят лишь договор 1902 г. об опеке над малолетними и договор 1905 г. о гражданском процессе, последний с той оговоркой, что действие его не распространяется на Францию, Португалию и Румынию (ст. 282, п. 26 и ст. 287 Версальского договора с Германией, ст. 234, п. 23 и ст. 238 С.-Жерменского договора с Австрией, ст 217, п. 23 и ст. 221 договора в Трианоне с Венгрией).

В итоге приходится признать, что число формально действующих коллективных международных соглашений по вопросам коллизионного права весьма невелико. Сравнительно невелико и число государств участников этих соглашений. Совсем уж невелик круг тех коллизионных вопросов, которые этими соглашениями разрешаются.

в) Каково значение международных договоров, как источников международного частного права?

Значение это — двояко: с одной стороны, ими достигается единство коллизионных норм договаривающихся государств и, тем самым, единство норм, подлежащих применению их национальными судами. С другой стороны—договорные нормы международного частного права являются теми коллизионными нормами, на которых должны непосредственно основывать свои решения международные судебные учреждения. Эта функция соглашений по международному частному праву - сейчас функция почти исключительно теоретическая, она — только в зародыше, как в зародыше, по существу, вся международная юстиция. Но тем не менее нельзя закрывать глаза на то, что она намечается уже сейчас и что она неизбежно должна будет развиваться в будущем.

Остановлюсь прежде всего на первой из намеченных задач договорного коллизионного права — на достижении единства коллизионных норм договаривающихся сторон.

Создавая определенную систему коллизионных норм, каждое государство самостоятельно определяет пространственные пределы действия своих гражданских законов, а зачастую и пределы действия гражданских законов иностранных. Нетрудно убедиться насколько несовершененен такой порядок установления норм международного частного права, при том как раз с точки зрения интересов международного гражданского оборота, потребностями которого вызывается к жизни само коллизионное право. При полной законодательной автономии каждого отдельного государства неизбежно расхождение в определении конкретного содержания тех или иных национальных коллизионных норм Одно государство подчиняет определение дееспособности лица его национальному закону (напр., ст. 7 германского закона о введении в действие гражданского уложения), другое — закону его местожительства (напр., ст. ст. 6 и 7 аргентинского гражданского уложения); одно государство подчиняет определение условий вступления в брак законодательству места его заключения (напр., швейцарский закон 1874 г., ст. 25), другое—национальному закону будущего супруга (§ 13 саксонского гражданского уложения 1863 г.), одно государство подчиняет наследование закону последнего местожительства наследодателя (напр., аргентинское гражданское уложение, ст. 3283), другое—его национальному закону (напр., ст. ст. 24 и 25 германского закона о введении в действие гражданского уложения). В результате всех этих законодательных расхождений получается, по словам известного голландского юриста Ассера, самый тяжкий вид конфликтов — конфликт законов о конфликтах. Путь для их устранения один—установление коллизионных норм не в порядке обособленных законодательных постановлений, а в порядке соглашений международных. Нормы, заключающиеся в международных договорах, претворяются каждым из участников этих договоров, путем их публикации, в нормы внутреннего национального права, обязательного для национального суда. Таким образом, для взаимоотношений договаривающихся государств в правовой системе каждого из них оказываются единые по содержанию своему коллизионные нормы, устраняется коллизия коллизионных постановлений.

Помимо задачи установить единство коллизионных норм, подлежащих применению отдельными государственными судами, на договорное коллизионное право ложится задача служить непосредственным об'ектом применения органами международной юстиции. Международные суды могут быть либо судами апелляционными, либо судами первой инстанции. В первом случае они естественно должны применять то коллизионное право, которое применялось национальным судом, приговор которого обжалуется. Действующее международное право дает пример такой аппеляционной международной инстанции только в лице международных речных комиссий. Так, Центральная Комиссия судоходства по Рейну, как прежде (по Маннгеймской конвенции 1868 г.), так и теперь (по Версальскому договору), является апелляционной ин-

станцией по ряду дел речного права, разрешаемых в первой инстанции местными комиссиями. Связанность ее коллизионными нормами, обязательными для последних, не возбуждает сомнений [1]).

Иное дело, когда международный суд является судом первой инстанции. Безразлично, будет ли он рассматривать споры между государствами, или между частным лицом, с одной стороны, и правительством, с другой, или, наконец, между двумя частными лицами—вопросы коллизионного права могут потребовать его разрешения. В каком положительном коллизионном праве должен искать международный суд ответа на эти вопросы? Без сомнения, только в договорном коллизионном праве, в подлинном надгосударственном международном частном праве, а не в коллизионной системе той или иной из спорящих сторон: выбор любой из этих последних систем международному суду обосновать невозможно. Чем обосновать международной судебной инстанции обращение, при разрешении спора между французом и германцем, к коллизионной системе закона о введении в действие германского гражданского уложения или к коллизионным нормам code civil? Этот вопрос является вопросом общим для всякого международного суда, как бы он ни строился. Сейчас он поставлен на очередь, в частности, для тех международных судов, которые созданы Версальским и примыкающими к нему мирными договорами в качестве временных, связанных с периодом ликвидации войны судебных инстанций. Я имею в виду смешанные третейские суды, образованные между каждой из стран Антанты, с одной стороны, и Германией и каждым из ее союзников с другой [2]). Эти смешанные третейские суды призваны разрешать с одной стороны споры о частно-правовых претензиях, созданных Версальским договором, с другой — споры о претензиях, основанных на правоотношениях, существовавших до Версальского договора и от него независимых. Сторонами в этих спорах являются либо частные лица, принадлежащие к гражданству различных государств, либо государство и частное лицо—гражданин другого государства. Какие нормы должен положить смешанный третейский суд в основу обсуждения всех этих спорных правоотношений? Очевидно, нормы, компетентные согласно нормам коллизионным, притом, коллизионным нормам не национальным той или другой стороны, а коллизионным нормам международным. Договоры и процессуальные положения, изданные смешанными судами

---

[1]) См. J. P. Niboyet, Les tribunaux pour la navigation du Rhin et le pouvoir judiciaire de la Commission Centrale du Rhin „Revue générale de droit international public", t XXX (1923), 27.

[2]) В состав смешанных третейских судов входят по три члена: по одному представителю каждого заинтересованного правительства и председатель, избранный по соглашению этих правительств (если бы соглашение не было достигнуто, председатель должен назначаться Советом Лиги Наций из числа граждан государств, не принимавших участия в войне). О смешанных третейских судах см.ст. 304 и 305 Версальского договора с Германией, ст. 256 и 257 С.-Жерменского договора с Австрией, ст. 239 и 240 договора в Трианоне с Венгрией, ст. 188 и 189 договора в Нейльи с Болгарией). Смешанный третейский суд образован и Лозанским договором с Турцией 24 июня 1923 г. (ст. 92—98), но круг его ведения несколько иной, чем круг ведения судов, созданных мирными договорами 1919 года

в порядке правил внутреннего распорядка, ничего об этих коллизионных нормах не говорят [1]), о неизбежном восполнении ими пробелов права речь будет ниже.

Смешанные третейские суды, созданные Версальским договором и разделяющие с последним весь связанный с ним odium—суды временные. Они должны умереть естественной смертью, когда исчерпается круг разногласий, для разрешения которых они созданы. Но, повторяю, та же потребность в международных коллизионных нормах неизбежно будет ощущаться любым международным судом, в практике которого внзникнуть коллизионные вопросы [2]).

Итак, международная кодификация коллизионного права желательна с двоякой точки зрения: с точки зрения достижения единства национальных коллизионных норм—в плоскости судебной практики национальной, и с точки зрения создания коллизионных норм международных—в плоскости международной юстиции

В. Пробелы в коллизионном праве и их восполнение

К каким же выводам должен придти юрист-догматик, призванный оперировать в каждой отрасли правоведения с положительным правом, по ознакомлении с источниками международного частного права? Коллизионные нормы содержатся во внутренних законодательствах отдельных государств и в праве международном. Развитую систему коллизионных норм содержат далеко не все законодательства, еще более отрывочны и неполны нормы коллизионного права международного. Между тем жизнь не считается с несовершенствами существующего правопорядка и требует ответа на вопросы, этим праьопорядком не предусмотренные

Изучающий международное частное право подходит тут к одной из самых трудных проблем учения о применении права — к проблеме заполнения „пробелов в праве". Ни в одной отрасли правопорядка эта проблема не имеет, быть может, такого острого, актуального значения, как именно в праве коллизионном. Отнюдь не случайным является поэтому тот факт, что один из крупнейших специалистов в науке коллизионного права Цительман так заострил в одной из своих работ и проблему „пробелов в праве" (E. Zitelmann, Lücken im Recht, 1903).

Как же заполняются пробелы в праве? Я не буду входить в обсуждение принципиального спора между представителями традиционной

---

[1]) См. J. P. Niboyet, в Bulletin de l'Institut Intermediane International a la Haye, 1922, p 235—239; E. Zitelmann, Die gemischten Schiedsgerichtshofe в Zeitschrift, XXIX (1921), 252--253.

[2]) Упомяну, в частности, о третейском трибунале, образованном в Париже в самом начале 1923 г., правда, трибунале не оффициальном и лишенном, в силу этого, обязательной компетенции: о третейском суде при Международной Торговой Палате (устав его см. Journal t. 50 (1923), 188 suiv). Несомненно и этот трибунал столкнется в своей практике с потребностью в коллизионных нормах международных

доктрины и сторонниками так называемой школы свободного права. Последняя наделяет применяющего право судью, при наличии пробела в законе, правотворческой ролью, традиционная доктрина дает ему в руки для заполнения этих пробелов только юридическую конструкцию, аналогию закона и аналогию права. Для меня лично не подлежит сомнению, что применяя определенную систему права и, следовательно, восполняя существующие в ней пробелы, нельзя отрываться от тех основоположений этой системы, которые являются ее „духом". Как бы ни велики были пробелы в применяемой положительно-правовой системе, нельзя восполнять их нормами, в корне расходящимися с основными принципами этой системы.

В процессе творческого восполнения пробелов в законе, в процессе творческого его толкования возможны различные стадии. Так, прежде всего, неизбежно обращение к аналогии закона. Типичным примером использования аналогии закона может служить использование коллизионных норм одной их союзных республик в пределах других составных частей СССР. Исходя из единства принципиальных основ советского права, мы можем заключить, что коллизионная норма, формально действующая исключительно в пределах Украины, может быть по аналогии использована и в других республиках СССР, заключающееся в ней правило может быть использовано в общесоюзном масштабе. Все мои дальнейшие попытки сконструировать нормы советского коллизионного права имеют своей основой эту проекцию норм местного значения в плоскость общесоюзного права, притом норм как законодательных, так и договорных.

Если аналогия закона не дает результата, неизбежно обращение, говоря языком традиционной доктрины, к аналогии права. Раскрывая смысл последнего термина, мы незбежно подойдем к использованию материала, предоставляемого сравнительным правоведением и теоретической научной доктриной. Возьмем такой пример. Ряд законодательств полагает в основу обсуждения личной дееспособности, а также отношений брачного, семейного и наследственного права национальный закон участников правоотношения. Допустим, что согласно той правовой системе, которую мы применяем, наследование подчиняется национальному закону наследодателя, а относительно брака, развода, отношений родителей и детей, общей дееспособности никаких коллизионных норм нет. Опираясь на сравнительно правовой материал, другими словами на типический круг правоотношений, обсуждаемых по национальному закону их участников, мы вправе заключить, что и наша правовая система, привязывая к национальному закону наследование, должна принимать ту же привязку и для общей дееспособности, а также для брачных и семейных отношений. Конечно, очень часто сравнительно-правовой материал не сможет дать прочных точек опоры для заполнения законодательных пробелов. В таких случаях на помощь приходят теоретические научные построения, построения, в основе которых лежат те или иные коллизионные принципы. Отысканием таких принципов заполнена вся многовековая история науки международного частного права. Ниже я изложу историческую последовательность сме-

нявших одна другую школ, сейчас скажу лишь, что в качестве руководящих принципов для разрешения коллизионных вопросов выдвигалось и подведение конкретного правоотношения под один из априорно установленных трех „статутов", которые подчинялись праву личному, территориальному, либо их комбинации, и преимущественное значение национального права, и „природа" конкретного правоотношения, и дедуктивная обработка основных международно-правовых принципов — принципов личного и территориального верховенства.

Пользуясь, однако, и сравнительным правоведением, и научными построениями, не следует отрываться от той правовой системы, пробелы которой приходится заполнять. Каждый заполненный пробел, каждое отысканное коллизионное решение должны отвечать не только существующим коллизионным нормам подлежащей правовой системы, но и основным принципам, „духу" этой системы в целом.

Это положение надлежит постоянно иметь в виду при выполнении, в частности, пробелов советского коллизионного права. Пользование сравнительно-правовым методом предполагает некоторую общность исходных начал сравниваемых правовых систем. Научные построения точно также имеют своей предпосылкой некоторую общность правовых принципов, на которых они строятся. Советская же правовая система именно в основных своих положениях существенно отличается от правовых систем других государств: это своеобразие ее неизбежно должно учитываться и при восполнении коллизионных пробелов, как учитывается оно при догматической обработке материального советского права.

Если мы ознакомимся со всеми постановлениями советского законодательства, а также договорного права, которые должны быть отнесены к постановлениям коллизионным, то мы неизбежно придем к следующим выводам. Основным коллизионным принципом советского права является принцип строгой территориальности советского законодательства в пределах Советского Союза, поскольку действие этого принципа не ограничено договорным путем в пользу начала национального. Это начало территориальности советского законодательства утверждается с решительностью в тех областях правоотношений, которые обычно в западно-европейском континентальном праве подчиняются национальному закону их участников: я имею в виду брачное и наследственное право (см. законодательные тексты украинского и белорусского „Положений об иностранцах", приводимые в подлежащих главах ниже). Ограничивается это начало строгой территориальности только договорным путем (см. постановления Эстонского, Латвийского и некоторых других договоров о наследовании). С другой стороны, в отдельных законодательных постановлениях явственно намечается стремление признать применимость советского права и за пределами Советского Союза— для тех личных правоотношений, участниками которых являются советские граждане· это будет действие советского законодательства уже по принципу национальному (см. постановления Кодекса Законов об актах гражданского состояния, а также Положения о консулах, косвенно наделяющие консулов правом применять в отношении советских граж-

дан заграницей советское законодательство, постановления, получившие дальнейшее развитие в том же направлении в ряде циркуляров НКИД). Основываясь на этих двух началах, всецело опирающихся на советское положительное право, мы можем применить их и для обсуждения тех областей коллизионных отношений, которые не покрываются подлежащими законодательными текстами. Другими словами можем признать, что и не затрагиваемые законодательными текстами личные правоотношения иностранцев на Советской территории должны подчиняться советскому праву по началу территориальному, а личные правоотношения советских граждан заграницей — советскому праву по началу национальному.

Такое заполнение пробелов советского коллизионного права в полной мере отвечает обособленности советской правовой системы, обособленности, исключающей безоговорочное применение принципов, выработанных для систем, построенных на совершенно иных основаниях. Пример такого уяснения советских коллизионных принципов с последующим использованием их для заполнения пробелов в положительном коллизионном праве должен, вместе с тем, иллюстрировать необходимую связанность заполняющего пробелы всякого права основными началами подлежащей правовой системы.

б. Мы говорим все время о „правовых системах". „Правовая система" может быть либо системой норм национальных, либо системой норм международных. Я исхожу из принципа раздельности этих двух систем и потому полагаю, что национальный суд может применять только систему национальных норм, суд международный — только систему норм международных [1]). Следовательно, восполняя „пробелы" права, национальный суд восполняет пробелы своего национального правопорядка, суд международный — пробелы правопорядка международного. Констатируя коллизионную норму обязательственного права (как известно, эта область коллизионного правопорядка не затронута законом о введении в действие германского гражданского уложения), германский суд восполняет пробел не международного, а своего национального права. Применяя то или иное коллизионное правило, созданный Версальским договором смешанный третейский суд восполняет пробел не французского и не германского и не любого другого национального права, а пробел коллизионного права международного. Конечно, и национальная коллизионная норма учитывает интересы международного гражданского оборота, эти интересы должны учитываться и восполняющим пробелы этой нормы национальным судом. Во многих случаях, поэтому, восполнение пробела национальной нормы совпадает с восполнением пробела нормы международной. Но совпадения этого может и не быть, потому что национальный суд связан своей национальной системой права и каждый восполненный пробел ее он должен сочетать с правовыми принципами этой системы в ее целом. И обратно, международный суд может

---

[1]) Само собою разумеется, что международный суд обязан применять ту или иную национальную норму, если на нее указывает международная коллизионная норма, но это и будет применением международной нормы.

опираться, восполняя пробелы международных коллизионных норм, исключительно на принципы международного права, а не на то или иное право национальное.

в. В связи с учением о заполнении пробелов коллизионного права, я должен остановиться и на существующем в науке разногласии— признавать ли международное частное право правом международным или правом внутренним государственным. Я полагаю, что ни у кого не может быть сомнений относительно принадлежности к международному праву норм Гаагской конвенции о браке 1902 г. или норм любого иного договора по вопросам коллизионного права. В то же время не может быть, на мой взгляд, сомнений относительно принадлежности к внутреннему государственному праву таких норм, как коллизионные нормы закона о введении в действие германского гражданского уложения или ст. 3 code civil. Можно было бы, правда, предположить, что национальные коллизионные нормы покоятся на неписанных, обычно-правовых нормах международных, но предположение это решительно опровергается пестротой содержания национальных коллизионных норм. Следовательно, приходится признать безоговорочно национальные коллизионные нормы нормами внутреннего государственного права. Остается, правда, достаточно обширная область пробелов в положительном коллизионном праве. Я склонен утверждать, что все расхождение между так называемыми „интернационалистами", т. е. сторонниками международно-правовой природы международного частного права, и „националистами", признающими эту отрасль правопорядка внутренним правом отдельных государств, имеет почву лишь постольку, поскольку речь идет о восполнении пробелов положительного коллизионного права. Оторванные от положительно-правового материала чисто априорные теорические построения строятся на слишком шатких основах. В самом деле, если, коллизионное право — как утверждают „интернационалисты" — право международное, оно должно быть единым по своему содержанию для всех государств международно-правового общения. Крайние представители этого течения (Ленѐ, Манчини) и не останавливаются перед этим логически неизбежным выводом. Но как же быть тогда с теми разноречивыми коллизионными нормами, наличие которых в целом ряде национальных кодексов отрицать невозможно? Закрыть на них глаза во имя стройности конструкции? Повидимому, так и поступают некоторые из сторонников рассматриваемого течения, когда они утверждают, что единственным источником международного частного права является теория (Пилле).

Придти к таким выводам значить совершенно не считаться с положительно-правовым материалом, потому что положительно-правовой коллизионный материал имеется и имеется, как мы знаем, не только в праве международном, но и в праве национальном.

Относительно связанности международного суда международным правом сомнений быть не может. Связан ли международным правом национальный суд? На этот вопрос дается в теории одними утвердительный, другими отрицательный ответ. Тот или иной ответ тесно связан с той или иной конструкцией международного права. Если признавать международное право правом междугосударственным, комплексом

юридических норм, создающих права и обязанности только в междугосударственных отношениях, естественно придти к заключению, что национальный суд не может восполнять коллизионные пробелы, устанавливая правила международного правового порядка: национальный суд применяет только национальное право, независимо от того входит в его состав претворенная в норму национальную норма международно-правовая или нет. Если же считать международное право призванным не только регулировать междугосударственные отношения, но и определять непосредственно права и обязанности граждан отдельных государств, то можно допустить, что каждый национальный суд, восполняя пробел своего национального законодательства, может обращаться непосредственно к нормам международного права и в них черпать указания для разрешения отдельных коллизионных казусов.

Я не буду пересматривать доводов, приводимых за и против только что намеченных двух основных концепций международного права. Такой пересмотр отвлек бы меня слишком далеко от непосредственной темы моей работы. Для меня лично, теорией, отвечающей современному уровню международного права, является теория раздельности двух правопорядков—международного и государственного. Логически неизбежным выводом этой основной теоретической предпосылки является признание раздельности и коллизионного международного и государственного права. Если так, нельзя заполнять пробелы внутреннего государственного коллизионного права правовыми началами коллизионного права международного и обратно, пробелы международного коллизионного права правовыми началами отдельных национальных коллизионных систем.

Глава II.

Историческое развитие науки международного частного права.

ЛИТЕРАТУРА Нольде, 468—476; Мандельштам, I, 1—205; Мартенс, 294-305; Walker, 23—38; A Lainé, Introduction au droit international privé, contenant une étude historique de la theorie des statuts et des rapports de cette théorie avec de Code civil, T I, 1888, T. II, 1892; Weiss, Manuel, 340—386; Weiss, Traite, III, 8—129; K. Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwickelung des internationalen Privat-und Strafrechts bis Bartolus. Erstes Stück. Die Geltung der Namensrechte in Italien, 1901. Zweites Stuck, Die gemeinrechtliche Entwickelung bis zur Mitte des 13 Jahrhunderts, 1916; K. Neumeyer, Zur Geschichte des internationalen Privatrechts in Frankreich und den Niederlanden—Zeitschrift fin Völkerrecht, Bd. XI (1920), 190—204; F. Meili, Die theoretischen Abhandlungen von Bartolus u. Baldus uber das internationale Privat-u. Strafrecht-Zeitschrift, IV (1894), 258—269, 340—346, 446—473; F. Meili, Uber das historische Debüt der Doktrin des internationalen Privat-und Strafrechts-Zeitshrift, IX (1899), 1—59; М. И. Брун, Конфликтное право постглоссаторов (XIII—XV вв.)—Известия Московского Коммерческого Института. Экономическое Отделение, кн. III (1915), 3—48; В. Э. Грабарь, Римское право в истории международноправовых учений 1901, 193—218; В. Э. Грабарь, Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда—Известия Мин. Иностр. Дел, 1916 г., кн. V—VI, 188—191; М. И. Брун, Теория статутов (XVI—XVIII вв.)—Известия Московского Коммерческого Института. Экономическое Отделение. Кн. III (1915), 49—104; Б. Э. Нольде, М. И. Брун (1860—1916) и наука международного частного права в России—Вестник гражданского права, 1917 г. № 3—5, 3—25; Т. М. Яблочков, Значение Ф. Ф. Мартенса в науке частного международного права (1910).

---

1. Наука международного частного права зародилась тогда, когда оказались на-лицо основные предпосылки коллизионных вопросов: 1) сосуществование территориально разграниченных гражданских правопорядков и 2) охватывающий подлежащие территории достаточно интенсивный гражданский оборот. Эти предпосылки были впервые даны в ту эпоху средневековья, когда действовавшая в течение долгого вре-

мени система личных племенных прав была вытеснена системой территориально разграниченных норм, когда наряду с основным источником права—правом римским стали создаваться местные, городские нормы гражданского права [1]). Такие территориальные нормы, в форме ли кодификации стародавних обычаев или в форме издания новых муниципальных статутов, стали появляться в автономных городских общинах северной и средней Италии еще в XI и XII веках. Число их продолжало неустанно возрастать в XIII веке. Приблизительно в то же время зарождается пестрота территориальных правопорядков во Франции: наряду с кутюмами (т. е. обычаями) целых областей, крупные и сильные французские города уже в XII и XIII веках получают свои статуты или хартии, хотя, правда, отчетливая пестрота местных правопорядков во Франции усиливается позднее—в XV и XVI веках, когда приступлено было к официальному редактированию местных кутюмов королевства. Вместе с тем, в ту же эпоху средневековья, т. е. в XII—XIII веках, усиливаются — особенно интенсивно в итальянских городах, осуществлявших все права автономных политических общин,—оживленные сношения как мирные—торговые и промышленные, так и военные, вызывавшиеся борьбой городов за преобладание. Сношения эти имели своим непосредственным следствием постоянные передвижения ряда лиц из пределов одной городской общины в другую. В итоге—развившийся оборот стал ставить юристам все чаще и чаще вопрос—какое право применить к конкректному, осложненному „междуобластным" элементом правоотношению,—чужое или местное, „общее", т. е римское или статутное, и какое статутное, если столкнулись два статутных правопорядка? Отвечать на эти вопросы пришлось в XIII веке юристам, обучавшимся в прославленных постановкой преподования юриспруденции университетах, университетах, уже в XIII веке поделивших славу возникшего в конце XI века и не имевшего в XII веке соперников Болонского университета. К разработке коллизионных вопросов оказались причастными крупнейшие представители комментаторов, т. е. той школы юристов, которые, придя на смену впервые на протяжении средневековья подошедшим к толкованию Юстинианова Corpus juris civilis глоссаторам (XII век), занялись систематическим комментированием их толкований (глосс) и привнесли в юриспруденцию схоластический метод средневековой философии.

Для этой ранней стадии истории науки международного частного права характерны следующие ее черты: во-первых, стремление юристов вычитать во что-бы то ни стало ответы на коллизионные вопросы в текстах источников римского права, совершенно для того неприспособленного и непригодного; во-вторых, разрешение коллизионных вопросов мимоходом, по пути изложения целого ряда проблем материаль-

---

[1]) В изложении своем я не выхожу за пределы стран западно-европейской правовой культуры: исследование J Hatsckek'a („Der Mustaá-min Ein Beitrag zum internationalen Privat-und Volkerrecht des islamischen Gesatzes", 1920) показало, что в мусульманской литературе можно найти обсуждение коллизионных вопросов значительно раньше, чем вопросы эти были поставлены на очередь в литературе западно-европейской, а именно уже на рубеже VIII и IX вв

ного и процессуального права. Впрочем последнее свойство характерно, за редким исключением, для всей науки международного частного права вплоть до XVIII века.

Стремление опереться при разрешении конфликтных вопросов во что-бы то ни стало на текст кодекса Юстиниана показательно проявилось уже в сборнике Аккурсия (сконч. в 1260 г.), последнего видного представителя школы глоссаторов, собравшего воедино избранные глоссы всей школы (Glossa Ordinaria, около 1250 г.). Одна из глосс этого сборника, опираясь на Codex Justinianeus, Lib. 1 tit. 1, I. 1, дает ответ на конфликтный вопрос—можно-ли судить в Модене по статутам Модены гражданина Болоньи? Глосса эта приурочена к тексту, которым оперировали затем в течение нескольких столетий все подходившие к разрешению коллизионных вопросов юристы, несмотря на то, что сам по себе взятый он решительно не дает к тому оснований. Текст этот—конституция 380 г. императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия об утверждении веры в Св. Троицу. Начинается он так: „Мы желаем, чтобы все народы, коими правит власть нашей милости, обретались в той вере, которую божественный апостол Петр передал римлянам (cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium... volumus...)". Неизвестный автор снабдил этот текст следующей глоссой: „доказательство, что, если бы житель Болоньи был привлечен к суду в Модене, он не должен быть судим на основании статутов Модены, которым он не подчинен, так как (текст) говорит: управляемые властью нашей милости". Это толкование, как ни искусственно оно по существу, явилось первым звеном в длинной цепи попыток подойти к разрешению конфликтных вопросов, опираясь на тексты римского права, в частности на конституцию о Св. Троице „cunctos populos". Попытки эти связаны с именами ряда итальянских и французских юристов XIII и первой половины XIV века—Жак де Ревиньи, Пьер Бельперш, Чино да Пистойа, Альберик да Рошате и др. Столь же казуистично, хотя значительно более углубленно, изложил затем ряд конфликтных проблем самый блестящий представитель школы комментаторов и, вместе с тем, признанный основатель международного частного права, как науки — профессор в Пизе, а потом в Перудже, Бартол (1314—1357). Значение его прежде всего в том, что на отдельные казусы конфликтной практики он дает ответы, многие из которых доказали свою жизненность полным совпадением с положениями современной нам практики и доктрины. В этом, однако, лишь качественное отличие Бартола от его предшественников. Весьма существенным новшеством в доктрине Бартола явились, зато, его попытки установить принципы для разрешения конфликтных вопросов, другими словами, попытки отрешиться от сплошной казустики. Пошел он при этом по пути, на который вступили впоследствии (в XVI—XVIII ст.) представители т. наз. теории статутов: установив виды статутов, он попытался для каждого вида найти его конфликтное содержание. Это был уже конфликтный принцип: стоило, отправляясь от содержания материальной нормы, определить вид, к которому она относилась,—определялось и ее конфликтное содержание. В этой части учение Бартола интересно самой постановкой проб-

лемы, а не ее разрешением, потому что разрешение это чрезвычайно слабо. Я не буду останавливаться на изложении диалектических рассуждений Бартола, сложных и часто запутанных, и ограничусь упоминанием, что основным делением статутов является для него деление их на запрещающие и дозволяющие, само по себе совершенно бесплодное в дальнейшем для отдельных видов обеих категорий статутов Бартол общим образом устанавливает, простирается ли их действие за пределы территории, на которой они изданы, или действие их строго территориально. Повторяю—в этой части рассуждения Бартола интересны постановкой вопроса, а не ответом на него.

Из итальянских юристов XIV—XV в. Бартол был единственный, кто этот вопрос поставил. Его ближайший ученик и продолжатель в изучении конфликтных вопросов Бальд (1327—1400) воспринял, правда, деление статутов на дозволяющие и воспрещающие, но не связал с этим делением попытку создать теорию конфликтного права· для него установленное Бартолом деление статутов—лишь программа для размещения вопросов, касающихся отдельных правоотношений. Но в разрешении конкретных конфликтных казусов Бальд был большим мастером и ответы его чрезвычайно важны для истории конфликтной доктрины (особенно для некоторых ее областей, в частности, для учения о личном статуте). Нельзя того же сказать о других итальянских юристах XIV—XV в.· младший современник Бальда — Варфоломей а Саличето (ум. в 1412 г.) не имеет большого значения в конфликтном праве, ничего нового по сравнению с Бартолом и Бальдом мы не найдем и в трудах Паоло де Кастро (ум. в 1441 г.), Александра Тартаньи (1423—1477), Роха Курция (ум. в 1495 г.). Все они решали конфликтные вопросы эмпирически, без какой-либо заранее установленной теории конфликтного права, но ответы их—практичные и жизненные – во многом были прочно усвоены и последующей доктриной.

В XVI веке интерес к конфликтным вопросам переместился во Францию и Германию.

2. Я уже упоминал о том, что и во Франции интерес этот питался чрезвычайной дробностью источников гражданского права: в пределах политически об'единенных провинций французского королевства действовали обособленные кутюмы; эти кутюмы на протяжении XV—XVI веков подверглись официальному редактированию. Общее распоряжение о редактировании кутюмов королевства издано было Карлом VII в 1454 г., но редакции отдельных сборников хронологически не только растягиваются на длинный ряд десятилетий, следующих за этой датой на протяжении второй половины XV и всего XVI века, но в некоторых случаях датируются и более ранними годами XV века.

На почве этой дробности источников гражданского права жизненная практика неизбежно должна была ставить на очередь вопросы конфликтного порядка. Два крупных имени французской юриспруденции XVI в. Дюмулен и д'Аржентрэ связаны с теоретическим разрешением этих вопросов.

Дюмулен (du Moulin, Molinaeus, 1500—1566), автор многочисленных комментариев к кутюмам, интересен тем, что он впервые раз-

вил и обосновал так называемую теорию автономии сторон при разрешении коллизионных вопросов. В той части своего учения, которая посвящена выяснению компетентного закона для обсуждения обязательства при договорах, Дюмулен действительно не имеет предшественников, тут он говорит, действительно, новое слово. Мысль его сводится к тому, что к договорам должно применяться право, которое имели в виду стороны. Если из самого договора это право обнаруживается недостаточно явственно, необходимо обращать внимание на обстоятельства, при которых воля сторон была из'явлена: важно уяснить себе то право, которое было в мыслях контрагентов, то право, которое они имели в виду, хотя определенно и не назвали. Следовательно, в вопросах, зависящих от воли сторон, Дюмулен допускает свободный анализ. Напротив, в вопросах, разрешаемых властью закона, этот анализ, по мнению Дюмулена, не может иметь места, а решает всецело вопрос об об'екте статута тут Дюмулен пользуется терминами, которые встречались еще в XIV в. у французского же юриста Фабера,—делением статутов на реальные и личные, в зависимости от того является ли их об'ектом вещь или лицо. В теории его деление имеет, следовательно, лишь частичное значение. Напротив, оно полагается во главу угла учения младшего современника Дюмулена—д'Аржентрэ.

Свою теорию конфликтного права д'Аржентрэ (Argentraeus, 1519—1590), подобно всем своим предшественникам, изложил мимоходом, комментируя одну из статей обширных кутюмов Бретани, в редактировании которых он сам принимал участие. В этом комментарии „теория статутов" получила такую законченную и отчетливую формулировку, что за д'Аржентрэ прочно утвердилось звание родоначальника этой теории.

Д'Аржентрэ стремится установить руководящие принципы для практического разрешения конфликтных вопросов: ставит себе задачу, которую пытался разрешить еще Бартол.

Унаследована была, притом, не только сама задача, но и подход к ее разрешению. я отмечал уже, что Бартол стремился, установив виды статутов, найти для каждого вида неизменное конфликтное содержание. Тот же принцип применяет в своей конфликтной теории д'Аржентрэ. Теория эта сводится к следующим положениям. Существует два рода законов: одни законы имеют безусловную силу на своей территории, но не действуют за ее пределами, другие—действуют повсеместно Первые образуют группу реальных статутов, вторые—статутов личных. К реальным статутам относятся все законы, мало-мальски затрагивающие недвижимости; к статутам личным—все законы, трактующие о состоянии лица. Для законов, касающихся и недвижимости и лица, д' Аржентрэ создает категорию статутов смешанных, но практического значения эта категория не получает: раз закон, хотя бы частично, трактует о недвижимости, он разделяет судьбу реальных статутов. Итак, с известным материальным содержанием гражданско - правовых норм у д'Аржентрэ связывается их содержание конфликтное. Всякий реальный статут строго территориален, всякий личный статут действует и за территориальными пределами данного правопорядка. Задача конфликтной

теории сводится к размещению материально-правовых норм по категориям, которым присущ и определенный конфликтный эффект. Разложенные по коробочкам по признаку их материального содержания нормы гражданского права приводятся, тем самым, и в конфликтный порядок, потому что каждая такая коробочка имеет свою конфликтную этикетку.

Во Франции в XVI и в XVII в. д'Аржентрэ не имел преемников, но зато в Голландии и в Германии XVII в. теория статутов получила всеобщее признание и дальнейшее развитие.

Расцвет конфликтной теории в XVII веке в Голландии обусловлен был опять таки дробностью местных кутюмов. Исторически сложившаяся, эта обособленность гражданских законов отдельных городов и провинций закреплена была Утрехтской унией 1579 г.. При большой пестроте местных правопорядков гражданский оборот неизбежно должен был ставить на очередь конфликтные проблемы и теоретическая юриспруденция неизбежно должна была эти проблемы освещать. Из голландских юристов первой половины XVII в. автор трактата об обычаях Фландрии Бургундус (Burgundus, 1586—1649) стоит еще всецело на точке зрения д'Аржентрэ, как и последний уделяя личным статутам чрезвычайно узкий круг применения. Напротив, наиболее известные голландские статутарии XVII в. отец и сын Фут (Paulus Voet, 1619—1677 и Johannes Voet, 1647—1714) во многом уклонились от формулы д'Аржентрэ. Прежде всего Футы уделяют самостоятельное значение смешанным статутам, к которым по признаку их содержания они относят главным образом законы о форме юридических действий. Затем и отец, и сын Футы настаивают на необходимости делать различие между делением статутов по их содержинию и по их конфликтному эффекту.

Это утверждение значительно осложняло заманчивую по своей простоте схему д'Аржентрэ. Если содержание гражданско-правовой нормы еще не позволяет, по мнению Футов, заключить об ее конфликтном об'еме, то, очевидно, нужно было искать какой-то новый конфликтный принцип. Таким принципом явилась для Футов строгая территориальность всех правовых норм с теми от нее отклонениями, которые основаны на международной вежливости, на comitas gentium; эта вежливость во взаимных отношениях государств столь же необходима, как необходима она в повседневных сношениях частных лиц. Это понятие comitas, в качестве теоретического базиса для разрешения конфликтных вопросов (ведь если бы не comitas, то в силу строгой территориальности законов, конфликтные вопросы не могли бы возникать вовсе)—лишало конфликтную теорию той простоты, которая была присуща ей в учении д'Аржентрэ. Правда, эта простота у д'Аржентрэ была в значительной степени кажущаяся, потому, что зачастую определить к какому роду статутов относится данный закон было бы задачей столь же нелегкой, как и выяснить пределы действия comitas: присущая конфликтным учениям, трудность лишь передвигалась. Как бы то ни было, учение Футов явилось своеобразным вариантом статутной теории, существенно от учения д'Аржентрэ уклоняющимся.

Значительно ближе к д'Аржентрэ „статутарные" представители конфликтной теории в Германии XVII в. Интерес к конфликтным вопросам и в Германии питался пестротой многочисленных партикулярных „прав". Но крупных, значительных работ в области конфликтного права, равноценных работам упомянутых мною голландцев, германская юриспруденция в XVII в. не дала. Конфликтная теория Герциуса (Hertius, 1652—1710), автора утомительно-тяжеловесного, в существенных своих основах идет от того же д'Аржентрэ.

Последних крупных представителей теории статутов дала французская юриспруденция XVIII в. Представителями этими были Буллену а и Буйе,

Буллену а (Boullenois, 1680—1762) явился, пожалуй, одним из самых верных последователей д'Аржентрэ. В полном согласии с последним, он считает, что конфликтный эффект закона определяется исключительно его содержанием: только содержание статута делает его реальным или личным.

Напротив, существенно отклоняется от теории родоначальника всех статутариев другой из только-что названных мною представителей французской конфликтной теори XVIII в. Буйе (Bouhier, 1673—1746). Правильно учитывая, что вся суть конфликтной теории—в определении конфликтного эффекта нормы, Буие, вслед за Футами, готов признать, что при определении пространственных пределов действия статутов нужно исходить не из предварительного отнесения их в ту или иную группу статутов, а из воли законодателя об их конфликтном содержании. Буйе не отказывается от категории личных и реальных статутов, но в противность д'Аржентрэ, который, исходя из содержания статута, заключал о его конфликтном эффекте, отправляется от установленного законодателем конфликтного эффекта статута с тем, чтобы, опираясь на этот конфликтный эффект, отнести его в категорию личных или реальных. Для уяснения же воли законодателя о конфликтных эффектах отдельных гражданско-правовых норм Буйе проделывает большую и кропотливую работу — дает перечень законов, образующих класс личных статутов и затем перечень законов, образующих класс статутов реальных. Интересно отметить, что эту работу Буйе завершает утверждением, лишний раз показывающим, как далеко ушел он от д'Аржентрэ: всякое сомнение, в какую группу должен быть отнесен тот или другой статут, Буйе разрешает не в пользу статутов реальных, а в пользу статутов личных, подкрепляя свой взгляд целым рядом соображений. Следует, однако, иметь в виду, что в этом предпочтении своем личным статутам Буйе совершенно одинок в статутарной школе.

XVIII век дал последний вариант и вместе с тем последний разцвет теории статутов. Правда, еще в первую половину XIX в. традиции статутариев поддерживаются в первом трактате по конфликтному праву, написанном на английском языке, трактате американца Стори (Story), и во французском трактате Фёликса (Foelix). Но это было лишь использованием обветшалых схем за отсутствием новых теоретических принципов.

3. Эти новые конфликтные принципы найдены были в германской научной литературе. Несостоятельность теории статутов, ее искусствен-

ность и недостаточность, убедительно выяснил в 1841 г. Вехтер. Отвергнув конфликтный принцип статутной теории, Вехтер предложил иной подход к разрешению конфликтных вопросов. Суть всей конфликтной теории сводится к ответу на вопрос, какой из разноместных законов должен применить судья к осложненному международным элементом правоотношению. Вехтер утверждает, что ответа на этот вопрос судья должен искать в своем отечественном законодательстве Поскольку в отечественном законодательстве имеется подходящая конфликтная норма, очевидно, что она и должна быть применена. Затруднения начинаются, однако, тогда, когда такой конфликтной нормы в отечественном законодательстве судьи нет. Тут ведь только и проявляется потребность в отыскании конфликтного принципа, позволяющего восполнить пробел в положительном конфликтном праве. Вехтер предлагает следующий путь: судья должен применительно к каждому осложненному международным элементом правоотношению выяснить, отвечает-ли смыслу и духу его отечественного закона применение этого закона именно к данному правоотношению и только в случае отрицательного ответа — применить закон иностранный. Вехтер идет еще дальше и утверждает, что, в случае сомнений относительно применимости к данному случаю чужого или отечественного закона, предпочтение должно всегда отдаваться закону отечественному.

На иной принципиальный базис поставил разрешение конфликтных вопросов Савиньи, посвятивший учению о действии правовых норм в пространстве и во времени восьмой том своего труда „System des heutigen Römischen Rechts“ (1849 г.). Савиньи признает бесспорным утверждение Вехтера, что при наличии в отечественном законодательстве конфликтной нормы, применимой к данному случаю, эта норма и должна быть применена. Но норм таких немного и трудности конфликтной теории относятся как раз к той области правоотношений, для которой таких норм в отечественном законодательстве не установлено. Для заполнения таких пробелов в конфликтном законодательстве Савиньи дает формулу, оказавшую большое влияние на дальнейшую теорию конфликтного права. „для каждого правоотношения должна быть найдена та система права, к которой это правоотношение по природе своей принадлежит или которой оно подчиняется (местонахождение правоотношения)“. Эта формула, в противность построенному на основе строгой территориальности конфликтных норм учению Вехтера, привела Савиньи к признанию тесной связи этих норм с международно-правовым общением. Охватывающее культурные государства международно-правовое общение имеет своим следствием благожелательное допущение иностранных законов в число источников, подлежащих применению отечественными судами.

Я уже упомянул, что эта формула Савиньи оказала огромное влияние на последующую литературу международного частного права и в Германии, и в других странах. Так, от Савиньи ведет прямая линия к двум крупнейшим германским исследователям конфликтного права второй половины XIX и начала XX века: сперва к Бару, а затем от Бара к Цительману. Бар, автор работы Theorie und Praxis

des internationalen Privatrechts (первое издание в одном томе—1861 г., второе двухтомное—в 1889 г)., тесно примыкая к Савиньи, утверждает, что действие национальных законодательств в отношении осложненных международным элементом правоотношений определяется природой вещей, т. е. потребностями упорядоченного правового общения и уважением к суверенным правам других государств. Тесная зависимость этой „природы вещей" от „местонахождения правоотношения", к которому оно принадлежит по своей природе — совершенно очевидна.

Дальше от Савиньи Цительман (1852—1923), автор труда „Internationales Privatrecht". С Савиньи его роднит признание связи конфликтного права с правовым строем международного общения, но в отыскании „конфликтного принципа" Цительман идет совершенно самостоятельным путем. Конфликтным принципом Савиньи, воспринятым и Баром, было уяснение себе „природы" правоотношения, отыскание его „местонахождения". Еще до Цительмана отдельные исследователи (как напр., Дернбург) указывали на чрезвычайную широту этой формулы, покрывающей какие угодно заключения, на полную ее, в силу этого, неопределенность. Неудовлетворенность этой формулой приводила к самым пессимистическим выводам о бесплодности всяких попыток отыскать какой-нибудь общий, но вместе с тем содержательный, с точки зрения практической его применимости, конфликтный принцип. Цительман признает справедливость высказывавшихся против формулы Савиньи упреков, признает, что исходя из „природы" правоотношения, можно придти к каким угодно заключениям. Но, признав дедуктивную бесплодность конфликтного принципа Савиньи, он не отказывается от попытки такой принцип отыскать. Ход его рассуждений таков.

Всякий спор о праве гражданском сводится к спору о том, приобретено или утрачено определенное суб'ективное частное право. Всякое суб'ективное частное право является предоставленным государственным законом правомочием. Только то государство может предоставлять это правомочие или лишать его, которое располагает правом распоряжаться об'ектом этого правомочия. Для разграничения пределов правовой компетенции отдельных государств Цительман и прибегает к двум основным принципам международного права—к принципам личного и территориального верховенства. В силу личного верховенства—каждое государство издает гражданско правовые законы для своих подданных где-бы они ни находились, в силу верховенства территориального—каждое государство наделяет частно-правовыми правомочиями всех, находящихся в пределах его государственных границ, независимо от их подданства. Как опираясь на эти два принципа, можно заключить о пределах компентенции каждого данного государства в области наделения теми или иными суб'ективными частными правами, так и обратно, исходя из каждого данного утверждаемого суб'ективного частного права, можно заключить, опираясь на те же принципы, о компетентном гражданском законе того или иного государства. Таким путем разграничение сфер законодательных компетенций отдельных государств по принципам международного права возводится в основный принцип права колл

зионного. Для того, чтобы пояснить мысль Цительмана, я приведу примеры конкретного применения его исходных положений. Все субъективные права, содержание которых сводится к возможности осуществления власти над лицом или к возможности требований с его стороны определенных действий, подлежат обсуждению по законам того государства, к которому, в силу личного его верховенства, принадлежит подвластное лицо, другими словами, личный закон подвластного. Опираясь на это исходное положение, Цительман разрешает конфликтные казусы в области обязательственного права и в области права семейственного. Все субъективные права, предоставляющие непосредственное властвование над вещью, должны обсуждаться по законам того государства, в пределах которого эта вещь находится, уже в силу территориального верховенства подлежащего государства. Это положение имеет решающее значение для обсуждения конфликтных казусов в области вещного права. Наконец, все права, имеющие своим содержанием действия, не относящиеся непосредственно к определенному лицу или определенной вещи, должны обсуждаться по закону того государства, в пределах которого подлежащее действие имеет осуществляться,—опять таки в силу территориального верховенства этого государства. Этот тезис служит Цительману при разрешении конфликтных казусов в области нематериальных имущественных прав (Immaterialguterrechte), как то в области прав литературной, художественной и промышленной собственности и в области т. наз. „прав личности".

На основе таких принципиальных положений Цительман дедуктивно строит всю свою систему международного частного права.

Я уже отмечал, что поскольку Цительман связывает конфликтный принцип с категориями международного права, он имеет своим родоначальником Савиньи. Напротив, от Вехтера идет другое течение, видным представителем которого был Франц Кан (Franz Kahn 1861—1904). Если Цительман, вслед за Савиньи, может быть назван „интернационалистом" в конфликтном праве, то Кан, вслед за Вехтером, должен быть причислен к строгим „националистам". Кан решительно отказывается причислять конфликтное право к праву международному (поскольку оно не заключается в международных соглашениях): конфликтное право - право внутри-государственное, подлежащее толкованию и применению как всякое право, применяемое судьей. Но обойти вопрос о „конфликтном принципе", позволяющем систематически заполнять пробелы национального конфликтного права, Кан, конечно, не мог. Для него „фундаментом" международного частного права явилось сравнение различных гражданских правопорядков: чем шире, полагал он, будем мы пользоваться сравнительно-правовым методом, чем основательнее будем мы изучать различные гражданские законодательства, тем вернее придем мы к установлению правильных и широко применимых конфликтных норм.

В направлении, установленном только что названными виднейшими представителями немецкой науки конфликтного права, движется целый ряд юристов и за пределами Германии: к немецкой школе принадлежат крупные труды профессора Цюрихского Университета Мейли (Meili),

голландского юриста Ассера (Asser) — как увидим ниже—и ряд работ юристов русских. Даже во французскую науку, в общем двигавшуюся иными путями, проникало влияние крупных представителей немецкой науки: автор вышедшего в 1914 году учебника международного частного права профессор Университета в Монпелье—Валери (J. Valery) в решающих моментах своих построений примыкает к тому же Кану с прямой на него ссылкой.

4. Германская школа не была, единственным течением, пришедшим в XIX в. на смену теории статутов. Другое течение, возникшее первоначально в Италии и нашедшее затем последователей, главным образом, в Бельгии и во Франции, по праву называется романским.

Родоначальником этого течения был Манчини (Mancini, 1817—1888). В годы национального об'единения Италии, сам участник этого об'единения, он выдвинул конфликтный принцип, получивший затем широкое признание—принцип национальный, т. е. принцип применения при обсуждении осложненного международным элементом правоотношения национального закона его участника. Национальное частное право индивида, полагал Манчини, является столь же неот'емлемым его достоянием в международных отношениях, сколь неот'емлемо его право личной свободы в отношениях внутренне-государственных. Это национальное частное право определяется для каждого государства сложной суммой факторов — климатом, географическим положением, свойствами почвы, обычаями и нравами, и каждый участник каждого государства должен иметь неоспоримое притязание на то, чтобы это право его следовало за ним и за пределы его отечества, как следуют за ним его язык, его моральные навыки и пр. Законы, изданные французским законодателем, изданы им для французских граждан, с учетом всех их физических, моральных и социальных особенностей,—ясно, что они должны следовать за французами и за границу. Исключением из общего правила действия национального закона является лишь территориальность местного „публичного порядка". Применение для разрешения конфликтных казусов национального закона участников правоотношения, основывается, таким образом, не на международной вежливости, не на практическом интересе того или иного государства, а на прочном принципиальном тезисе.

Превозглашенный Манчини принцип преимущественного значения национального закона при разрешении конфликтных казусов получил, как я уже упоминал, широкое признание в „романской" литературе Этот принцип положен в основу многотомного трактата бельгийца Лорана (Laurent), многочисленных работ по международному частному праву французских, итальянских и швейцарских юристов.

5. Излагая основные этапы развития науки международного частного права, я построил классификацию школ по принципу различия выдвигавшихся отдельными течениями конфликтных принципов. При долгом отсутствии отчетливо формулированных норм конфликтного права (государственного или международного), при почти сплошных пробелах конфликтного положительного права, догматической разработки международного частного права, подобной догматической разра-

ботке римского или германского гражданского права, естественно, быть не могло, и наука конфликтного права сводилась почти исключительно к разрешению различных конфликтных казусов на основании более или менее жизненных априорных положений. С тех пор, как конфликтные нормы стали включаться в гражданские кодексы или в специальные международные конвенции, открылось широкое поле для догматической обработки положительного конфликтного права. Эта „догма" конфликтного права, тесно сплетаясь с теоретическими разысканиями в области конфликтной науки, привлекала к себе внимание ряда крупных юристов. Догматиками современного нам конфликтного права являются и упомянутые выше „теоретики" Цительман и Кан, и не называвшийся еще Нимейер (Niemeyer), уделявший преимущественное внимание догматической обработке действующего германского конфликтного права. Догму положительного конфликтного права мы найдем, конечно, и в общих системах, и в специальных монографиях представителей науки международного частного права других стран.

6. В русской юридической литературе разработка международного частного права началась сравнительно очень поздно: первая попытка изложить конфликтное право в русской литературе принадлежит видному нашему цивилисту Д. И. Мейеру, автору чтений о русском гражданском праве, впервые появившихся в 1859 г.. Мейер дал в этих чтениях сокращенный пересказ конфликтного учения Савиньи, лишь незначительно уклонившись от последнего в учении о смешанных статутах и этим уклонением нарушив стройность и ясность построений своего прототипа. Если Мейеру принадлежит заслуга первого включения основных положений конфликтного права в систематическое изложение русского гражданского права, то, как самостоятельный предмет, впервые в русской литературе изложил международное частное право казанский юрист Н. П. Иванов. В 1865 г. в „Ученых записках Казанского Университета" появилось его исследование „Основания частной международной юриспруденции". Исследование это опять таки не самостоятельно, а построено на трудах Вехтера, Савиньи и Феликса. По сравнению с Мейером, Иванов дает, однако, значительно более углубленное изложение основных положений трех перечисленных авторов, излагает наряду с общей и особенную часть конфликтного права, равно как и русские коллизионные нормы. Иванов еще компилятор, но, как говорит один из наших исследователей (Б. Э. Нольде) „компилятор толковый и вполне сознательный". Огромный шаг вперед в деле самостоятельного развития русской конфликтной науки сделал К. И. Малышев (1841 — 1907). Малышев усвоил и самостоятельно проработал не только классиков конфликтной науки Запада, но вообще всю литературу, которая была налицо ко времени появления в свет его исследования: не ограничившись литературным подходом к конфликтным проблемам, Малышев дал образцовую догматическую обработку русского внутреннего, т. е. междуобластного конфликтного права. Конфликтное право междугосударственное ему догматически обработать не удалось, так как та часть его курса, в которую эта обработка должна была войти, осталась неосуществленной.

Хронологически следующим автором, изложившим основные проблемы конфликтного права в русской литературе, был Ф. Ф. Мартенс (1845—1909). Страницы его курса, посвященные международному частному праву являют, однако, по сравнению с курсом Малышева, не прогресс, а некоторый регресс: Мартенс—эклектик и позаимствования им чужих мыслей остаются у него неспаянными в единое и стройное „конфликтное" миросозерцание, понятие же международного общения, которое Мартенс считает основным фундаментом конфликтного права, само по себе взятое для разрешения конфликтных вопросов, совершенно бессодержательно,

До начала XX века представители науки конфликтного права в русской литературе были немногочисленны и одиноки. С начала текущего столетия начинается заметное оживление: растет число авторов, посвящающих свои работы коллизионному праву, углубляется содержание этих работ. Оживление это связано с именами трех юристов— М. И. Брун (1860—1916), Б Э. Нольде (род. в 1876 г.), А. А. Пиленко (род. в 1873 г.). В трудах трех названных исследователей наука международного частного права выработалась из какого то придатка инородных по существу своему дисциплин в самостоятельную отрасль русской юриспруденции. М. И. Брун в длинном ряде журнальных статей, выходивших затем и отдельными книжками, познакомил русского читателя с целым рядом учений как общей, так и особенной части коллизионного права на основе широко использованной иностранной литературы. Сам он в своих теоретических построениях исходил из основных предпосылок новейшей немецкой литературы, главным образом, Ф. Кана. Б. Э. Нольде явился продолжателем работы К. И. Малышева в области догмы русского коллизионного права. А. А. Пиленко, дал, опираясь на анализ наиболее спорных понятий общей части коллизионного права— публичного порядка и отсылки—опыт общей конструкции международного частного права [1]).

---

[1]) А. А. Пиленко, Очерки по систематике частного международного права, 1911: об этой книге см. И. А. Ивановский, Опыт новых построений в области частного международного права—Ж. М. Ю. 1911 г., № 9, 282--310; Л. И. Петражицкий, О старой школе и новых течениях в науке права — „Право" 1911 г, 2609—2619, 2694—2710, 2776, 2851—2865, 2906—2918, 2974—3000.

ГЛАВА III.

Строение коллизионной нормы.

ЛИТЕРАТУРА; Нольде, 483—487; Niemeyer, BGB, 10—18, 57—73; Habicht, 6—28, Walker, 17—23; 65—84, 230—241, Bar, 1, 149—300, М. И. Брун, Домициль в гражданском и в конфликтном праве, Ж. М. Ю. 1916 г., № 8. 70—123; № 9, 30—86.

---

1. Общий обзор составных частей коллизионной нормы.

Всякая норма международного частного права призвана определить пространственные пределы действия материально-правовой нормы того или иного правопорядка применительно к осложненному междугосударственным или междуобластным элементом правоотношению, другими словами, всякая норма международного частного права призвана ответить на вопрос какому из разноместных законов, имеющих основание быть примененными к спорному правоотношению, надлежит отдать предпочтение. В каждой коллизионной норме должно заключаться, таким образом, определенное „коллизионное" задание и ключ к его разрешению. Вчитываясь в любую норму международного частного права. мы без труда обнаружим в ней эти основные ее составные части. Для примера возьмем ст. 7 нашего Гражданского Процессуального Кодекса:

„При рассмотрении судом договоров и актов, совершенных за границей, принимаются во внимание законы, действующие в месте совершения договора или акта" ...

Здесь дается с одной стороны обозначение типических осложненных междугосударственным элементом правоотношений („договоры и акты, совершенные за границею"), а с другой указывается подлежащее применению право (законы места совершения договора или акта). Правоотношение как бы „прикрепляется", „привязывается" к определенному материальному правопорядку. Формул такого „прикрепления" или „привязки" существует несколько в зависимости от разнообразия междугосударственных или междуобластных элементов, могущих осложнить правоотношение. Основные прикрепительные или „уместнительные" формулы (в немецкой литературе Anknüpfungsbegriffe) таковы:

1. Личный закон лица, участвующего в правоотношении (lex personalis). Этим личным законом является либо закон национальный (lex patriae), либо закон местожительства (lex domicilii).

Пример. а) для национального закона—„Дееспособность лица определяется по законам того государства, к которому данное лицо принадлежит“ (ст. 7 германского вводного закона к гражданскому уложению).

б) для закона местожительства—„Права и обязанности супругов в области их личных отношений определяются по закону брачного местожительства“ (ст. 12 южно-американской кодификации 1889 г.).

2. Закон местонахождения вещи (Lex rei sitae).

Пример. „Недвижимые имущества, хотя бы они принадлежали иностранцам, подлежат французскому закону“ (ст. 3-я французского гражданского уложения).

3. Закон места совершения сделки (Lex loci actus).

Пример: При рассмотрении судом договоров и актов, совершенных за границей, принимаются во внимание законы, действующие в месте совершения договора или акта.... (ст. 7 Советского Гражданского Процессуального Кодекса).

4. Закон места исполнения сделки (Lex loci solutionis).

Пример: „Требования обсуждаются по законам того места, в котором они должны быть исполнены“ (§ 11 Саксонского Гражданского Уложения 1863 г.).

Всякая конфликтная норма может заключать в себе либо одну прикрепительную формулу либо две или несколько формул. Все только что приведенные примеры являлись примерами норм с одной формулой прикрепления. При сочетании в одной норме двух или нескольких формул прикрепления, этим формулам может быть дано либо равносильное, либо неравносильное значение. Равносильные формулы прикрепления делятся в свою очередь на факультативные и куммулятивные. При наличии в составе данной нормы факультативных формул, использование на выбор той или иной из них предоставляется свободному усмотрению участников правоотношения.

Пример. „Форма сделки обсуждается по тем законам, которым подчиняется составляющее содержание сделки правоотношение. Достаточно, однако, соблюдение закона места совершения сделки“ (ст. 11 герм. закона о введении в действие гражд. уложения).

При наличии в составе нормы формул куммулятивных, использованию подлежат при применении нормы все эти формулы совокупно.

Пример: „Супруги могут вчинить иск о разводе в том только случае, если закон национальный и закон места, где иск вчинен, оба допускают развод“ (ст. 1 Гаагской конвенции 1902 г. о разводе).

Наличие в составе нормы неравносильных формул прикрепления, одной из них обеспечивает основное, другой субсидиарное значение.

Пример: “Право и дееспособность лица определяется по закону того государства, подданным которого оно состоит. Дееспособность иностранца обсуждается по саксонским законам, поскольку дело идет об обязательстве из сделки, совершенной внутри государства“ (§§ 7 и 8 саксонского гражданского уложения 1863 г.).

По своему содержанию конфликтные нормы делятся на всеобщие, односторонние и неполные двусторонние.

Законодатель может установить конфлинтную норму общего содержания, т. е. призванную охватить определенную группу правоотношений независимо от конкретного участия в них тех или иных национальных элементов. Примером такой „всеобщей“ нормы может служит хотя бы приведенная выше ст. 7 Германского закона о введении в действие гражданского уложения: „Дееспособность лица определяется по законам того государства, к которому данное лицо принадлежит“.

Законодатель может построить, однако, свою норму и более тесно, может затронуть группу правоотношений, с конкретным содержанием национальных элементов, обходя молчанием все аналогичные правоотношения с иными национальными привязками. Если законодатель определяет пространственные пределы действия своего материального права, не затрагивая своим определением материальное право других государств, мы имеем налицо одностороннюю конфликтную норму [1]). Примером такой односторонней конфликтной нормы может служить ст. 3 абз. 3 Code civil: „Законы, касающиеся состояния и способности лица, управляют французами, даже пребывающими заграницей“ [2]).

Если законодатель определяет пространственные пределы действия не только своих национальных норм, но и пределы применения некоторых иностранных законов,—некоторых, но не всех,—налицо неполная двусторонняя норма. Примером ее является ст. 13 абз. 1 Герм. закона о введении в действие гражданского уложения: „Вступление в брак, поскольку хотя бы один из обрученных является немцем, обсуждается по отношению к каждому обрученному по законам государства, к которому он принадлежит. То же самое действует в отношении иностранцев, вступающих в брак в пределах Империи“.

Закон говорит только об иностранцах, вступающих в брак в пределах Германской Империи, и хранит полное молчание о браке иностранцев за границей.

2. Прикрепительные формулы, в частности закон национальный и закон местожительства.

Прикрепительная формула привязывает осложненное междугосударственным или междуобластным элементом правоотношение к тому или иному комплексу норм материального гражданского права. Выше я перечислил основные категории прикрепительных формул—это закон личный, подразделяющийся на закон национальный и закон местожительства, закон места нахождения вещи, закон места совершения сделки, закон места ее исполнения. В дальнейшем изложении мне придется

---

1) Помимо термина „односторонние коллизионные нормы“, предложенного Нимейером, в литературе намечались для подлежащих норм и другие термины, как—„индивидуальные коллизионные нормы“ (Цительман), „нормы применения“ (Anwendungsnormen или Ausdehnungsnormen—Кан) А. А. Пиленко говорит в этом случае об об'емных нормах, считая коллизионными только нормы, разграничивающие два правопорядка, а не определяющие пределы применения одного из них.

2) Пространственные пределы действия норм публичного права определяются всегда односторонними коллизионными нормами (об'емными нормами).

указывать на пределы применения каждой из этих формул в положительном праве и в теории для каждой из основных областей гражданского права. Сейчас мне надлежит остановиться лишь на одной из этих формул, а именно на личном законе участника правоотношения, так как формула эта вызывает ряд общих размышлений. Личный закон участника правоотношения требует дальнейшего уточнения, так как им может быть и закон национальный и закон местожительства [1]). Личному закону принадлежат в коллизионном праве весьма широкие пределы применения; общая дееспособность, брачное, семейное, опекунское, наследственное право, а иногда и право обязательственное, в основных своих началах обсуждаются обычно по личному закону участников подлежащих правоотношений. Какому же из двух вариантов последнего надлежит отдать предпочтение?

Положительное право разрешает вопрос как в ту, так и в другую сторону. Англо-американское и отчасти швейцарское коллизионное право принимают вариант закона местожительства, этот же вариант до самого конца XIX в. был общим местом в германском праве. Закон о введении в действие германского гражданского уложения был построен, однако, на принципе действия в области личных правоотношений закона национального. Тем самым и германское коллизионное право было приобщено к господствующему в пределах государств континентальной Европы принципу действия национального закона, впервые формулированному, как выше уже упоминалось, в ст. 3 кодекса Наполеона. Следует отметить, что провозглашение принципа действия национального закона в положительном праве крупных государств континентальной Европы, обычно сопутствовало отказу от партикуляризма гражданских законодательств, опять таки связанному с политическим об'единением. Ст. 3 кодекса Наполеона появилась во французском положительном праве после того, как революция покончила с пестротой местных источников гражданского права и создала, не только в плоскости публичного, но и в плоскости частного права, „единую и нераздельную" Францию. Итальянское уложение 1865 г., также всецело построенное на принципе действия национального закона, хронологически примыкает к политическому об'единению Италии. Германское гражданское уложение 1896 г., ставшее возможным после создания единой Германской Империи, опять таки пришло на смену партикуляризму местных законодательств. Итак, принцип действия национального закона, господствующий на континенте Европы, исторически связан с об'единением в пределах достигнутого публично-правового единства и норм права частного. Этого единства гражданского законодательства нет в пределах действия англо-американского права, не было до сравнительно недавнего времени и в пределах действия права швейцарского. А это

[1]) Эти два варианта личного закона присущи современному праву, которое не знает промежуточных стадий между публично-правовой принадлежностью к государству и частно-правовым домицилем: такие промежуточные стадии публично-правовой принадлежности к территориальным подразделениям государства или имевшим опять таки территориальные привязки сословным организациям хорошо известны истории права.

как раз область действия, в качестве коллизионной привязки, закона местожительства.

Обычно в литературе вопрос о преимуществах того или другого варианта личного закона обсуждается с привлечением соображений принципиальных или утилитарных, независимо от исторической перспективы.

В пользу закона местожительства, сверх принципиальных соображений о желательности в основу разрешения коллизий гражданских законов полагать частно-правовую категорию местожительства, а не публично-правовую категорию подданства, выдвигают обычно ряд утилитарных доводов: принцип закона местожительства значительно сокращает число случаев применения местными судами иностранного права (существенное соображение в особенности для стран с развитой иммиграцией); местожительство является центром хозяйственной деятельности лица, оно, в отличие от подданства, легко распознаваемо (свойство очень ценное в периоды, когда процесс образования ряда новых государств и видоизменения старых естественно стирает нормальную четкость подданства).

В пользу закона национального можно привести, однако, не менее, а, на мой взгляд, и более, веские доводы. Связь подданства (гражданства) является бесспорно более прочной связью, чем связь местожительства. Между тем нельзя отрицать большого значения прочности обсуждения любого правоотношения, относящегося к области личных прав, на основании какого-нибудь одного законодательства. Прочность эта недостижима при вполне естественной для развитого гражданского оборота смене местожительств и, следовательно, смене компетентных для обсуждения личных правоотношений законов. Это соображение, независимо от всех доводов крайних представителей романской школы, связывающих частное право с географическими, климатическими и пр. условиями и на этом основании требующих, чтобы право подданного каждого данного государства следовало за ним повсюду, заставляет высказаться в пользу принципа действия закона национального.

Национальный закон—формула прикрепления наиболее желательная с право-политической точки зрения при разрешении коллизий междугосударственных—не может быть использован при разрешении коллизий междуобластных: при единстве национального закона участников правоотношения, осложненного междуобластным элементом, приходится искать для определения компетентного законодательства иной прикрепительной формулы. Такой прикрепительной формулой может быть только второй вариант личного закона, т. е. закон местожительства участника правоотношения [1]). Этой прикрепительной формулой и пользуются обычно при разрешении междуобластных коллизий. В частности польский проект, построенный на принципе национального закона при разрешении междугосударственных коллизий, разрешение коллизий между-

---

[1]) В истории права опять таки могли быть использованы промежуточные между подданством и местожительством стадии публично-правовой связи лица с территорией

областных в области личных правоотношений подчиняет закону местожительства их участников. Таким образом, дееспособность поляка, имеющего местожительство в пределах бывшей австрийской Польши, будет обсуждаться по австрийскому уложению, та же дееспособность поляка, живущего в пределах б. Царства Польского — по кодексу Наполеона.

Наличие государств с несколькими гражданскими кодексами ставит на очередь и другой вопрос: если полагать в основу разрешений междугосударственных коллизий национальный закон участника правоотношения, то какой из нескольких действующих в пределах одного и того же государства кодексов считать этим национальным законом? Ведь для современного поляка национальным законом является пять уложений: на котором из них остановиться, скажем, германскому суду, определяющему дееспособность польского гражданина и обращающегося, в силу ст. 7 закона о введении в действие гражд. уложения, к его национальному закону? На этот вопрос дается обычно такой ответ. В случае наличия нескольких национальных уложений, выбор одного из них определяется местожительством лица, о котором идет речь, в пределах его отечественного государства, если такого местожительства нет, то — его последним там местожительством, а если таковое определено быть не может, то применяется кодекс, действующий в столичном городе его отечественного государства.

Все разноречия относительно достоинств и недостатков обоих вариантов личного закона представляют меньший практический интерес для изучающего действующее советское коллизионное право. Основные особенности советского законодательства приводят к утверждению в коллизионной плоскости начала строгой его территориальности с теми лишь из'ятиями, которые устанавливаются договорным путем. Но в тех пределах, в которых заключенные Советской Россией международные соглашения требуют применения личного закона участника правоотношения, этим личным законом является его национальный закон, а не закон местожительства. Точно также именно национальный закон сопутствует советским гражданам заграницу при обсуждении тех их личных правоотношений, которые подлежат обсуждению по личному закону.

Глава IV.

Отсылка.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 487—491; Пиленко, 219—302; Мандельштам, I, 230—238; Bar, I, 278—281; Walker, 214—229; Bar, Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht-Zeitschrift, VIII (1898), 177—188; Kahn, Gesetzeskollisionen—Ihering's Jahrbücher, Bd. XXX (1891), 9—34; Kahn, Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht—Ihering's Jahrbücher, Bd. XXXVI (1896), 366—408; L. Ennecerus, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. I, Abt. I, 1911, 139—142; E. Bartin, Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé, Theories du renvoi—Etudes de droit international privé 1899, 83—187; Lainé, La théorie du renvoi en droit international privé—Revue, 2 (1906), 605—643; 3 (1907), 43—72. 313—339, 661—674; 4 (1908), 729—758; 5 (1909), 12—40; Valery, 604—616; Bate. Notes on the doctrine of renvoi, 1904; E. Lorenzen, La Théorie du renvoi dans la jurisprudence anglo-américaine—Journal, 1911, 5—23; Otto Wellmann, Ein Beitrag zur Frage der Rückverweisung im heutigen deutschen bürgerlichen Recht (Inaugural—Dissertation), 1906; L. Beer, Die Verweisung. Eine Kritische Studie zum internationalen Privatrecht—Festschrift für Ernst Zitelmann. 1913; E. Potu, La question du renvoi en droit international privé, 1913; P. Arminjon *, Le renvoi—Revue (1922—1923) 365 suiv.

Тексты положительного права: Neumann, 156—158.

Комментарий к тексту Гаагской конвенции о браке—Meili und Mamelok, 92—96

---

1. Поскольку коллизионная норма предписывает применение иностранного права, и теории, и практике приходится ответить на вопрос, в каком об'еме это право должно быть применено: подлежит ли применению только материально-правовая норма указанного иностранного правопорядка или весь этот правопорядок в целом, т. е. включая и его коллизионные нормы. Тот или иной ответ на этот вопрос приводит на практике к существенно различным последствиям. Возьмем для примера такой случай. В итальянском суде подлежит разрешению вопрос о дееспособности датчанина 23 лет, имеющего местожительство в Италии. Ст. 6 итальянского кодекса 1865 г. предписывает разрешать

вопрос о дееспособности лица по его национальному закону. Следовательно, в данном случае, по закону датскому. По датскому праву совершеннолетие наступает с достижением 25-летнего возраста. Поэтому, применив к данному казусу норму датского материального права, мы должны будем разрешить вопрос о дееспособности не достигшего 25-летнего возраста датчанина в Италии отрицательно. Если же мы под датским национальным законом будем понимать не только норму права материального, но и права коллизионного, то, обратившись к последнему, мы убедимся, что датская коллизионная норма предписывает дееспособность лица обсуждать по закону его местожительства, каковым законом в данном случае является закон итальянский. Применив датскую коллизионную норму, мы должны будем, следовательно, положить в основу нашего решения норму итальянского материального права, устанавливающего совершеннолетие в 21 год, т. е. признать проживающего в Италии датчанина 23 лет от роду дееспособным. Следовательно, в приведенном казусе итальянский закон „отсылает" к закону датскому, а датский закон — обратно, к закону итальянскому, и, в зависимости от того, примем мы или нет эту „отсылку", мы придем к тому или иному разрешению казуса.

Проблема отсылки — проблема сравнительно новая. Судебная практика натолкнулась на нее в середине XIX ст. (впервые в Англии в 1841 г.), теория стала ею усердно заниматься лишь начиная с 80-х годов этого столетия. Сущность проблемы я уже наметил: дело идет об ответе на вопрос, следует ли под иностранной нормой, на которую указывает отечественная коллизионная норма, понимать только норму материального права или, кроме материальной нормы, и норму коллизионную. Укажу, не откладывая, что иностранная коллизионная норма может, в свою очередь, указывать на отечественную норму судьи или же на норму какого-нибудь третьего государства. В первом случае говорят об „обратной отсылке" (Ruckverweisung), во втором об „отсылке к третьему закону" (Weiterverweisung) [1]).

Как явствует из самой формулировки проблемы „отсылки", обсуждение ее может идти лишь в плоскости обоснования ее принятия или отклонения. Теоретики и делятся соответственно на два лагеря, в ту и другую сторону дает свой ответ и судебная практика. Что же касается законодательных текстов—первоисточников при догматическом изучении вопроса, то число их чрезвычайно невелико и разрешают они проблему отсылки не во всем ее об'еме, а лишь применительно к тесно ограниченным областям материального правопорядка. При таком положении вещей необходимо начать с рассмотрения теоретических доводов сторонников и противников отсылки.

---

[1]) Примером обратной отсылки может служить казус, приведенный уже выше. итальянский закон отсылает к закону датскому, датский закон — обратно, к закону итальянскому. Примером отсылки к третьему закону может служить хотя бы такой казус: обсуждается вопрос о судьбе недвижимой собственности, находящейся в Австрии, после умершего в Германии француза. Германский закон отсылает к национальному закону наследодателя, т. е. к закону французскому, французский же закон к закону места нахождения недвижимости, т. е. к закону австрийскому.

Число противников отсылки значительно превышает число ее принципиальных защитников. Одним из таких защитников является Бар, кстати сказать, едва ли не первый в немецкой литературе поставивший проблему отсылки в плоскость теоретического ее обсуждения. Доводы Бара сводятся к следующему. Коллизионные нормы устанавливают пространственные пределы действия норм материального права. Ни одно государство не может навязать применения материально-правовой нормы другого государства против воли последнего, потому что ни одно государство не может наделить другое компетенцией, которой это другое наделено быть не желает. Применяя рассуждения Бара к тому школьному примеру, с которого я начал изложение основных начал учения об отсылке, мы получим следующее. Датская материальная норма не может быть применена при обсуждении вопроса о дееспособности проживающего в Италии датчанина, потому что датская коллизионная норма не желает ее применения по адресу лиц, имевших местожительство заграницей. Мы не можем навязывать датской норме материального права того об'ема применения, в котором ей отказывает датская же норма коллизионного права, мы должны предоставить датскому праву самому определять пространственные пределы своего применения.

В круге идей Бара вращается и Эннекцерус, утверждая, что всякое указание на иностранное право, не заключающее в себе специальной оговорки об иностранном материальном праве, должно пониматься, как указание на иностранное право в целом, т. е. включая право коллизионное. Нельзя разрывать материальное и коллизионное право: обе категории норм составляют одно нераздельное целое, потому что коллизионное право лишь дополняет право материальное, низводя общие формулы последнего к их подлинному, отграниченному в пространстве содержанию. При таких исходных положениях можно придти только к принципиальному приятию отсылки.

Исходным тезисам защитников отсылки противники ее противопоставляют ряд иных соображений.

Прежде всего отмечается один логический дефект в рассуждениях сторонников отсылки. Отчего, приняв отсылку, т. е. применив иностранную коллизионную норму, они останавливаются на материальной норме указанного ею права, а не применяют это право последовательно, опять таки во всем его об'еме, включая норму коллизионную. Применив последнюю, мы, в случае обратной отсылки, вернулись бы вторично к исходному положению вещей, а затем возвращались бы к нему в третий, четвертый, пятый и т. д. раз до безконечности: при ссылке коллизионной нормы А на право Б, а коллизионной нормы Б на право А нет момента для логически обоснованной остановки на материальных нормах А или Б. Кан говорит в этом случае о логическом „кабинете зеркал“ (Spiegelkabinett), англичане вспоминают игру в лаун-теннис. При отсылке к третьему закону, возможна дальнейшая переотсылка к четвертому, пятому и т. д. закону, и, если один из этих законов совпадает с одним из предыдущих, на лицо окажется снова заколдованный круг—логически безисходный.

Решающее значение при обсуждении проблемы отсылки должны, однако, иметь не эти критические доводы, а внимательный анализ самого существа вопроса в тесной связи с основными принципами коллизионного права. В самом деле, что означает указание коллизионной нормы на подчинение данного осложненного международным элементом правоотношения иностранному праву? Означает, что правоотношение это теснее связано с иностранным правопорядком, чем с правопорядком отечественным. Если, например, коллизионная норма предписывает обсуждать вопрос о дееспособности лица по его национальному закону, то это значит, что она признает этот национальный закон лучше всякого другого способным определить. когда лицо становится дееспособным. Что при этом отечественная коллизионная норма имеет в виду иностранную норму материального права подтверждается такими доводами (привожу их в отчетливой формулировке Б. Э. Нольде): „дело совсем не в том, что данная система права умывает, так сказать, руки и отдает весь вопрос на суд чужого государства, а в том, что данная система считает наилучшим, с точки зрения своего понимания международного частного права, решение, которое дается более близкой к данному правоотношению иностранной материальной нормою". При такой постановке вопроса, конечно, совершенно безразлично, отказывается ли иностранное право обсуждать данное правоотношение или нет.

Мне пришлось уже упомянуть, что в настоящее время подавляющее большинство представителей науки международного частного права относятся к отсылке отрицательно. Менее устойчива в этом отношении судебная практика. Прежде чем дать ее характеристику, я остановлюсь на законодательных текстах, с которыми ей приходится оперировать.

2. Законодательных текстов, посвященных отсылке, очень немного, причем, поскольку они существуют, они направлены не к отрицанию, а, наоборот к утверждению отсылки.

Законодательное утверждение отсылки мы находим в швейцарском праве, притом как в праве кантональном (некоторых кантонов), так и в праве федеральном. Согласно федеральному закону 25 июня 1891 г., домицилированные заграницей швейцарцы подчинены в своих личных, семейных и наследственных правоотношениях закону местожительства, но если последний отклоняет от себя эту компентенцию—своему национальному закону (кантональному). Таким образом швейцарский закон применяет отсылку закона местожительства швейцарских граждан к их национальному закону (поскольку эта отсылка является отсылкой к последнему),

В известных пределах принимается отсылка и германским коллизионным правом: ст. 27 закона о введении в действие гражданского уложения гласит: „Если согласно праву иностранного государства, законы которого признаются компентентными согласно ст. 7 абз. I, ст. 13 абз. 1, ст. 15 абз. 2. ст. 17 абз. 1 и ст. 25, должны быть применены германские законы, то законы эти и подлежат применению". Перечисленными статьями разрешаются в плоскости колизионного права вопросы о дееспособности, о внутренних условиях вступления в брак,

об имущественных отношениях супругов, о разводе и о наследовании иностранцев, проживающих в Германии. Во всех этих случаях германское коллизионное право признает компентентным национальный закон участника или участников правоотношения. Смысл ст. 27 закона о введении в действие гражданского уложения сводится, следовательно, к принятию отсылки от подлежащего национального закона к закону германскому. Германский законодатель соглашается принять во внимание все иностранные коллизионные нормы, считающие личным законом участника правоотношения закон его местожительства, а не его национальный закон, поскольку это местожительство находится в Германии.

Таков об'ем допускаемой отдельными национальными законодательствами отсылки [1]).

Последняя нашла себе, однако, признание и в договорном коллизионном праве. Гаагская конвенция 1902 г. о браке (ст. 1) подчиняет обсуждение внутренних условий брака национальному закону каждого из будущих супругов „поскольку этот закон не отсылает определенно к другому закону". Эта оговорка, приемлющая отсылку, была сделана во внимание к указанию швейцарских делегатов на постановление швейцарского права. В пределах круга государств, первоначальных участников конвенции 1902 г, вопрос об отсылке, действительно только и мог возникнуть в отношении швейцарских граждан, потому, что только швейцарское коллизионное право освящало принциц домицилия. Оговорка об отсылке в конвенции 1902 г. мыслилась поэтому, как специально „швейцарская" оговорка. Но формулировку она получила общую: тем самым усилилось ее принципиальное значение.

3. Что касается судебной практики, то она, подобно теории, дает решения как в пользу, так и против отсылки. Впервые с проблемой отсылки столкнулись в Англии. Кентерберийский суд в 1841 г. призван был разрешить следующее дело: английский подданный, проживавший в Бельгии, составил духовное завещание по форме, отвечающей английскому закону. Английское же коллизионное право подчиняет завещание закону местожительства завещателя, в данном случае—закону бельгийскому. Завещание, тем не менее, признано было законным во внимание к тому, что бельгийское право подчиняет завещание не закону местожительства, а национальному закону завещателя (в данном случае—закон английский). Таким образом, обратная отсылка бельгийского права, компентентного с точки зрения английского коллизионного права, к праву английскому, компетентному с точки зрения бельгийского коллизонного права, была английским судьей принята. С тех пор принятие отсылки явилось прочной традицией английской судебной практики. Напротив, континентальная практика в вопросе об отсылке проявила большие колебания.

Во Франции вопрос об отсылке поставлен был судом впервые в 1875 г. (дело Форго). В Париже умер проживавший там в течение

[1]) Помимо швейцарского и германского права отсылку принимают—венгерский закон о браке 1894 г. (ст. 108) и японский закон 15 июня 1898 г. Принимает отсылку и польский проект 1921 г. (ст. 36).

нескольких лет баварский подданный. По французскому праву вопрос о наследовании после него подлежал обсуждению по баварскому закону, как национальному закону наследодателя. По баварскому же праву наследование должно определяться по закону последнего местожительства наследодателя. Французский суд решил, что применить баварский закон можно только путем применения закона французского, другими словами отсылку принял. За решением по делу Форго последовал целый ряд решений, точно также высказавшихся в пользу отсылки. С другой стороны в той же французской судебной практике можно отметить на всем протяжении конца XIX и начала XX в. ряд решений, отсылку отвергавших. Точно также неоднообразна в вопросе об отсылке и германская судебная практика. Можно привести ряд решений германских судов, как в пользу отсылки, так и против нее [1]).

---

[1]) Из решений имперского суда обратило на себя внимание решение 15-го февраля 1912 г. в пользу отсылки, первое, со времени введения в действие нового гражданского уложения, решение, принципиально это принятие обосновывающее. „Имперский суд", читаем мы в этом решении, „высказывает без всяких колебаний, что германский судья, когда он вообще призывается применить иностранное право, должен применять это право во всем его об'еме, т. е. не только его материально-правовые нормы, но и коллизионные предписания". Такое решение, воспроизводящее точку зрения защитников отсылки, надо думать, через посредство Эннекцеруса, опять-таки коренным образом расходится, как можно убедиться из всего вышеизложенного, с построениями большинства германских теоретиков коллизионного права.

Глава V.

Оговорка о неприменении чужого права („Публичный порядок").

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 491—494; М. И. Брун, Публичный порядок в международном частном праве—Ж. М. Ю. 1916 г. № 1, 53—103; № 2, 47—91; Пиленко, 59—218; Savigny, VIII, 32—39; Bar, I, 127—132; Zitelmann, I, 317—380; Walker, 241—273; F. Kahn, Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht, I, Die Lehre vom ordre public—Ihering's Jahrbücher, 39 (1899), 112; Fink, Die Prinzipien der internationalen Privatrechts und die Vorbehaltsklausel. Zeitschrift, XXIV (1914), Abt. II, 138—179; Pillet, Principes du droit international privé, 1903, 367—428; Bartin, Les dispositions d'ordre public в Etudes de droit international privé, p. 189—284; Valéry, 566—583; Laurent, VIII, Laghi, Il diritto internazionale privato nei suoi rapporti colle leggi territoriali, I; Rapisardi-Mirabelli, L'ordine publico nel diritto internazionale, 1908; Th. Niemeyer, B. G. B., 93—109; Habicht, 232—245.

Тексты положительного права: Neumann, 160—164.

---

1. Норма коллизионного права указывает какой из разноместных гражданских законов должен быть применен для обсуждения осложненного международным элементом правоотношения. Этим законом может быть либо отечественный закон судьи, либо закон иностранный. Возникает вопрос—всякий ли иностранный закон может быть применен судьей согласно коллизионной норме или нет. На этот вопрос и законодательные тексты и доктрина дают единодушный ответ — нет, не всякий: иностранный закон, противоречащий отечественному „публичному порядку", не может быть применен, хотя-бы применение его и вытекало из формулированной отвлеченно коллизионной нормы. На этом, однако, единодушие и обрывается: определение об'ема понятия „публичный порядок" представляет собой одну из самых сложных проблем конфликтной науки и судебной практики.

Для уяснения существа, подлежащего нашему рассмотрению вопроса, полезно в первую очередь познакомиться с относящимися до „публичного порядка" законодательными текстами.

Ст. 30 закона о введении в действие германского гражданского уложения гласит: „Применение иностранного закона исключается, если оно противоречило бы добрым нравам или цели германского закона".

Многоречивее формула итальянского права (ст. 12 введения к итальянскому гражданскому кодексу): „Несмотря на постановления предшествующих статей (нормы коллизионного права), ни в коем случае законы, акты и распоряжения иностранных государств и частные распоряжения и сделки не должны противоречить действию запретительных законов королевства, касающихся лиц, имуществ и актов, а равно законов, касающихся, каким бы то ни было образом, общественного порядка и добрых нравов" [1]).

В действующем советском коллизионном праве оговорка о „публичном порядке" выражена в казуистической форме: украинское и белорусское „Положения об иностранцах" заключают в себе следующую норму—„Сделки и акты, совершенные иностранцами между собой и с украинскими (белорусскими) гражданами, обсуждаются со стороны их формы и условий совершения по законам места их совершения, содержание же этих актов и сделок признается законным и исполнение по ним допускается на территории УССР (БССР), постольку, поскольку таковое не запрещено законами УССР (БССР)" (§ 8 укр. и § 17 п. г. белорусс. Положения).

Выраженная в приведенных законодательных текстах мысль, в общей формулировке не встречающая разноречий в науке коллизионного права, при заполнении ее конкретным содержанием, дает широкий простор для самых резких расхождений. В самом деле, как уточнить такие растяжимые понятия, как „общественный порядок", „добрые нравы", какие руководящие указания дать судье для применения этих понятий к реальным жизненным отношениям?

Настоятельность в разрешении этого вопроса станет особенно убедительной, если мы познакомимся с тем, как пользуется „публичным порядком" судебная практика. Оговоркой этой она пользуется постоянно, пользуется в текущей повседневной работе, а не в единичных, исключительных случаях. Под формулу „публичного порядка" подводятся судебными решениями, в зависимости от обстановки конкретного случая, какие угодно правовые нормы — нормы о защите владения, о соседском праве, о форме духовных завещаний, о наследовании в недвижимостях, нормы, определяющие имущественные отношения супругов, нормы конкурсного права. „Публичный порядок" оказывается способным втянуть в себя, при наличии тех или иных предпосылок, любую норму любой отрасли гражданского правопорядка.

---

[1]) Законодательную формулировку оговорки о публичном порядке можно найти, кроме приведенных текстов германского и итальянского права, в Аргентинском гражданском уложении 1871 г. (ст 14, где говорится о публичном и уголовном праве, государственной религии, веротерпимости, морали и добрых нравах, о духе законодательства"), в испанском кодексе 1889 г (ст. II, где говорится о публичном порядке и добрых нравах") и еще в нескольких законодательных актах. Польский проект 1921 г. заключает в себе следующую статью (ст. 38): Применение норм иностранного государства не имеет места, если они противоречат действующему в Польше публичному правопорядку или добрым нравам"

Особенное значение приобретает формула публичного порядка тогда, когда гражданский оборот охватывает законодательства, построенные на совершенно различных основаниях: так, коренное отличие социальных основ действующего советского права от законодательных систем западно-европейских неизбежно приводит к постановке вопроса, совместимо ли с местным „публичным порядком" применение советскими судами иностранного права и обратно—иностранными судами советского права. В Германии, возобновившей, как известно, дипломатические сношения с Советской Россией еще по Рапалльскому договору 16 апреля 1922 г., признавалось несовместимым с отечественным публичным порядком применение советского декрета об отмене наследования [1]). В Советской России отмечавшееся уже мной начало строгой территориальности советского законодательства тесно связано с тем же представлением о „публичном порядке", устраняющем возможность применения иностранной нормы вместо нормы советской, пусть нормы права гражданского, но, тем не менее, органически связанной со всем публично-правовым строем Советской Республики.

Итак, значение оговорки о неприменении в известных случаях нормы чужого права на практике весьма велико.

Тем значительнее лежащая на доктрине задача—уточнить понятие публичного порядка.

2. Первым из теоретиков, подошедших к проблеме публичного порядка, был Савиньи.

Савиньи учит, что нормы публичного порядка — это те нормы отечественного права, которые, по исключению, вопреки коллизионным правилам, не уступают места иностранным нормам, те нормы, которые применяются судьей во всяком случае. Эти нормы сводятся Савиньи к двум группам: 1) первую составляют законы строго принудительного характера, которые, в силу этой принудительности своей, неспособны к свободному обращению, независимо от границ отдельных государств; 2) вторую—правовые институты чужого государства, неизвестные отечественному праву и, в силу этого, неподлежащие в отечественном суде правовой защите.

Законы первой группы, т. е. законы строго принудительного характера, покоятся, по мысли Савиньи, либо на нравственных основаниях (например, закон, запрещающий полигамию), либо на основаниях общественного блага (Савиньи в качестве примера приводит закон, запрещающий евреям приобретать недвижимую собственность). В качестве примеров, призванных пояснить представление Савиньи о законах публичного порядка второй группы, т. е. правовых институтов, чуждых отечественному правопорядку, им приводятся—институт гражданской смерти, известный французскому праву и неизвестный германскому, затем институт рабства, неизвестный всем государствам культурного мира (в данном случае, помимо признака неизвестности института отечественному праву, имеется налицо и признак его безнравствен-

---

[1]) См Freund, La révolution bolchévique et le statut juridique des Russes. Le point de vue de la jurisprudence allemande—Journal, t 51 (1924), p. 60.

ности). Пояснив свое представление о нормах публичного порядка, Савиньи подчеркивает, что нормы эти—нормы исключительные, нарушающие нормальный порядок применения иностранного закона. Он высказывает надежду, что эти исключительные случаи в дальнейшем процессе правового развития народов будут постепенно сокращаться.

3. Совершенно иную постановку приобрело учение о публичном порядке в романской литературе коллизионного права. Тут уже ordre public—не аномалия, а необходимая составная часть совершенно нормального порядка вещей. Формулировку этого типа мы находим уже у ранних представителей романской школы XIX столетия. Основным для всей школы принципом коллизионного правопорядка является, как известно, принцип действия национального закона участников правоотношения. Во всех же случаях, когда приходится отказываться от применения этого принципа, романская школа говорит о „публичном порядке". Эту область неприменения национального закона участников правоотношения называют различно, но относительно основного ее ядра разномыслий по существу нет. Говорили и говорят о „правах суверенитета и политической независимости" (Манчини), о „публичном праве", к которому относится целый ряд конкретно перечислявшихся категорий правопорядка (Эсперсон), говорят о „социальном праве", т. е. о законах, касающихся прав общества (Лоран), о „законах социальной гарантии" (Пилье), о „законах, призванных охранять государство и общество" (Валери). Все это термины чрезвычайно широкие, естественно требующие заполнения их более конкретным содержанием. Попыток наметить это содержание в литературе чрезвычайно много. Распадаются они на две основные группы: одни авторы стремятся дать исчерпывающий перечень законов публичного порядка, другие—дать общую формулу, которая позволила бы конкретно раскрыть их об'ем. Однако, всяческие попытки перечисления законов публичного порядка неизменно приводили лишь к замене одной неопределенной формулы несколькими, не более вразумительными [1]).

Не более успешны попытки расшифровать содержание законов публичного порядка какой-либо общей формулой: обычно, этой общей формулой является указание на заинтересованность государства в исключительном действии данного закона, заинтересованность, не допускающую вытеснения его законом иностранным. Притом у одних авторов —это все законы, имеющие своим содержанием интересы государства

---

[1]) Для примера можно указать на построения Лаги. Автор этот делит все законы публичного порядка на пять классов: первые два класса составляют законы публичного права, в частности, помимо законов публичного права в техническом смысле, законы полицейские, уголовные и процессуальные, три остальных класса —законы частного права, которые в свою очередь подразделяются на 1) законы частного права, касающиеся общего интереса государства, 2) охраняющие добрые нравы и 3) запретительные. Несовершенства такого перечня бросаются в глаза: если вскрыть все классификационные погрешности (разве охранение добрых нравов не касается общего интереса государства, т. е., другими словами, разве не совпадают у Лаги классификационные признаки первой и второй группы гражданских законов?) все подразделения нашего автора окажутся сведенными к формулам, нисколько не более ясным, чем те, которые они призваны раскрыть.

в отличие от интересов индивидов, у других—это законы, имеющие своим предметом не все, а особо квалифицированные государственные интересы. По существу все эти попытки обречены на полнейшую бесплодность, поскольку бесплодны все разграничения законов по предмету защищаемых ими интересов: разве любая норма гражданского права не выполняет своей государственной функции и тем не преследует государственный интерес?

Неутешительность результата всех этих попыток вскрыть конкретное содержание „публичного порядка" привела некоторых исследователей к пессимистическому выводу о неуловимости этого содержания вне конкретной обстановки индивидуального казуса. Отсюда—дальнейший вывод о том, что дать формуле публичного порядка конкретное содержание может только судья.

На таком выводе работа научной мысли, конечно, остановиться не могла: даже примыкая к заключению об исключительной компетентности судьи в деле расшифровки формулы публичного порядка, научная литература должна была дать ему какие то более осязательные руководящие указания.

4. Это углубление теоретической разработки проблемы публичного порядка действительно продолжалось. Работа эта шла главным образом в германской литературе и своим идейным родоначальником имела все того же Савиньи. Напомню, что в учении Савиньи нормы публичного порядка являлись нормами исключительными, не подчиняющимися установленным в качестве общего правила коллизионным положениям. Вот эта исключительность их и явилась одним из отправных пунктов для разрешения проблемы публичного порядка.

Исключительный характер норм публичного порядка не дает еще, однако, материала для дальнейшего выяснения их природы и определения пределов их применения. Нужно было отыскать какой-то новый подход. Он и наметился в германской литературе второй половины XIX ст.

Осознав бесплодность попыток определить раз навсегда „публичный порядок" исключительно по признаку содержания подлежащих норм, научная мысль стала искать какого-нибудь дополнительного признака и нашла его в степени „привязанности" подлежащего правоотношения к территории творящего суд судьи. Бар впервые передвинул вопрос именно в эту плоскость еще в первом издании своего курса, т. е. в 1862 г. Он подчеркнул, что в проблеме публичного порядка решающим моментом должно явиться не содержание иностранного закона или правового притязания, а содействие к их осуществлению на территории судьи. Судья не должен непосредственно содействовать осуществлению правовой нормы или притязания, которые являются для его отечественного правопорядка абсолютно неприемлемыми. Но ничто не может помешать ему считаться с этой нормой или этим притязанием как с фактом преюдициальным [1]).

---

[1]) Пример: в Германии не допускается полигамия: из этого не следует, что германские суды обязаны не признать правомерности притязания, происшедшего от

Мысль Бара была практически чрезвычайно плодотворной. Нужно было, однако, дополнить его теорию в одном отношении: нужно было дать формальный критерий для решения вопроса, в каких случаях допускается ссылка на противоречащую публичному порядку судьи норму, как содержащую преюдициальный факт, в каких нет. Признак „непосредственного осуществления" притязания органами местной власти не всегда сам по себе ясен и бесспорен. Отысканием этого критерия занялся Цительман.

Решающим моментом в его построениях является момент „отношения" иностранной нормы к территории судьи, т. е. опять-таки момент привязки. Цительман не ограничивается, однако, общей формулой, а дает тонко разработанную схему случаев применения „защитной оговорки" (Vorbehaltsklausel) в зависимости от момента возникновения привязки к отечественной теории судьи

Но этот элемент привязки не является для Цительмана единственно существенным: помимо привязки к территории судьи важно содержание иностранной нормы или правоотношения, важно, чтобы содержание это с точки зрения местного правопорядка было, по выражению Цительмана, безнравственным.

Дальше идет в этом отношении Кан, к которому в русской литературе всецело примыкает Брун. Для Кана в проблеме публичного порядка содержание иностранной нормы совершенно не имеет значения, все дело сводится к привязке ее к территории судьи: „запретительные законы— говорит Кан, применяются не абсолютно, не исключительно, а лишь при наличии определенных привязок". Кан считается с тем, что имеются законы, которые применяются во всяком случае, которые всегда вытесняют применение иностранного закона—как-то законы о безнравственных обязательствах, о запрещении игры: об'ясняется, однако, по мнению Кана, исключительность их применения не каким-либо свойством, в них самих лежащим, а интенсивностью их привязки к местному суду, —требуемым от судьи понуждением к исполнению.

Весь вопрос сводится, однако, к тому, почему в одних случаях понуждение к исполнению допустимо лишь при применении норм отечественного правопорядка судьи, в других допускается понуждение к исполнению решений, вынесенных с применением норм иностранных. Почему при обсуждении иностранного брачного правоотношения моногамического допускается и при наличии привязки к территории судьи применение иностранной нормы, а при обсуждении правоотношения полигамического такое применение не допускается? Ясно, что для применения нормы публичного порядка необходимо учитывать оба момента —и ее содержание, и ее привязку к территории судьи.

полигамного брака турка, на находящуюся в пределах германской территории часть открывшегося в его пользу наследства. Вопрос о признании полигамного брака в данном случае является вопросом преюдициальным. Другое дело—притязание на возвращение в гарем бежавшей на германскую территорию второй жены турчанки· признав его правомерность, германский судья непосредственно содействовал бы осуществлению притязания, явно, с точки зрения германского законодателя, безнравственного—ему ве остается ничего другого, как отклонить это притязание во имя германского публичного порядка.

5. При всей значительности работы, проделанной научной юриспруденцией для уяснения понятия публичного порядка, все же приходится признать, что общая его формулировка допускает чрезвычайно широкое толкование на практике и в применении к конкретным казусам страдает значительной неопределенностью. Понятно поэтому стремление перевести эту общую формулу в ряд конкретно оформленных правовых положений. Как это можно сделать? Действие оговорки о неприменении иностранного права по соображениям публичного порядка предполагает наличие коллизионной нормы, на это право указывающей. Обезвредить неопределенность оговорки можно, очевидно, только точно перечислив те случаи, когда иностранная материальная норма не подлежит по соображениям публичного порядка применению: взамен общей формулы, отсылающей к „добрым нравам", мы получим конкретный перечень случаев, когда применяемая по общему правилу иностранная норма не должна применяться, когда она должна, по исключению, уступить место отечественной норме судьи. На путь такой конкретизации „публичного порядка" встали Гаагские конференции по вопросам международного частного права и в этом одна из крупнейших их заслуг. Конвенция 1902 г. о браке, устанавливая в качестве общего правила, что личные условия вступления в брак определяются национальным законом будущих супругов, перечисляет затем случаи, когда закон места совершения брака может устранить в свою пользу национальную норму брачующихся. Случаев таких пять. Закон места совершения брака может запретить брак иностранцев, который был-бы противен его постановлениям относительно 1) степеней родства или свойства, в отношении коих существует безусловное запрещение; 2) безусловного запрещения вступать в брак, установленного против лиц, виновных в прелюбодеянии, в виду коего брак одного из них был расторгнут; 3) безусловного запрещения вступать в брак, изданного против лиц, осужденных за то, что они по соглашению покушались на жизнь супруга одного из них; 4) препятствий в виду существования предшествующего брака; 5) препятствий духовного характера. Точно также к конкретизации формулы „публичного порядка" подошел проект конвенции о наследовании 1905 года. Согласно этому проекту, договаривающиеся государства взаимно обязываются сообщить друг другу те правила о наследовании, которые они считают предписываемыми их „общественным порядком"; перечень этих правил должен был составить предмет особого протокола.

Работа по конкретизации формулы публичного порядка — работа очень сложная и трудная: она требует тщательного сопоставления материально-правовых норм всех участников договорного соглашения. Сложность такого сопоставления отражается неблагоприятно на успешности такой конкретизации. Преодолеть эту трудность так и не удалось участникам разработки проекта конвенции о наследовании и проект этот, как известно, дальнейшего продвижения не получил. Но трудность работы не лишает глубокого практического интереса ту цель, на которую она направлена. Во всяком случае будущее законодательной обработки оговорки о публичном порядке—бесспорно в коллективной конкретизации ее содержания.

Глава VI.

Коллизии прикрепительных формул и коллизии юридических квалификаций.

ЛИТЕРАТУРА: Пиленко, 303—437; Мандельштам, I, 239—245; F. Kahn, Gesetzeskollisionen - Ihering's Jahrbücher fur die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts, Bd. XXX (1891), 1—143; E. Bartin. La theorie des qualifications en droit international privé — Etudes de droit international privé, 1899, 1—82; F. Despagnet. Des conflits des lois relatifs à la qualifications des rapports juridiques—Journal, t. 25 (1898), 253—273; P. Arminjon, Les qualifications légales en droit international privé—Revue de droit international et de législation comparé, 1923, 272—290; Walker, 21—23, 75 - 80.

Всякая норма международного частного права дает ответ на вопрос, какой из размоместных гражданских законов должен быть применен при обсуждении правоотношения, осложненного междугосударственным или междуобластным элементом. Выше, говоря о международной кодификации коллизионных норм, я указал на существенную важность создания единого коллизионного права для целого ряда государств, в идеале—для всех государств международноправового общения: только в порядке международной кодификации возможно устранение „конфликта законов о конфликтах", так осложняющего разрешение коллизионных проблем на практике. Нельзя, однако, закрывать глаза на то, что такая унификация норм коллизионного права—даже завершенная, даже безпробельная, не сможет устранить всех возможных законодательных коллизий. Даже при единстве текста коллизионных норм возможны с одной стороны коллизии прикрепительных формул, а с другой—коллизии юридических квалификаций. Как те, так и другие коллизии имеют своим источником то бесспорное положение, что каждое понятие каждой юридической нормы подлежит вскрытию на основании определенной правовой системы, а не на основании отвлеченной, оторванной от положительного права „природы вещей",

Уясним себе сказанное применительно к тем двум категориям скрытых коллизий, которые были только что мною названы. Начнем с коллизий прикрепительных формул. Сущность всякой коллизионной нормы заключается в том, что она прикрепляет осложненное междугосударственными или областными элементами правоотношение к тому или иному правопорядку. Коллизионная норма говорит — „внутренние условия вступления в брак определяются по национальному закону

будущих супругов" или „дееспособность лица определяется по закону его местожительства" или „правовые последствия сделки определяются по закону места исполнения обязательства". Если мы возьмем все приведенные формулы прикрепления—гражданство (национальный закон лица—это закон государства, гражданином которого это лицо является), место жительства, место исполнения обязательства,—то мы легко сможем предположить, что отдельные законодательства могут вкладывать в эти формулы различное содержание: Остановимся опять таки для примера на гражданстве (подданстве). Определение условий приобретения и утраты гражданства происходит по общему правилу в порядке внутреннего законодательства отдельных государств. В силу этого неизбежны разноречивые постановления различных правопорядков о приобретении и утрате гражданства: одни законодательства связывают, например, приобретение гражданства с фактом рождения на территории государства, независимо от гражданства родителей. Разноречие постановлений отдельных государств о приобретении гражданства может естественно привести к состоянию двойного подданства и бесподданства.

Если мы применяем коллизионную норму, предписывающую обсуждать данное правоотношение по национальному закону его участника, то какой из двух национальных законов должен применить суд при наличии двойного подданства и каким законом заменить закон национальный при состоянии безподданства? Ответ на первую часть вопроса обычно расчленяется на два, в зависимости от того, является ли одно из двух гражданств гражданством государства, суду которого приходится обсуждать осложненный состоянием двойного подданства казус, или нет. Если одно из гражданств является гражданством государства, суд которого должен уяснить себе национальный закон участника правоотношения, то он без всяких сомнений должен дать ответ, руководствуясь своим национальным законодательством, а не законодательством другого государства. Германский суд, разрешая вопрос о подданстве американки, вышедшей замуж за германского подданного (по германскому праву иностранка, выходящая замуж за германского гражданина приобретает германское подданство, по американскому праву—американка, выходящая замуж за иностранца, не утрачивает американского подданства), должен будет признать данное лицо германской подданнной. Сложнее дать ответ в пользу того или другого гражданства суду, для которого оба гражданства являются гражданствами не отечественного, а иностранного государства. Легко представить себе, что вопрос о гражданстве американки, вышедшей замуж за германского подданного, встанет перед французским судом. Которому из двух гражданств дать предпочтение в таком случае? Ответы на этот вопрос даются в литературе различные: рекомендуется высказываться в пользу гражданства первоначального (Цительман), в пользу гражданства вновь приобретенного (Бар, Нимейер), наконец, в пользу закона местожительства подлежащего лица, независимо от его гражданства (Кан, Валькер). Первые две из этих трех групп ответов естественно отпадают в случаях одновременного приобретения двух различных гражданств: ребенок, родившийся от родителей германцев на аргентинской

территории фактом рождения на аргентинской территории приобретает по аргентинскому праву аргентинское гражданство, фактом рождения от германских родителей — по германскому праву германское гражданство. При таком одновременном стечении двух гражданств предпочтение может быть дано либо гражданству государства, законодательство которого построено на том же принципе, на котором строится отечественное законодательство о гражданстве призванного вынести решение суда, либо гражданству государства, с которым фактически подлежащее лицо теснее связано, либо, наконец, и в этом случае, принцип гражданства может быть заменен принципом местожительства.

При состоянии бесподданства, в качестве национального закона лица может применяться либо последний национальный закон его до наступления состояния бесподданства (таково решение, содержащееся в ст. 29 германского закона о введении в действие гражданского уложения), либо закон местожительства (французская доктрина). Последний единственно применим при отсутствии национального закона, хотя бы уже утраченного.

Те же разноречия отдельных законодательств, которые сейчас намечены были применительно к национальному закону, возможны и применительно ко всем прочим прикрепительным формулам. Разноречия эти обычно разрешаются в пользу закона суда: следовательно, в приведенных выше примерах понятия и „местожительства" лица и „места исполнения обязательства" должны заполняться согласно отечественному законодательству творящего суд судьи.

Того же порядка так называемые коллизии юридических квалификаций. Подходя к конкретному правоотношению, мы можем иногда натолкнуться на тот факт, что это правоотношение в различных законодательствах квалифицируется различно. Например, церковность брака, обычно относимая к его форме, по греческому праву относится к брачной дееспособности. Наследование пережившего супруга, обычно квалифицируемое как институт наследования, по мальтийскому праву считается ликвидацией брачно-имущественных отношений. Как же квалифицировать правоотношения в плоскости коллизионной? Этот вопрос является одним из самых больных вопросов науки коллизионного права. С точки зрения теоретической не может быть сомнения относительно того, что каждая квалификация должна быть подчеркнута в том правопорядке, с которым квалифицируемое правоотношение органически связано. Но в праве коллизионном — под вопросом сам это правопорядок: очевидно, что квалифицировать правоотношение по неизвестному правопорядку невозможно и что, следовательно, такая квалификация отпадает. Остается, как это и предлагается в научной литературе, квалифицировать правоотношения по lex fori, т. е. базируясь на отечественном законодательстве судьи. При всем своем теоретическом несовершенстве, этот выход является единственно практически осуществимым. Если отказаться от него, мы придем в тупик ожидания „интернационализации всех квалификаций", т. е. ожидания унификации гражданского права в мировом масштабе.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Глава VII.

Право- и дееспособность физических лиц.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 494—501; М. И. Брун, Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX вв. о состоянии лица—„Юридический Вестник", 1914 г., кн. VII—VIII, 167—214; М. И. Брун, Коллизионные нормы о дееспособности физического лица—„Юридический Вестник", 1915 г., кн. X (II), 83—132; Мартенс, 314—324; Savigny, VIII, 134—168; Bar, I, 373—436; Zitelmann, II, 54—110; Meili, I. 217—250; Walker, 84—109; Valéry, 830—857; Weiss, Manuel, 420—455; Weiss, Traité, III, 339—438; Habicht, 50—61; Niemeyer, B. G. B., 117—128.

Тексты положительного права: Neumann, 170—182; Niemeyer, Vorschläge, 31 * — 49 *.

---

1. При обсужеении любого правоотношения прежде всего возникает вопрос о способности его участников быть суб'ектами прав и обязанностей. Неизбежен этот вопрос и при обсуждении правоотношения, осложненного междугосударственными или междуобластными элементами. Конкретно, в Германии обсуждается дееспособность датчанина: надлежит ли применить законодательство германское или датское? В России обсуждается вопрос о дееспособности поляка: по какому праву он должен быть решен? Ясно, что ряд таких примерных вопросов можно было бы увеличить до бесконечности.

Вопросы эти, вопросы предварительные, требующие ответа до обсуждения самого существа правоотношения, в котором участвует то или иное лицо, являются вопросами о юридической характеристике лица, как такового. Они должны быть рассмотрены до рассмотрения вопроса о компетентной норме для обсуждения самого правоотношения. Следует это отметить, чтобы избежать отнесения к вопросу об общей право- и дееспособности частных вопросов о юридических квалификациях, необходимых для приобретения конкретных гражданских прав: последние, естественно, подчиняются закону, компетентному для обсуждения подлежащего правоотношения. Если речь идет, например, о степенях родства и свойства, препятствующих или непрепятствующих вступлению в брак, то этот вопрос, как частный вопрос брачного права, а не общий вопрос о дееспособности, в плоскости коллизионного права подчиняется действию закона, компетентного для обсуждения внутренних условий брака.

Прежде чем перейти к изложению основных начал учения о право- и дееспособности физических лиц, я должен отметить еще следующее обстоятельство. Самая постановка вопроса, самое расчленение проблемы на две части — на вопрос о правоспособности и на вопрос о дееспособности, принадлежит сравнительно недавнему прошлому. Бар первый предложил такое расчленение, прочно утвердившееся в последующей литературе немецкой, а за ней и русской. До него оперировали с терминами „состояние лица", а во французской, итальянской и англо-американской литературе оперируют с ними и посейчас (status, état, stato) [1]), учитывая, впрочем, теоретические достижения немецкой литературы, поскольку она проникает в литературу романскую и англо-американскую.

2 При обсуждении вопроса о правоспособности физического лица в пределах правопорядков культурных государств коллизии разноместных законов, по общему правилу, быть не может. Признание всякого лица правоспособным является прочным достоянием всякого гражданского правопорядка. Тезис этот, впервые формулированный еще в революционной Франции, генетически тесно связанный с учением о прирожденных и неотчуждаемых правах человека и гражданина, нашел себе отчетливое признание и в кодексах нашего времени: для примера можно указать на швейцарское уложение 1907 г., которое постановляет (ст. 11) — „правоспособен каждый; сообразно с этим, для всех людей существует в рамках правопорядка равная способность иметь права и обязанности". В самом деле, такие формы зависимости, как рабство или крепостное состояние, безвозвратно отошли в область истории и в сношениях культурных государств между собой с этими ограничениями человеческой правоспособности иметь дела уже не приходится. Поскольку же возможны сношения культурных государств с государствами или, шире, территориальными союзами нецивилизованными, признающими институт рабства, стоит только поставить вопрос об обсуждении правоспособности раба по его национальному закону, чтобы тотчас же дать на него отрицательный ответ: „публичный порядок" любого культурного государства не позволит применить правопорядок, в числе институтов которого имеется институт рабства. Конечно, возможны и в пределах общения между культурными государствами, по исключению, расхождения в определении границ правоспособности: в некоторых государствах до последнего времени пользовались государственным признанием ограничения в правоспособности монашествующих (напр., в России до революции). Поскольку возникал вопрос о приобретении прав лицом, принадлежащим к монашескому званию, вне пределов его отечества, обычно применялась та же оговорка о „публичном порядке"; французский публичный порядок не позволил бы французскому судье признать иностранного монаха, неправоспособного по его национальному закону, свободным от ответственности по принятым им на себя на французской территории обязательствам. Итак, возможность кол-

[1]) Для того же круга вопросов употребляется термин „способность"—capacite, capacita, capacity.

лизий законов о правоспособности физического лица в пределах государств культурных минимальна.

3. Значительно обширнее поле возможных коллизий законов о дееспособности физических лиц. Если мы вспомним, как разноречивы отдельные правопорядки по вопросу об ограничении дееспособности несовершеннолетних (в частности—о сроках совершеннолетия), душевнобольных, расточителей, иногда—женщин, если мы вспомним, что помимо разноречий в определении ограничений, основанных на свойствах лица, возможны разноречия в определении ограничений, основанных на свойствах сделки (напр., ограничения вексельной дееспособности), мы поймем, как велика практическая потребность в устранении коллизионной нормой столкновения разноместных законов о дееспособности.

Еще в учениях некоторых статутариев компетентным законом для обсуждения дееспособности лица, признавался закон личный. Верный теории статутов, но в уточнении личного закона впервые опиравшийся на закон национальный, французский кодекс 1804 г. постановлял— „законы о состоянии и способности лиц управляют французами, хотя бы они пребывали заграницей" (ст. 3). На почве личного закона стояли и прусское, и австрийское право; первое понимало вслед за немецкой доктриной, а затем в свою очередь эту доктрину подкреплял, под личным законом не закон национальный, а закон местожительства, второе подчиняло австрийских подданных национальному закону, иностранцев—закону местожительства. Потом, в середине XIX в., компетентным личным законом стали признавать, уже за пределами действия французского кодекса и рецепировавших его 3-ю статью уложений, не закон местожительства, а закон национальный: последний полагается в основу разрешения вопроса о дееспособности лица уже саксонским уложением 1863 г., затем итальянским уложением 1865 г., швейцарским федеральным законом 1881 г., германским законом о введении в действие гражданского уложения 1896 г. Статья 7-я германского закона гласит: „Дееспособность лица определяется по законам того государства, к которому это лицо принадлежит". Это положение должно почитаться прочным достоянием и законодательства, и судебной практики и науки, по крайней мере на континенте Европы [1]). В англо-американской судебной практике до середины XIX в., напротив, компентентным без колебаний признавался закон места заключения сделки (lex loci contractus), и только во второй половине XIX в. стала в доктрине и практике допускаться некоторая уступка в пользу закона местожительства.

Все, что мною было сказано о коллизионных нормах, определяющих закон, компетентный для обсуждения дееспособности физического лица, относилось к коллизиям междугосударственным. Для коллизий

---

[1]) Закон национальный, с субсидарным использованием закона местожительства, положен в основу определения дееспособности физического лица и в польском проекте 1921 г. Ст. I п. I последнего гласит: „Личная способность физического лица обсуждается по закону того государства, гражданином которого это лицо является, если гражданство не может быть определено или если иностранец принадлежит двум государственным союзам, то применяется закон местожительства".

междуобластных — дееспособность физического лица должна определяться, в связи с тем, что было сказано выше в главе о строении коллизионной нормы, по закону его местожительства.

4. Итак, дееспособность физического лица определяется по его национальному закону. Это значит, что лицо, дееспособное по своему национальному закону, должно повсюду считаться дееспособным и обратно, лицо, недееспособное по своему национальному закону, должно опять таки повсюду считаться недееспособным.

Первая часть этого заключения никаких возражений с точки зрения интересов нормального гражданского оборота вызвать не может. В самом деле, нет решительно никаких оснований признавать несовершеннолетним лицо, которое по национальному своему закону достигло совершеннолетия, только потому, что оно не достигло его по закону места обсуждения правоотношения; столь же мало оснований, считать лишенной дееспособности жену, не связанную по ее национальному законодательству властью мужа, только на том основании, что эта связанность ограничивает дееспособность жен по законодательству места обсуждения правоотношения,

Напротив, не может не вызвать возражений последовательное применение второй части приведенного выше заключения, т. е. безоговорочное признание в месте обсуждения правоотношения недееспособным лица, недееспособного по его национальному закону. Требовать от рядовых участников гражданского оборота знания всех иностранных законов, конечно, не приходится. Вступая в сделку с лицом, которое он считает дееспособным, этот рядовой участник оборота может оказаться существенно пострадавшим, при желании контрагента-иностранца использовать свой национальный закон, по которому он недееспособен. Отсюда, в некоторых законодательствах и в судебной практике — стремление ограничить безусловное действие национального закона иностранца, чтобы оградить интересы добросовестного отечественного контрагента.

Выше мне пришлось уже привести ст. 3 французского кодекса, в силу которой французы, пребывающие заграницей, подчиняются своим отечественным законам о состоянии и способности лиц. Норма эта ничего не говорит об иностранцах, пребывающих во Франции, но практика по аналогии применяет и к ним их национальный закон. Однако, и в литературе, и в судебной практике устанавливаются и ограничения это принципа: в 30-х годах XIX столетия во имя „французского интереса" считали неприменимым личный статут иностранца, поскольку это применение наносило ущерб контрагенту-французу. Впоследствии перешли к более узкой формуле: стали требовать со стороны контрагента-француза, чтобы он не учинил неосторожности при заключении сделки. Затем—это мнение является господствующим в современной французской литературе—стали требовать для исключения действия национального закона иностранца не только проявления нормальной осмотрительности со стороны контрагента-француза, но и учинения иностранцем каких-нибудь недобросовестных действий (вроде сокрытия своей национальности или своего возраста). В судебной практике проявляются те же тенденции, направленные к ограждению интересов рядового участника гражданского оборота.

В Италии, как отмечалось уже выше, дееспособность лица определяется по его национальному закону (ст. 6 кодекса 1865 г.). Но в области специально торгового оборота итальянское право порывает с принципом компетентности национального закона участника правоотношения: в силу ст 58 торгового кодекса 1882 г., способность лица, принимающего на себя торговое обязательство, определяется по закону места заключения сделки (lex loci actus).

Учло потребность оградить интересы рядовых участников гражданского оборота и германское законодательство: оно сумело, притом, точно формулировать, когда применяется национальный закон участника правоотношения, когда—закон места установления правоотношения. Мне неоднократно приходилось уже приводить ст. 7 закона о введении в действие германского гражданского уложения: в первой ее части заключается основной тезис, подчиняющий обсуждение дееспособности лица его национальному закону. Исключение из этого общего правила установлено в третьем абзаце тойже ст. 7-й: „если иностранец, — читаем мы в этом абзаце, — совершает на территории германской империи юридическую сделку, для которой он неспособен или ограничен в способности, то для этой юридической сделки он считается способным при условии, чтобы он был способен к сделкам по законам германским". Это исключение существенно ограничивает действие общего правила относительно обсуждения дееспособности лица по его национальному закону. Устанавливая, однако, это исключение, германский законодатель устанавливает, вместе с тем, и границы его применения: дееспособность лица должна обсуждаться во всяком случае по национальному его закону, а не по закону места обсуждения правоотношения, если обсуждаются правоотношения семейного и наследственного права, также сделки, в которых содержится распоряжение заграничною недвижимостью. Мотивы этого постановления совершенно ясны: в очерченной области правоотношений затрагиваются настолько глубоко жизненные интересы их участников, правоотношения эти настолько редки в жизни каждого отдельного человека, что можно требовать в отношении их повышенной осторожности, эту повышенную осторожность можно считать нормальной. Когда вступаешь с человеком в брак, то справка о том, не встречается ли к тому препятствия с точки зрения его национального закона, может считаться отвечающей нормальной осмотрительности среднего обывателя. Текст ст. 7 германского закона дает прочную опору германской судебной практике там, где судьи других стран вынуждены идти ощупью, без иного руководителя, кроме реальной потребности гражданского оборота [1]).

Как всгда, обособленным путем идет англо-американская судебная практика. До середины XIX ст. дееспособность физических лиц определялась ею по закону места совершения сделки (lex loci contractus),

---

[1]) Более широкую формулу ограничительной оговорки того же типа дает польский проект (ст 3): „Если недееспособный по своему национальному закону иностранец вступает в Польше в сделку, правовые последствия которой должны иметь место в Польше, то дееспособность его должна обсуждаться по действующему в Польше праву, если это требуется прочностью правового оборота".

но затем состоялось несколько судебных решений в пользу признания компетентным личного закона участника правоотношения, но не национального закона, а закона домициля. В англо-американской литературе полного единодушия по вопросу о том, какую-же норму считать обычноправовой нормой коллизионного права о дееспособности лиц, нет.

5. В действующем нашем советском праве коллизионной нормы о дееспособности физических лиц также нет. Лишь в одном из заключенных советским правительством договоров, а именно в договоре с Турцией 16 марта 1921 г., имеется статья, предусматривающая заключение в будущем соглашения, которое разрешит в частности и вопрос о дееспособности граждан обоих договаривающихся сторон. Ст. X этого договора в первом своем абзаце распространяет на граждан обоих договаривающихся стран, находящихся на территории другой страны, все права и обязанности, вытекающие из законов страны, в коей она находится, за исключением обязанностей по национальной обороне. Второй же абзац этой статьи устанавливает: „Вопросы, касающиеся семейного права, права наследственного, и дееспособности граждан обоих стран, также составляют исключение из постановлений настоящей статьи. Они будут разрешены особым соглашением". То обстоятельство, что обсуждение дееспособности граждан договаривающихся сторон договор отказывается подчинить закону места их пребывания, каковое место пребывания в значительном числе случаев будет совпадать с местом жительства, заставляет предполагать, что Россия и Турция склонны считать компетентным для обсуждения дееспособности физических лиц законом их национальный закон. Тождественная со статьей X русско-турецкого договора статья имеется в договоре о дружбе между Арменией, Азербейджаном и Грузней, с одной стороны, и Турцией, с другой, заключенном при участии РСФСР в Карсе 13 октября 1921 г. Этим намеком на договорное разрешение коллизий законов о дееспособности и ограничивается наше действующее коллизионное право. Судебной практике придется заново установить свое отношение к этому вопросу. Сообразно с тем, что сказано было выше о заполнении пробелов в праве, я полагаю, что советский суд, исходя из начала территориальности советского законодательства, как общего правила, будет и дееспособность физических лиц обсуждать по советскому праву. Следует отметить, что на практике применение советского права в огромном большинстве случаев приведет к признанию дееспособными иностранцев, недееспособных по их национальному закону (достаточно напомнить, что совершеннолетие наступает по нашему Гражданскому Кодексу с достижением 18-тилетнего возраста, тогда как в иностранных кодексах устанавливается, обычно, более высокий возраст). Таким образом, применение советского права при обсуждении дееспособности участника возникающего на советской территории правоотношения в значительном большинстве случаев будет диктоваться и потребностью оградить интересы рядового участника отечественного гражданского оборота.

Глава VIII.

Право и дееспособность юридических лиц.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 501—509; М. И. Брун, Юридические лица в международном частном праве—„Вестник гражданского права", 1914 г., № 8, с. 12—56; 1915 г., № 4, с. 10—44, № 5, с. 61—98; 1916 г. № 2, с. 51—103, и отдельно два выпуска—„Юридические лица в международном частном праве. 1. Личный статут юридического лица, Пг. 1915; 2. О суб'ектности и о праве на судебную защиту, Пг 1915; Mamelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht, 1900; Fedozzi, Gli enti collettivi nel diritto internazionale privato, 1897; Pillet, Les personnes morales en droit international privé, 1914; H. Isay, Die Staatsangehörigkeit juristischer Personen, 1907; P. Ruegger *, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, 1918; A. Pepy *, La nationalité des sociétés, 1920; M. Cuq *, La nationalité des sociétés, 1921; Bar, I, 300—316; Zitelmann, II, 110—129; Meili, I, 250—254; Weiss, Manuel. 309—338; Weiss, Traité, II, 448—545, IV, 695—713; Valéry, 442—456, 1254—1277; Niemeyer, Da J. P. R., 128—133; Habicht, 74—85.

Иностранные юридические лица в советском праве: А. Э. Вормс, Национальность юридических лиц в международных договорах, заключенных Р. С. Ф. С. Р.—Материалы Народного Комиссариата Юстиции, вып. XV (1922), 3—20; А. Г. Гойхбарг, Хозяйственное право Р. С. Ф. С. Р. Том I. Гражданский кодекс, 1923. 15—16; Гражданский кодекс Советских Республик. Текст и практический комментарий под ред. Ал. Малицкого, 1923, с. 22—23; Е. И. Кельман, Положение о введении в действие Гражданского кодекса—Вестник Советской Юстиции, 1923 г, № 2, с. 37—38; Гражданский кодекс Р. С. Ф. С. Р. Комментарий под редакцией А. Г. Гойхбарга, И. С. Перетерского и З. Р. Теттенборн, выпуск I, 1923, 17—20; Freund, Das Zivilrecht Sowiet-Russlands, 1923, 111—113.

Тексты положительного права: Neumann, 182—184; Niemeyer, Vorschläge, 49 — 52 *.

1. При разрешении в плоскости коллизионного права вопроса о право—и дееспособности юридических лиц возникает ряд сомнений, с которыми не приходится сталкиваться при обсуждении того же вопроса применительно к лицам физическим. Хотя для юриста и физическое лицо,

как суб'ект права, является созданием правопорядка, но это правовая суб'ектность относится к физическому единству—человеку. Суб'ектность юридических лиц есть суб'ектность не физического, а искусственного единства, единства, созданного из множества физических лиц. Отдельные законодательства значительно расходятся в признании этой суб'ектности, в определении условий возникновения, деятельности и прекращения существования юридических лиц. Поэтому в отношении юридического лица в коллизионном праве может возникнуть ряд вопросов, которые невозможны в отношении лица физического, так как суб'ектность физического лица во всех правовых системах культурного мира определяется одинаково, а именно—вопросы о том, могут ли признаваться юридические лица таковыми за пределами действия той правовой системы, в пределах которой они возникли, может-ли обеспечиваться им за этими пределами судебная защита, могут-ли они осуществлять в пределах пространственного действия другой правовой системы ту деятельность, ради которой они возникли. На все эти вопросы и доктрина, и положительное право, и судебная практика дают ответы довольно разноречивые.

2. Прежде чем дать их суммарный обзор, я должен упомянуть о проблеме, которая практически тесно связана с вопросом об юридическом лице в коллизионном праве: это вопрос о национальности или о подданстве юридического лица. В коллизионной практике определить подданство юридического лица бывает так же необходимо, как необходимо установить подданство лица физического: привязка к национальному закону играет слишком существенную роль в международном частном праве, чтобы мы могли пренебречь уяснением этого национального закона в отношении юридических лиц. Национальный закон юридического лица является, однако, такой же коллизионной „привязкой", как и национальный закон лица физического. Только в плоскости коллизии прикрепительных формул вопрос о национальности юридического лица, по существу относящийся к материальному публичному праву, и оказывается втянутым в область проблем коллизионных. Ряд разногласий, связанных с проблемой национальности юридических лиц, открывается расхождением теоретиков по вопросу о том, можно ли говорить о подданстве юридического лица, отвечающем подданству лица физического, или же следует считать подданство юридического лица отвечающим местожительству физического лица. Большинство исследователей стоит на второй из указанных точек зрения, отрицая возможность говорить о подданстве юридического лица в том смысле, в каком мы говорим о подданстве лица физического. Я полагаю, однако, что нет оснований отрицать возможность подданства (гражданства) юридического лица, если считать подданством личную связь лица с государством, в противоположность связи территориальной, личную связь строго юридическую, т. е. лишенную каких-бы то ни было этических элементов [1]). Расходясь по основному вопросу — вопросу о юридическом содержании термина

[1]) Такова именно конструкция подданства, предложенная В. М. Гессеном в его работе „Подданство, его установление и прекращение", Т. I, 1909.

„национальность" применительно к юридическим лицам, исследователи расходятся и в установлении тех признаков, которыми эта национальность должна определяться. Большинство теоретиков выдвигают в качестве критерия, определяющего национальность юридического лица в условиях нормального гражданского оборота—легальный домициль его правления. Другие исследователи определяют национальность юридического лица по государству, в котором юридическое лицо возникло [1]). Выдвигаются и некоторые другие критерии,—как центр хозяйственных операций юридического лица, гражданство большинства физических лиц, входящих в состав юридического лица (напр. акционеров в акционерных обществах). Поскольку критерий национальности юридического лица не дан в положительном праве, обязательном для судьи, мне представляется правильным определять национальность юридического лица по государству, в пределах которого оно возникло. С этой точки зрения юридическое лицо, возникшее в Англии, согласно английскому праву, должно считаться юридическим лицом английским, независимо от места нахождения его руководящих органов или центра его хозяйственных операций [2]).

Все эти разногласия, повторяю, протекают, поскольку нет на лицо коллизии прикрепительных формул, в плоскости материального публичного права, а не в плоскости права коллизионного.

3. Первым вопросом, который ставится при изучении положения юридических лиц в международном частном праве, является вопрос, по какому закону мы будем определять, можно ли вообще считать данное об'единение юридическим лицом или нет, другими словами—по какому праву мы будем определять самую суб'ектность юридического лица, независимо от его процессуальной дееспособности и способности к хозяйственным операциям. Ведь каждый правопорядок самостоятельно определяет круг об'единений, за которыми он признает свойство юридических лиц. Так, например, наш Гражданский Кодекс 1922 г. expressis verbis признает юридическими лицами полные товарищества (ст. 298), товарищества на вере (в силу ст. 313 к товариществам н/в применяются все постановления о полном товариществе с некоторыми только из'ятиями, в числе коих нет снимающих с товарищества н/в качество юридического

---

[1]) На этой точки зрения стоит, как увидим, наше действующее советское законодательство.

[2]) В годы мировой войны выдвинут был для определения неприятельского характера юридического лица критерий „неприятельского контроля". Критерий этот, впервые использованный в английском праве, а затем в исключительных законодательствах других воюющих, воспринят был и Версальским договором (ст. 297-в), который говорит об обществах, „контролируемых германцами". В литературе и судебной практике этот критерий контроля считается критерием национальности юридического лица. Правильнее, однако, не связывать критерий неприятельского контроля с национальностью юридического лица подобно тому как то же английское право, в котором этот критерий был впервые использован, не связывает с неприятельской национальностью неприятельский характер лица физического. Такова точка зрения современной германской литературы

См. K Neumeyer, Die Staatsngehorigkeit juristischer Personen und das gemischte deutsch-französische Schiedsgericht-Zeitschrift für Volkerrecht, Bd XII (1922), 261 ff.

лица), акционерные общества (ст. 338). Точно также в целом ряде иностранных законодательств мы найдем прямые указания на круг об'единений, признаваемых юридическими лицами. Умолчания же на этот счет в законе раскрываются судебной практикой и доктриной. Если нам приходится обсуждать осложненное междугосударственным элементом правоотношение, суб'ектом которого является об'единение, претендующее на свойства юридического лица, мы неизбежно должны прежде всего ответить себе на вопрос, по какому закону мы будем определять юридическую обоснованность этой претензии. В положительном праве ответа на этот вопрос мы не найдем, теоретически же правильным будет определение суб'ектности юридического лица по его личному статуту, каковым личным статутом большинство исследователей, как уже мной отмечалось, признает закон места нахождения руководящих органов юридического лица, а ряд исследователей, к которым примыкает и наше действующее советское право—закон государства, в котором юридическое лицо возникло. Так, в России мы не могли бы признать юридическим лицом германское об'единение, являющееся с точки зрения германского законодателаства offene Handelsgesellschaft, потому что германское право не наделяет эту категорию торговых товариществ свойством юридического лица, как бы ни велико было сходство offene Handelsgesellschaft с нашим полным товариществом, признаваемым, как я уже указывал, юридическим лицом. И обратно, английская corporation sole, т. е. корпорация, состоящая из одного человека, признаваемая по английскому праву юридическим лицом, должна почитаться юридическим лицом и в России, хотя никакой аналогии этой своеобразной корпорации мы в русском праве не найдем.

4. Признав об'единение юридическим лицом, притом юридическим лицом иностранным, мы должны ответить на дальнейший вопрос: может ли это иностранное юридическое лицо пользоваться право- и дееспособностью наравне с юридическими лицами отечественными, притом без особого признания за ним этой способности отечественной государственной властью, или же иностранное юридическое лицо, чтобы проявлять себя суб'ектом права, должно, так сказать, вторично родиться в пределах действия отечественного правопорядка. Практически остро ставится для всех юридических лиц вопрос о праве на судебную защиту, а для юридических лиц, преследующих материальные выгоды, вопрос о праве производства хозяйственных операций.

Два противоположные ответа даются в литературе на этот основной вопрос. Наиболее последовательным представителем того течения, которое органически связывает юридическое лицо с правовой системой, его создавшей, и, следовательно, отвергает непосредственное признание его за пределами действия этой системы, является Лоран, выводы которого повторяет затем Вейс. Юридические лица, рассуждают они, существа фиктивные: создавать их властен только законодатель; но власть всякого законодателя не переходит границ его территории, отсюда—созданные законодателем и существующие только его волею юридические лица, не могут существовать там, где эта воля бессильна. Чтобы выступать в качестве юридического лица за пределами действия

отечественного правопорядка, об'единение должно получить признание со стороны правопорядка иностранного, оно должно для этого иностранного правопорядка превратиться из юридического лица иностранного в юридическое лицо туземное.

Точка зрения Лорана и Вейса, к которым в английской литературе примыкают Дёдлей-Фильд и Уартон, не разделяется большинством теоретиков коллизионного права. Основательно указывается на то, что раз мы считаемся вообще с правоотношениями, возникшими в пределах действия иностранной правовой системы, нет основания делать исключение для правоотношений, связанных с бытием юридических лиц. Раз мы вообще считаемся с установленными заграницей правовыми статусами, нет основания для принципиального отказа считаться с приобретенным заграницей статусом юридического лица. Перечислять сторонников этой точки зрения значило бы составлять длинный перечень, в который вошли бы признанные авторитеты науки коллизионтого права всех стран. Один из них, а именно Бар, считает даже свой тезис нормой коллизионного обычного права; имея в виду, главным образом, процессуальную дееспособность юридических лиц, Бар утверждает, что признание возникшего на территории другого государства юридического лица требуется международным обычным правом. Ознакомление с положительно правовым материалом и с судебной практикой важнейших государств заставляет признать утверждеиие Бара слишком категоричным. Жизнь идет средним путем, лавируя между прямолинейными тезисами Лорана с одной стороны, большинства — с другой, устанавливая для различных категорий юридических лиц различные ответы.

Подводя итоги, следует признать, что ответы эти складываются в две основные группы, в зависимости от того, идет ли речь о юридических лицах торговых или неторговых.

Относительно акционерных обществ и других торговых юридических лиц положительное право и судебная практика складываются в три системы: в некоторых странах, как в Англии, Американских Соединенных Штатах, Италии (codice di commercio 1882 г.), иностранные торговые общества, законно возникшие за-границей, признаются правоспособными без дальнейших волеиз'явлений местной власти. Другие государства считают условием признания правоспособности иностранного торговогообщества общее административное предоставление этой правоспособности всем обществам данной категории данной страны (так было во Франции по закону 1857 г.) или договорное предоставление этой правоспособности на начале взаимности (так было в Бельгии по закону 1855 г.). Наконец, возможна система (она существовала в Австрии по указу 29 ноября 1865 г.), по которой правоспособным иностранное торговое общество может быть признано лишь при условии индивидуального предоставления ему этой правоспособности индивидуальным велением государственной власти. В исторической своей последовательности эти системы распределяются так. До середины XIX ст. сомнений относительно права на судебную защиту иностранных юридических лиц без подлежащего волеиз'явления местной государственной власти

в судебной практике как англо-американской, так и континентальной по общему правилу, не возникало. На континенте положение вещей изменилось под влиянием проникшей в бельгийское и французское законодательства фикционной теории юридического лица. После решения бельгийского кассационного суда 8 февраля 1849 г., признавшего, что французские акционерные общества, как создание законодателя своей страны, не могут пользоваться в Бельгии правом на судебную защиту без предварительного признания их со стороны бельгийского правительства, в Бельгии и во Франции изданы были аналогичные законы (бельгийский 1855 г., и французский 1857 г,), одинаково построенные на коллективном признании правоспособности торговых обществ обоих стран и устанавливавшие возможность такого коллективного признания и в отношении торговых обществ других государств (по бельгийскому закону — на начале взаимности, по французскому — правительственным декретом). Эта „бельгийская" система оказала большое влияние и на законодательства других стран.

Хронологически она возникла тогда, когда существовала концессионная система возникновения торговых обществ. Впоследствии, когда концессионный порядок возникновения торговых обществ сменился в большинстве стран порядком нормативным, этот последний, по существу своему более либеральный, режим должен был оказать влияние и на отношение законодательства и судебной практики к вопросу о правоспособности иностранных торговых обществ. Действительно, во второй половине XIX ст. на смену „бельгийской" системы в ряде государств пришло признание этой правоспособности без специального предварительного волеиз'явления местной государственной власти. Так, бельгийский же закон, но более поздний — 1873 г., постановляет, что акционерные общества и другие торговые, промышленные и финансовые общества, образованные заграницей, пользуются правом на производство операций и на судебную защиту и в Бельгии. Тот же принцип положен в основу постановлений об иностранных юридических лицах в японском гражданском уложении 1890 г. (I ст. 6) и в южно-американской договорной кодификации (договор в Монтевидео 1889 г. ст. 4).

Нельзя наблюсти единообразного разрешения вопроса и о правоспособности юридических лиц не-торговых. По общему правилу не возникает сомнений относительно признания правоспособным иностранного государства и его административных подразделений: считается, что поддержание с иностранным государством дипломатических сношений, т. е. отношение к нему, как к равноправному суб'екту международного права, обязывает признать и гражданскую его правоспособность. Однако, и это заключение, казалось бы вполне основательное, терпело на практике исключения. Так, обсуждая в 1892 г. известное дело Заппа, Румыния не признала за Грецией, как государством, права наследования в пределах своего территориального верховенства. Еще больше колебаний проявляет положительное право и судебная практика в отношении других не-торговых юридических лиц. За признание их правоспособности высказывается судебная практика в Англии и Американских Соединенных Штатах. Во Франции практика колеблется, высказываясь

то за, то против признания. Открытым остается этот вопрос и в Бельгии, и в Италии. В Германии законом определенно требуется предварительное постановление союзного совета о признании иностранного юридического лица правоспособным. [1]).

В предшествующем изложении моем речь шла об общей правоспособности иностранных юридических лиц, включая право на судебную защиту. Этот общий вопрос отнюдь не покрывает вопроса о конкретных правах, связанных с функциональной деятельностью юридического лица. Последний для юридического лица иностранного неизбежно разрешается в плоскости „права иностранцев": местная власть не может допустить, чтобы иностранные юридические лица в осуществлении своей деятельности пользовались большими правами, чем аналогичные юридические лица туземные, а зачастую не может пойти даже на уравнение их с последними, т. е. прибегает специально по адресу иностранных юридических лиц к ограничениям, не распространяемым на юридические лица местные. Изучение этих ограничений, как и все „право иностранцев", относится не к коллизионному праву, а к материальному публичному праву.

5. В действующем советском законодательстве мы найдем целый ряд постановлений, посвященных определению правового положения иностранных юридических лиц.

Прежде всего мы можем извлечь из советского положительного права ответ на вопрос—какое юридическое лицо должно признаваться юридическим лицом иностранным. „Инструкция по применению постановления ВЦИК и СНК от 12 апреля 1923 г. об операциях и представительствах иностранных фирм в РСФСР и союзных с нею республиках" (С.У. 1923 г., № 43, ст. 464) в ст. 1 устанавливает, что „Под иностранными фирмами . . . надлежит поразумевать всякое единоличное или коллективное . . . предприятие, учрежденное вне пределов РСФСР и союзных с нею республик . . .". Толкуя это правило распространительно, можно признать, что действующее наше право для определения „иностранного" характера юридического лица пользуется не признаком легального домициля его руководящих органов, а признаком возникновения за пределами советских республик. Основываясь на этом признаке, мы должны и в каждом конкретном случае определять национальность иностранного юридического лица по закону места его возникновения. В договорном советском праве использованы и некоторые другие признаки определения национальности юридических лиц, но не во внимание к будущим отношениям, а для однократных рассчетов

[1]) Ст. 10 закона о введении в действие германск. гражд. улож. постановляет „Принадлежащий к иностранному государству и по его законам правоспособный союз, который мог бы получить правоспособность в Империи лишь на основании §§ 21 и 22 гражданского уложения, считается правоспособным, если правоспособность его признана постановлением союзного Совета". Упомянутые в этой статье два §§ гражданского уложения говорят: первый (21) — о союзе, преследующем не хозяйственные дела, второй (22) — о союзе, задачи которого лежат в плоскости хозяйственной деятельности, если притом данная категория союзов не составила предмет имперского закона (таковые законы имеются относительно акционерных обществ, товариществ с ограниченной ответственностью и др).

в процессе ликвидации прошлого. Мирный договор с Финляндией пользуется критерием домициля юридического лица (стт. XXIII и XXVIII), договоры с Латвией, Литвой и Польшей — для акционерных обществ и товариществ — критерием национальности держателей большинства акций и паев подлежащих предприятий (договор с Латвией ст. XIII, с Литвой — ст. XI, с Польшей — ст. XV, п. 7: все три договора применительно к вопросу о реэвакуации имущества названных юридических лиц).

Правовое положение иностранных юридических лиц торговых определяется в настоящее время двумя примечаниями к ст. 8 Положения о введении в действие Гражданского Кодекса РСФСР (примечания эти дословно воспроизводятся примечаниями к ст. 8 Украинского и Азербейджанского и примечаниями к ст. 9 Белорусского Положения о введении в действие Гражданского Кодекса). Первое примечание говорит о приобретении иностранными акционерными обществами, товариществами и пр. прав юридического лица в Советской России, второе — о праве на судебную защиту иностранных юридических лиц, не имеющих разрешения на производство операций в России.

Таким образом, действующее наше законодательство различает юридические лица, имеющие разрешение на производство операций в России, и юридические лица, разрешения такого не имеющие.

Приобретение иностранным акционерным обществом, товариществом и пр. права юридического лица в Советской России в полном об'еме, т. е. включая право производства операций, происходит лишь с особого разрешения правительства, другими словами, в отношении приобретения этого права действует порядок концессионный. В настоящее время допущение иностранных юридических лиц к операциям на территории СССР происходит в порядке общесоюзного управления: оно входит в компетенцию Главного Концессионного Комитета СССР и Союзного Совнаркома (Постановление Совнаркома СССР от 21 августа 1923 г.—см. Изв. ЦИК от 1 сентября 1923 г., № 196), Все ходатайства иностранных акционерных обществ, товариществ и пр. о допущении их к операциям на территории рассматриваются в союзном Главном Концессионом Комитете; постановления Комитета представляются на утверждение Союзного Совнаркома. По исключению постановления о допущении иностранных фирм к торговым операциям не подлежат представлению в Совнарком, если они были приняты по соглашению Главного Концессионного Комитета с Комвнуторгом при Союзном Совете Труда и Обороны и с союзным Наркомвнешторгом. Под общим руководством Главного Концессионного Комитета предварительную разработку подведомственных ему вопросов осуществляют Концессионные Комиссии, образуемые при Совнаркомах Союзных Республик, при отдельных Народных Комиссариатах СССР и при торговых представительствах СССР заграницей. В частности, в настоящее время имеются такие концессионные комиссии при торговых представительствах в Берлине и в Лондоне (С. У. 1923 г. № 23, ст. 259; № 26, ст. 307). На берлинскую комиссию возлагается, между прочим, рассмотрение ходатайств о допущении к операциям на территории Советских Республик,

поступающих из континентальных стран Европы (за исключением Франции), а на лондонскую — рассмотрение аналогичных ходатайств, поступающих от соискателей в Великобритании (без колоний) и Франции

Постановлением Союзного Совнаркома, или в подлежащих случаях Союзного Главного Концессионного Комитета, определяется и круг дозволенных иностранному юридическому лицу операций, другими словами—пределы дозволенной ему функциональной деятельности. Права иностранного юридического лица могут быть связаны с точно очерченными операциями [1]) или предоставлены общим образом — со ссылкой на устав подлежащего общества [2]) или без таковой ссылки [3]).

Приобретая права юридического лица в Советской России, иностранное юридическое лицо во всех своих производимых в пределах Советского Союза операциях подчиняется действию советского законодательства: таковы установленные нашей практикой прецеденты [4]). Иногда, помимо принципа подчинения всей функциональной деятельности иностранного юридического лица в Советской России советскому праву, особо оговаривается—обращение имущества иностранного общества, принадлежащего ему в СССР, на преимущественное удовлетворение претензий, возникших из его операций в Советской России, образование агентства для управления делами общества в СССР и т. п. (см. декрет об обществе „Аркос“ и инструкцию об операциях иностранных торговых фирм [5]).

---

[1]) См. Постановление СТО от 20 сентября 1922 г. „о разрешении Интернациональному Барнсдальскому Товариществу открыть операции в РСФСР“—С.У. 1922 г. № 60, ст 764—„СТО постановил: Разрешить Интернациональному Барнсдальскому Товариществу открыть свои операции в РСФСР для исполнения двух порядков, указанных в договоре...“.

[2]) См. декрет СНК от 6 марта 1923 г о допущении утвержденного в Великобритании Всероссийского Акционерного Кооперативного Общества „Аркос“ к производству операций на территории РСФСР—С.У 1923 г. № 20 ст. 239. „Обществу „Аркос“ предоставляется право производства на территории РСФСР. . операций, предусмотренных в уставе общества, утвержденном в Лондоне 11 июня 1922 г.“.

[3]) См Постановление СТО от 21 ноября 1922 г „О Русско-Американской Индустриальной Корпорации“ С У. 1922 года № 78 ст. 979. „СТО... постановил: 1) Предоставить РАИК. . все права юридического лица в пределах РСФСР и союзных с нею республик“.

[4]) См хотя бы ст 2 декрета об „Аркосе“: „Общество „Аркос“ подчиняется в своей деятельности на территории РСФСР как ныне действующим, так и могущим быть изданными, узаконениям и распоряжениям Правительства РСФСР...“, а также Постановления о Барнсдальском Товариществе и Российско-Американской Индустриальной Корпорации.—Инструкция по применению декрета об операциях иностранных фирм (ст. 10) гласит: Иностранная фирма в своей деятельности на территории РСФСР и союзных с ней республик обязана подчиняться как ныне действующим, так и могущим быть изданным узаконениям и распоряжениям Правительства РСФСР и союзных с ней советских республик“ .. (С У 1923 г. № 43, ст. 464).

[5]) См. примечание к ст 11 инструкции: „Принадлежащее фирме в РСФСР и союзных с ней республиках имущество и все следующие в пользу его по операциям РСФСР и в союзных с ней республиках платежи должны обращаться на преимущественное удовлетворение претензий, возникших из операций фирмы в РСФСР и союзных с ней республиках“.—Об обязательном для иностранной торговой фирмы представительстве, отделении, конторе и т. п. в РСФСР говорит ст. 9 той же инструкции.

Иностранные юридические лица, не имеющие разрешения на производство операций в Советской России, пользуются однако, одним из правомочий, присущих юридическим лицам, и на территории СССР,— а именно правом на судебную защиту. Об этом праве на судебную защиту говорит второе из указанных выше примечаний к ст. 8 Положения о введении в действие Гражданского Кодекса. Оно предоставляет судебную защиту иностранным юридическим лицам при условии 1) взаимности, 2) возникновения относящейся к пребывающим в пределах Советской России ответчикам претензий вне пределов Советской России.

Обусловливая право на судебную защиту „началом взаимности", наше законодательство воспроизводит „бельгийскую систему"—систему бельгийского закона 1855 г. Мыслимы два пути констатирования этой взаимности: 1) договорный и 2) законодательный. Договорный порядок предполагает заключение специальных соглашений о предоставлении судебной защиты юридическим лицам или включения соответственной оговорки в договоры общие. При законодательной взаимности судебная защита иностранным юридическим лицам предоставляется постольку, поскольку законодательство государства, к которому принадлежит данное товарищество, гарантирует судебную защиту нашим, отечественным юридическим лицам: мыслимо, например, предоставление судебной защиты итальянским акционерным компаниям в России на том основании, что, согласно ст. 230 итальянского торгового уложения, в Италии признаются правоспособными все возникшие заграницей в согласии с законами своей страны акционерные компании, следовательно, и акционерные компании русские. Практика наша стоит, повидимому, на точке зрения необходимости договорного признания взаимности: такое признание включено в торговый договор СССР с Италией 7 февраля 1924 г. (см. Изв. ЦИК 25 марта 1924 г., № 69).

Но и при обеспеченной „взаимности" судебная защита предоставляется у нас иностранным юридическим лицам не по всем правоотношениям, а только по претензиям, возникающим вне пределов Советской России и относящимся к ответчикам, пребывающим в ее пределах: возникновение „претензий" на русской территории, очевидно, рассматривается законом, как последствие произведенных в пределах этой территории, „операций", на что требуется, как изложено было выше, общее предварительное разрешение.

Действующее право не разрешает вопроса об иностранных юридических лицах не торговых. Полагаю, что не может вызвать возражений признание правоспособности за иностранным государством и его административными подразделениями, конечно, при условии наличия нормальных дипломатических сношений с этим государством. Что касается остальных юридических лиц публичного права, то вопрос об их правоспособности, с точки зрения действующего законодательства не может быть решен, на мой взгляд, общей формулой, а должен разрешаться в зависимости от конкретной обстановки каждого данного казуса.

Глава IX.

Форма юридических сделок.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 524—525; М И. Брун, Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок locus regit actum— Журн. Мин. Юст. 1911 г., № 9, 94—129; № 10, 24—55; Мартенс, 355—360; Bar. I, 337—369, Zitelmann, II, 143—164; Meili, I, 202—209, Walker, 189—200; Surville et Arthuys, 239—271; Valery, 511—566; Niemeyer, B. G. B, 109—117; Habicht, 85—95.

Тексты положительного права: Neumann, 194—203; Niemeyer, Vorschlage, 17 * — 30 *.

---

1. Форма юридической сделки в течение долгого времени подчинялась в доктрине действию правила „Locus regit actum": предлагалось считать, что форма сделки определяется законом места ее совершения. Правило это выдвигалось еще в XIII ст. и в течении ряда веков воспринималось юристами как прочная норма коллизионного обычного права. Лишь в XIX веке возникло и получило широкое распространение иное воззрение, в силу которого формуле locus regit actum следует придавать не абсолютное, а факультативное значение. Так, Бар решительно подчеркивал, что формула эта отнюдь не имеет принудительного характера и что участники сделки могут облечь ее либо в форму, предписываемую законом места ее совершения, либо в форму, предписываемую законом, которым определяется существо сделки. Притом, как отметил тот-же Бар, с точки зрения теоретической следует отдавать предпочтение именно закону, определяющему существо сделки а не закону места ее заключения, потому что „форма" сделки является одной из предпосылок последней и должна обсуждаться по тому же закону, которому вообще подчиняется сделка. Цительман обосновал критически подход к формуле „Locus regit actum" с другой стороны: он поставил себе вопрос, является ли эта формула нормой коллизионного права или нормой гражданского материального права— и разрешил его в последнем смысле. Поскольку нельзя доказать, говорит Цительман, что „Locus regit actum" имеет в данном именно случае коллизионное содержание, следует считать эту формулу нормой права материального. В русской литературе к Цительману примыкают М. И. Брун и Б. Э. Нольде.

Но за правилом locus regit actum остается его громадное практическое значение, отмеченное в свое время еще Вехтером и Савиньи. Широкая распространенность этой формулы и об'ясняется, конечно, тем, что она выработалась на почве практической потребности: выполнение формы, отвечающей закону, которым определяется существо сделки, зачастую фактически неосуществимо—если, например, эта форма зависит от участия в ней органов власти, то ясно, что за пределами государства, в строй правительственных учреждений которого эти органы входят, требуемая форма выполнена быть не может Отсюда понятно, что законодательные тексты уделяют правилу locus regit actum значительное внимание.

Тексты эти располагаются в три основные группы: первую составляют те из них, которые, наряду с правилом locus regit actum, не указывают другого закона, который мог бы быть применен хотя бы субсидиарно. Во вторую входят те, которые допускают субсидиарное действие и других законов. Наконец, тексты третьей группы низводят саму формулу locus regit actum на положение правила не основного, а субсидиарного,

Правило locus regit actum, как правило исключительное, известно было уже прусскому Зѣмскому Уложению 1794 г. (§ III). Оно воспринято, далее, кодексами аргентинским 1871 г. (ст. 12), испанским 1889 г. (ст. II, абз. I), целым рядом уложений отдельных швейцарских кантонов и южно-американской кодификацией (ст. 39, абз. I).

Законодательные тексты, отнесенные выше во вторую группу, в качестве субсидарной привязки пользуются различными законами: саксонский кодекс 1863 г. (§ 9) допускает подчинение формы сделки не только закону места ее заключения, но и закону места ее исполнения [1]), итальянский кодекс 1865 г, (ст. 9, абз. I) в качестве субсидиарного закона выдвигает, в полном согласии с основными принципами романской школы, национальный закон участников сделки, если участники эти подданные одного и того же государства.

Третья группа законодательных текстов представлена ст. 11-й германского закона о введении в действие гражданского уложения, в полной мере отражающей научные воззрения второй половины XIX ст,, в частности—построение Бара. Ст. эта гласит: „Форма юридической сделки определяется по законам, которыми определяется существо составляющего содержание сделки правоотношения. Достаточно, однако, соблюдения законов места, в котором сделка совершается". Формула ст. 11 германского закона воспроизводится польским проэктом 1921 г. (ст. 5).

В старой литературе, а также в судебной практике, правило подчинения сделки закону места ее совершения ограничивалось в отношении сделок, которые заключались сторонами за границей специально для того, чтобы избежать стеснительных форм отечественного законодательства. Считалось, что, обращаясь к иностранному праву, стороны

[1]) Прибалтийский кодекс 1864 года (ст. XXXVI) — ныне гражданский кодекс Эстонии и Латвии выдвигает ту же привязку, но не в качестве субсидиарной, а альтернативной.

действовали in fraudem legis. Эта точка зрения встречается иногда и в современной литературе (Сюрвиль, Пилье), но большинством исследователей решительно оспаривается. Выбирая ту или иную форму сделки, стороны пользуются предоставленным им правилом locus regit actum правом, и считать, что заключение сделки за границей, т. е. предпочтение иностранного права праву отечественному, должно влечь за собой недействительность сделки безусловно лишено основания.

Зато прочным признанием пользуется другое ограничение правила locus regit actum: форма сделок, имеющих своим предметом установление или прекращение вещного права, подчиняется закону места нахождения вещи, независимо от того является ли эта вещь недвижимой или движимой. Ограничение это отразилось и в положительном праве: в силу второго абзаца приведенной выше ст. 11 германского закона о введении в действие гражданского уложения правило о подчинении формы сделки закону места ее заключения не применяется к сделкам, устанавливающим право на вещь или заключающим в себе распоряжение таким правом.

2. Правило locus regit actum нашло себе признание и в действующем советском праве, притом в первоначальной своей редакции, т. е. в редакции, устанавливающей абсолютное, а не факультативное значение этой формулы. В законодательстве Р. С. Ф. С. Р. коллизионных постановлений о форме сделок до вступления в действие Гражданского Процессуального Кодекса не было, но в украинскоми белорусском „Положениях об иностранцах“ имелись подлежащие статьи тождественного, притом, содержания:

„Сделки и акты, совершаемые иностранцами между собой и с украинскими (белорусскими) гражданами, обсуждаются со стороны их формы и условий совершения по законам места их совершения...“ (§ 8 украинского Положения, § 17 п. г. белорусского Положения).

Постановление это является неполной двусторонней коллизионной нормой: оно не определяет форму сделок, заключаемых советскими гражданами между собой заграницей. С введением в действие Гражданского Процессуального Кодекса в составе нашего законодательства появился еще один текст, освящающий правило locus regit actum. Ст. 7 этого кодекса гласит:

„При рассмотрении судом договоров и актов, совершенных за границей, принимаются во внимание законы, действующие в месте совершения договора или акта, если самые договоры или акты разрешены на основании законов и соглашений РСФСР с тем государством, в пределах коего они совершены“.

Статья эта говорит о совершенных за границей договорах в целом, не различая содержания сделки от ее внешней формы. Расчленяя эти два неизбежные составные части всякого договора, мы должны будем признать, что поскольку ст. 7-я Гражданского Процессуального Кодекса имеет в виду форму сделки, она подчиняет эту форму закону места совершения сделки без всяких оговорок (вторая часть ст. 7 по существу относится только к содержанию сделки, т. е. провозглашает правило locus regit actum опять таки в абсолютной, а не субсидиарной форме).

Помимо общего вопроса о форме сделок, в действующем нашем законодетельстве разрешается частный вопрос о форме сделок, имеющих своим предметом некоторые вещно-правовые отношения, разрешается, притом, в том же направлении, что и вопрос общий. Для ряда сделок, имеющих своим предметом допускаемые нашим Гражданским Кодексом вещные права на имущество, которые в западно-европейском праве квалифицировались бы как имущество недвижимое, обязательна советская нотариальная форма. Нотариальная форма необходима для установления права застройки (ст. 72 Г. К.), для отчуждения и залога права застройки (ст. 79 и 90), для залога строения (ст. 90), для перезалога строения и права застройки (ст. 94), для передачи требования, обеспеченного залогом строения или права застройки (ст. 103). Обязательное же обращение к советским нотариальным органам, которые, очевидно, могут облекать сделки лишь в советскую нотариальную форму, означает подчинение сделки в указанных выше пределах форме места ее заключения.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Глава X.

Вещное право.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 509—515; Нольде, Вещное международное право (частное) — Словарь юридических и государственных наук, т. I, 1758—1762; Мартенс, 353—356; Waechter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten-Archiv fur civilistische Praxis, XXIV (1841), s. 291—298; XXV (1842), s. 199—200, 383—389; Savigny, VIII, 169—200; Bar, I, 591—660; Zitelmann, II, 302—368; Walker, 279—320; Weiss, Traité IV, 168—284; Dicey, 513—539; Westlake, 177—218; Wharton, 254—328; Valery, 872—899, Surville et Arhuys, 216—234; J. P. Niboyet, Des conflits de lois relatifs à l'acqusition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier, 1912, Diena, I diritti reali considerati nel diritto internazionale privato, 1895.

Тексты положительного права: Neumann, 184—193; Niemeyer, Vorschlage, 106 * — 117 *.

I. Обсуждение вещных правоотношений подчиняется закону места нахождения вещи [lex rei sitae]. Правило это настолько бесспорно в отношении недвижимостей, что Кан готов отнести его к нормам обычного международного частного права. Действительно, если крайние представители романской школы и настаивают на универсальном действии в коллизионном праве национального закона. то в отношении вещных прав на недвижимости они кружным путем приходят к тому же закону места их нахождения: последний неизбежно признается компетентным во имя „публичного порядка" государства, в котором имущество находится. Таков путь и Лорана, и Вейса. В конечном итоге оказывается, что lex rei sitae применяется по исключению, применяется постольку, поскольку применения этого требует местный публичный порядок. В отношении же недвижимостей такие требования постоянны и исключение неизбежно превращается в общее правило.

Правило это нашло себе признание и в целом ряде норм положительного права: сошлюсь на Прусское Земское Уложение 1794 г. (введение, § 32), на Австрийский гражданский кодекс 1811 г. (§ 300, абз. 1), на французский code civil (ст. 3, абз. 2: „недвижимости, даже находящиеся во владении иностранцев, подчиняются французскому закону"), итальянский кодекс 1865 г. (ст. 7, абз. 2), прибалтийский кодекс 1864 г. (ст. 33, абз. 1).

Более спорным представляется распространение правила о подчинении вещных правоотношений закону места нахождения вещи на движимости. На протяжении веков в доктрине коллизионного права вещные права на движимости рекомендовалось обсуждать по личному закону управомоченного (собственника, владельца), согласно правилу mobilia personam sequuntur. Таков был взгляд Бартола, д'Аржентрэ, П. Фуша, Булленуа и многих других представителей науки коллизионного права вплоть до середины XIX в. Распространенность правила о подчинении вещных правоотношений личному закону лица управомоченного, в старой литературе привела к тому, что правило это было воспринято и некоторыми законодательствами. Так Прусское Земское Уложение 1794 г. подчиняло движимое имущество закону нормальной подсудности лица управомоченного (введение, § 28), то же правило по существу повторяло австрийское уложение 1811 г. (§ 300, абз. 2), кодекс Прибалтийский 1864 г. (ст. 33, абз. 2), испанский кодекс 1889 г. (ст. 10, абз. 1), и наконец —итальянский кодекс 1865 г. (ст. 7), последний—с той существенной оговоркой, что движимое имущество подчиняется национальному закону собственника лишь поскольку закон места нахождения вещи не постановляет обратного.

Однако, в настоящее время такое выделение вещных правоотношений, имеющих своим об'ектом движимость, и подчинение их личному закону лица управомоченного, научной литературой решительно отвергается. Решающее влияние в этом вопросе оказала критика господствовавшего ранее воззрения, исходившая от Вехтера и поддержанная Савиньи. В пользу подчинения движимостей закону места их нахождения, а не личному закону управомоченного, высказывались отдельные авторы и до Вехтера, но Вехтер первый подчеркнул вопрос—о каком лице говорят, выдвигая его личный закон. На этот вопрос предшествовавшие авторы давали отнюдь не тождественные ответы: одни указывали на собственника, другие на владельца, третьи на лицо управомоченное вообще. Вехтер пошел дальше и спросил—как быть, если о вещном праве спорят два лица с несовпадающими личными законами. Савиньи разделил все сомнения Вехтера и присоединился к его аргументации. В качестве общего правила для обсуждения всех вещных правоотношений, независимо от того, является ли об'ектом их недвижимость или движимость, компетентным законом и он признал закон места нахождения вещи. Этот взгляд получил широкое признание и опять таки отразился в ряде текстов положительного права. Оно было воспринято Саксонским Кодексом 1863 г. (§ 10), Японским Уложением 1890 г. (общие положения, ст. 4), южно-американской кодификацией коллизионного права (договор 1889 г. в Монтевидео, ст. 26).

Значение взгляда, установленного Вехтером и Савиньи, подчеркивается тем, что даже в странах, где положительное право построено на принципе mobilia personam sequuntur, практика отклоняется от этого принципа в пользу подчинения всех вещных правоотношений закону места нахождения вещи. Постановление § 300 Австрийского Гражданского Уложения подчиняет все вещи, кроме недвижимостей, личному закону собственника: Валькер называет это постановление лишенным значения пережитком теории статутов, неприменяемым судебной практикой. Во Франции теория и практика разграничивают вопрос о движимостях как universitates от вопроса о движимостях ut singuli, и только в первом случае применяют личный закон управомоченного лица. В Англии судебная практика, начиная с середины XIX в. точно также переходит от личного закона к закону территориальному.

Итак, подчинение всех вообще вещных правоотношений закону места нахождения вещи является в настоящее время одним из наиболее прочно признанных начал коллизионного права. В новой литературе принципу этому обеспечивается даже более широкое применение, чем в старой. Савиньи допускал исключение в пользу действия закона местожительства собственника для предметов, относительно которых трудно установить место их нахождения в каждый данный момент: для товаров, отправляемых на большие расстояния и, следовательно, проходящих отдельные территории транзитом, для багажа путешественника. Новая доктрина (Цительман) отказывается допускать и такого рода исключение и даже указанные категории предметов подчиняет закону территориальному.

Применение изложенного принципа к отдельным институтам вещного права по общему правилу не вызывает затруднений. Особо рассмотреть следует лишь приобретение вещных прав по давности, так как оно может вызвать на первый взгляд некоторые колебания. Приобретение по давности вещных прав на недвижимость подчиняется, конечно, закону места ее нахождения. Приобретение по давности вещных прав на движимость, в течение всего давностного срока не покидавшую пределов действия определенного правопорядка, конечно, подчиняется действию этого правопорядка. Но как быть в случае, если в течение срока давности вещь перемещалась из одной территории в другую? Ведь давностные сроки различны в различных правопорядках: в германском праве—10 лет, в швейцарском—5 лет, во французском и австрийском праве—3 года, в итальянском праве—2 года. По какому законодательству определить истечение давностного срока, если, скажем, в начале его вещь находилась в Австрии, а затем была перемещена в Германию? Ответы на этот вопрос предлагались различные. В свое время выдвигался закон местожительства лица управомоченного. Затем—закон места, в котором вещь находилась в момент начала течения давностного срока. Подавляющее большинство теоретиков придает, однако, решающее значение закону места нахождения вещи в момент истечения срока давности. Рассмотрим такие примерные казусы. Вещь находилась в течение четырех лет после начала течения давностного срока в Австрии, где срок этот равняется 3 годам, затем перемещается в Германию, где срок давности—10 лет. Приобретенное в Австрии по давности право

должно признаваться и в Германии. Другой пример. Вещь находилась два года в Германии, затем перемещена в Австрию. Приобретение вещного права по давности должно быть признано через год, т. е. с истечением трехгодичного срока, установленного австрийским законом. Наконец, третий случай. Вещь находилась четыре года в Германии и затем перемещена в Австрию. Приобретение вещного права должно почитаться наступившим, в виду состоявшегося уже истечения требуемого австрийским правом трехгодичного срока давности. Раз приобретенное право не утрачивается и в случае дальнейшего перемещения вещи в пределы действия правопорядка, устанавливающего более продолжительные сроки давности (во втором и третьем примере—в случае обратного перемещения вещи из Австрии в Германию).

2. Действующее советское право.

Подходя к обсуждению вещно-правовых коллизий по действующему советскому праву, необходимо иметь в виду, что Гражданским Кодексом устраняется деление вещей на движимые и недвижимые (см. примечание к ст. 21: „С отменой частной собственности на землю деление имуществ на движимые и недвижимые упразднено"); прежние об'екты недвижимой собственности из'емлются из гражданского оборота, переходя в разряд об'ектов монопольного права собственности государства (см. ст. 53: „Земля, недра, леса, воды, железные дороги общего пользования... могут быть исключительно собственностью государства"). К области прав, относившихся прежней терминологией к правам на недвижимости, принадлежат лишь признаваемые нашим Гражданским Кодексом права на немуниципализированные (и ненационализированные) строения, а также право застройки.

Основным коллизионным правилом для обсуждения вещных правоотношений по действующему советскому праву должно почитаться подчинение их закону места нахождения вещи. Правило это в форме односторонней коллизионной нормы выражено в украинском и белорусском положениях об иностранцах (§ 7, абз. 1 Укр. Положения и § 17 п. е, абз. 1 Белор. Положения): „Права и обязанности иностранцев в отношении имуществ движимых и недвижимых, находящихся в пределах УССР (БССР), определяются законами УССР (БССР)". Не может, однако, подлежать сомнению, что приведенное правило должно быть по аналогии распространено и на случаи, не обнимаемые только что приведенным законодательным текстом, другими словами, что правило о подчинении вещных правоотношений закону места нахождения вещи в общей форме должно применяться советским судом и в порядке заполнения пробелов в положительном праве [1]).

---

[1]) Сказанное находит себе подтверждение в циркуляре НКИД от 12 апреля 1922 г. за № 42 нашим консульским представителям заграницей о пределах защиты имущественных прав русских граждан, принадлежащих им по законам страны их пребывания, но не признанные за ними по законодательству РСФСР Циркуляр раз'ясняет, что имущественно правовой строй, установленный декретами Советского правительства, регулирует лишь имущественные отношения на территории РСФСР; имущественные же правоотношения, об'екты коих находятся за пределами РСФСР, подчиняются законодательству места нахождения этих об'ектов. См. С. Б. Крылов,

Что касается, в частности, приобретения вещных прав по давности, то следует иметь в виду, что нашему действующему законодательству институт приобретательной давности неизвестен. Поэтому, применяя изложенные выше общие правила, мы должны будем признать, что при передвижении вещи с советской территории заграницу течение срока давности может начаться только с момента, когда вещь оказалась за пределами действия советского правопорядка. И обратно, если течение срока приобретательной давности началось заграницей, то при перемещении вещи на советскую территорию, оно приостанавливается.

Тоже правило о подчинении вещных правоотношений закону места нахождения вещи должно применяться при разрешении возможных коллизий вещного права внутри СССР: ст. 13 Положения о Верховном Суде СССР подчиняет спорные правоотношения закону места их возникновения, а местом возникновения вещного правоотношения должно почитаться место нахождения вещи.

Советское Консульское право. Советское право, 1924 г. №1 (7), стр. 120 См. также циркуляр НКЮ 6 июля 1923 г. № 144—Еженедельник Советской Юстиции, 1923 г. № 27, 623.

Глава XI.

Обязательственное право.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 515—529; Мартенс, 360—370; Savigny, VIII, 200—294; Bar, II, 3—126; Zitelmann, II, 366—602; Walker, 321—484; Niemeyer, Vorschlage, 234—246; Meili, II, 3—105; Weiss, Traité IV, 337—433; Weiss, Manuel, 544—566; Valéry, 948—1016; Surville et Arthuys, 271—311: Dicey, 529—612; Jitta, La substance des obligations dans le droit international privé, T. I (1906)—II—(1907); Beer, Neue Entwicklungstufen des internationalen Privatrechts, I Beitrag. Zum internationalen Obligationenrecht-Zeitschrift, XVIII (1908), s. 334—363; Silberschmidt, Die deutsche Rechtssprechung über das für Schuld verhaltnisse anzuwendende Recht-Zeitschrift, XX (1910), s. 487—502; Niemeyer, Oertliches Recht der Vertragsobligationen nach internationalem Privatrecht — Deutsche Juristen-Zeitung III, s. 372; Verhandlungen des XXIV deutschen Juristentages, 1897, Bd. I, s. 169—200 (доклад H. Neumann'a) Bd. II, s. 33—52 (доклад W. v. Seeler'a), Annuaire de l'Institut de droit international, XXII (1908), 55—121, 255—292.

Тексты положительного права: Neumann, 194 — 219; Niemeyer, Vorschläge, 92—105*.

---

1. Если в области вещно-правовых отношений коллизионные правила не вызывают значительных разноречий, то в области обязательственного права разноречия эти как в законодательстве, так и в доктрине чрезвычайно существенны и велики. Значительность этих разногласий приводит даже отдельных исследователей к пессимистическим заключениям о невозможности установить приемлемое общее правило для разрешения обязательственных коллизий, *или*, по крайней мере, найти подходящую формулу для законодательного закрепления такого правила. Бар, например, считая несколько неопределенным мнение, в силу которого установление общего принципа обязательственного коллизионного права невозможно, признает все же законодательную формулировку такого принципа делом *исключительной трудности* и высказывает даже предположение—не лучше ли вовсе от этой формулировки отказаться. Точно также один из докладчиков на XXIV с'езде германских юристов в 1897 г. на тему о том, какому законодательству должны подчиняться согласно международному частному праву договор-

ные обязательства—проф. Зелер—признал вообще какой бы то ни было ответ на этот вопрос преждевременным. В русской литературе пессимистическую позицию занимал Ф. Ф. Мартенс, считавший, что нет возможности найти какой либо один закон, на основании которого разрешались бы все вопросы обязательствеиного коллизионного права.

Такой пессимизм не разделяется, однако, большинством теоретиков: последние не отказываются от поисков руководящего коллизионного правила и для области обязательственных правоотношений, как делают они это и для других областей международного частного права.

Мне уже пришлось отметить, что число ответов на вопрос, какому из возможных разноместных законов должно быть подчинено обсуждение осложненного международными элементами обязательственного правоотношения, сравнительно весьма велико. Не задаваясь целью привести все варианты существующих теорий, я остановлюсь только на важнейших из них, отмечая попутно отражения их в положительном праве и в судебной практике. Таковыми являются, прежде всего, теория „автономии сторон", в силу которой обязательственное правоотношение должно обсуждаться по тому закону, которому прямо или косвенно подчинили его договаривающиеся стороны; затем, теории, подчиняющие обязательство независимому от воли сторон точно указанному закону, причем в качестве такого закона выдвигается — закон места совершения договора, личный закон кредитора или должника, с двумя возможными вариантами личного закона, т. е. законом национальным либо законом местожительства, наконец, закон места исполнения договора. Начну обзор этих теорий с теории автономии сторон.

2. Теория автономии сторон, восходящая к Дюмулэну, т. е. к XVI в., сводится, как я уже упомянул, к признанию компетентным для обсуждения обязательственного правоотношения того закона, на который прямо или косвенно указали договаривающиеся стороны. Мало привлекшая к себе внимания в эпоху господства статутарной теории, теория эта стала находить себе сторонников во второй половине XIX века. На ее предпосылках построена была подлежащая статья проекта Лорана (1882 г.) [1]). Та же теория лежит в основе проекта, представленного швейцарским делегатом Рогэном, Гаагской конференции в 1900 г.: „Поскольку", читаем мы в этом проекте, „не противоречит тому какая либо повелительная или запретительная норма, содержание договора подчиняется закону, избранному прямо или косвенно договаривающимися сторонами. Если стороны не проявили своей воли по этому вопросу, судья, изучив все обстоятельства дела, должен выяснить, к какому закону они вероятнее всего обратились бы, если бы их внимание было обращено на этот предмет" (ст. 5). Далее проект перечисляет обстоятельства, которые судья должен себе уяснить и заканчивает указанием на то, что судья должен подчинить правоотношение

[1]) В статье этой (14-й) читаем. „Договоры, заключенные в иностранном государстве, подчиняются закону, которому договаривающиеся стороны согласились подчиниться. При отсутствии точного волеиз'явления, судья должен определить намерение сторон из фактов и обстоятельств дела".

тому закону, который покажется ему лучше других отвечающим конкретным обстоятельствам дела, не будучи связан какими бы то ни было презумпциями, абсолютными или относительными.

Приведенная формулировка теории автономии сторон является отнюдь не единственно возможной и единственно существующей. Ряд исследователей, исходя из принципа автономии сторон, указывает, какой из разноместных законов должен быть субсидиарно применен, если из договора нельзя уяснить себе волю сторон. В отличие от формулы, предложенной Рогэном, тут не вскрывается возможное и предполагаемое намерение сторон, если намерение это не явствует из договора, а непосредственно выдвигается закон, которому, при отсутствии ясного волеиз'явления договаривающихся, и подчиняется договор. Так, например, Дернбург и Эннекцерус, признавая решающим в первую очередь закон, на который указали стороны, в качестве субсидиарного, выдвигают закон места исполнения договора. Эндеманн считает таким субсидиарным законом—закон местожительства должника. Однако, все такие построения страдают одним основным недостатком, неустранимо связанным с признанием принципа автономии сторон, принципом коллизионным. Действительно, говоря о принципе автономии сторон, необходимо, прежде всего, уяснить себе, является ли этот принцип принципом права коллизионного или права материального. Разрешить этот вопрос надлежит безусловно в пользу признания принципа автономии сторон принципом права материального: какой бы гражданский правопорядок мы ни взяли, в любом из них обязательственное право построено на признании принципа свободы волеиз'явления сторон. Но возводя этот принцип в общее правило, все законодательства устанавливают и границы его применения. Автономия сторон не безпредельна: всюду она ограничивается нормами повелительными и запретительными, нормами, неустранимыми для сторон их свободным волеиз'явлением. Эти нормы являются такой же составной частью материального гражданского правопорядка, как норма, освящающая принцип автономии. Последняя, притом, неот'емлема от первых. Оперируя с общей всем законодательствам нормой о свободе волеиз'явлений сторон, мы неизбежно должны ставить себе и разрешать вопрос—в каком конкретном законодательстве мы будем искать ограничивающих эту свободу постановлений. А между этими постановлениями возможны коллизии, как возможны они между любыми нормами повелительного характера, и разрешать эти коллизии новой ссылкой на принцип автономии сторон значить вступать в логически без'исходный круг. Будучи принципом материального права, принцип автономии сторон, именно благодаря своей органической связанности с обрамляющими его нормами повелительного и запретительного характера, не может быть принципом права коллизионного.

При такой постановке вопроса свобода волеиз'явления сторон в обязательственных отношениях отнюдь не устраняется: она ставится лишь в рамки определенного правопорядка. Отыскание же этого правопорядка остается тем заданием, разрешить которое призвано коллизионное право. Другими словами, стороны могут подчинить правоотно-

шение любому правопорядку, поскольку тому не препятствуют принудительные постановления закона, подлежащего применению согласно нормам международного частного права. Принцип „автономии сторон" не снимает, следовательно, с коллизионного права обязанности определить компентентный „закон договора".

Я уже упоминал, что таким законом договора в теории предлагалось считать и закон места заключения договора, и личный закон должника, и закон места исполнения договора.

3. В пользу закона места заключения договора высказывался еще Бартол, затем—Бургундус, а из новых теоретиков—ряд представителей романской доктрины—Лоран, Фиоре, Вейс, затем—Ассер, а в Германии—Вехтер, за последнее время—Нимейер, в Англии и Америке—Стори, Уортон, Дайси. Тот же принцип принимается некоторыми законодательствами — австрийским кодексом 1811 г., итальянским уложением 1865 г, кодексами некоторых швейцарских кантонов, японским законом 1898 г. Судебная практика, по преимуществу романских стран, точно также уделяет закону места заключения договора широкое внимание. Против признания решающего значения за законом места совершения договора при разрешении обязательственных коллизий высказывается, однако, подавляющее большинство германскнх теоретиков, начиная от Савиньи и кончая юристами наших дней, а также ряд исследователей в других странах. Обычно указывается, что место совершения сделки является зачастую случайным обстоятельством, не связанным с существом договора, указывается, затем, что не всегда место заключения договора может быть с точностью и установлено.

4. Значительным кредитом пользуются теории, считающие законом, компетентным для устранения обязательственных коллизий, личный закон должника. Теории эти подкрепляются авторитетом двух крупнейших германских коллизионистов — Бара и Цительмана. Сообразно с неизбежным уточнением теории личного закона либо в пользу закона местожительства, либо в пользу закона национального, для разрешения коллизий обязательственного права предлагают принять одни — lex domicilii (Бар), другие — lex patriae (Цительман). В конце концов спор между сторонниками закона местожительства и сторонниками национального закона в данном случае является лишь частным проявлением общего разногласия относительно предположительности того или другого варианта личного закона: важно не конкретное разрешение этого внутреннего спора применительно к обязательственным коллизиям, а признание компетентным вообще личного закона должника. Бар подкрепляет свой взгляд в первую очередь тем соображением, что повелительные нормы, неустранимые автономным волеиз'явлением сторон, обычно устанавливаются в интересах должника: Бар не допускает, чтобы это попечение о должнике прекратилось, если он случайно вступил в договорное отношение за границей или если он имеет там исполнить договор. Теория личного закона в принимаемом им варианте, а именно теория местожительства должника, является для Бара наиболее приемлемой и потому, что фактически, если не оговорено в договоре обратного, домициль должника является и местом исполне-

ния договора. Для Цительмана, принципиально отвергающего какие бы то ни было соображения целесообразности при разрешении коллизий, компетентность национального закона должника вытекает из основных его теоретических предпосылок: поскольку обязательство покоится на исходящем от об'ективного права предписания должнику действовать или воздерживаться от какого-нибудь действия, компетентным для обсуждения обязательства законом будет тот закон, которому, согласно принципам международного права, принадлежит власть устанавливать такое предписание. Законом же этим только и может быть национальный закон должника, потому что только отечественное государство последнего может предписать ему лежащее в основе обязательства действие.

Теория личного закона должника, помимо двух только что названных корифеев коллизионной науки, имеет в числе своих сторонников ряд крупных имен; большинство их примыкают к варианту Бара, считая личным законом закон местожительства (напр., Виндшейд, Моммзен, Эндеман), другие высказываются, как и Цительман, за национальный закон (напр., Колер, Кроме). В положительном праве мы признания теории личного закона должника почти не находим: в пользу закона местожительства высказывается лишь сербский кодекс 1844 г., закон национальный в чистом виде совсем не зафиксирован, хотя в известных пределах считаются с ним итальянский кодекс и кодекс японский (когда договаривающиеся стороны—одной и той же национальности). Течение в пользу личного закона должника сказало некоторое влияние и на судебную практику, но не очень заметное.

Признавая компетентным законом для разрешения обязательственных коллизий личный закон должника, необходимо уточнить применение этого принципа к обязательствам двусторонним. При двусторонних обязательствах на-лицо имеется два должника, следовательно, правоотношение подпадает действию двух личных законов. Как быть, если эти личные законы указывают разное, если, скажем, при договоре купли-продажи, личный закон одной стороны требует передачи вещи, а личный закон другой стороны не требует предоставления эквивалента. В литературе предлагаются различные выходы из такого положения. Бар предлагает расчленять двустороннее обязательство на два односторонних и каждое из них обсуждать на основании личного закона подлежащего должника, в случае же противоречивости этих законов применять тот закон, который является более выгодным для ответчика. Цительман точно также предлагает расчленять двустороннее обязательство и каждое обязательство обсуждать по национальному закону подлежащего должника. При противоречивости постановлений личных законов обоих должников он предлагает считать правоотношение вообще лишенным силы, поскольку оба правопорядка принимают за исходное положение именно двусторонний характер обязательства. К тому же, по существу, выводу приходят Регельсбергер и Эндеман.

Вряд ли отвечает, однако, природе единого двустороннего обязательства разрыв его на две части для обсуждения каждой из них по личному закону подлежащего должника. Смысл двустороннего обяза-

тельства именно в его двусторонности: нельзя, не нарушая его природы, допустить, чтобы возложенные на одну сторону обязанности расширялись одним законом, в то время как обязанности другой стороны суживались бы другим. В итоге приходится признать, что теория личного закона должника для обсуждения двусторонних обязательств безусловно неудобна. Если же мы вспомним, как велико в жизненной практике число именно двусторонних обязательственных отношений, мы должны будем отказаться от теории личного закона должника и вообще.

5. Теория места исполнения договоров пользуется широким распространением особенно в Германии, где она была освящена авторитетом Савиньи. Савиньи для каждого правоотношения искал его местонахождение (Sitz des Rechtsverhältnisses). Место исполнения договора он и считал для обязательственных правоотношений таким „местонахождением". Обязательство, рассуждал он, и заключается в том, что нечто, лежавшее дотоле в плоскости свободного усмотрения лица, превращается в нечто необходимое,—этим необходимым является именно исполнение обязательства. Это исполнение является центром внимания вступающих в обязательственное правоотношение сторон и потому именно в нем надлежит видеть его сущность. В силу этого, законом договора должен быть признан закон места его исполнения. Этой же точки зрения придерживаются — я называю только крупные имена — Дернбург, Эннекцерус, Б. Э. Нольде [1]). Из норм положительного права принцип закона места исполнения договора освящают — прежде всего саксонский кодекс 1863 г., для которого учение Савиньи было последним словом науки, вслед за саксонским—Прибалтийский кодекс, а затем договорная южно-американская кодификация в Монтевидео 1889 г. Широким признанием пользовался этот принцип и в германской судебной практике, в особенности до введения в действие нового гражданского уложения.

Против теории места исполнения договора обычно выдвигается тот аргумент, что мест этих может быть не одно, а несколько и, таким образом для обсуждения одного и того же правоотношения окажутся компетентными несколько законодательств. В ответ на это возражение указывают, что, по общему правилу, не трудно бывает определить главное обязательство договора, в отличие от второстепенных, и по закону места исполнения этого главного обязательства обсуждать весь договор в целом. Приводится затем указание на то, что само место исполнения договора является правовым понятием, подлежащим обсуждению согласно нормам какого-либо конкретного правопорядка. Этот вопрос является, однако, общим вопросом о разрешении коллизий прикрепительных формул, коллизий „привязок" (см. выше, гл. VI). Обращение к lex fori является, на мой взгляд, и тут единственным практическим разрешением этого вопроса.

---

[1]) В пользу закона места исполнения договора высказывалось и большинство 24-го с'езда германских юристов, по предложению того же Эннекцеруса.

6. Таковы основные категории привязок, выдвигаемых в качестве составных частей коллизионных норм обязательственного права. Следует, однако, иметь в виду, что иногда для разрешения обязательственных коллизий намечаются и различные комбинации этих привозок, намечаются коллизионные нормы более сложные, чем те, обзор которых мною был только что приведен. Так, Институт Международного права на Флорентийской своей сессии 1908 г. наметил довольно сложную систему коллизионных ответов для различных категорий обязательственных отношений. Эту систему в основных ее очертаниях воспринял Г. Валькер, использовавший ее и в австрийском проекте 1913 г., им составленном. Через посредство Валькера и австрийского проекта 1913 г. система эта положена была с некоторыми изменениями в основу польского проекта 1921 г. Проект этот прежде всего предоставляет сторонам подчинить обязательственное правоотношение на выбор национальному закону, закону местожительства, закону места совершения договора, закону места его исполнения или закону места нахождения вещи (ст. 7). На случай если бы стороны не определили, какому из перечисленных законов они подчиняют обязательство, проект для ряда договоров определяет конкретно компетентный для их обсуждения закон (для биржевых и рыночных сделок — закон места нахождения биржи или рынка, для сделок о недвижимостях—закон места их нахождения и т. д.). Для всех же остальных, не перечисленных специально категорий договоров, проект считает компетентным закон местожительства сторон или при несовпадении двух местожительств—закон местожительства ответчика, а при двусторонних обязательствах—закон места заключения договора. Во всяком случае стороны связаны запретительными постановлениями национального закона должника, закона его местожительства и закона места исполнения договора.

7. Обязательственные правоотношения, возникающие из правонарушений.

Согласно единодушному на континенте Европы мнению современной доктрины, разделяемому и судебной практикой, обязательственные правоотношения, имеющие своим основанием правонарушения, обсуждаются по закону места совершения правонарушения (no lex loci actus). Это единодушие научной мысли в прошлом нарушено было лишь Вехтером и Савиньи, которые предлагали подчинять основанные на правонарушениях обязательства закону суда — lex fori. Для Вехтера это являлось одним из случаев применения выставленного им коллизионного принципа—принципа, уделявшего преимущественное значение отечественному праву судьи, Савиньи ссылался на строго принудительный характер всех законов о деликтах, т. е. на свою формулировку „публичного порядка". Точка зрения Вехтера и Савиньи была, однако, решительно оставлена всеми последующими теоретиками. Бар совершенно убедительно показал невозможность такого положения вещей, при котором лицо, действовавшее по закону места этого действия совершенно правомерно, могло бы быть признано ответственным судом третьего государства по его местным законам. В литературе, начиная со второй половины XIX ст., подчинение обязательства, основанного на правона-

рушении, закону места учинения этого правонарушения, не возбуждает уже сомнений. Немногочисленные законодательные тексты, относящиеся до этой категории обязательств, стоят на той же точке зрения: можно указать на южно-американскую кодификацию 1889 г. (ст. 38), на японское гражданское уложение (общие постановления, ст. 7). Несколько обособленную позицию занимает, впрочем, германское коллизионное право: ст. 12 закона о введении в действие гражданского уложения устанавливает, что из учиненных заграницей недозволенных действий не могут защищаться направленные против германского подданного притязания, если они идут дальше обоснованнык по германскому закону притязаний. Смысл этой статьи в том, что поскольку речь идет об ответственности германских граждан, действует кумулятивный принцип: ответственность эта имеет место лишь постольку, поскольку она является обоснованной и по закону места учинения подлежащего деяния и по закону суда, т. е. по закону германскому. Цительман правильно указывает на то, что ст. 12 закона о введении в действие герм. гражд, уложения, заключая в себе формулировку правила частного, предполагает в качестве общего правила действие закона места учинения недозволенного деяния. В англо-американской доктрине и судебной практике кумулятивный принцип, принимаемый германским законодательством в качестве исключения, возводится на степень общего правила: англо-американская теория и суд защищают только то основанное на правонарушении обязательственное притязание, которое является обоснованным как по закону места учинения правонарушения, так и по закону суда.

8. Обязательственные правоотношения, возникающие вследствие неосновательного обогащения.

Вопрос о выборе закона для обсуждения обязательственных правоотношений, возникающих вследствие неосновательного обогащения (частный случай обязательств quasi ex contractu)—в литературе вопрос спорный. Эти обязательства сближают либо с деликтными обязательствами и тогда предлагают обсуждать их по закону места совершения неосновательного обогащения (Бар—с некоторой уступкой национальному закону сторон, при принадлежности их к одному государству, Броше, Ассер и др.), либо с договорными обязательствами и тогда рекомендуют подчинять их тому закону, по которому обсуждается существо последних (Вейс, Цительман и др.; Цительман подчиняет, напр., квазиконтрактные обязательства национальному закону должника) Немногие законодательные тексты, затрагивающие этот предмет (кодификация в Монтевидео, ст. 38, и Японский гражданский кодекс, ст. 7). высказываются в пользу закона места совершения неосновательного обогащения.

9. Действующее советское право.

В действующем советском законодательстве коллизионные нормы обязательственного права мы найдем в украинском и белорусском „Положении об иностранцах“ и в ст. 7 Гражданского Процессуального Кодекса. § 8 украинского Положения (= § 17 п. г белорусского) гласит:

„Сделки и акты, совершаемые иностранцами между собой и с украинскими (белорусскими) гражданами обсуждаются со стороны их формы и условий совершения по законам места их совершения, содержание же этих актов и сделок признается законным и исполнение по ним допускается на территории УССР (БССР) постольку, поскольку таковое не запрещено законами УССР (БССР)".

На части этой статьи, говорящей о форме сделок, мы останавливались уже выше. Какой вывод дает возможность сделать другая ее часть, посвященная именно содержанию обязательственного правоотношения? Она отчетливо подчиняет внутренние условия сделки закону места ее совершения, оговаривая лишь, что исполнение сделки допускается на советской территории постольку, поскольку оно не противоречит местному „публичному порядку", точнее, поскольку содержание сделки не подпадает действию запретительных норм советского законодательства.

Аналогично содержание ст. 7 Гражданского Процессуального Кодекса. Напомню, прежде всего, ее текст:

„При рассмотрении судом договоров и актов, совершенных за границей, принимаются во внимание законы, действующие в месте совершения договора или акта, если самые договоры или акты разрешены на основании законов и соглашений РСФСР с тем государством, в пределах коего они совершены".

Как мне пришлось отметить уже выше, статья эта не расчленяет обсуждение формы акта или сделки и обсуждение их содержания, подчиняя как форму, так и содержание сделки закону места ее совершения. Вторая часть приведенной статьи должна опять таки рассматриваться, как своеобразная формулировка идеи „публичного порядка": советский суд только в той мере может признать отвечающие законам места совершения сделки внутренние ее условия, в какой эти условия разрешены, т. е. не запрещены советским правом во всем его об'еме, т. е. как текстами законодательными, так и договорными. При использовании договорных текстов, которые могут в ту или иную сторону видоизменить запретительные постановления внутреннего советского законодательства, суд должен будет иметь, конечно, в виду, что тексты эти подлежат применению не по адресу всех договоров и актов, совершенных на территории государства, с которым заключена подлежащая конвенция, а лишь по адресу договоров и актов, участниками которых являются граждане государства контрагента: все междугосударственные соглашения в той или иной мере затрагивающие права физических лиц, имеют в виду только граждан договаривающихся государств, а не всех пребывающих на их территориях лиц, независимо от их гражданства.

Итак, обязательственные правоотношения, согласно советскому законодательству, должны обсуждаться по закону места возникновения обязательства (lex loci contractus), поскольку тому не противоречит отечественный „публичный порядок".

В договорном нашем праве коллизионных норм обязательственного права исключительно мало. Такая норма заключается в ст. XIII вре-

менного соглашения с Германией 6 мая 1921 г. (ее повторяет ст. 12 временного соглашения с Австрией 7 декабря того же 1921 года). Если отделить в этих статьях постановления процессуального порядка (к числу коих относится включение в сделки оговорки о применении третейского разбирательства) от коллизионных постановлений материального гражданского права, то в ряду последних останется лишь следующее правило: „В отношении правовых сделок, заключенных в Германии (= Австрии), и их экономического результата, Российское правительство подчиняется германским (= австрийским) законам...". Другими словами, и здесь подлежащие сделки обсуждаются по закону места их заключения.

Что касается коллизий обязательственных отношений, возникающих вследствие неосновательного обогащения и правонарушения, то они действующим Советским законодательством не затрагиваются. Я полагаю, что духу нашего положительного права будет отвечать подчинение деликтных обязательств закону суда, т. е закону советскому, а обязательств, вытекающих из неосновательного обогащения, закону места состоявшегося обогащения.

Обособленная норма имеется у нас для разрешения междуобластных обязательственных коллизий: это уже упоминавшаяся мной ст. 13 Положения о Верховном Суде СССР, подчиняющая спорные гражданские правоотношения закону места их возникновения. Применяя эту статью к области обязательственных коллизий, мы придем к следующим заключениям: договорные обязательства, при коллизии разноместных законов внутри СССР, должны обсуждаться по закону места заключения договора, деликтные обязательства — по закону места совершения правонарушения, обязательства, возникающие из неосновательного обогащения — по закону места состоявшегося обогащения.

Глава XII.

Брачное право.

§ 1. Вступление в брак.

Литература: Нольде, 529—538; Мандельштам, II, 1—246; Мартенс, 324—333; Ал. П-ко, Брак в международном частном праве—Словарь юридических и государственных наук, I, 1224—1232; Т. М. Яблочков, Форма брака в частном международном праве 1912; Bar, I, 440—482; Zitelmann, II, 603—663; Meili, I, 265—290; Walker, 485—581; Weiss, Traité, III, 439—573; Weiss, Manuel, 456—477; Valèry, 1037—1094; Surville et Arthuys, 320—353; Wharton, 121—200; Dicey, 626—648; Diena, „Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr", herausg. von F. Leske u. W. Loewenfeld, Bd. IV, Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, bearbeitet von J. Hahn, 1904; R. E. Schneider *, Modernes internationales Eheschliessungsrecht, 1917; Habicht, 98—116; Niemeyer, B.G.B. 133—155.

Тексты положительного права: Neumann, 220—231; Niemeyer, Vorschlage, 53*—69*.

О Гаагской конвенции 1902 г.: Actes 1893; Actes 1894; Actes 1900; Documents 1900; F. Kahn, Die dritte Staatenkonferenz für das internationale Privatrecht-Zeitschrift, XII (1902/03), 1—21, 201—261, 385—437; Meili u. Mamelok, 73—137; Buzzati, Il diritto internazionale privato secondo le convenzione dell'Aja, I, (1907), 49—498; (имеется французский перевод—Buzzati, Le droit international privé d'apres les conventions de la Haye, I, Traduction française par F. Rey, (1911): Travers*, La Convention de la Haye relative au mariage, I—II, 1912; Neugebauer*, Das Haager Eheschliessungsabkommen, 1914; R. Rey*, Le mariage d'après la Convention de la Haye, 1915.

---

1. В коллизионном праве вступление в брак подлежит обсуждению с двоякой точки зрения: с точки зрения внутренних условий установления брачного правоотношения и с точки зрения формы брака.

Юристы континентальной Европы подчиняют внутренние условия вступления в брак личному закону брачущихся, понимая под личным

законом, по общему правилу, закон национальный. Другой вариант личного закона, а именно закон местожительства, выдвигается в Англии. Надлежит, притом, отметить, что привлекаются личные законы обоих будущих супругов, если они принадлежат к разным государствам, другими словами, данные лица признаются способными вступить в брак, если по национальному законодательству каждого из них нет препятствия к заключению ими брачного союза. Таково господствующее мнение, отразившееся, как мы увидим ниже, и в текстах положительного права. Имеется, однако, в литературе течение, подчиняющее внутренние условия вступления в брак личному закону не обоих вступающих в брак, а одного только будущего мужа. Таков был взгляд Савиньи и некоторых примкнувших к нему германских юристов. Существует и компромиссное мнение, представленное Баром; в силу этого мнения должны применяться не все установленные личным законом невесты ограничительные условия, а лишь некоторые из них: препятствия к заключению брака, установленные в интересах семьи или государства [1] — должны учитываться лишь постольку, поскольку они имеются в законодательстве жениха, препятствия „частноправового характера“ [2] должны приниматься во внимание и по законодательству невесты. Искусственность, однако, самого деления „препятствий“ на только что приведенные категории заставляет отвергнуть весь вариант теории личного закона, построенный на этом различении, целиком.

Теория подчинения внутренних условий брака личному закону будущих супругов или одного из них нашла себе признание и в ряде законодательств: личный закон обоих брачущихся воспринят бельгийским правом (закон 1882 г.), итальянским правом, германским законом о введении в действие гражданского уложения (ст. 13), швейцарским гражданским уложением (ст. 6 заключительного титула уложения 1907 г.). На той же точке зрения стоит Гаагская конвенция 1902 г., о которой подробнее речь будет ниже. Нашла себе отражение в положительном праве и теория, подчиняющая внутренние условия брака личному закону будущего мужа: эту точку зрения воспроизводило саксонское гражданское уложение 1863 г. (§ 13).

Совершенно иной ответ на вопрос о компетентном законе для обсуждения внутренних условий брака дают американская доктрина и судебная практика, а за ними и некоторые законодательные тексты: они подчиняют внутренние условия брака закону места его заключения. Эта точка зрения, которую до середины XIX в. разделяла английская доктрина и практика, воспринята и южно-американской кодификацией 1889 г. (ст. 11), а также кодексами аргентинским и мексиканским.

Помимо двух приведенных теорий (теории личного закона и теории места заключения брака) в их чистом виде, можно встретить и компромиссные решения, решения, так или иначе сочетающие оба указанных

---

[1]) Бар причисляет к ним — препятствия, основанные на близости степеней родства, на запрещении брака лиц, принадлежащих к различным вероисповеданиям и т. п.

[2]) Бар указывает на возраст, заблуждение, принуждение и т. п.

тезиса: в чилийском кодексе (ст. 119) признается, например, подчинение брака закону места его заключения с оговоркой, подчиняющей чилийских граждан их отечественному закону о вступлении в брак, где бы они ни находились. Такие оговорки можно в той или иной редакции встретить и в других южно-американских кодексах.

Таковы решения коллизионных вопросов брачного права в отдельных национальных законодательствах. Как отмечалось, однако, выше, брачное право явилось предметом и международной кодификации: „конвенция для решения столкновений законов в области брака", подписанная в Гааге 12 июня 1902 г., создала единое коллизионное брачное право для всей группы государств, ее ратифицировавших [1]).

Вопрос о внутренних условиях брака, нас сейчас интересующий, конвенция разрешает, в полном согласии с законодательством и доктриной большинства представленных на конференции государств, в пользу подчинения этих условий национальному закону вступающих в брак, разрешая лишь попутно, притом в положительном смысле, вопрос об отсылке.

Статья 1 конвенции гласит: „Право вступления в брак определяется национальным законом каждого из будущих супругов, поскольку этот закон не ссылается ясным образом на другой закон". Первая часть статьи не возбуждает сомнений: если германец вступает в брак с венгеркой на территории Швейцарии, то брак этот будет, с точки зрения внутренних его условий, правомерным, если и германский, и венгерский законы не препятствуют данным лицам вступить в брак вообще, друг с другом в частности. Придаточное предложение статьи посвящено „отсылке", которую оно допускает, другими словами — предлагает под национальным законом каждой из вступающих в брак сторон понимать не только национальную норму материального права, но и национальную норму права коллизионного. Выше, во главе, специально посвященной отсылке, я говорил, что эту оговорку конвенции о браке можно по справедливости назвать оговоркой специально „швейцарской": притом не только потому, что она включена в конвевцию по инициативе швейцарских делегатов, но и в силу того, что в круге государств, представленных на конференции и подписавших соглашение, практическое значение она имела только для Швейцарии — только швейцарское право подчиняло брак „ясным образом" закону местожительства брачущихся. Итак, при вступлении в брак проживающего в Берлине швейцарца с немкой внутренние условия брака должны были быть обсуждены только по германскому законодательству, так как швейцарский закон жениха отсылал в данном случае к закону германскому, как к закону местожительства.

Итак, конвенция 1902 г. установила подчинение внутренних условий брака национальному закону будущих супругов. Участники конференции должны были, однако, считаться с тем, что закон места совер-

---

[1]) Конвенция эта действует в настоящее время, т. е. после мировой войны, в отношениях между Германией, Венгрией, Люксембургом, Голландией, Швецией и Швейцарией.

шения брака мог в некоторых случаях претендовать на исключение действия иностранного личного закона, мы знаем во имя чего—во имя отечественного публичного порядка. Зная это, они предприняли чрезвычайно ценное по своему заданию дело—они решили не ограничиваться общей формулой, а конкретизировать самый „публичный порядок", точно установить его содержание, другими словами—указать, в каких случаях национальный закон будущих супругов должен уступить место закону места заключения брака.

Конвенция перечисляет пять случаев, в которых закон места заключения брака может запретить брак, законный с точки зрения национального закона брачущихся [1]). Эти пять случаев связываются в две группы, по признаку санкции обхода запретительных постановлений. Первую группу составляют три случая, о которых говорит ст. 2 абз. 1 конвенции; „закон места совершения брака может запретить брак иностранцев, который был бы противен его постановлениям относительно – 1) степеней родства или свойства, в отношении коих существует безусловное запрещение; 2) безусловного запрещения вступать в брак, установленного против лиц, виновных в прелюбодеянии, в виду коего брак одного из них был расторгнут; 3) безусловного запрещения вступать в брак, изданного против лиц, осужденных за то, что они по соглашению покушались на жизнь супруга одного из них". Во вторую группу входят два случая, указанных в абз. 3 той же 2 ст. конвенции: каждое государство может не допускать совершения брака, который противоречил бы его законам 1) в виду существования предшествующего брака (имеются в виду случаи развода вопреки запрету законодательства, в пределах действия которого предполагается заключение вторичного брака), 2) ввиду препятствий религиозного характера (имеются в виду, например, запреты вступать в брак для католического духовенства).

Я уже упомянул, что последствия нарушения запретительных постановлений закона места совершения неодинаковы в случаях первой и второй группы. В случаях первой группы (родство, прелюбодеяние, покушение)—нарушение запретов закона места совершения брака не влечет за собой недействительности последнего. Весь смысл запретов сводится, следовательно, к тому, что местные должностные лица будут отказываться от участия в заключении брака, подходящего под указанные три случая. При нарушении запретительных постановлений в случаях второй группы (предшествующий брак, препятствия религиозного характера), брак в стране его заключения является недействительным, но зато признается действительным во всех других странах. Помимо только что указанного, деление случаев возможного действия местных запретительных постановлений на две группы имеет еще другое значение. Как видно будет из дальнейшего изложения, конвенция допу-

---

[1]) Интересно отметить, что на тот же путь конкретизации „публичного порядка" встал Польский проект 1921 г (ст. 12, абз. 2), использовавший и установленный в Гаагской конвенции перечень случаев, когда закон места заключения брака может установить действо национального закона брачущихся в определении внутренних условий брака.

скает так называемые дипломатические и консульские браки, т. е. браки, заключенные перед отечественными дипломатическими или консульскими представителями. Последние, согласно конвенции, связаны местными запретительными постановлениями лишь первой группы, тогда как запреты второй группы (предшествующий брак и религиозные препятствия) для них не обязательны.

Итак, установив в качестве общего правила обсуждение внутренних условий брака по национальному закону брачущихся, конвенция 1902 г. перечислила случаи, при наличии которых закон места заключения брака может не признать законности брака, отвечающего национальным законам будущих супругов. Это исключение является, однако, не единственным исключением в пользу закона места совершения брака: конвенция знает и обратный случай—случай признания правомерности брака законом места его заключения вопреки постановлениям национального законодательства брачущихся. Допускается этот обход национального закона в том случае, если запретительные постановления последнего основаны на соображениях религиозного порядка. Таким путем религиозные запреты, установленные, например, в до-военной Австрии могли не приниматься в соображение в любой другой стране. Конвенция оговаривает, однако, что такой, заключенный вопреки национальному законодательству сторон, брак может не признаваться законным третьими государствами.

2. Форма брака. При обсуждении вопроса о форме брака в плоскости коллизионного права постоянно выдвигается формула Locus regit actum—форма брака подчиняется закону места его заключения. Значение этого правила и применительно к браку толкуется различно: одни придают ему абсолютное значение, другими словами, считают, что подчинение формы брака какому-бы то ни было другому закону, кроме закона места его совершения, коллизионным правом исключается (напр., Буццати, Нимейер, Лоран), другие (в их числе Бар) считают, что правило locus regit actum имеет факультативное значение, что на ряду с законом места заключения брака, следует допускать применение формы брака, предписываемой и личным законом брачущихся. Цительман идет дальше и допускает применение закона места совершения брака лишь постольку, поскольку на него ссылается национальный закон брачущихся. В его построении (вполне последовательном, так как Цительман вообще рекомендует подчинять форму правоотношения тому же закону, которым определяется его существо) общим коллизионным правилом является уже не формула locus regit actum, а национальный закон брачущихся.

На практике основное затруднение представляет разрешение коллизий между законами государств, признающих церковный брак и законами государств, признающих исключительно брак гражданский. Государство, законодательству которого известен только гражданский брак, нелегко пойдет на признание во имя правила locus regit actum церковного брака, заключенного его гражданами в государстве, признающем брак церковный. Еще труднее государству, признающему исключительно конфессиональный брак, согласиться на вступление его

граждан в брак по форме гражданской, установленной законодательством страны места его заключения. Стремление связывать национальной формой брак своих граждан и заграницей приводит к так называемой дипломатической или консульской форме брака, т. е. к браку, заключаемому перед отечественным дипломатическим и консульским агентом брачущихся по национальному законодательству их, как в отношении существа, так и формы.

Обращаясь к положительному коллизионному праву, надлежит прежде всего отметить, что число законодательных текстов, посвященных форме брака, сравнительно невелико. В законодательствах континентальной Европы мы найдем, по большей части, неполные коллизионные нормы о форме брака с использованием в том или ином варианте формулы locus regit actum. Так, французский гражданский кодекс (ст. 170) подчиняет брак между французами или между французом и иностранкой (и обратно) заграницей форме места совершения брака, при условии предварительной публикации, требуемой французским законом. Аналогичны постановления бельгийского закона 1882 г. и итальянского гражданского уложения 1865 г. (ст. 100) [1]. Говоря о форме браков, заключаемых заграницей, указанные законодательства ничего не говорят о форме браков, заключаемых между иностранцами на отечественной территории законодателя. Судебная практика и доктрина (по крайней мере большинство судебных решений и авторов) распространяет правило locus regit actum и на эту категорию браков, одинаково как во Франции, так и в Бельгии и Италии. Отклонения от этого правила в литературе в пользу формы, устанавливаемой национальным законом брачущихся, немногочисленны. В новейшей французской литературе одним из представителей этого меньшинства является Валери, который считает, что заключенный иностранцами во Франции по французской форме брак, действителен лишь постольку, поскольку правило locus regit actum допускается национальным законом брачущихся, другими словами, приходит к тому же выводу, к которому пришел Цительман.

Если французское право говорит о форме браков, заключаемых французами заграницей, умалчивая о форме браков, заключаемых иностранцами на французской территории, то германский закон о введении в действие гражданского уложения, наоборот, содержит постановление о форме брака, заключаемого на германской территории, независимо от национальности брачущихся (ст. 13), но зато умалчивает о форме брака, заключаемого германцами заграницей (специальный закон 4 мая 1870 г. говорит лишь о консульских браках). Ст. 13 абз. 3 закона о введении в действие гражданского уложения подчиняет форму брака, заключаемого в Германии, германскому закону. Что же касается браков германских граждан, заключаемых заграницей, то во всех случаях, непредусмотренных законом 1870 г. (или, конечно, специальными конвенциями) применяется общее постановление ст. 11 закона о введе-

---

[1]) Надлежит отметить, что как французский, так и итальянский закон требуют последующей регистрации браков, заключенных заграницей, в течение 3-х месяцев по возвращении на родину—в месте жительства вступивших в брак.

нии в действие гражданского уложения относительно формы сделок. Статья эта, как мы знаем, подчиняет форму сделки закону, которым определяется ее существо, оговаривая, что достаточно и соблюдения форм места ее заключения. Применяя это постановление к форме брака, мы придем к выводу, что форма брака германцев заграницей должна подчиняться либо их национальному закону, либо закону места заключения брака.

Таковы постановления о форме брака группы государств континентальной Европы.

Что же касается англо-американского права, то оно в отношении формы брака всецело воспринимает правило locus regit actum, т. е. подчиняет ее закону места совершения брака.

Мне приходилось упоминать о дипломатических и консульских браках: так называются браки, заключаемые перед отечественными дипломатическими или консульскими агентами брачущихся и, по общему правилу, по форме, установленной их отечественным правом (лишь по законодательству Американских Соединенных Штатов дипломатический или консульский брак—это брак, заключенный в присутствии дипломатического или консульского агента, но по форме места его заключения). Большинство государств допускает в тех или иных пределах заключение дипломатических и консульских браков отечественными агентами на иностранной территории и иностранными агентами на отечественной территории. Заключение браков на иностранной территории перед отечественными дипломатическими и консульскими агентами допускается, например, французским законодательством и некоторыми другими (напр. бельгийским, итальянским), при условии, чтобы обе брачущиеся стороны являлись соотечественниками дипломатического или консульского агента; по исключению допускаются и дипломатические браки между женихом—соотечественником агента и невестой —иностранкой. По германскому закону 1870 г. дипломатические браки допускаются лишь перед агентами, получившими специальные полномочия на заключения таких браков от имперского канцлера. По шведскому праву, дипломатические браки перед шведскими агентами вовсе не допускаются.

Что касается заключения дипломатических браков иностранными агентами на отечественной территории законодателя, то оно допускается далеко не всеми правопорядками. Во Франции и Бельгии оно допускается по аналогии, вне законодательных текстов. В Швейцарии и Германии вовсе не допускается (конечно, вне особых договорных постановлений).

Законодательные постановления о форме брака государств континентальной Европы суммируются Гаагской конвенцией 1902 г. Конвенция эта предусматривает как общую, так и дипломатическую форму брака. При выработке статей, посвященных общей форме брака, на конференции пришлось примирять две трудно примиримые точки зрения: точку зрения государств, признающих исключительно церковную форму брака, и точку зрения государств, признающих исключительно брак гражданский. Защитники гражданского брака выдвитали правило locus

regit actum, т. е. предлагали подчинять форму брака закону места его заключения, сторонники церковного брака предлагали распространить на форму брака правило, которым определялись его внутренние условия, другими словами, подчинять форму брака национальному закону брачущихся. На конференции одержала верх точка зрения сторонников гражданского брака: форма брака оказалась подчиненной правилу locus regit actum. Подлежащая статья конвенции гласит (ст. 5, ч. I): „Будет всюду признаваться действительным в отношении формы брак, совершенный согласно закону государства, где он имел место". Таким путем гражданский брак оказался уравненным с церковным: какую-бы форму ни устанавливало законодательство места заключения брака — церковную или гражданскую — брак, заключенный согласно правилам этого законодалельства будет признаваться законным в пределах всех государств, участвующих в конвенции. Так, брак, заключенный германскими гражданами в Швеции, где гражданский брак имеет лишь ограниченное, субсидиарное значение, по форме церковной, должен признаваться законным и в Германии, где гражданский брак обязателен.

Некоторая уступка сторонникам церковного брака, предлагавшим, как уже упоминалось, распространить на форму брака личный закон брачущихся, была все же конференцией сделана. Установленное в конвенции общее правило о подчинении формы брака закону места его заключения было снабжено следующей оговоркой: „Разумеется, однако, что страны, законодательство которых требует религиозного обряда, могут не признавать действительности браков, заключенных их подданными заграницею без того, чтобы такое предписание было выполнено". Следует отметить, что оговорка эта позволяет не признавать действительности брака, заключенного не по требуемой национальным правом брачущихся церковной форме, только государству, гражданами которого являются вступающие в брак: для всех остальных государств, участвующих в конвенции, брак, заключенный по форме, установленной законом места его заключения, должен считаться действительным. Так, если бы Испания была участником конвенции, она, но только она одна, могла бы не признавать действительности брака, заключенного испанским подданным в Германии по форме гражданской, так как испанский законодатель признает только церковный брак.

Каковы последствия нарушения постановлений конвенции о форме брака? По общему правилу брак, заключенный не по форме, предписываемой законом места его заключения, должен считаться недействительным. Но конвенция допускает одно исключение: брак, заключенный по форме национального закона каждого из будущих супругов, но с нарушением формы, предписываемой местом его заключения, может признаваться действительным всеми государствами, кроме государства места заключения брака.

Помимо общей формы брака, конвенция 1902 г. предусматривает брак дипломатический и консульский. Действительность последнего обставляется следующими условиями: 1) ни один из брачущихся не должен быть гражданином государства, в пределах которого заключается брак; 2) брак должен быть заключен согласно законодательству подле-

жащего дипломатического или консульского агента; 3) он не должен противоречить законодательству места его заключения (как в отношении формы, так и внутренних условий; о последних см. выше).

3. Действующее советское право. В действующем советском законодательстве коллизионные нормы брачного права мы найдем в украинском и белорусском „Положении об иностранцах“ и очень отрывочные и случайные в российском „Кодексе законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве“ (С. У. 1918 г., № 76—77, ст. 818). Постановления этого Кодекса получили, однако, развитие в ряде циркуляров НКИД и НКЮ.

В договорном нашем праве можно найти лишь постановления, предусматривающие заключение конвенций по вопросам брачного права в будущем. Ст VI временного соглашения с Германией 6 мая 1921 г. гласит (последний абзац): „Обе договаривающиеся стороны обязуются немедленно вступить в переговоры о заключении соглашения, касающегося удостоверения актов гражданского состояния и касающегося заключения браков“. Постановление это повторяет и временное соглашение с Австрией 7 декабря 1921 г. В настоящее время (апрель 1924 г.) разработан проект консульской конвенции с Германией, заключающий и ряд постановлений по брачному праву (См. Изв. ЦИК от 11 апреля 1924 г., № 84).

Перечисленные тексты положительного права позволяют сказать, что советское коллизионное брачное право построено на начале подчинения советскому законодательству всех брачных правоотношений внутри СССР по признаку территориальному и на начале подчинения ему советских граждан заграницей по признаку национальному.

Начнем с браков, заключаемых на советской территории. Подчинение их советскому праву выражено в абз. 2 § 15 украинского и белорусского „Положения об иностранцах“:

„...Браки иностранцев между собою или с украинскими (белорусскими) гражданами в пределах УССР (БССР) должны совершаться по законам УССР (БССР)...“.

Никаких договорных из‘ятий к этому законодательному положению пока не существует [1]).

Следует отметить, что приведенный законодательный текст не отделяет внутренних условий брака от его формы: брачное правоотношение в целом подчиняется одному и тому же закону. Таким образом, брак, скажем, англичанина с итальянкой в Харькове будет подчиняться не только форме, установленной советским законодательством, но это же законодательство будет определять его внутренние условия, хотя бы условия эти (напр., брачный возраст) не отвечали национальному закону будущих супругов.

Бракам, заключаемым заграницей, посвящен первый абзац того же § 15 украинского и белорусского Положения об иностранцах.

---

[1]) Проект консульской конвенции с Германией допускает заключение консульских браков на территории СССР, если оба брачущихся являются германскими подданными. Если этот проект станет действующим правом, в тексте конвенции будет первое ограничение начала строгой территориальности советского брачного права.

„Браки иностранцев между собою или с украинскими (белорусскими) гражданами, заключаемые заграницей, по законам места их заключения или по законам УССР (БССР), признаются действительными и в УССР (БССР)...".

Останавливаться на заключаемых иностранцами между собой заграницею браках не приходится, потому что браки эти никакой привязки к советской правовой системе не имеют. Что касается браков смешанных, т. е. браков советских граждан с иностранцами, то приведенный законодательный текст подчиняет их либо закону места заключения брака, либо закону советскому, который является национальным законом одной из брачущихся сторон. О браках, заключаемых советскими гражданами заграницей между собой, текст украинского и белорусского положения не говорит ничего. Приходится снова подчеркнуть, что текст этот охватывает брачное правоотношение в целом, не отделяя существа его от формы. Соблюдение требуемой национальным законом брачущихся формы брака приводит к браку дипломатическому или консульскому. Опору для консульского брака мы находим в российском Кодексе законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве. Прим. I к ст. 53 этого Кодекса гласит: „Заключение браков заграницей возлагается на представителей России заграницей, которые о заключенных браках обязаны сообщать Центральному Отделу записей актов гражданского состояния, с представлением копий брачного свидетельства". В развитие этого текста издан был ряд руководящих циркуляров НКИД и НКЮ, раз'ясняющих и уточняющих вместе с тем и пределы возможного использования закона места совершения брака и закона национального — двух привязок, предлагаемых украинскими и белорусскими Положениями альтернативно. Суммируя эти циркуляры, мы приходим к следующим положениям. Внутренние условия брака советских граждан определяются их национальным законом [1]). При браках смешанных признается достаточным соблюдение условий, требуемых советским законодательством. Форма брака подчиняется либо закону места совершения брака, либо закону национальному, т. е. советскому. Достаточность соблюдения формы, предписываемой законом места заключения брака, явствует из циркуляра НКИД 1923 г. № 92, коим признаются действительными в РСФСР браки, заключенные за границей по законам страны пребывания брачущихся, даже помимо их последующей регистрации в советском консульстве [2]). Такая регистрация является, однако, желательной [3]).

---

[1]) В силу циркуляра НКИД 1923 г. № 92, заключенные заграницей браки признаются действительными в РСФСР, независимо от регистрации в советском консульстве, „поскольку соблюдены материальные условия вступления в брак, предусмотренные нашим кодексом". См. С. Б. Крылов, Советское консульское право —Советское право, 1924 г. № 1 (7), с. 123—124.

[2]) См. С. Б. Крылов, н. с., с. 123—124. Практика наша и до издания упомянутого циркуляра стояла, повидимому, на той же точке зрения. Так, по поводу одного конкретного случая советское правительство высказалось в том смысле, что заключенные российскими гражданами в Германии браки по форме германского закона признаются им действительными (см. М. Б. Pache, Die Eheschliessung in Sowjet-Russland—Zeitschrift, XXIX (1921), 34—35). В другом случае НКЮ было

Соблюдение советской формы брака заграницей возможно лишь при заключении брака дипломатического или консульского. С точки зрения советского права консульский брак допустим во всех случаях, когда хотя бы одним из брачущихся является советский гражданин [1]). Этому положению могут не отвечать и в действительности не отвечают постановления целого ряда законодательств, из которых одни, как мы знаем, вовсе не признают заключенных на своей территории дипломатических браков, вне специальных договорных из'ятий (напр., Германия [2]), другие допускают такие браки лишь при условии принадлежности как жениха, так и невесты к государству, назначившему дипломатического или консульского агента (напр., Франция). Для придания юридической силы бракам, заключаемым в советском дипломатическом или консульском представительстве, в пределах этих государств необходимо выполнение и формы, требуемой законом места заключения брака.

§ 2. **Правовые последствия брака.**

А. Брак и гражданство (подданство).

ЛИТЕРАТУРА: Zitelmann, 11,663—669, а также литература по вопросу о коллизиях прикрепительных формул—см. выше гл. VI.

За редкими из'ятиями положительное право государств международного общения связывает с установлением брачного правоотношения определенный публично-правовой эффект: вступая в брак женщина приобретает гражданство (подданство) мужа. Датчанка, с момента вступления в брак с германцем становится германской гражданкой, итальянка, вступив в брак с французом, становится французской гражданкой и т. д. Этот публично-правовой эффект, определяя личный (национальный) статут жены, об'единяя его с личным статутом мужа, имеет существенное значение и при обсуждении частно-правовых последствий брака в плоскости права коллизионного: единство нацио-

---

рас'яснено, что в России должен признаваться законным брак заключенный русскими гражданами в Англии по форме, требуемой английским правом (см. А. Г. Гойхбарг Брачное, семейное и опекунское право Советской Республики, 1920, 48—49, прим. 2.

[3]) Несколько расходится с точным смыслом циркуляра НКИД 20 апреля 1923 г., № 92 циркуляр НКЮ 6 июля 1923 г № 144, признающий действительными все браки, заключенные заграницей по местным законам, но с добавлением — „причем браки российских граждан должны быть все же зарегистрированы в представительстве или консульстве РСФСР". (См. Еженедельник Советской Юстиции, 1923 г. № 27, ст. 622).

[1]) См. циркуляр НКИД 20 апреля 1923 г. № 92: „... с точки зрения нашего права признаются действительными браки, заключенные в консульстве, не только между российскими гражданами, но и между российскими гражданами, с одной стороны, и гражданами страны пребывания консульства или гражданина третьей страны— с другой". (С. Б. Крылов, н. с. 123). Ср. также циркуляр НКЮ 6 июля 1923 г, № 144

[2]) Как отмечалось уже выше, проект консульской конвенции нашей с Германией наделяет консулов договаривающихся сторон правом совершать браки, если оба брачущиеся являются гражданами страны, которую представляет консул.

нального закона супругов устраняет возможность коллизии прикрепительных формул при использовании в качестве таковой национального закона участников брачного правоотношения. А именно эта формула и пользуется при обсуждении последствий брачного правоотношения широким распространением.

Правило о приобретении женой с момента вступления в брак гражданства мужа пользуется столь широким признанием, что на нем обычно в плоскости международного частного права почти не останавливаются Специальный интерес вопрос о влиянии брака на гражданство жены приобретает для исследователя действующего русского коллизионного права потому, что советское законодательство стоит на противоположной только что приведенному правилу точке зрения: основываясь на полном юридическом равенстве в браке мужа и жены, оно не связывает со вступлением в брак приобретения женой гражданства мужа. Ст 103 Кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве гласит:

„При разногражданстве вступающих в брак (если одна из сторон состоит в русском гражданстве) перемена гражданства может последовать только по специально выраженному желанию жениха или невесты, на общем основании".

При заключении брака между двумя лицами, из которых одно принадлежит к русскому гражданству, перемена гражданства не наступает. Для перемены гражданства необходимо специальное волеиз'явление жениха или невесты, совершаемое в форме, предписываемой общим порядком натурализации.

Поскольку вступление в брак не влечет за собой перемену гражданства жениха, правило это совпадает с общепринятым почти во всех государствах (за редкими исключениями) порядком. Поскольку вступление в брак не влечет за собой перемену гражданства невесты, правило это расходится с общепринятым порядком [1]) и неизбежно повлечет за

---

[1]) До самого последнего времени сохранение невестой своего гражданства, несмотря на вступление в брак с женихом, принадлежащим к гражданству другого государства, в некоторых пределах допускалось законодательством Эквадора, и в еще более узких, очень узких пределах — законодательством Сербии и Американских Соединенных Штатов. Однако, в 1922 г. (22 сентября) в Американских Соединенных Штатах издан был закон, в основу которого положен был принцип, за четыре года перед тем осуществленный в нашем кодексе брачного права: вступление женщины в брак не влечет за собой приобретения ею гражданства мужа. Иностранка, вступающая в брак с американским гражданином, может приобрести американское гражданство только путем натурализации (правда, в несколько упрощенном порядке). Американская гражданка, вступая в брак с иностранцем, может утерять свое гражданство не иначе, как путем обычного формального волеиз'явления (за тесными установленными в законе из'ятиями). Мотивами издания закона 1922 г. были с одной стороны случаи применения во время войны к американкам, вышедшим в свое время замуж за германцев или австрийцев, законодательства направленного против неприятельских подданных, а с другой—принципиальное желание после наделения женщин политическими правами уравнять положение мужчины и женщины в браке. См R Newton Crane, Naturalization and citizenship of married women in the United States в „The Journal of comparative legislation and international law", III seriés vol V (1923), pp. 47 sq. Текст американского закона 1922 г. см. также Journal, t 50, (1923), p. 446—447.

собой случаи бесподданства или двойного подданства невесты, а в связи с этим случаи коллизии прикрепительных формул. В самом деле, если иностранка вступает в брак с русским, она по своему отечественному праву утрачивает свое прежнее гражданство, а по русскому праву не приобретает гражданства русского: она оказывается в состоянии бесподданства. Лишь некоторые законодательства избегают такого последствия, устанавливая, что утрата прежнего гражданства наступает для женщины только в том случае, если вступлением в брак она приобретает новое гражданство: такие постановления имеются в законодательствах швейцарском, французском, итальянском, португальском, болгарском и в ряде законодательств средне- и южно-американских государств. Таким образом итальянка, выйдя замуж за русского не утратит по итальянскому праву своего итальянского гражданства, потому что по русскому праву она не приобретает гражданства русского. Немка же окажется в состоянии бесподданства, потому что в германском законе нет правила, аналогичного только что приведенному правилу закона итальянского [1]). В теории и на практике в случаях бесподданства национальный закон обычно заменяется законом местожительства, а при отсутствии местожительства—законом места пребывания. Личным законом немки, состоящей в браке с русским, проживающим в России, будет в таком случае—закон русский, но если супруги перенесут свое местожительство, скажем, в Италию,—личным ее законом окажется закон итальянский.

Российская гражданка, вступающая в брак с иностранцем, оказывается в состоянии двойного подданства: по русскому праву она не утрачивает русского гражданства, по праву подлежащего иностранного государства она приобретает гражданство этого государства. Так, русская, вступающая в брак с германцем, по русскому праву продолжает оставаться российской гражданкой, по праву германскому она приобретает гражданство своего мужа, т. е. становится германской гражданкой. Какой выход из создающегося положения намечается в таких случаях теорией и практикой?

Вопрос этот является частным случаем общего вопроса об устранении коллизий прикрепительных формул: последний же был рассмотрен выше (гл. VI). В данной связи мне важно лишь отметить, что действующее наше законодательство, при использовании в качестве прикрепительной формулы национального закона участников брачного правоотношения, может привести зачастую сверх коллизий разноместных материальных норм к коллизии прикрепительных формул.

---

[1]) Практика применения американского закона 1922 г. уже привела к такому казусу: американец женился в Англии на англичанке: последняя по американскому праву не приобрела американского гражданства, по английскому же праву утратила гражданство британское; в результате, как американские, так и английские власти отказали ей в выдаче паспорта, необходимого для выезда из Англии, см. R. N. Krane о. с., p. 51

Б. Личные отношения супругов.

Литература: Нольде, 546—547; Мандельштам, II, 247—281; Мартенс, 335; Zitelmann, II, 669—675, Walker, 641—650; Weiss, Traité, III, 573—592; Valéry, 1081—1089; Habicht, 116—122; Niemeyer, B. G. B. 141—145.

Тексты положительного права: Neumann 231—233.

---

1. Общепризнанным началом международного частного права является обсуждение личных отношений супругов по их личным статутам. Личным статутом, может быть, как известно, либо закон местожительства, либо закон национальный. Обычно и при том, и при другом варианте личные законы каждого из супругов тождественны: при законе местожительства — в силу совпадения местожительства супругов, при законе национальном—в силу приобретения женой, согласно законодательству подавляющего большинства государств, гражданства мужа с момента заключения брака.

В текстах положительного права, устанавливающих коллизионные правила для обсуждения личных отношений супругов, мы может найти оба варианта личного закона. Закон местожительства принимается, напр., южно-американской кодификацией 1889 г. (договор в Монтевидео, ст. 12), аргентинским законом о гражданском браке 1888 г. (ст. 3). Национальный закон положен в основу, напр., германской коллизионной нормы, правда, нормы не полной, а односторонней (ст. 14 закона о введении в действие гражданского уложения): „Личные отношения супругов германцев обсуждаются по германским законам, даже если супруги имеют местожительство заграницей". Обсуждение личных отношений супругов по их национальному закону является общепринятым в континентальной Европе.

Подчинение личных отношений супругов их национальному закону не всегда приводит к полному устранению влияния на эти отношения закона места, где они подвергаются обсуждению. Местные законы о личных отношениях супругов, в основе своей отражающие местные этические воззрения на брак, очень часто оказываются примененными в ущерб национальному закону супругов, со ссылкой на „публичный порядок и добрые нравы" [1]).

Гаагская конвенция 1905 г. относительно коллизий законов о последствиях брака для прав и обязанностей супругов в их личных отношениях и для имущества супругов [2]) в части, касающейся отношений личных, подводит итог общим почти для всей континентальной Европы воззрениям:

---

[1]) Так, в Италии, суд не допустил насильственного привода француженки в дом ее мужа, несмотря на то, что по своему национальному закону муж-француз пользуется правом на такой привод.

[2]) В настоящее время конвенция эта действует лишь в отношениях между Германией, Голландией и Швецией.

„Права и обязанности супругов в их личных отношениях определяются их национальным законом. Однако эти права и эти обязанности могут осуществляться лишь теми мерами, кои дозволены равным образом законом страны, где к этим мерам обращаются“ (ст. 1).

2. В действующем Советском законодательстве ответ на коллизионное разрешение вопроса о личных отношениях супругов можно почерпнуть только в § 15 украинского и белорусского Положения об иностранцах. Выше мы останавливалнсь на первых двух абзацах этого §, посвященных заключению брака. Они подчиняют браки иностранцев между собой или с советскими гражданами, заключаемые заграницей, закону места их совершения или закону советскому, те же браки, заключаемые в пределах советских республик, — исключительно советскому закону. Последний, третий абзац § 15 гласит:

„Правовые последствия таких браков определяются теми же законами“.

В плоскости гражданского права правовыми последствиями брака являются личные и имущественные отношения супругов. Применяя, следовательно, приведенный текст в первую очередь к личным отношениям супругов, мы придем к заключению, что отношения эти определяются законом места совершения брака. Для браков, заключаемых на Советской территории, это правило не знает исключения. Также ли широки пределы его применения в отношении браков, заключаемых заграницей? Приведенный выше § 15 украинского и белорусского „Положения об иностранцах“ совершенно не затрагивает браков, заключаемых советскими гражданами. Полагаю, что правовые последствия этих браков, следовательно, в частности, личные отношения супругов, должны обсуждаться на основании личного их закона, точнее—закона национального. Некоторого уточнения применение национального закона супругов потребует лишь в случаях их разногражданства. Я полагаю, что рекомендовать в этих случаях применение национального закона мужа не позволяет начало полного юридического равенства сторон, положенное в основу нашего действующего брачного права. Надлежит поэтому остановиться на выдвинутом Цительманом кумулятивном действии национальных законов обоих супругов, точнее признать подчиненнооть каждого из супругов его собственному национальному закону: личное правовое положение в браке мужа должно определяться по его национальному закону, положение жены—по ее национальному закону. Следовательно, муж не сможет пользоваться в отношении личности жены большими правами, чем те, которые признаются за ним по ее национальным законам и обратно.

В. Имущественные отношения супругов.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 547—550; Мартенс, 335—338; Bar, I, 505—531; Zitelmann, II, 675—751; Walker, 651—681; F. K. Neubecker, Dér Ehe-und Erbvertrag im internationalen Verkehr, 1914, 143—388; Graf Guido Luxburg, Das internationale Privatrecht des ehelichen Güterrechts nach dem Bürgerlichen Gesetz-

buch für das Deutsche Reich,—Zeitschrift, XXIII (1913), 20—227; Valéry, 1112—1138; Surville et Arthuys, 353—359, 438—469; Weiss, Manuel, 485—495; Weiss, Traité, III, 603—653; Audinet, Le régime matrimonial et le contrat de mariage d'aprés la convention de la Haye—Revue, VI (1910), 289—312.

Actes, 1894; Actes, 1900; Documents, 1900; Actes, 1904; Documents, 1904.

Тексты положительного права: Neumann, 234—241; Niemeyer, Vorschläge, 77 * — 84 *.

---

1. С областью имущественных отношений супругов в коллизионном праве связан ряд весьма тонких и сложных вопросов. Об'ясняется это значительным разноречием отдельных правопорядков в определении имущественных отношений супругов, разноречием не только в деталях, но и в самых основах брачного имущественного права.

Имущественные отношения супругов могут определяться, согласно законодательству большинства государств, законом или договором. В том и другом случае, мыслимы в различных очертаниях и в различных комбинациях системы раздельности имущества, управления и пользования мужа в отношении имущества жены, наконец, полной общности имущества опять-таки с правом управления мужа. Во Франции, например, существует общность имуществ, поскольку договором не установлено иного (т. е. раздельности имуществ, общности приобретаемого имущества или дотальной системы). В Германии имеет место управление и пользование мужа в отношении имущества жены, при свободном распоряжении жены в отношении „обособленного" имущества (т. е. личного заработка, вещей для личного употребления и т. п.); режим этот может быть устранен заключенным в определенном порядке договором, которым может быть установлена полная общность имущества, общность приобретаемого имущества, общность движимого и приобретаемого имущества. В Англии существует пользование и право управления мужа в отношении недвижимостей; право собственности мужа в отношении движимого имущества жены, поскольку последнее на основании закона или договора не является имуществом обособленным (к последнему, по закону, относится, кроме свадебных подарков, всякое имущество, приобретаемое женой после заключения брака, в частности ее заработная плата).

При такой пестроте законодательных определений относительно брачно-имущественного права неизбежен ряд коллизий уже не в плоскости деталей, а в плоскости основных положений этой отрасли правопорядка.

Коллизии эти складываются в следующие основные группы. В первую группу входят случаи, когда имущественные отношения супругов определяются не договором, а законом. Какой из возможных разноместных законов, с которыми связаны эти отношения, должен их определять? Вторую группу составят случаи, когда имущественные отношения супругов определяются не законом, а договором. По какому закону обсуждать пределы возможности договорного определения брачно-

имущественных отношений, его последствия, его дальнейшую неизменяемость? И та, и другая группа коллизионных вопросов существенно осложняется, когда во время брака меняется связь супругов с правовой системой, с которой они были раньше связаны (например, они меняют гражданство, домициль и т. п.). Отсюда третий вопрос—влияет ли эта перемена на их имущественные отношения или последние, будучи раз установлены, не подлежат изменению.

2. По первому из намеченных вопросов, по вопросу о том, какому закону подчиняются имущественные отношения супругов, не связанных брачным договором, в западно-европейской литературе и судебной практике существует издавна разногласие. Во Франции до сих пор в основу определения имущественных отношений супругов полагается связанное с именем Дюмулена начало автономии сторон. Поскольку воля супругов не определена брачным договором, отыскивается закон, который брачущиеся разумели при заключении брака. Часто таким законом считается закон „брачного домициля" (domicile matrimonial), т. е. закон первого местожительства супругов после заключения брака. Но этот признак не считается судебной практикой единственно существенным для вскрытия предполагаемой воли сторон: иногда принимается во внимание закон места заключения брака, национальный закон брачущихся или одного только мужа в момент ступления в брак. В последние годы перед войной, под влиянием Гаагской конвенции 1905 г. (об ее постановлениях речь будет ниже) судебная практика стала все чаще склоняться в сторону национального закона мужа. Исходные положения судебной практики находят себе признание в литературе. Валери определенно подчеркивает, что судья не должен основываться на том или другом отдельном элементе казуса; он должен учитывать все его элементы, все обстоятельства, способные осветить истинную волю сторон [1]). Во всяком случае закон, которому супруги определенно подчинили свои имущественные отношения или которому они по всем обстоятельствам дела намеревались эти отношения подчинить, является решающим при определении последних.

В ряде других стран, прежде всего в Германии, вопрос об имущественных отношениях супругов рассматривается, как частный вопрос, покрываемый общим вопросом о брачных отношениях: следствием этого является подчинение брачно-имущественных отношений тому же закону, которому подчиняется брак в целом, т. е. личному закону супругов. Сообразно двум возможным вариантам личного закона, этим законом считается либо закон местожительства, либо закон национальный. Следует, притом, иметь в виду, что решающее значение придается обыкновенно личному закону мужа, каковой закон в огромном большинстве случаев будет общим „брачным статутом" супругов: при варианте национального закона в силу того, что, согласно законодательства большинства государств, жена приобретает с момента вступления в брак подданство мужа, а при варианте закона местожительства—

---

[1]) В пользу начала автономии сторон высказываются Лоран, Вейсс, Сюрвилль Ролэн

в силу фактической или презюмируемой общности местожительства супругов. Саксонское гражданское уложение 1863 г. принимало вариант закона местожительства („Имущественные отношения супругов обсуждаются по тем законам, которые действуют в момент заключения брака в месте жительства мужа"—§ 14), тот же вариант лежит в основе постановлений о брачно-имущественном праве прибалтийского кодекса 1864 г.—теперь кодекса Эстонии и Латвии, и швейцарского закона 1891 г. Закон местожительства полагает в основу обсуждения имущественных отношений супругов и англо-американская судебная практика. Напротив, в действующем германском коллизионном праве подлежащая норма построена на принципе закона национального: ст. 15 закона о введении в действие гражданского уложения гласит: „Имущественные отношения супругов обсуждаются по германским законам, если муж был в момент заключения брака германским гражданином .. Если иностранные супруги имеют местожительство в Германии, то их имущественные отношения определяются по законам того государства, к которому принадлежал муж в момент заключения брака" К этому варианту примыкают итальянское и португальское законодательства [1]).

Тот же принцип действия национального закона положен в основу Гаагской конвенции 1905 г. Статья 2-я этой конвенции гласит: „При отсутствии договора, последствия брака в отношении имуществ супругов как недвижимых, так и движимых, управляются национальным законом мужа в момент заключения брака...",

3. Перехожу ко второй группе намеченных выше коллизионных вопросов брачно-имущественного права, вопросов, связанных с договорным определением имущественных отношений супругов. Прежде всего, по какому закону определяется самая возможность заключения брачного договора, его внутренняя действительность и его последствия? Согласно законодательству, судебной практике и доктрине континентальной Европы, по тому же закону, по которому обсуждаются внедоговорные имущественные отношения супругов, т. е. по личному их закону. Этот принцип воспринят и Гаагской конвенцией 1905 г.: „Способность каждого из будущих супругов", читаем мы в этой конвенции, „определяется его национальным законом в момент совершения брака" (ст. 3). Расхождения намечаются лишь по вопросу о том, могут ли стороны подчинить свой договор и другому законодательству или подчинение его национальному закону для них обязательно. Французское право разрешает супругам сослаться на другой закон, германское и итальянское—не разрешает [2]). Гаагская конвенция 1905 г. обошла это расхождение, предоставив национальному закону договаривающихся давать ответ и на этот последний вопрос—допустима ссылка их на иностранный закон или недопустима. Статья 5-я конвенции гласит: „Внутренняя действительность брачного договора и его последствия

---

[1]) На принципе действия в определении брачно-имущественных отношений национального закона супругов построен и польский проект 1921 г. (ст 14)

[2]) Германское допускает лишь по исключению: разрешается ссылка на закон местожительства мужа, германского подданного, проживающего заграницей (§ 1433 B G. B.).

управляются национальным законом мужа в момент совершения брака или, если он был заключен во время брака, национальным законом супругов в момент договора. Тот же закон решает, имеют ли, и в какой мере, супруги право сослаться на другой закон; когда они сослались на него, то этот последний закон определяет последствия брачного договора". Что касается формы брачного договора, то обычно договор этот в отношении формы приравнивается всякой иной юридической сделке, другими словами, действует правило locus regit actum, но как правило факультативное, а не абсолютное. На той же точке зрения стоит Гаагская конвенция 1905 г., подчиняющая форму договора либо закону места его заключения, либо национальному закону каждого из будущих супругов, с той лишь оговоркой, что требования национального закона об определенной форме заключаемого заграницей договора подлежат во всяком случае исполнению (ст. 6). Допустимость подчинения формы брачного договора национальному закону супругов может, конечно, привести к такому расхождению ее с формой места заключения договора, что станет вопрос о совместимости ее с местным „публичным порядком". Значительной заслугой Гаагской конференции является ее попытка и в данном случае конкретизировать „публичный порядок" путем перечисления тех отступлений от принципа действия национального закона супругов, которые признаются допустимыми для государства, в пределах которого договор заключается. Отступления эти допустимы 1) в отношении недвижимостей, подчиненных по закону их местонахождения особому поземельному строю; 2) в отношении требования особых формальностей, обусловливающих возможность ссылки на имущественный порядок против третьих лиц: 3) в отношении постановлений, имеющих целью охранить интересы третьих лиц в их делах с замужней женщиной, занимающейся каким-нибудь промыслом на территории подлежащего государства. Участники конвенции 1905 г. обязались взаимно сообщать друг другу законодательные постановления, применимые в двух последних случаях (ст. 7 и 8 конвенции).

4. Мне остается затронуть третью группу вопросов — вопрос о возможности или невозможности изменять имущественные отношения супругов во время брака.

Возмем прежде всего случай, когда отношения эти определяются не договором, а законом. В немецкой литературе, а до введения в действие общеимперского гражданского уложения и в законодательстве отдельных германских государств, намечалось течение в пользу изменяемости имущественных отношений супругов при изменении их личного закона. Это течение отразилось и на Прибалтийском своде (ныне кодекс Эстонии и Латвии [1]).

---

[1]) Ст. XXIX введения к части III свода: „права супругов по имуществу подлежат тем узаконениям, которым муж был подчинен во время вступления в брак, по местожительству и званию. Если впоследствии наступит перемена в местожительстве или в звании мужа, то и права по имуществу супругов подлежат соответственной перемене, с тем, однакож, чтобы от сего не был нанесен ущерб приобретенным до тех пор правам третьих лиц".

Однако, большинство представителей науки и в Германии, и во Франции, а также ряд законодательных текстов, стоят за неизменяемость раз установленных законом брачно-имущественных отношений. Та же точка зрения воспринята Гаагской конвенцией 1905 г.: подчиняя последствия брака в отношении имущества супругов при отсутствии договора национальному закону мужа в момент заключения брака, ст. 2 конвенции оговаривает, что „перемена национальности супругов или одного из них не отражается на имущественном порядке".

Допустим теперь, что имущественные отношения супругов определяются не законом, а договором. Могут ли они изменяться в течение брака? Надо иметь в виду, что по целому ряду законодательств— по французскому, бельгийскому, итальянскому, шведскому—брачный договор может быть заключен только перед бракосочетанием и затем не может уже подвергаться изменениям. Напротив, по германскому законодательству, брачный договор может быть заключен как до, так и после бракосочетания и может затем изменяться. Как разрешаются коллизии между этими двумя законодательными системами? Обычно в пользу личного, в частности, национального закона супругов. Таким образом, французы, переехавшие из Парижа в Берлин, не смогли бы изменить связывающего их брачного договора, несмотря на допустимость такого изменения по германскому законодательству, напротив, германские супруги могли-бы осуществить изменение брачного договора, несмотря на перенесение своего местожительства в Париж, хотя по французскому законодательству такое изменение не допустимо. На той же точке зрения стоит Гаагская конвенция 1905 г.: „Национальный закон супругов", гласит ст. 4 конвенции, „решает, могут ли они во время брака заключить брачный договор, либо отказаться от своего брачного соглашения, или его изменить. Изменение, которое внесено будет в имущественный порядок, не может иметь обратного действия в ущерб третьим лицам".

Остается уяснить себе только, какой закон надлежит считать национальным законом супругов, если они оба или один из них, состоя в браке, изменяют свое гражданство,—старый или новый. Конвенция разрешает этот вопрос в пользу нового национального закона, если меняют гражданство оба супруга, и в пользу последнего общего супругам закона, если гражданство меняет лишь один из них.

5. Действующее советское право построено на начале полной и неустранимой договором раздельности имущества супругов [1]). Коллизионной нормой брачно-имущественного права является единственно § 15 украинского и белорусского Положения об иностранцах, подчиняющий правовые последствия браков, заключаемых на советской тер-

[1]) Кодекс законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве:

ст. 105. Брак не создает общности имущества супругов.

ст. 106. Супруги могут вступать между собой во все дозволенные законом имущественно-договорные отношения Соглашения между супругами, направленные к умалению имущественных прав жены или мужа, недействительны и не обязательны как для третьих лиц, так и для супрутов, которым предоставляется в любой момент от исполнения их отказаться.

ритории, советскому законодательству. Следовательно, при заключении брака на советской территории, имущественные отношения супругов, как и отношения личные, подчиняются закону места заключения брака независимо от гражданства супругов. По тому же закону надлежит обсуждать возможность договорного определения брачно-имущественных отношений: у нас, следовательно, оно исключается. Вопрос об изменении брачного имущественного режима отпадает, поскольку он определяется законом, неизменимым в течение всего срока существования брачного правоотношения. Возникает вопрос, по какому закону должны обсуждаться в Советской России брачно-имущественные отношения, установленные браком за ее пределами. Изложенный выше общий принцип строгой территориальности советского законодательства вне специальных договорных из'ятий, проистекающий из обособленности правовой системы в ряду других правопорядков, заставляет признать и в данном случае компентентным советский закон, а не закон заграничного места заключения брака или национальный закон супругов.

Так решается вопрос об обсуждении имущественных отношений супругов на советской территории. Нам остается рассмотреть вопрос об обсуждении брачно-имущественных отношений на иностранной территории, поскольку эти отношения имеют привязку и к советскому правопорядку, другими словами, об отношениях, участниками которых являются советские граждане. В силу отмеченной выше тенденции советского правопорядка следовать за советскими гражданами и заграницу, следует в частности признать, что брачно-имущественные отношения советских граждан, находящихся за пределами СССР, должны обсуждаться по их национальному закону, т. е. по закону советскому. Необходимо предусмотреть, однако, случаи возможного разногражданства супругов. Каким законом должны определяться брачно-имущественные отношения супругов, из которых только один является советским гражданином. Присущее советскому правопорядку стремление охватить возможно больший круг правоотношений, приводит к признанию его компетентности и для этой группы брачно-имущественных отношений. Компетентность эту можно обосновать, поскольку отношение имеет привязку к иностранной территории, лишь ссылкой на советское гражданство одного из его участников Учет же двух различных гражданств супругов должен неизбежно привести к кумулятивному применению национальных законов их обоих. К каким практическим результатам может привести такая, выдвинутая Цительманом, кумуляция двух национальных законов, если одним из них является закон советский, устанавливающий неустранимую договорным путем систему раздельности имуществ супругов? Всякая система брачно-имущественных отношений, как правильно отмечал Цительман, мыслится установившим ее законодателем как система двусторонняя. Поскольку эта двусторонность не может быть осуществлена применением двух подлежащих национальных законов, невозможно построение какой-бы то ни было имущественной системы, кроме системы полной раздельности имуществ, по существу являющейся отрицанием всякого брачно-имущественного режима. В качестве примера представим себе

обсуждение имущественных отношений мужа—советского гражданина и жены—француженки, или наоборот.

Советское право построено на начале раздельности имуществ, французское — на начале имущественной общности. Имущественные отношения мужа—русского и жены—француженки должны быть подчинены системе раздельности имуществ, но не потому, что начало раздельности освящено советским национальным законом, а потому, что оно является следствием несовпадения двух разноместных (в данном случае французской и русской) имущественных систем. Таким образом, на практике система раздельности имуществ будет применяться всегда, когда одним из супругов является советский гражданин, но не по принципу действия советского национального закона, а по принципу кумулятивного применения национальных законов обоих супругов.

К тому же результату мы придем, обсуждая все частные вопросы брачно-имущественного права, в первую очередь — вопрос о брачно-имущественном договоре.

§ 3. **Развод.**

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, 538—546; Мандельштам, II, 319—417; Мартенс, 333—335; Savigny. VIII, 337—338; Bar, I, 482—505; Zitelmann, II, 752—797; Walker, 581—641; Wharton, 200—225; Weiss, Manuel, 498—507; Weiss, Traité, III, 653—714; Valéry, 1095—1111; Niemeyer, Vorschläge, 216—221; Niemeyer, BGB. 150—155; Das Eherecht der Europäischen Staaten und ihrer Kolonien, bearb. von J. Hahn, herausg. von Leske u. Loewenfeld (Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkher, Bd. IV), 1904.

Специально о Гаагской конвенции 1902 г.: Actes 1894; Documents 1900 г.; Actes 1900 г.; Meili und Mamelok, 141—253; Kahn, Die Haager Scheidungs-Konvention, Zeitschrift, XV (1905), 125—264; Renault, Conventions de la Haye, 1903, 51—65; Travers *), La Convention de la Haye relative au divorce et à la séparation de corps, 1908; Valloton*, Divorce et séparation de corps. Étude de la Convention de la Haye, 1914.

Тексты положительного права: Niemeyer, Forschläge 69*—75*; Neumann, 241—247.

---

1. Сложные коллизионные вопросы связаны и с прекращением брачных отношений путем развода. Сложность их обусловлена опять таки существенными расхождениями отдельных законодательств по вопросу о прекращении брака вообще, юридической структуры развода в частности. В самом деле, в целом ряде государств брак вообще не расторжим, другими словами развод совсем не допускается. Таково положение вещей до сих пор в ряде католических стран — в Италии, Испании, Португалии, в некоторых южно- и средне-американских государствах. Некоторым суррогатом развода является допускаемое католической церковью разлучение от стола и ложа (separatio a mensa et thoro). Большинству законодательств известен институт развода, но они опять таки расходятся в определении его поводов: крайними пределами

являются тут с одной стороны — признание исключительным поводом развода прелюбодеяния (английское право), с другой — допущение развода по одностороннему желанию любого из супругов (действующее советское право). С коллизиями материального характера в области развода практически тесно связаны коллизии права процессуального: какой суд должен быть признан компетентным для разбора дела о разводе, каковы пространственные пределы действия вынесенного им решения, другими словами—можно ли признать развод, вынесенный судом одного государства в пределах другого—эти вопросы практически тесно связаны с вопросом о том, какому закону надлежит подчинить обсуждение развода, осложненного междугосударственными или междуобластными элементами.

Ответы на этот основной вопрос предлагались различные.

В качестве закона, которому должен быть подчинен развод, выдвигался закон суда, в котором вчинен иск о разводе. В литературе эта точка зрения освещена авторитетом Савиньи, причислявшего законы о разводе к законам „строго позитивного характера" т. е. видевшего в них законы публичного порядка. Из положительно-правовых систем ее придерживается — англо-американское право, придерживались—право австрийское, а до введения в действие гражданского уложения 1896 г. и право германское.

Другое течение подчиняет развод национальному закону супругов. Согласно одному варианту этой группы теорий выдвигается национальный закон мужа, который, как мы знаем, в большинстве случаев является и национальным законом обоих супругов [1]). В чистом виде эта точка зрения была воспринята саксонским уложением 1863 г. (§ 13). В литературе она обычно снабжается оговоркой о публичном порядке места вчинения иска о разводе: развод подчиняется национальному закону мужа, поскольку тому не противоречат строго принудительные нормы места бракоразводного процесса (такова точка зрения хотя бы Кана). Другой вариант той же группы воззрений представлен Цительманом, который подчиняет развод национальному закону обоих супругов, точнее, право на развод мужа — его национальному закону, право на развод жены—ее национальному закону. При разногражданстве супругов построение Цительмана приводит к существенно иным, по сравнению с построением представителей первого варианта, результатам (о них речь будет ниже).

Третья группа теоретиков (в числе их Валькер) придерживается принципа кумулятивного действия закона национального и закона места вчинения иска о разводе. С точки зрения представителей этой группы развод должен быть обоснованным по обоим указанным законам. Такова позиция германского коллизионного права (ст. 17 закона о вве-

---

[1]) В качестве общего правила принимает действие национального закона обоих супругов в момент вчинения иска о разводе или последнего общего обоим супругам национального закона в случае их последующего разногражданства и польский проект 1921 г. (ст. 17) По исключению, все иски, вчиненные в Польше, должны обсуждаться кумулятивно как по национальным законам супругов, так и по законам польским

дении в действие герм. гражданского уложения): „Развод и разлучение по иностранному закону могут быть признаны в Германии только в том случае, если развод был бы допустим как по иностранному, так и по германскому закону". Кумулятивный принцип положен в основу и Гаагской конвенции о разводе 1902 г., разбор которой будет дан ниже. Составными частями кумулятивной привязки коллизионной нормы о разводе могут быть и иные законы, кроме законов — национального супругов и места вчинения иска. Так, в Чили (гражд. кодекс 1871 г. ст. 121) развод допустим, если он отвечает закону места вчинения иска и закону места заключения брака, в пределах действия договорной кодификации в Монтевидео 1889 г. (ст. 13)—если он отвечает закону местожительства супругов и закону места заключения брака.

Для государств континентальной Европы некоторые итоги коллизионных норм о разводе подвела Гаагская конвенция 1902 г. Эта конвенция, как явствует из самого ее заглавия („конвенция для устранения столкновений законов и юрисдикций о разводе и разлучении" [1]), разрешает не только коллизионные вопросы материального права, но и права процессуального. На последних я, по заданию моей книги, останавливаться не буду и лишь упомяну, что компетентной для развода юрисдикцией конвенция признает в равной мере как национальную юрисдикцию супругов, так и юрисдикцию их местожительства, с тем что национальная юрисдикция является единственно компетентной постольку, поскольку она сама себя считает таковой [2]).

Разноречие материально-правовых норм о разводе порождает две категории коллизий. Основной является коллизия законодательств, из которых одно допускает вообще развод, другое его не допускает. Как поступить суду государства, признающего развод, если перед ним вчиняет иск о разводе иностранец, национальный закон которого не допускает развода? Вторичной коллизией является коллизия законодательств, из которых каждое, допуская развод, устанавливает различные для него основания. Какие основания должен учитывать суд, перед которым вчинен иск о разводе?

При разрешении основной коллизии законов о разводе конвенция полагает в основу кумулятивный принцип с некоторым уклоном в сторону преимущественного действия национального закона супругов.

„Супруги могут вчинить иск о разводе", гласит ст. 1 конвенции, „в том только случае, если закон национальный и закон места, где иск вчинен, оба допускают развод. Тоже относится и к разлучению".

К этому основному принципу, выражающему кумулятивное начало в чистом виде, ст. 3 конвенции привносит следующую оговорку:

---

[1]) Конвенция эта действует сейчас в отношениях между Германиеи, Венгрией, Люксембургом, Голландией, Швецией и Швейцарией.

[2]) Ст. 5 конвенции: „Просьба о разводе или разлучении может быть принесена: 1) юрисдикции, компетентной согласно национальному закону супругов; 2) компетентной юрисдикции места, где супруги имеют местожительство.—Однако национальная юрисдикция остается неизменною в той мере, в какой эта юрисдикция одна компетентна для просьб о разводе и о разлучении".

„Несмотря на постановления ст. 1 и 2 (о ст. 2 речь будет ниже), национальный закон будет один применяться, если то предписывает или разрешает закон места, где иск вчинен". Оговорка эта была внесена по предложению итальянских делегатов. Большого практического значения она, однако, не имела, так как ни в одном из договаривающихся государств не было закона, который бы разрешал или предписывал исключительное применение национального закона. Некоторые колебания наблюдались лишь в итальянской судебной практике, в отдельных своих решениях допускавшей развод иностранцев по их национальному закону, несмотря на недопустимость развода по итальянскому праву.

Вторичную коллизию законов о разводе — коллизию законодательных постановлений о поводах к нему, конвенция разрешает опять таки на основе кумулятивного принципа, до некоторой степени смягчая жесткость прямолинейного его применения и опять таки уделяя преимущественное значение закону национальному. Ст. 2 конвенции гласит:

„О разводе можно просить лишь тогда, когда в том случае, о котором идет речь, он одинаково допускается национальным законом супругов и законом места, где иск вчинен, хотя бы и по разным основаниям. То же относится и к разлучению". Что это значит? Мы знаем, что отдельные законодательства, устанавливая поводы к разводу, значительно между собой расходятся. Строгое и прямолинейное проведение кумулятивного принципа требовало бы для вынесения решения полного совпадения повода к разводу в обоих затрагиваемых конкретным казусом законодательствах. Конвенция не требует этого полного совпадения оснований к разводу. Она довольствуется допустимостью развода в данном конкретном случае, как по национальному закону супругов, так и по закону суда, хотя бы по различным основаниям. Возьмем такой пример. Швейцарский гражданин вчиняет во Франции иск о разводе, ссылаясь на факт нарушения его женой супружеской верности, о котором он узнал более шести месяцев тому назад. Жена согласна на развод. По швейцарскому праву факт нарушения супружеской верности является основанием к разводу лишь в том случае, если иск вчиняется потерпевшим до истечения шести месяцев с момента, как он об этом факте узнал. Зато допустим развод по взаимному соглашению супругов. Французское право не признает взаимное согласие супругов основанием к разводу, но зато считает таким основанием факт нарушения супружеской верности, независимо от срока, протекшего между этим фактом и вчинением иска. В нашем конкретном примере—нарушение супружеской верности является основанием к разводу по французскому праву, взаимное согласие супругов—таковым же основанием по праву швейцарскому Несмотря на несовпадение этих оснований, французский суд мог вынести решение о разводе, так как в случае, о котором идет речь, он оказался одинаково допустимым, как по национальному закону супругов, так и по закону суда, хотя и по разным основаниям.

Принимая в такой смягченной форме кумулятивный принцип, Гаагская конвенция, как и при разрешении основной коллизии законов о разводе, допускает при коллизии законов об основаниях развода исключительное применение национального закона супругов, когда такое применение предписывает или допускает закон суда.

Конвенция 1902 г. затрагивает и вопрос о разводе при разногражданстве супругов, но, в виду того, что по законодательству всех представленных на Гаагских конференциях государств вступление в брак имеет своим следствием приобретение женой гражданства мужа, исходит из предположения, что хотя бы в течение некоторого промежутка времени гражданство супругов было общим: в силу ст. 8 конвенции, если супруги не имеют общего гражданства их национальным законом при применении конвенции должен считаться последний общий им обоим закон.

2. Действующее советское право.

Обсуждая коллизионные казусы в области развода по советскому праву, следует помнить, что по действующему у нас законодательству развод является чрезвычайно легким: достаточным основанием для развода является не только обоюдное согласие супругов на развод, но и одностороннее желание каждого из них развестись [1]).

В действующем советском законодательстве коллизионную норму о разводе мы можем найти, насколько мне известно, только в украинском декрете о разводе 20 февраля 1919 г. (С. У. Укр. 1919, № 12, ст. 145) Ст. 8 этого декрета гласит:

„Действие настоящего декрета распространяется на всех граждан, проживающих на территории УССР, вне зависимости от принадлежности их к тому или иному вероисповедному культу и подданству".

Статья эта подчиняет украинскому праву разводы лиц, проживающих на украинской территории, другими словами, подчиняет развод закону местожительства супругов. В подавляющем большинстве случаев украинский домициль супругов совпадет с украинским законом суда, каковой закон, надо думать, и имели в виду авторы украинского декрета о разводе, составляя его статью 8-ю.

Таким образом и в области права развода можно опереться на законодательные тексты для подтверждения основного принципа строгой территориальности советского права. Итак, поскольку развод обсуждается в советском суде, последний должен применять советское право [2]).

---

1) Ст. 87 кодекса законов об актах гражданского состояния, брачном, семейном и опекунском праве: „Основанием для развода может служить как обоюдное согласие обоих супругов, так и желание одного из них развестись".

Ст. I украинского декрета о разводе. брак расторгается вследствие просьбы о том обоих супругов или хотя бы одного из них".

2) Следует, впрочем, иметь в виду, что такой развод не будет иметь силы за пределами Советской России, поскольку законодательство государства, к которому принадлежат разводящиеся, стоит на изложенной выше кумулятивной точке зрения, т. е. требует совпадения поводов к разводу, как по закону суда, так и по национальному закону супругов.

Что же касается развода, совершаемого заграницей, то по какому бы закону он ни был совершен, он должен быть признан и советским судом, потому что применение любого иностранного закона может быть воспринято, как кумулятивное применение не только этого иностранного закона, но и закона советского: одностороннее желание одного из супругов развестись, являющееся достаточным основанием к разводу по советскому праву, заключается в любом основании любого иностранного закона о разводе, с которым пришлось бы кумулировать нашему действующему законодательству.

Для развода российских граждан заграницей только что сказанное признано и нашей административной практикой: я могу сослаться на циркуляр НКИД от 2 июня 1921 г. (№ 19), в основе которого лежит мысль о необходимости признания всякого развода российских граждан заграницей, совершенных согласно местным законам, именно потому, что основанием для всякого такого развода неизбежно является желание супругов развестись—повод сам по себе достаточный для развода по советскому праву [1]).

В том же смысле высказывается и циркуляр НКЮ от 6 июля 1923 г. (144) [2]). Последний циркуляр интересен сверх того тем, что им определяется компетентный суд для подачи заявлений о разводе советскими гражданами заграницей. Различаются случаи, когда просьба о разводе подается в представительство или консульство одним из супругов и когда просьба эта подается обоими вместе. В первом случае заявление о разводе пересылается в народный суд [3]), во втором—рассматривается непосредственно в представительстве или консульстве. Таким образом намечается аналогичный дипломатическому или консульскому браку—внесудебный дипломатический или консульский развод, совершенно неизвестный западно-европейскому и американскому праву и являющийся яркой особенностью права советского. Именно

---

[1]) Привожу текст этого циркуляра (см Вестник Народного Комиссариата по иностранным делам, 1922 г., апрель—май (№ 4—5), с. 251): „В практике одного из представительств возник вопрос, является ли действительным с точки зрения органов Советской власти, развод российских граждан, совершенный иностранным судом; по этому вопросу сообщается для сведения и руководства следующее: В виду того, что в основе всякого бракоразводного процесса, завершившегося разводом супругов, лежит соответствующее волеиз'явление, по крайней мере, одной из сторон, и что с точки зрения Советского законодательства, этот момент—наличность волеиз'явления о разводе со стороны одного из супругов—является само по себе обстоятельством, с необходимостью влекущим совершения развода (ст. 87 Кодекса Законов об актах гражд. состояния)—всякий развод российских граждан, совершенный за границей в порядке, установленном законодательством данного государства, должен быть признаваем органами Советской власти, независимо от формы бракоразводного процесса в этой стране...". Исключением являются лишь случаи, когда расторжение брака российского гражданина или признание его недействительным имеет место по формальным причинам, помимо воли обоих супругов: такие расторжения не признаются в Советской России.

[2]) См. Еженедельник Советской Юстиции, 1923 г., № 27, с. 623

[3]) Если другой супруг проживает в пределах Советской России, заявление пересылается в народный суд по месту его жительства; если это местожительство неизвестно или находится за пределами СССР — заявление передается в один из нарсудов г. Москвы, по назначению Губсуда.

в виду этого иностранные правовые системы, не всегда, как мы знаем, допускающие на своей территории консульские браки, будут еще неохотнее допускать консульские разводы. Признание действительности таких консульских разводов государством, в пределах которого они об'являются, можно обеспечить только договорным путем. На этот путь и встал проект консульской конвенции с Германией, допускающей консульские разводы, правда, в довольно тесных пределах: консул наделяется правом совершать развод лишь тех супругов, которые заключили консульский брак, т. е. брак перед своим отечественным консулом.

Итак, с точки зрения действующего советского права надлежит обсуждать развод в Советской России по закону суда, заграницей—по национальному закону разводящихся. Кумулятивное применение в последнем случае сверх национального закона супругов закона места вчинения иска о разводе может быть обусловлено лишь стремлением обеспечить признание развода вне пределов СССР.

Глава XIII.

Семейное право.

§ 1. Отношения родителей и детей

ЛИТЕРАТУРА: Нольде, Очерк, 550—552; Мартенс, II, 338—340; Savigny, VIII, 338—340; Bar, I, 532—563; Zitelmann, II, 805—912; Walker, 682—739; Wharton, 226—242; Weiss, Manuel, 507—523; Weiss, Traité, IV, 1—167; Despagnet, 551—569; Surville et Arthuys, 370—391; Valéry, 1139—1161; J. Champcommunal, Le conflit des lois personnelles—Revue, VI (1910), 712—720; Niemeyer, Vorschläge, 222—229; Niemeyer, B.C B, 155—164; Habicht, 147—172.

Тексты положительного права: H. Neumann, 247—253; Niemeyer, Vorschläge, 84 * — 85 *.

---

1. Коллизии разноместных законов, определяющих отношения родителей и детей, ставят на очередь разрешение целого ряда вопросов. Подавляющее большинство законодательств связывает различные правовые последствия с брачным и внебрачным происхождением ребенка. Только советское право уравнивает брачное и внебрачное происхождение детей, отрывая семейное право от права брачного. Таким образом первым вопросом в серии вопросов, связанных с коллизиями законов об отношении родителей и детей, является вопрос о том, по какому закону мы будем определять брачное или внебрачное происхождение ребенка. Затем, самостоятельному обсуждению подлежат вопросы об отношениях родителей и детей брачных и о положении внебрачного ребенка, как в отношении матери, так и в отношении отца. Наконец, в тот же круг вопросов входит вопрос об узаконении и усыновлении.

2. Брачное или внебрачное происхождение ребенка, согласно господствующему в доктрине взгляду, обсуждается по личному закону отца во время рождения ребенка или, если отец умер, по личному закону его в момент смерти. Такова точка зрения Савиньи, Бара, Нимейера, Лорана, Фиоре и др. Этим личным законом в настоящее время обычно считают закон национальный. В такой именно редакции зафиксирован принцип подчинения личному закону отца вопроса о брачном или вне-

брачном происхождении ребенка в германском праве (ст. 18 закона о введении в действие гражданского уложения): „брачное происхождение ребенка обсуждается по германским законам, когда муж матери в момент рождения ребенка германец, или, если он умер до рождения ребенка, был перед смертью германцем". Норма эта—норма односторонняя, но доктрина единодушно признает, что заложенный в ней принцип должен почитаться принципом общим и, следовательно, применимым и к иностранцам. Тот же принцип воспринят швейцарским законом 1891 г.

Помимо изложенного господствующего взгляда, в литературе намечались и другие решения: Цительман и по вопросу о брачном или внебрачном происхождении ребенка предлагает придерживаться кумулятивного действия всех национальных законов участников правоотношения. В основе его построения лежит, следовательно, та же привязка, а именно—национальный закон. Предлагается в литературе использовать и другие привязки: Валери считает необходимым подчинять решение вопроса о брачном происхождении ребенка закону суда (lex fori) во имя местного публичного порядка.

Отклонения от принципа действия национального закона отца встречаются в положительном праве; так, южно-американская кодификация (договор в Монтевидео 1889 г., ст. 16) подчиняет вопрос о брачном происхождении ребенка закону места заключения брака. Положение это стоит особняком, и в европейском праве, во всяком случае, не воспринимается. Но варианты остаются вариантами, основным же руслом, по которому движется научная мысль, а так-же законодательная и судебная практика, продолжает быть теория, подчиняющая вопрос о брачном или внебрачном происхождении ребенка личному закону отца.

3. Отношения между родителями и брачными детьми складываются в целую систему взаимных прав и обязанностей как лично-правового, так и имущественно-правового характера. Очертания этих прав и обязанностей в различных законодательствах далеко не одинаковы. Коллизионному праву приходится и тут указывать, какой из разноместных законов должен быть применен при обсуждении личных или имущественных отношений родителей и детей, осложненных междугосударственными или междуобластными элементами.

Согласно господствующему взгляду как личные, так и имущественные отношения родителей и детей должны определяться личным законом отца. В качестве личного закона выдвигают опять таки с одной стороны закон местожительства, с другой — закон национальный. В пользу закона местожительства высказывалась германская доктрина и практика до введения в действие гражданского уложения 1896 г., высказываются посейчас—швейцарское законодательство (закон 1891 г.), прибалтийский кодекс, ныне действующий в Эстонии и Латвии [1]). В романских странах, равно как в действующем германском праве, принимается вариант закона национального. Ст. 19 закона о введении в

---

[1]) Ст. XXXI. Отношения, возникающие из родительской власти, подлежат законам, действующим в местожительстве отца, и по его званию

действие германского гражданского уложения подчиняет обсуждение правовых отношений родителей и брачных детей германскому закону в том случае, если отец, или, в случае смерти отца, мать являются германскими гражданами. Норма эта является односторонней коллизионной нормой, но доктрина придает ей значение нормы двусторонней и подчиняет по аналогии всякое правоотношение между родителями и брачными детьми ндциональному закону отца.

Опять таки это коллизионное решение не единственно возможное и не единственно встречающееся. Можно указать, например, на южноамериканскую кодификацию, которая личные права и обязанности родителей и детей подчиняет закону места осуществления родительской власти, а имущественные отношения — закону места нахождения имущества (договор 1889 г. в Монтевидео, стт. 14 и 15). Но и оставаясь в пределах действия национального закона участников правоотношения между отцом, матерью и ребенком, можно придти к иному коллизионному решению, чем решение в пользу применения национального закона отца. В современной литературе Цительман, например, исходя из основных „международно-правовых" предпосылок своей коллизионной теории, предлагает кумулятивное применение национального закона всех участников правоотношения — практически в огромном большинстве случаев оно сведется к применению национального закона отца и только при разногражданстве родителей и ребенка может привести к иному результату. Целая группа авторов отдает предпочтение при разногражданстве родителей и ребенка—национальному закону не родителей, а ребенка: к их числу принадлежат Вейсс, Сюрвиль, Шампкомюналь—во французской литературе, Валькер—в литературе немецкой (точнее—австрийской). Переходную позицию между традиционной точкой зрения и воззрением только что названных юристов занимает Валери, который подчиняет правоотношения между родителями и детьми то личному закону первых, то вторых — в зависимости от того, в чьих интересах установлено то или иное конкретное право.

4. Все сказанное относилось к юридической связи родителей и детей брачных. Для определения в коллизионной плоскости отношений внебрачного ребенка к матери и отцу предлагаются другие решения.

Отношение внебрачного ребенка к матери по общему правилу подчиняют личному, в частности национальному, закону матери. Эту господствующую точку зрения отразило и германское право, правда, выразив ее в односторонней коллизионной норме: „правоотношение между внебрачным ребенком и его матерью обсуждается по германским законам, когда мать является германской подданной. Те же законы применяются, когда германское подданство матери прекратилось, подданство же ребенка продолжается" (ст. 20 закона о введении в действие германского гражданского уложения).

В огромном большинстве случаев национальные законы матери и ребенка совпадают; при разногражданстве их предлагаются иногда отклоняющиеся от основного шаблона решения: Цительман и тут стремится обосновать кумулятивное действие обоих национальных законов, Валькер и тут отдает предпочтение национальному закону ребенка.

Если в плоскости решения коллизионного вопроса об отношении внебрачного ребенка к матери существенных разногласий не наблюдается, то отнюдь нельзя сказать того же про отношения внебрачного ребенка к отцу. Отношения эти регулируются различными законодательствами далеко не единообразно (достаточно напомнить, с одной стороны, французское законодательство, которое до 1912 г. категорически запрещало отыскание отцовства, другими словами, отрицало какую-бы то ни было юридическую связь между внебрачным ребенком и его отцом, да и теперь допускает это отыскание в очень ограниченных пределах, а с другой стороны—законодательство хотя бы норвежское, послужившее до известной степени прототипом для действующего советского законодательства, совершенно упразднившего различие брачного и внебрачного отцовства). Мнения в научной литературе по вопросу о коллизионном обсуждении отношения внебрачного ребенка к отцу также разноречивы. Старая доктрина, а за ней и старая судебная практика, исходя из деликтного характера внебрачного сожительства, предлагали обсуждать отношения внебрачного ребенка к отцу по закону места внебрачного сожительства, а если таких мест несколько, то по тому из подлежащих законов, который является наиболее выгодным для внебрачного ребенка. Выдвигается затем закон суда (lex fori), обосновываемый „строго принудительным характером законов о внебрачном отцовстве (Савиньи), другими словами — принадлежностью их к „публичному порядку" В доктрине нашего времени предлагается подчинять правоотношение между внебрачным ребенком и отцом личному закону — матери (Нимейер) или отца (Мейли), в последнее время с уточнением личного закона в сторону закона национального. В пользу национального закона матери высказывается, в частности, германское коллизионное право [1]).

Наконец, и в области отношений внебрачного ребенка намечаются различные решения, построенные на кумулятивном действии двух законов или даже трех законов: Цительман и тут проводит прицип кумулятивного действия личного закона участников правоотношения, Бар — выдвигает кумулятивное действие личного закона матери, закона места внебрачного сожительства и закона места вчинения иска, Валькер — действие национального закона отца и закона суда, поскольку первый в меньшей степени, чем lex fori обеспечивает интересы ребенка.

5. Как мне пришлось упомянуть уже выше, в круг вопросов об отношении родителей и детей входят и вопросы об узаконении и усыновлении. По общему правилу, узаконение внебрачных детей подчиняется личному закону отца, притом, точнее, его национальному закону в момент узаконения (а не в момент рождения ребенка). Однако, намечаются и иные решения: Цительман и для узаконения считает един-

---

[1]) Закон о введении в действие герм. гражд. улож. ст. 21: Обязанность отца содержать внебрачного ребенка, а также обязанность его возместить матери связанные с беременностью, родами и содержанием расходы обсуждаются по законам того государства, к которому принадлежит мать во время рождения ребенка; не могут, однако, быть осуществлены притязания, идущие дальше обоснованных по германским законам",

ственно правильным применение кумулятивного принципа, т. е. при разногражданстве узаконяющего и узаконяемого—обсуждение связанных с узаконением прав и обязанностей отца по его национальному закону, а прав и обязанностей ребенка—по национальному закону последнего. Поскольку узаконение мыслится порождающим двусторонние права и обязанности оно осуществимо, с точки зрения Цительмана, лишь при правомерности его, как по национальному закону отца, так и по национальному закону ребенка. Взгляд Цительмана, органически связанный с его исходными предпосылками, не разделяется, однако, большинством исследователей, которые, повторяю, подчиняют узаконение национальному закону отца.

Тот же закон признается господствующим течением в науке компетентным для определения отношений, связанных с усыновлением, другими словами, усыновление подчиняется национальному закону усыновителя. Поскольку, однако, в основе усыновления лежит не связь происхождения (как при узаконении), а исключительно воля усыновителя и усыновляемого, постольку в доктрине чаще уделяется внимание и личному закону усыновляемого. К кумулятивному применению национальных законов как усыновителя, так и усыновляемого приходит не только Цительман (что единственно и отвечает его исходным положениям), но и Нимейер, Регельсбергер, Валькер, во французской литературе—Вейсс.

Положительное коллизионное право и судебная практика дают по вопросу об узаконении и усыновлении следующие ответы. Закон о введении в действие германского гражданского уложения принимает как для узаконения, так и для усыновления точку зрения большинства, т. е. действие национального закона отца или усыновителя, правда, с некоторой оговоркой в пользу действия в известных пределах германского закона, а именно при разногражданстве участников правоотношения и при принадлежности к германскому подданству узаконяемого или усыновляемого [1]). Французская судебная практика, поддерживаемая Валери против большинства теоретиков, занимает совсем обособленную позицию: она не допускает усыновления французом иностранца как во Франции, так и за ее пределами, и, обратно, усыновления иностранцем француза в пределах французской территории, мотивируя это тем, что право усыновления должно быть отнесено к тем droits civils, которые, в силу ст. 11 гражданского кодекса, принадлежат исключительно французам.

6. Действующее советское право и в области норм, определяющих отношения родителей и детей, существенно отклоняется от права западно-европейского. Коренной его особенностью является полное

---

[1]) „Узаконение внебрачного ребенка", гласит ст. 22 этого закона „равно как усыновление, обсуждаются, когда отец во время узаконения или усыновитель во время усыновления состояли в имперском подданстве, согласно германским законам. Если отец или усыновитель принадлежат к иностранному государству, тогда как ребенок состоит в имперском подданстве, то узаконение или усыновление недействительны, если необходимое по германским законам согласие ребенка или третьего лица, стоящего к ребенку в семейно-правовом отношении, не последовало".

отделение семейного права от права брачного, другими словами, устранение какой бы то ни было юридической грани между брачным и внебрачным происхождением. „Основой семьи", гласит ст. 133 Кодекса об актах гражданского состояния „признается действительное происхождение. Никакого различия между родством внебрачным и брачным не устанавливается". Рождение ребенка женщиной, состоящей в зарегистрированном браке, создает лишь презумпцию в пользу происхождения этого ребенка от ее мужа, презумпцию, которая может быть самой же матерью, путем подлежащей декларации в отделе записей актов гражданского состояния, разрушена. Таким образом, с точки зрения западноевропейских критериев, отношение родителей и детей по действующему у нас праву всегда должно конструироваться как отношение к отцу и к матери детей внебрачных. „Брачных" детей нет, потому что происхождение ребенка от лиц, состоящих в зарегистрированном браке ничем не отражается на содержании его юридической связи с родителями [1]). В таком радикальном уравнении положения внебрачных детей с положением детей брачных одиноким предшественником советского законодательства явился, до известной степени, лишь норвежский закон 10 апреля 1915 г., некоторые постановления которого, как свидетельствует А. Г. Гойхбарг [2]), были нашим кодексом заимствованы.

Некоторые особенности, на которых я сейчас не буду останавливаться, являют нормы советского права и в определении самого содержания лично-правовых и имущественно-правовых отношений родителей и детей. Наконец, существенным отличием советского законодательства является то, что ему неизвестно не только узаконение (в строе советского права оно лишено смысла за отсутствием всякой юридической грани между брачным и внебрачным происхождением), но и усыновление [3]).

Все эти своеобразные особенности советского права необходимо учитывать, устанавливая коллизионные правила, отвечающие духу нашего действующего законодательства. В самом законодательстве мы этих правил для области отношений родителей и детей не найдем· судебной практике и тут придется восполнять пробелы положительного права.

Какие коллизионные казусы в интересующей нас сейчас области придется разрешать нашей судебной практике? Они естественно складываются в две группы — 1) отношения родителей и детей иностранцев в России и 2) отношения родителей и детей русских заграницей. Каждая из этих основных рубрик может осложниться разногражданством участников правоотношения. Рассмотрим их в намеченной последовательности.

---

[1]) Происхождение от лиц, состоящих в зарегистрированном браке, оказывает влияние лишь на фамилию ребенка происходящие от такого брака дети именуются брачной фамилией их родителей (ст. 145 Кодекса).

[2]) А. Г. Гойхбарг, Брачное, семейное и опекунское право советской республики, М. 1920, с. 111.

[3]) Впрочем, относительно усыновления существует предположение восстановить его, правда в ограниченых рамках—см Григ. Рындзюнский и Т. М Савинская, Детское право Р.С.Ф.С Р., М. 1923, с. 21.

Согласно изложенному выше началу строгой территориальности советского права, отношения родителей и детей иностранцев в Советской России надлежит обсуждать по советскому законодательству Договорных из'ятий к этому общему правилу пока не существует, намечены они лишь в Московском договоре с Турцией 1921 г. (ст. X).

Отношения родителей и детей русских заграницей. сообразно опять таки отмеченному уже выше стремлению советского права следовать за советскими гражданами и за пределы Советского Союза, должны подчиняться советскому законодательству. Конечно, применение советского права заграницей может быть вытеснено местными коллизионными нормами или местным публичным порядком, но с точки зрения советского суда обоснованным должно считаться применение именно советского законодательства. Такое решение не может возбуждать сомнений, если оба родителя и ребенок состоят в советском гражданстве. Нетрудно представить себе, однако, случаи разногражданства родителей ребенка, притом не только в том предположении, что родители эти не состоят в зарегистрированном браке между собой, но и при наличии такого зарегистрированного брака, ибо законодательство наше допускает, как мы знаем, и разногражданство супругов. Возникает вопрос, национальный закон которого из трех участников правоотношения следует считать компетентным при обсуждении отношения родителей и детей?

Я полагаю, что единственно отвечающим духу советского законодательства будет признание компетентным национального закона ребенка. Именно в ребенке лежит центр тяжести отношения родителей и детей по действующему у нас праву: „родительские права осуществляются исключительно в интересах детей", говорит ст. 153 Кодекса. К тому же законодательство наше, как раз в спорной области определения национального закона ребенка при разногражданстве родителей, дает свое решение вопроса, позволяющее хотя бы отчасти при определении компентентного закона опереться на положительное право. Ст. 147 Кодекса об актах гражданского состояния РСФСР и примечание к ней, а также белорусское Положение об иностранцах (§ 16) определяют гражданство ребенка при разногражданстве родителей, если одна сторона состоит в гражданстве советском: при отсутствии соглашения между родителями, заявленного при заключении брака, дети считаются советскими гражданами с тем, что по достижении совершенколетия им предоставляется заявить о желании следовать гражданству другого из родителей [1]). Как это ни странно, но Кодекс 1918 г., а за ним и белорусское Положение об иностранцах, ограничиваются опре-

---

[1]) Ст. 147: При разногражданстве родителей (если одна из сторон состоит в русском гражданстве) гражданство детей определяется предварительным соглашением родителей, заявленным ими при заключении брака в Отделе записей актов гражданского состояния.

Примечание. В случае отсутствия соглашения между родителями по этому вопросу, дети считаются русскими гражданами с тем, что по достижении совершеннолетия им предоставляется право заявить о желании следовать гражданству другого из родителей".

делением гражданства детей, происходящих от смешанных браков, тогда как именно брачность происхождения ребенка совершенно с точки зрения советского права не существенна. Гражданство ребенка, происходящего не от зарегистрированного брака, должно определяться, очевидно, так же, как определяется гражданство детей при отсутствии предварительного соглашения между родителями, состоящими в браке. При советском гражданстве матери или заявленного отца, гражданство это должно приобретаться и ребенком, с правом заявки по достижении совершеннолетия о желании следовать гражданству другого из родителей.

Мне остается затронуть вопрос об узаконении и усыновлении с точки зрения советского коллизионного права. Законодательство наше, как я уже упоминал, не знает ни узаконения, ни усыновления. Опираясь поэтому на начало строгой его территориальности в пределах Советского Союза, надлежит признать невозможность в этих пределах узаконения и усыновления иностранцами. Та же невозможность будет следовать за советскими гражданами заграницу, но уже по принципу действия закона национального.

§ 2. Опека.

ЛИТЕРАТУРА: Нольде: 552—557; Мартенс, II, 340—343; Savigny, VIII, 340—348; Bar, I, 554—590; Zitelmann, II, 912—936; Walker, 739—787; Weiss, Manuel, 432—452; Valéry, 1161—1177; Wharton, 243—253; Niemeyer, BG.B., 164—167; Habicht, 61—66, 172—180; G. Horn. Die Vormundschaft über Minderjahrige im internationalen Privatrecht в Jahrbuch fur den internationalen Rechtsverkehr 1912/1913, 128 ff.; G. Lafon *, La tutelle des mineurs en droit international privé. 1912.

Тексты: Niemeyer, Vorschiage, 85*—91*; Neumann, 254—260.

Специально о Гаагских конвенциях 1902 и 1905 гг.: Meili und Mamelok, 257—315; Japiot, La tutelle des mineurs d'après la Convention de la Haye du 12 Juin 1902—Revue, VII (1911), 596—618, VIII (1912), 288—301; Travers, Convention de la Haye relative à la tutelle des mineurs et les accords antérieurs passès par la France—Revue, VIII (1912), 641—660.

Actes 1893; Actes 1894; Documents 1900; Actes 1904; Documents 1904.

Текст конвенций 1905 г.—Изв. Мин. Иностр. Дел, 1912, VI, 50—56.

---

1. Согласно господствующему взгляду, правоотношения, связанные с опекой, подчиняются личному закону опекаемого. Этим личным законом, как и в других областях коллизионного права, до второй половины XIX ст. считался закон местожительства (можно сослаться хотя бы на Савиньи), а затем—закон национальный. Последний полагается в основу некоторых национальных коллизионных норм об опеке, а затем и суммирующих эти нормы Гаагских конвенций 1902 г. об опеке над малолетними и 1905 г. об опеке над совершеннолетними, точнее — о законном прещении и о подобных мерах покровительства (была ратифицирована лишь в 1912 г.). Последовательное и неуклонное проведение

принципа действия национального закона в области опеки может вызвать, однако, следующего рода сомнение. Национальные власти подлежащего опеке несовершеннолетнего или совершеннолетнего (наприм. душевно-больного) могут иногда фактически не быть осведомленными о необходимости учреждения опеки над лицом, находящимся за границей. Могут ли в таком случае вмешаться власти места пребывания подлежащего опеке? На этот вопрос дается ответ безусловно утвердительный. Власти места пребывания подопечного могут установить опеку по своим национальным законам с тем, однако, чтобы затем, по учреждении опеки согласно национальному закону подопечного, прекратилась опека, учрежденная по месту его жительства. Об этом определенно говорит, например, германское коллизионное право: „Опека или попечительство могут быть учреждены в империи над иностранцем, поскольку государство, к которому он принадлежит, не принимает на себя попечения о нем, а иностранец подлежит попечению по законам этого государства или ограничен в своей дееспособности в империи. Германский опекунский суд может принимать предварительные меры, пока не учреждена опека или попечительство“ (ст. 23 закона о введении в действие германск. гражд. уложения).

По какому бы закону ни учреждена была опека, она, согласно правовым воззрениям континентальной Европы, является опекой единой, другими словами распространяется на все имущество подопечного, где бы оно ни находилось. От этого воззрения отклоняется доктрина и судебная практика Англии и Американских Соединенных Штатов: в этих странах принципиально признается лишь опека, учрежденная местной (английской и американской) властью. И только с середины XIX в. допускается в Англии осуществление отдельных актов, вытекающих из опекунского права, назначенными национальной властью опекаемого опекунами, но не иначе, как с особого разрешения на это английского суда; к числу этих актов во всяком случае не относятся те, которые имеют своим предметом находящиеся в Англии недвижимости.

Самый порядок назначения опеки, круг лиц, могущих быть опекунами, права и обязанности опекуна определяются, естественно, по закону того государства, которому принадлежит назначающее опеку опекунское учреждение. Этот же закон определяет могут ли быть назначены опекунами иностранцы. Но обязанность принять назначение опекуном обычно рекомендуется определять по национальному закону лица назначаемого.

Как я уже указывал, опеке посвящены две Гаагские конвенции —конвенция 1902 г. об опеке над малолетними [1]) и конвенция 1905 г. о законном прещении и о подобных мерах покровительства [2]).

---

[1]) В настоящее время действует в отношениях между Германией, Бельгией, Испанией, Венгрией, Италией, Люксембургом, Голландией, Португалией, Румынией, Швецией и Швейцарией.

[2]) В настоящее время действует лишь в отношениях между Германией, Венгрией и Голландией.

Обе конвенции построены на принципе действия национального закона опекаемого.

Ст. 1 конвенции 1902 г. гласит: „Опека над малолетним определяется его национальным законом". В случае если малолетний имеет свое обычное местопребывание заграницей, то заботу об учреждении опеки конвенция возлагает на дипломатического или консульского представителя его отечественного государства, поскольку не ставит тому препятствий государство обычного пребывания малолетнего (ст. 2). Лишь в тех случаях, когда отечественное государство малолетнего не учреждает почему либо опеки, власти места его пребывания могут эту опеку установить, что не должно мешать отечественным властям в любой момент учредить опеку по национальному закону малолетнего.

Устанавливая подчинение опеки национальному закону опекаемого, конвенция воспринимает и другой принцип континентально-европейского права—начало единства опеки: опека учреждается в сроки и по причинам, которые указываются национальным законом малолетнего, независимо от того учреждается ли опека его национальной властью или властью его местопребывания (ст 5). Раз установленная опека распространяется на личность малолетнего и на всю совокупность его имущества, где бы последнее ни находилось (ст. 6, абз. 1). Это последнее правило может по исключению не получить применения лишь в отношении недвижимостей, подчиненных по закону места их нахождения особому поземельному порядку (ст. 6, абз. 2).

Я уже упоминал, что принцип действия национального закона положен в основу и конвенции 1905 г. об опеке над совершеннолетними (ст. 1 и 2 конвенции). Согласно этим статьям, законное прещение подчиняется национальному закону лица, которое ограничивается в дееспособности, и устанавливается национальной властью в порядке, предусмотренном национальным законодательством. По аналогии с конвенцией об опеке над малолетними конвенция 1905 г. допускает принятие временных мер для ограждения интересов подлежащего опеке и властью места его пребывания, но опять таки лишь до учреждения опеки национальной властью (ст. 3). Последняя должна оповещаться местной властью о всех случаях, когда необходимо установить законное прещение, но если в течение шести месяцев со времени этого оповещения национальная власть не даст на него ответа, то власть места пребывания подлежащего опеке учреждает ее самостоятельно. В определении поводов опеки она связана при этом как национальным законом опекаемого, так и законом его местожительства (ст. 7), но самые последствия опеки, т. е. попечение над личностью и имуществом опекаемого, должны подчиняться уже не национальному его закону, а закону места пребывания (ст. 8). Однако, учреждение опеки в только что указанном порядке, не должно препятствовать установлению мер прещения согласно национальному закону ограниченного в дееспособности: об этой опеке, установленной национальными властями, должны быть незамедлительно поставлены в известность власти государства, в котором опека была уже учреждена; законы этого последнего государства определяют с какого момента прекращается действие первона-

чально установленной опеки: с этого момента последствия опеки должны подчиняться уже национальному закону подопечного. Что касается снятия опеки, установленной властями места пребывания ограниченного в дееспособности, то оно может быть произведено как национальными властями, так и властями места пребывания подопечного: национальные власти руководствуются при этом национальным законом, власти места пребывания—альтернативно либо поводами национального, либо поводами местного законодательства. Что касается, наконец, начала единства опеки, то оно признается конвенцией 1905 г. в той же мере, что и конвенцией 1902 г.: произведенное компетентной властью установление или снятие законного прещения должно признаваться всеми участниками конвенции без всяких специальных распоряжений местных властей (exequatur) и только в отношении недвижимостей, подлежащих по месту своего нахождения особому поземельному порядку, могут быть допущены из'ятия из этого правила.

2. В действующем нашем законодательстве мы не найдем специальной коллизионной нормы, охватывающей опекунское право в целом. Но некоторую опору для восполнения этого пробела мы все же в советском праве имеем; я имею в виду примечание к ст. 185 Кодекса законов об актах гражданского состояния, определяющее органы опеки для проживающих заграницей российских граждан. Примечание это гласит: „Функции опекунских учреждений в отношении российских граждан, проживающих заграницей, выполняются представителями России заграницей". Уточняется это положение декретом 18 октября 1918 г. об организации российских консульств в других странах (С.У. 1918 г. № 78, ст. 823). Из ст. 5-й этого декрета мы узнаем, что в круг обязанностей консульских представительств по защите экономических, правовых и социальных интересов отдельных граждан РСФСР (ср. п. в ст. 13 Общего Положения о Советских органах за границей— С.У. 1921 г., № 49, ст. 261) входит и (п. б.) „исправление обязанностей отделов Социального Обеспечения относительно опеки, попечительства и социального обеспечения (пенсии и т. д.)" [1]). Выполняя функции опекунских учреждений заграницей, русские представительные учреждения заграницей, очевидно, могут применять только русское опекунское право, другими словами по Кодексу законов об актах гражданского состояния определять поводы к установлению и снятию опеки, порядок назначения и увольнения опекуна, содержание лежащих на опекуне обязанностей. Суммируя, следует сказать, что правоотношения, связанные с опекой над российскими гражданами заграницей, обсуждаются по национальному закону подопечных.

Можно ли заключить по аналогии, что опека над иностранцами в России должна подчиняться национальному закону опекаемого. В положительном праве мы никаких указаний не найдем. Восполняя же

---

[1]) См. также Инструкцию консулам РСФСР 6 апреля, С Б. Крылов, н с. 117.

Само собою разумеется, что в странах, где нет еще обособившихся консульских представительств, обязанности последних по опеке лежат на представительствах общих.

законодательный пробел, следует, думается мне, придти не к национальному закону подопечного, а к советскому территориальному закону: в разделе Кодекса об актах гражданского состояния, посвященном опекунскому праву, мы никаких постановлений о неподведомственности иностранцев русскому опекунскому порядку не найдем. Это обстоятельство, в связи с общим публично правовым уклоном опекунского права, а также общим принципом территориальности советского законодательства, заставляет признать, что опека над иностранцами в Советской России должна подчиняться не национальному закону опекаемого, а закону советскому.

Глава XIV.

Наследственное право.

ЛИТЕРАТУРА: Мартенс, 343—353; Нольде, 557—567; Садовский, Основы частного международного права и применение их в области наследования (по закону), 1903; Savigny, VIII. 295—324; Bar, II, 293—353; Zitelmann, II, 937—1008; Meili, II, 109—222; Niemeyer, Vorschlage, 262—267; Walker, 788—906; Niemeyer, B.G.B., 167—175; Habicht, 180—206; Weiss, Traité IV, 522—694; Weiss, Manuel, 572—590; Valéry, 1178—1247; Dicey, 500—517, 658—707; Westlake 101—148; Foote 216—237, 265—330; Wharton, 414—463; Diena, 181—213; Fiore, I, 127—151; III, 371—601; Böhm, Handbuch der internationalen Nachlaubehandlung, 1895.

Специально о проектах Гаагских конференций: Actes 1893; Actes 1894; Actes 1900, Documents 1900; Actes 1904; Documents 1904. Kahn, Die Haager Staaten Konferenzen, Der Erbrechtsentwurf—Zeitschrift, 13 (1903), s. 229—351; Missir, La Quatrième Conférence de droit international privé de la Haye—Revue, 2 (1906) p. 644—458, 874—893.

Тексты положительного права: Niemeyer, Vorschläge, 118*—140*; Neumann, 260—276.

---

1 Первым и основным вопросом в круге вопросов наследственного коллизионного права является вопрос о том, подчинять ли наследование закону места нахождения наследственного имущества или личному закону наследодателя, другими словами, идти ли на возможное подчинение отдельных частей наследственной массы различным законодательным системам или держаться правового ее единства. Конкретно—умирает лицо и оставляет после себя имущество, находящееся в пределах территорий нескольких государств. Будем ли мы подчинять наследование в целом личному закону умершего или каждую из находящихся в различных государствах часть наследственной массы — закону места ее нахождения?

Последовательное подчинение всех частей наследственного имущества законам места их нахождения, независимо от деления имущества на движимое и недвижимое, в теории решительно не находит себе сторонников.

Но со времен статутарной теории (особенно с XVI в.) значительным распространением пользуется компромиссный взгляд, сочетающий воедино обе намеченные крайние точки зрения, каждой группе указанных законов обеспечивающий обособленное поле применения: наследование в недвижимом имуществе признается подчиненным действию закона места нахождения недвижимости (по принципу „tot hereditates, quot regiones"), наследование в имуществе движимом — действию личного закона наследодателя (по принципу „mobilia personam sequuntur"). Это положение является принципом действующего права в Англии, Американских Соединенных Штатах и в ряде стран континентальной Европы: во Франции этот принцип твердо усвоен судебной практикой (несмотря на критическое к нему отношение со стороны доктрины), действует он и в Голландии, Венгрии, Румынии, Греции. Надлежит отметить, что личным законом наследодателя в англо-американском праве считается, как всегда, закон последнего местожительства, в праве континентально-европейском — закон национальный.

Однако, уже с XVIII века преимущественно в Германии стал распространяться взгляд, согласно которому наследование, как наследование единое, должно быть подчинено единому закону, так как раздробление наследственной массы для обсуждения отдельных ее частей по разным законам, помимо принципиальной неправильности, ведет и к значительным практическим неудобствам. Подкрепленный авторитетом Савиньи, взгляд этот получил всеобщее признание. Конечно, в дальнейшем уточнении личного закона и тут произошла смена закона последнего местожительства наследодателя, признававшегося компетентным личным законом Савиньи и его ближайшими последователями, другим вариантом личного закона — законом национальным, господствующим теперь не только в романской, но и в германской литературе. В положительном праве посейчас представлены оба варианта: швейцарский закон 25 июня 1891 г. подчиняет, например, наследование законодательству последнего местожительства наследодателя (ст. 22) [1]): итальянский кодекс 1865 г., а за ним и испанский 1889 г., в равной мере как и германское уложение, подчиняют наследование национальному закону наследодателя [2]),

[1]) Впервые принцип единства наследственной массы в плоскости коллизионной, с истолкованием личного закона наследодателя в пользу закона его последнего местожительства, нашел себе признание в Саксонском гражданском уложении 1863 г. (§ 17).

[2]) Ст. 8 вводных постановлений итальянского кодекса: „Наследование по закону и по завещанию, как в отношении порядка наследования, так и об'ема наследственных прав, и внутренняя действительность распоряжений на случай смерти, подчинены действию национального закона лица, о наследовании после которого идет речь, какова бы ни была природа этих имуществ и в каких бы странах они ни находились".

Закон о введении в действие германского гражданского уложения, ст. 24: „После германца, даже если он имел местожительство за границей, наследуют по германским законам.. ". Ст 25: „После иностранца, который в момент смерти имел местожительство внутри Империи, наследуют по законам того государства, к которому он перед смертью принадлежал .". Я не привожу заключающихся в этих статьях оговорок в пользу прав немецких наследников.

То же начало действия личного закона наследодателя положено в основу польского проекта 1921 г. ст 28)

Начало универсальности наследования и принцип действия национального закона наследодателя положены в основу выработанного на 4-й Гаагской конференции по вопросам международного частного права проекта конвенции „о столкновениях в области наследования и завещаний", подписанного в 1905 г. некоторыми из представленных на конференции государств, но ни одним из них не ратифицированным. Ст. 1-я этого проекта гласит: „Наследование, в отношении назначения наследников, порядка, в котором они призываются к наследованию, частей, которые им причитаются, их взаимоотношений, свободной доли и ограничений, подчинено действию национального закона покойного, каковы бы ни были природа имущества и страна их нахождения". То же правило применяется к внутренней действительности и последствиям завещательных распоряжений. Выставив такой общий принцип, участники конференции должны были считаться с тем, что он не всегда осуществим до конца, что могут быть случаи, когда суд, во имя местного „публичного" порядка, откажется применять национальный закон наследодателя, а сочтет себя вынужденным применять закон местный. Конференция и тут, как при выработке конвенции о браке, подошла к проблеме конкретизации „публичного порядка", но на этот раз без ощутительного результата. В силу ст. 6 проекта, государства должны были сообщить друг другу те правила о наследовании, которые они считали связанными с их „публичным порядком": перечень этих правил должен был составить особый протокол, выработка которого была перенесена на 5-ю конференцию. На ту же 5-ю конференцию решено было перенести разработку вопросов о связанных с наследованием процессуальных и охранительных мерах. Как известно, 5-я конференция так до начала мировой войны и не собралась.

Итак, основным принципом наследственного коллизионного права является принцип подчинения наследования в целом национальному закону наследодателя, Применение этого принципа ко всем частностям наследования не всегда, однако, бесспорно. Так, иногда в литературе высказывается сомнение, можно ли определять по национальному закону наследодателя способность к принятию наследства, не следует-ли, другими словами, обсуждать эту способность по национальному закону наследника. Большинство исследователей отвечает, однако, на этот вопрос отрицательно, не отступая и в данном случае от применения основного принципа. Сомнение это отразилось, однако, на польском проекте 1921 г. (ст. 22, п. 2), который требует, чтобы способность к принятию наследства была обоснована как по национальному закону наследодателя, так и по национальному закону наследника.

2. Закон, который мы признаем компетентным для разрешения коллизий наследственного права, должен быть одинаково применен как к наследованию по закону, так и к наследованию по завещанию. В частности, следовательно, если мы остановимся на законе национальном, принцип действия национального закона наследодателя подлежит применению одинаково как к наследованию по закону, так и к наследованию по завещанию. В первом случае национальным законом наследодателя определяется непосредственно круг призываемых к на-

следованию наследников, во втором—завещательная его дееспособность. При обсуждении способности к составлению завещания на практике иногда бывает существенно уточнить по какому закону ее определять — по национальному закону завещателя в момент составления завещания или в момент открытия наследства, т. е. в момент смерти. В различных национальных законодательствах различно определяется, например, возраст, достижение которого связывается с завещательной дееспособностью: в германском праве—это 16 лет, в австрийском—18 лет, с тем, однако, что не достигшие этого возраста могут устно об'являть свою завещательную волю перед судом. Возможны, конечно, и другие весьма разнообразные расхождения законодательных определений способности к составлению завещания. Итак, какой же национальный закон существен для определения завещательной дееспособности — национальный закон момента составления завещания или момента смерти? В литературе дается троякий ответ на этот вопрос: одни высказываются в пользу национального закона момента составления завещания (Нимейер), другие—в пользу закона момента открытия наследства, наконец, третьи—в пользу кумулятивного действия обоих законов (Вехтер, Савиньи, Бар и др.). Согласно этому последнему, наиболее распространенному в литературе взгляду, для признания силы завещательного распоряжения должна быть на лицо завещательная дееспособность как по национальному закону завещателя в момент составления завещания, так и по национальному закону его в момент смерти. Этой точки зрения придерживались и Гаагские проекты 1893 и 1900 г.; в 1904 г. единства взглядов по вопросу о завещательной дееспособности установить не удалось и подлежащая статья была из окончательной редакции проекта из'ята. В положительном коллизионном праве представлена, однако, и теория определения завещательной дееспособности по национальному закону наследодателя в момент составления завещания. Она нашла себе признание в германском коллизионном праве, а также в праве швейцарском и японском [1]).

3. Помимо вопроса о завещательной дееспособности, обычно привлекает особое к себе внимание, вопрос о форме завещательных распоряжений. Разрешен он должен быть так же, как разрешается общий коллизионный вопрос о форме правовых актов. Форма правовых актов, согласно современным воззрениям, подчиняется закону, управляющему содержащимся в акте правоотношением, или же закону места совершения акта. Применяя этот общий принцип к завещательным распоряжениям, мы должны будем признать, исходя из принципа действия

---

[1]) Отчетливо формулирована эта точка зрения, при том в форме коллизионной нормы полной, в швейцарском законе 25 июня 1891 г. (ст. 4): Завещательная дееспособность обсуждается по закону местожительства в момент составления завещания". В германском праве (закон о введении в действие гражданского уложения, ст. 24 абз. 3 та же точка зрения облечена в форму односторонней коллизионной нормы; „Если иностранец, установивший или устранивший распоряжение на случай смерти, приобретает имперское подданство, то действительность этого установления или устранения обсуждается по законам того государства, к которому он принадлежал в момент установления или устранения".

национального закона при разрешении коллизий наследственного права, что форма завещания должна отвечать либо национальному закону наследодателя, либо закону места составления завещательного акта [1]).

Как при обсуждении в плоскости коллизионного права вопроса о завещательной дееспособности, так и при обсуждении вопроса о форме завещания необходимо уточнить—какому из двух личных законов следует отдать предпочтение — личному закону наследодателя в момент составления завещания или его личному закону в момент открытия наследства. В литературе имеются сторонники как того, так и другого решения вопроса: Бар высказывается, например, в пользу закона момента открытия наследства, Штоббе—в пользу закона времени составления завещания. Наконец, предлагается признать компетентным и тот и другой закон, но не кумулятивно, как при завещательной дееспособности, а альтернативно (Нимейер, Кан, Валькер). С этой последней точки зрения, наиболее целесообразной, форма завещательного распоряжения должна быть признана действительной, если она отвечает либо личному закону наследодателя в момент составления завещания, либо его личному закону в момент смерти, либо закону места составления завещания.

Гаагский проект положил в основу своих постановлений о форме завещательных распоряжений альтернативное действие национального закона наследодателя и закона места составления завещания с уточнением национального закона в пользу закона времени составления завещания. Ст. 3 проекта гласила: „Завещания действительны в отношении формы, если они удовлетворяют постановлениям или закона места, где они совершены, или закона страны, к которой принадлежал умерший в то время, когда он делал распоряжение". Итак, правило locus regit actum признается действующим на ряду с подчинением формы завещания личному закону наследодателя: равноправие этих двух законов нарушается лишь оговоркой, весьма распространенной, об исключительном действии национального закона наследодателя в той мере, в какой этот последний закон сам признает исключительность своей компетенции. Голландский кодекс, например, устанавливает, что совершенное голландцем за границей завещательное распоряжение действительно только в том случае если оно является завещанием аутентичным—„durch autentischen Akt" (ст. 992). Очевидно, что для голландского суда не будет действительным не отвечающее этому требованию завещание, хотя бы оно и было действительным с точки зрения закона места его составления. Считаясь с этой, как я уже упомянул, довольно распространенной в литературе оговоркой, Гаагская конференция внесла в проект конвенции постановление, аналогичное тому,

---

[1]) Само собою разумеется, что, полагая в основу наследования не национальный закон наследодателя, а закон его местожительства или закон места нахождения недвижимости, мы должны будем подчинять подлежащему закону и форму завещательного распоряжения. Так, англо-американское право требует для завещаний, имеющих своим предметом недвижимости, расположенные в пределах действия common law соблюдение формы, предписываемой lex rei sitae.

с которым мы встретились уже в статьях конвенции 1902 г., посвященных форме брака: установив факультативность действия национального закона наследодателя и закона места составления завещания, проект продолжает: „Однако, когда для завещания, составленного лицом вне своей родины, национальный закон предписывает или запрещает определенную форму, несоблюдение этого правила может повлечь за собой недействительность завещания в той стране, к подданству который принадлежит наследодатель, причем это не служит, однако, препятствием к тому, чтобы завещание, если оно соответствует закону места, где оно составлено, как в месте составления, так и в других странах было действительно".

Заимствовав из конвенции 1902 г. о браке оговорку об ограничении в пользу национального закона правила locus regit actum, проект конвенции о наследовании заимствовал из того же источника правило о дипломатической и консульской форме—на это раз не брака, а завещания. „Действительны", гласит ст. 3 абз. 3 проекта, "в отношении формы завещания иностранцев, если они приняты, согласно их национальному закону, дипломатическими или консульскими представителями, уполномоченными государством, к подданству коего принадлежат эти иностранцы".

Затронув вопрос о завещательной дееспособности и о форме завещаний, я должен упомянуть и о том, что содержание завещания, его толкование, наконец, правовое положение исполнителя завещания должны обсуждаться по основному для наследования в целом закону—по личному закону наследодателя.

4. В действующем советском законодательстве провозглашение основного коллизионного принципа наследственного права в полном об'еме мы находим опять таки не в законодательстве РСФСР, а в Украинском и Белорусском „Положениях об иностранцах". Положения эти подчиняют наследование началу строгой территориальности, поскольку иное не установлено специально международными соглашениями. Установив в первом абзаце § 7 подчинение прав и обязанностей иностранцев в отношении недвижимых и движимых имуществ закону украинскому, закон во втором абзаце того же § 7 продолжает: „Равным образом, законами УССР определяется судьба имущества, оставшегося после смерти иностранца, поскольку иное не установлено специально международными договорами УССР с другими государствами". Тексту этому с незначительным редакционным отклонением соответствует § 17 п. е. белорусского „Положения об иностранцах". Подтверждение этого общего правила, при том уже в общесоюзном масштабе, применительно к частному вопросу о наследственных пошлинах, мы найдем в „Инструкции о наследственных пошлинах и о наследственных имуществах, переходящих к государству"—декрет СНК 18 мая 1923 г. (С.У. 1923 г. № 59, ст. 565). Правила этой инструкции (в силу ст. 6 декрета) „распространяются и на имущества, оставшиеся после иностранцев, с теми из'ятиями, которые установлены в трактатах и конвенциях с иностранными государствами". Статья же 5-я Инструкции, определяя место открытия наследства, для лиц, не имеющих постоянного местожительстав

в пределах СССР, признает таким местом открытия наследства место нахождения имущества.

Итак, общее правило подчиняет наследование закону места нахождения наследственного имущества.

Договорные исключения к общему правилу о строгой территориальности наследования имеются в ряде соглашений, заключенных РСФСР, а также в договорах Украины с Латвией и Эстонией.

Основную группу их составляют постановления мирных договоров с окраинными государствами. В хронологически первом из этих договоров—в договоре с Эстонией (2 февраля 1920 г.) мы читаем (ст. XVI, прилож. 1, п. 5): „Остающееся после смерти граждан одной из договаривающихся сторон на территории другой движимое имущество передается полностью консульскому или иному соответствующему представителю государства, к которому принадлежал наследодатель, для поступления с оным согласно отечественным законам“ [1]). Постановление это воспроизводят литовский и латвийский договоры с тем только отличием, независимо от мелких редакционных отклонений, что говорят они не специально о движимом имуществе, передаваемом консульским представителям, а об имуществе вообще [2]). Терминология эта отвечает терминологии дайствующего у нас сейчас Гражданского Кодекса, но может вызвать сомнение применительно к праву латвийскому и литовскому, которое, на ряду с имуществом движимым, знает и недвижимое имущество. Подчиняется ли национальному закону наследодателя и находящееся в Латвии и Литве имущество недвижимое? Опираясь на текст договоров, мы должны дать на этот вопрос ответ безусловно утвердительный: говоря об имуществе в целом, конвенции говорят о всем могущем быть предметом частно-правового оборота в договаривающихся странах имуществе, т. е. для Латвии и Литвы—как о движимом, так и о недвижимом имуществе.

Помимо договоров с окраинными государствами коллизионная норма наследственного права имеется еще в двух договорах, заключенных Советской Россией, притом в редакции, заставляющей предполагать

---

[1]) То-же правило заключается в договоре 25 ноября 1921 г между УССР и Эстонией (ст. XI): „Движимое имущество, оставшееся после смерти граждан одной из договаривающихся сторон и находящееся на территории другой стороны, поступает в ведение консульского или иного дипломатического представителя того государства, к которому умерший принадлежал, причем право наследования и раздел имущества определяется по национальным законам наследодателя“ (см Recueil des Traités ..enregistrés par le Sécretariat de la Societè des Nations“, vol XI (1922), p. 132).

[2]) Ст. XIII п. 5 литовского договора = ст. XVII п. 3 латвийского. „Оставшееся после смерти граждан одной одной из договаривающихся сторон на территории другой имущество передается полностью в ведение консульского или соответствующего представителя государства, которому принадлежал наследодатель, для поступления с оным, согласно отечественным законам“.—Тождественный текст имеется в договоре 3 августа 1921 г, Украины с Латвией (ст. X, п. 4) см С.У. Укр. 1921 г. № 18, ст. 531 и 1923 г. № 15, ст. 261 (договор этот был подписан и рагификован в 1921 г., об'явлен недействительным постановлением ВУЦИК от 19 июня 1922 г.—см С У. Укр. 1922 г. № 31, ст. 483, и затем восстановлен с 16 марта 1923 г.—см. С.У. Укр. 1923 г. № 15 ст. 259 и 260).

ее заимствование, несмотря на совершенно иную политико-географическую обстановку, из договоров только что рассмотренных. Договоры эти — наши союзные договоры с Хорезмийской республикой (Хивой) 13 сентября 1920 г. и с Бухарской республикой 4 марта 1921 г. [1]).

Наконец, надлежит упомянуть еще об одном договоре, в котором разрешение коллизионных вопросов наследственного права не дается, но поручается особому соглашению, имеющему быть заключенным в будущем. Статья эта—X-я статья нашего договора с Турцией 16 марта 1921 г., на которой нам приходилось уже останавливаться выше [2]).

Итак, в отношении граждан Эстонии, Латвии, Литвы, Хорезма и Бухары наследование подчиняется национальному закону наследодателя. Для Эстонии — наследование только в движимостях, для остальных перечисленных государств—наследование в имуществе вообще. В пределах СССР тот или иной вариант безразличен, поскольку недвижимости вообще из'яты из числа об'ектов гражданского оборота. Для государств-контрагентов каждый из этих вариантов имеет вполне реальное практическое значение.

Вне пределов действия только что рассмотренных договорных постановлений действует начало строгой территориальности.

Такая формулировка действующих у нас сейчас коллизионных норм наследственного права не расходится и с нашей административной практикой, как ее обобщает Народный Комиссар по иностранным делам Г. В. Чичерин в меморандуме, составленном в связи с Генуэзской конференцией 1922 г. („Об юридических мероприятиях Российского Правительства"). „По отношению к наследованию движимого имущества иностранцев", читаем мы в этом меморандуме [3]), „русское правительство признает, т. е. разрешает законным представителям, дипломатическим и консульским, иностранных государств принимать меры к сохранению имущества, оставленного их умершими подданными, равно как к переходу этого имущества к наследникам по закону или по завещанию, в соответствии с законами заинтересованной страны,

---

[1]) Примечание к ст XV договора с Хорезмийской республикой: „Наследство, могущее остаться по законам соответствующей страны после хорезмийских граждан, открывшееся в пределах РСФСР, и российских граждан, открывшееся в пределах ХНСР., передается подлежащими органами представителю того государства, к которому принадлежал умерший, для распоряжений им по законам республики, гражданином коей являлся умерший".

Примечание I к ст. 12 договора с Бухарой. „Оставшееся на территории одной из сторон наследство гражданина другой стороны полностью передается представителю того государства, гражданином которого являлся умерший, для поступления с ним по отечественным законам".

[2]) В первом абзаце этой статьи формулирован принцип подчинения граждан договаривающихся сторон законодательству страны их пребывания (за исключением обязанностей по национальной обороне). Второй абзац гласит так: „Вопросы, касающиеся семейного права, права наследственного, и дееспособности граждан обоих сторон, также составляют исключение из постановлений настоящей статьи. Они будут разрешены особым соглашением". Точным воспроизведением этой статьи являлась ст. 11 договора между Закавказскими республиками и Турцией 13 октября 1921 г.

[3]) Материалы Генуэзской конференции, изд НКИД., М 1922, с. 46.

при условии взаимности". В связи с изложенным эту „взаимность" приходится толковать лишь как взаимность исключительно договорную.

Указанный общий принцип нашего наследственного коллизионного права, т. е. действие территориального закона по общему правилу и национального закона по договорому исключению, должен полагаться в основу как наследования по закону, так и наследования по завещанию. Что касается, в частности, вопроса о завещательной дееспособности наследодателя, то последняя должна быть налицо как в момент составления завещания, так и в момент открытия наследства, независимо от того какой закон полагается в основу обсуждения наследования в целом. Если это национальный закон и если завещатель имел различное гражданство в каждый из указанных двух моментов, то требуется совпадение завещательной дееспособности по обоим национальным законам, т. е. по национальному закону каждого из этих моментов.

Что касается формы завещаний, то, применяя к ним изложенные выше общие начала советского законодательства о форме актов, следует подчинить эту форму закону места совершения завещания. Другими словами форма завещательных распоряжений должна у нас обсуждаться по закону места составления завещания. Действующее советское право знает только одну форму завещательных распоряжений, а именно завещания нотариальные. К последним оно приравнивает завещания дипломатические или консульские. Об этой форме завещательных распоряжений говорится, правда, лишь в одном из заключенных Советским Правительством договоров, а именно во временном соглашении с Австрией 7 декабря 1921 г. Перечисляя „консульские полномочия", которыми наделяются представительства договаривающихся сторон, ст. 6 этого соглашения упоминает о составлении актов „включая духовные завещания". При всей неточности выражения этой статьи, ибо речь идет, очевидно, не о составлении духовных завещаний, а о придании им силы нотариального акта, смысл ее, смысл признания самой возможности консульской формы завещательных распоряжений, все же бесспорен [1]). Поскольку же на консульские представительства вообще по нашему декрету о консулах 18 октября 1918 г. возлагаются нотариальные функции (в составе обязанностей, выполняемых консулами по ведомству Народного Комиссариата Юстиции — ст. 5 п. а, указанного декрета), ничто не мешает связать эти нотариальные функции с обязанностью принимать представляемые в „нотариальный орган" в силу ст. 425 Г. К. завещательные распоряжения.

Согласно изложенным общим принципам, должны заполняться и все остальные пробелы советского коллизионного наследственного права.

Что касается возможных коллизий разноместных законов о наследовании внутри СССР, то разрешение их следует основывать на ст. 13

---

[1]) Глуше о праве „удостоверения" документов вообще говорят и соглашения с Германией 6 мая 1921 г. (ст VI), с Норвегией 2 сентября 1921 г. (ст V, п 2) и с Чехо Словакией 5 июня 1922 г. (ст V). См. также временный договор УССР и с Чехо-Словацкой Республикой 6 июня 1922 г (ст. VI) СУ. Укр. 1922 г № 31, ст 482

Положения о Верховном Суде СССР (Изв. ЦИК 28 ноября 1923 г., № 272) подчиняющей, как мы знаем, спорное правоотношение закону места его возникновения. Для отношений наследственного права таким местом их возникновения является место открытия наследства Инструкция о наследственных пошлинах 18 мая 1923 г. (С. У. 1923 г., № 59, ст. 565) дает исчерпывающий ответ на вопрос, какое место считать местом открытия наследства: в силу ст. 5 этой инструкции, „местом открытия наследства признается место последнего постоянного жительства умершего (ст. 11 Гражданского Кодекса), а в тех случаях, когда таковое неизвестно, место об'явления его умершим; для лиц, умерших заграницей и не имеющих постоянного жительства в РСФСР и союзных с нею республиках—место нахождения имущества".

Таким образом, поскольку наследодатель имел домициль в пределах СССР, наследование в плоскости коллизий разноместных законов внутри Советской России определяется по закону его последнего местожительства и лишь при отсутствии такого домициля—по закону места нахождения наследственного имущества.

ПЕРЕЧЕНЬ

сокращенно цитируемых изданий.

Известия Центрального Исполнительного Комитета С.С.С.Р. — Изв. ЦИК.

Мандельштам, А. Н., Гаагские конференции о кодификации международного частного права, т. I—II, СПБ. 1900—Мандельштам.

Мартенс, Ф. Ф., Современное международное право цивилизованных народов, т. II, 5-е изд., СПБ., 1905—Мартенс.

Нольде, Б. Э., Очерк международного частного права (в книге Ф. Лист, Международное право, перевод под редакцией В. Э. Грабаря, 3-е русск. издание, Юрьев, 1912, с. 461 - 574) — Нольде. (Очерк этот с незначительными изменениями перепечатан в „Новом Энциклопедическом Словаре" Брокгауза-Ефрона, т. 26-й, с. 103-139, под словом „Международное частное право").

Пиленко, А. А., Очерки по систематике частного международного права, СПБ. 1911—Пиленко.

Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства—С. У.

Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства Украины—С. У. Укр.

Собрание Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства Белоруссии—С. У. Бел.

ОГЛАВЛЕНИЕ.

ВВЕДЕНИЕ.

Глава I Международное частное право и его источники 3—26.
1. Понятие международного частного права 3—8.
2. Коллизии междугосударственные и междуобластные 8—20.
3. Источники международного частного права 10—26.

А. Нормы национальные 11—15. а) Коллизионные нормы в иностранных кодексах—11; б) Коллизионные нормы в законодательстве Советской России—13.

Б. Международные договоры 15—21; а) Договоры сепаратные—16; б) Договоры коллективные—16; в) Значение международных договоров как источников коллизионного права—18.

В. Пробелы в коллизионном праве и их восполнение 21—26. а) Общее учение о. восполнении пробелов в праве—21; б) Восполнение пробелов норм национальных и международных —24; в) Восполнение пробелов и вопрос о принадлежности коллизионных норм к системе внутреннего государственного права или права международного—25.

Глава II. Историческое развитие науки международного частного права 27—39.
1. Итальянские статутарии XIII—XV в.—27.
2. Теория статутов XVI—XIX в —30; а) Д'Аржентрэ—31; б) Голландские статутарии XVII в.—32; в) Германские статутарии XVII в.—33; г) Французские статутарии XVIII в.—33.
3. Германская доктрина XIX в. —34, а) Вехтер и Савиньи—34, б) Бар и Цительман—35; в) Ф Кан—36.
4. Романская доктрина XIX в.—37.
5. Догматическая обработка положительного коллизионного права; наука международного частного права—37.
6. Наука международного частного права в России—38.

Глава III. Строение коллизионной нормы 40—45.
1. Общий обзор составных частей коллизионной нормы—40.
2. Прикрепительные формулы, в частности закон местожительства и закон национальный—42.

Глава IV. Отсылка 46—51.
1. Проблема отсылки и отношение к ней в доктрине —46.
2. Отсылка в положительном праве—49.
3. Отсылка в судебной практике—50.

Глава V. Оговорка о неприменении чужого права („публичный порядок")—52—67.
1. Постановка вопроса и законодательные тексты—52.
2. Учение Савиньи—54.
3. Романская доктрина—54.
4. Германская литература второй половины XIX ст. (Бар, Цительман, Кан)—56.
5. Конкретизация „публичного порядка" в международной кодификации коллизионного права—58.

Глава VI. Коллизии прикрепительных формул и коллизии юридических квалификаций 59—61.

ОБЩАЯ ЧАСТЬ.

Глава VII. Право - и дееспособность физических лиц 62—67.
1. Постановка вопроса—62.
2. Правоспособность физических лиц—63.
3. Дееспособность физических лиц—64.
4. Ограничение действия национального закона при обсуждении дееспособности физического лица—65.
5. Действующее советское право—67.

Глава VIII. Право- и дееспособность юридических лиц 68—77.
1. Постановка вопроса—68.
2. Национальность юридических лиц—69.
3. Субъектность юридических лиц—70.
4. Право на судебную защиту и функциональную деятельность —71.
5. Действующее советское право—74.

Глава IX. Форма юридических сделок 78—81.
1. Правило locus regit actum и пределы его применения в теории и в положительном праве—78.
2. Действующее советское право—80.

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ.

Глава X. Вещное право 82—86.
1. Коллизии вещного права в доктрине и в положительном праве —82.
2. Действующее советское право—85.

Глава XI. Обязательственное право 87—96.
1. Постановка вопроса—87.
2. Теория автономии сторон—88.
3. Теория места заключения договора—90.
4. Теория личного закона должника—90.
5. Теория места исполнения договора—92.
6. Комбинация нескольких привязок—93.
7. Обязательства, возникающие из правонарушений— 93.

8. Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения—94.
9. Действующее советское право—94.
Глава XII. Брачное право—97—124.
§ 1. Вступление в брак 97—107.
1) Внутренние условия брака—97; 2) Форма брака—101; 3) Действующее советское право—105.
§ 2. Правовые последствия брака 107—118.
А. Брак и гражданство (подданство)—107.
Б. Личные отношения супругов—110.
1) Личные отношения супругов в теории и в положительном праве—110; 2) действующее советское право—111.
В. Имущественные отношения супругов—111.
1) Постановка вопроса—112; 2) Имущественные отношения, определенные законом—113; 3) Имущественные отношения, определенные договором—114; 4) Перемена личного статута супругов и брачно-имущественные отношения—115; 5) Действующее советское право—116.
§ 3. Развод 118—124.
1) Развод в теории и в положительном коллизионном праве—118; 2) Действующее советское право—122.
Глава XIII. Семейное и опекунское право 125—136.
§ 1. Отношения родителей и детей 125—132.
1) Постановка вопросов—125; Брачное и внебрачное происхождение ребенка—125; 3) Отношения между родителями и брачными детьми—126; 4) Отношения внебрачных детей к матери и к отцу—127; 5) Узаконение и усыновление—128; 6) Действующее советское право—129.
§ 2. Опека 132—136.
1) Опека в теории и в положительном праве—132; 2) Действующее советское право—135.
Глава XIV. Наследственное право 137—146.
1. Наследование в теории и в положительном коллизионном праве—137.
2. Завещательная дееспособность—139.
3. Форма завещательных распоряжений—140.
4. Действующее советское право—142.

Библиотека