Глубокоуважаемому
Дмитрію Николаевичу
Боброву
от признательного автора.
19/XI 15

М. И. Брунъ.

ОЧЕРКИ

ИСТОРІИ КОНФЛИКТНАГО ПРАВА.

I. Конфликтное право постглоссаторовъ (XIII—XV вв.).

II. Теорія статутовъ (XVI—XVIII вв.).

БИБЛІОТЕКА
ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА
№ 7634
14 1/23

7634

МОСКВА.
Типографія Г. Лисснера и Д. Совко.
Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., д. 9.
1915.

2-й экз.

Пров. 1952

Настоящіе два очерка представляютъ разработку содержанія двухъ лекцій изъ курса международнаго частнаго права, читаннаго въ Московскомъ Коммерческомъ Институтѣ въ 1908—1916 гг.

Авторъ благодаритъ В. Ю. Вольфа за помощь при работѣ надъ текстами римскихъ и средневѣковыхъ юристовъ.

JX
6098.

470
38

ПОПРАВКИ:

На стр. 3 строка 9 снизу вмѣсто Бугіе надо читать Буйе.
На стр. 21 примѣчанія 2 и 3 надо переставить одно на мѣсто другого.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

I. Конфликтное право постглоссаторовъ (XIII—XV вв.) 5-50

Содержаніе· I. Сѣверная и Средняя Италія XIII в. въ культурномъ и политическомъ отношеніяхъ. Законодательная автономія итальянскихъ общинъ. Обиліе поводовъ къ конфликтамъ законовъ Источники права во Франціи XIII в. (стран. 5 сл) II. Отношеніе юристовъ XIII в къ римскому праву; послѣднее — писанный разумъ и положительное право Приспособленіе римскихъ текстовъ къ запросамъ практики Глосса Аккурсія. Дурантисъ; его рѣшенія конфликтныхъ вопросовъ при помощи римскихъ текстовъ (стран. 8 сл). III. Постглоссаторы — основатели науки международнаго частнаго права. Отзывы о нихъ гуманистовъ XVI в. Форма ихъ трудовъ. Упреки въ увлеченіи діалектическимъ методомъ. Вліяніе схоластики въ философіи, публицистикѣ, поэзіи и юриспруденціи XIII—XIV вв. Внесеніе поправокъ въ сужденія Савиньи и Штинцинга (стран. 16 сл.) IV. Жакъ де Ревиньи. Пьеръ Бельпершъ. Чино да Пистойа, Альберикъ да Рошате. Іоаннъ Фаберъ Изложеніе и разборъ ихъ трудовъ. Отсутствіе злоупотребленій діалектикой; расчлененіе вопросовъ въ связи съ анализомъ правоотношеній (страницы 24 сл) V. Бартолъ — первый теоретикъ конфликтнаго права Изложеніе и разборъ его комментарія Оцѣнка его теоріи (стран. 33 сл) VI. Бальдъ; изложеніе и разборъ его комментарія; характеристика его, какъ конфликтнаго юриста (стран. 43 сл). VII. Эпигоны XV в. Сужденіе Лене объ итальянской доктринѣ XIII—XV вв. и объ «идеѣ справедливости», какъ матеріальномъ принципѣ конфликтнаго права (страницы 48 сл.).

II. Теорія статутовъ (XVI—XVIII вв.) 51

Содержаніе: I. Односторонность сужденій Вехтера и Лене о теоріи статутовъ. Въ чемъ сущность теоріи? (стран. 51 сл). II. Состояніе источниковъ права во Франціи XVI в. Дюмуленъ, какъ продолжатель итальянскихъ постглоссаторовъ и какъ статутарій (стран 53 сл) III. Д'Аржантре Изложеніе его ученія Разборъ написаннаго о немъ Лене (стран. 57 сл). IV. Судьба ученія Д'Аржантре во Франціи XVII в. Нидерланды XVII в.; состояніе источниковъ права. Бургундусъ. Роденбургъ (стран 64 сл.). V. Теорія статутовъ у голландскихъ юристовъ Павла и Іоанна Футовъ Изложеніе ихъ ученія. Расхожденіе съ Д'Аржантре. Ученіе о comitas (стран. 68 сл.). VI. Теорія статутовъ въ Германіи въ XVII в. Герціусъ. Безпомощность теоріи (стран. 75 сл). VII Французскіе статутаріи XVIII в : Бугіе; разборъ его ученія. Бульнуа, его ученіе (стран 78 сл.). VIII Сужденіе о теоріи статутовъ Варейль-Сомміера. Діалектическое развитіе теоріи (стран. 86 сл.). IX. Два варіанта теоріи. Тщетныя попытки разграниченія смѣшанныхъ, личныхъ и реальныхъ статутовъ (стран. 91 сл.). X. Оцѣнка теоріи. Критика Рогена. Критика Лене. Въ чемъ истинная ошибка теоріи? (стран. 96 сл). XI. Противорѣчія, затрудненія, самооцѣнка и идеалы статутаріевъ. Значеніе ихъ работъ для XIX в (стран 102 сл). XII. Терминологія; понятіе личнаго статута (стран. 106 сл).

Конфликтное право постглоссаторовъ (XIII—XV вв.).

Средневѣковые итальянскіе и французскіе юристы, идя на встрѣчу потребностямъ практики, создали при помощи старыхъ матеріаловъ новое право. Они жили въ эпоху господства во всѣхъ областяхъ человѣческой мысли діалектическаго метода, но это не придало ихъ конфликтнымъ нормамъ никакого схоластическаго налета. Формулируя эти нормы послѣ расчлененія вопросовъ о содержаніи правоотношеній съ разномѣстными привязками, они обнаружили большое пониманіе задачи конфликтнаго права. Но труды ихъ не встрѣтили до сихъ поръ въ историко-юридической критикѣ надлежащей оцѣнки. Спасти ихъ содержаніе отъ забвенія и возстановить исторію конфликтнаго права въ первые два вѣка его существованія — таково назначеніе слѣдующихъ страницъ.

I.

XIII вѣкъ былъ для Сѣверной и Средней Италіи временемъ высокаго подъема матеріальной культуры и духовной жизни. Послѣ крестовыхъ походовъ вся торговля Западной Европы съ Востокомъ перешла въ руки венеціанцевъ, генуэзцевъ и пизанцевъ; чрезъ Сѣверную Италію легли торговые пути во Францію, Германію и Фландрію. Города Ломбардіи и Тосканы сдѣлались большими промышленными центрами. Одинъ изъ современныхъ намъ итальянскихъ историковъ говоритъ объ этихъ городахъ, что въ XIII вѣкѣ «ихъ успѣхи въ искусствахъ, въ литературѣ и въ наукахъ были столь значительны, что, казалось, они управляютъ Европой и являются ея свѣточами[1])». Эта оцѣнка нѣсколько преувеличена только въ отношеніи научнаго расцвѣта, потому что она забываетъ о Южной Италіи и Сициліи, гдѣ

[1]) Villari, L'Italia da Carlo Magno alla morte di Arrigo VII, 1910, p. 427.

въ первую половину вѣка при дворѣ Фридриха II культивировалась арабско-еврейская философія, и о парижскомъ университетѣ, гдѣ философское движеніе эпохи имѣло наиболѣе яркаго представителя въ лицѣ св. Ѳомы Аквинскаго (1227—1274), отстаивавшаго независимость схоластики отъ церкви. Но безспорно, что въ 1206—1280 гг. жилъ первый скульпторъ ренесанса, Никола пизанскій, создавшій каѳедру баптистерія; что во Флоренціи жили основатели итальянской живописи, Чимабуэ (1240—1300) и Джотто (1276—1336); что въ XIII вѣкѣ родился итальянскій литературный языкъ; что во Флоренціи провелъ первую половину своей жизни Данте Алигьери (1265—1301), и что Болонскій университетъ уже два столѣтія какъ привлекалъ къ себѣ массы студентовъ изъ заальпійскихъ странъ, — такъ что общая характеристика даже умственной высоты ломбардскихъ и тосканскихъ городовъ остается справедливой. А въ политическомъ отношеніи ихъ борьба за независимость отъ императора и папы и за самоуправленіе, начатая еще въ XII вѣкѣ, къ серединѣ XIII вѣка увѣнчалась полнымъ успѣхомъ: потомки тѣхъ «презрѣнныхъ ремесленниковъ», которые уже во времена ломбардской лиги занимали, къ великому негодованію нѣмецкаго лѣтописца Оттона Фрейзингенскаго, высшія гражданскія и военныя должности въ 16 городахъ, разбившихъ Фридриха Барбароссу при Леньяно (1176), — покорили себѣ окрестныхъ феодаловъ, заставили мелкое дворянство войти въ составъ городского населенія, торжественно отмѣнили крѣпостную зависимость сельскаго населенія, говоря, какъ Болонья въ 1256 г. или Флоренція въ 1289 г., что «природа создала всѣхъ людей свободными» или что «свобода есть естественное и неотчуждаемое право каждаго», и образовали олигархію изъ старшинъ торговыхъ и промышленныхъ корпорацій. Многіе изъ этихъ городовъ представляли автономныя политическія общины, которыя вели себя извнѣ какъ независимыя государства, а внутри раздирались партійною борьбою за власть. Глоссаторъ Франциск Аккурсій поясняетъ, что «моденецъ и флорентинецъ, придя въ Болонью, сохраняютъ свободу и собственность, какъ если бы они находились въ своихъ государствахъ, и то же, въ свою очередь, обезпечивается болонцу въ Моденѣ и во Флоренціи»[1]). Войны между отдѣльными городами изъ-за преобладанія и жестокія распри внутри ихъ имѣли одно немаловажное косвенное послѣдствіе: онѣ усиливали то передвиженіе населенія, которое совершалось уже вслѣдствіе на-

[1]) Franc. Accursii, Glossa ad l. 7 Non dubito D. XLIX, 5; отпечатана у В. Э. Грабаря, Римское право въ исторіи международноправовыхъ ученій, 1901, стр. 54.

плыва въ Италію иноземныхъ купцовъ и студентовъ изъ-за Альпъ и вслѣдствіе мирныхъ торговыхъ и промышленныхъ сношеній между самими итальянцами. Такъ, когда въ 1284 г. Флоренція въ союзѣ съ Генуей разгромила Пизу, говорили: «чтобы видѣть Пизу, надо пойти въ Геную», — такъ много было отведенныхъ сюда плѣнныхъ пизанцевъ. А внутри борьба «бѣлыхъ» и «черныхъ» или между представителями отдѣльныхъ семействъ приводила къ массовому изгнанію побѣжденныхъ и переселенію ихъ въ другіе города; однимъ изъ великихъ страдальцевъ, созданныхъ изгнаніемъ, былъ «бѣлый» Данте, членъ флорентинскаго пріората въ 1296 г., проведшій вторую половину своей жизни (съ 1301 г.) въ скитаніяхъ по разнымъ городамъ и умершій въ 1321 г. въ Равеннѣ, такъ и не увидавъ снова родного города.

Автономія всѣхъ этихъ итальянскихъ общинъ выражалась въ сферѣ законодательства въ кодификаціи обычаевъ и въ изданіи статутовъ. Тѣ и другіе появляются у отдѣльныхъ городовъ уже въ XII вѣкѣ; въ XIII вѣкѣ число ихъ все увеличивается. Генуя имѣетъ свои статуты въ 1145 г., Пиза въ 1161 г., Феррара въ 1208 г., Миланъ въ 1216 г., Модена въ 1218 г., Верона въ 1228 г.[1]) и т. д. Кодифицированные обычаи и статуты регулируютъ торговую и промышленную жизнь, уголовную юстицію, университетское устройство, но также и частноправовыя отношенія. Нормы для этихъ послѣднихъ часто представляютъ обломки лонгобардскаго права, которое еще въ IX вѣкѣ господствовало въ Италіи, какъ ея территоріальный правопорядокъ, но затѣмъ постепенно было вытѣснено воскресшимъ къ новому господству римскимъ правомъ. Область послѣдняго представляла въ серединѣ XIII вѣкѣ какъ бы море, въ которомъ густо были разбросаны острова — мѣстные правопорядки автономныхъ политическихъ общинъ, основанные на обычаяхъ и статутахъ. Описанное выше добровольное и вынужденное передвиженіе населенія постоянно приводило иностранцевъ и еще чаще иногорожанъ въ столкновеніе съ мѣстными правопорядками при заключеніи договоровъ, при составленіи завѣщаній, при открытіи наслѣдствъ, при совершеніи проступковъ. Нѣкоторыя изъ этихъ столкновеній привлекали къ себѣ вниманіе уже въ XII вѣкѣ; такъ, при заключеніи между собою политическихъ договоровъ отдѣльные города, напр. Генуя и Павія въ 1140 г., Парма и Кремона въ 1183 г., гарантируютъ другъ другу, что ихъ подданныхъ будутъ

---

[1]) Contuzzi, Diritto internazionale privato, 1911, p. 54; Orlando, La legislazione statutaria e i giureconsulti italiani del secolo XIV, Torino, 1884; Lattes, Il diritto commericale nella legislazione statutaria delle città italiane, Milano, 1884.

судить въ чужомъ городѣ по мѣстному обычаю или статуту[1]), т.-е. формулируютъ, какъ конфликтную норму для процесса, lex fori. Въ XIII вѣкѣ итальянская общественная жизнь начала все чаще выдвигать случаи, когда судьямъ приходилось задумываться, какое право, — иноземное или мѣстное, римское или статутное, и какое статутное, когда столкнулись два изъ нихъ, — надлежитъ примѣнить при разрѣшеніи частноправовыхъ споровъ. Рѣшеніе такихъ казусовъ сдѣлалось очередной задачей итальянскихъ юристовъ.

Та же задача стала и предъ французскими юристами, и не только потому, что и они учились въ Италіи. Французскіе города XIII вѣка не могли равняться съ итальянскими по своему культурному и политическому значенію, но въ отношеніи обилія мѣстныхъ правопорядковъ Франція, благодаря имъ, также напоминала архипелагъ. Уже въ XII вѣкѣ на ряду съ кутюмами цѣлыхъ областей многіе французскіе города имѣютъ свои хартіи; обыкновенно это произведенія феодальныхъ сеньеровъ, которые то сами фиксируютъ повинности вассаловъ, то дѣлаютъ это, вынужденные къ тому побѣдой коммуны. Таковы въ сѣверовосточной Франціи хартіи Лаона, Лорриса, Руана и, въ особенности, хартія Бомона, полученная его жителями въ 1182 г. отъ реймскаго архіепископа и ставшая образцомъ для множества другихъ. Въ хартіяхъ попадаются также и нормы частнаго права. Въ XIII вѣкѣ у ряда большихъ и сильныхъ городовъ южной Франціи появляются свои статуты, въ которыхъ, въ отличіе отъ итальянскихъ статутовъ, съ одной стороны, и хартій сѣверной Франціи, съ другой, больше отражается римское право; Марсель (1228), Арль (1245), Монпелье, Тулуза, Перпиньянъ — имѣютъ въ XIII вѣкѣ свои статуты[2]). Отсюда и у французскихъ юристовъ интересъ къ вопросамъ, создаваемымъ конфликтами между кутюмными и статутными источниками права.

II.

Въ XIII вѣкѣ юристы пріобрѣтали свои познанія преимущественно въ итальянскихъ университетахъ, гдѣ подъ юриспруденціей разумѣлось прежде всего изученіе текстовъ римскаго права. Оттого неизбѣжно было, чтобы за разрѣшеніемъ конфликтныхъ казусовъ они обратились къ тѣмъ же римскимъ текстамъ. Прямыхъ отвѣтовъ тамъ не могло быть, просто потому, что римское право не знало вовсе конфликтныхъ вопросовъ. Въ тѣ отдаленныя вре-

[1]) Neumeyer, Die gemeinrechtliche Entwickelung d. internationalen Privat- und Strafrechts bis Bartolus, 1901, p. 170, ссылки на тексты въ Monumenta Historiae Patriae, vol. VI, VII, XXI.

[2]) Viollet, Histoire du droit civil français, pp. 140 ss.

мена, когда римское право не было еще міровымъ, преторы устраняли конфликты римскихъ законовъ съ греческими и варварскими тѣмъ, что подчиняли правоотношенія съ чужеземными привязками особому виду римскаго же права, — ius gentium, т.-е., вмѣсто того, чтобы дѣлать между разномѣстными законами выборъ, преторы вырабатывали для особой группы отношеній спеціальное матеріальное право. Послѣ же того, какъ во II вѣкѣ Каракалла объявилъ всѣхъ свободныхъ людей римскими гражданами, исчезла всякая возможность конфликтовъ между законами разныхъ народовъ, входившихъ въ составъ имперіи, потому что на всѣхъ одинаково распространялось дѣйствіе римскаго права, реформированнаго въ духѣ ius gentium. Поэтому объективно юристы XIII вѣка, обращаясь за отвѣтами туда, гдѣ ихъ не могло быть, дѣлали ошибку. Однако, для итальянскихъ юристовъ XI—XIII вв. римское право было не только предметомъ академической разработки. Они не только находились подъ духовнымъ обаяніемъ его источниковъ, въ которыхъ они встрѣчали научную терминологію и законченную систему; они не только видѣли въ немъ писаный разумъ, абсолютное право, пригодное для всѣхъ временъ и народовъ; для нихъ римское право было также и положительное право той римской имперіи, которая была возстановлена Карломъ Великимъ и о существованіи которой время отъ времени напоминали германскіе короли, приходившіе въ Италію за императорской короной. Въ дѣйствительности римское право не было вовсе в с ѣ м ъ положительнымъ правомъ страны, а только однимъ изъ дѣйствовавшихъ въ ней правопорядковъ; но юристы XI—XIII вѣка, отметая, какъ «нечисть» или какъ «ослиное право», нормы Ломбарды и остатки обычнаго права варварскаго происхожденія, проникшаго въ Италію благодаря системѣ персональныхъ правопорядковъ, введенной франкскими завоевателями въ IX вѣкѣ, — были убѣждены, что этимъ они только помогаютъ возстановленію законнаго порядка вещей. Только когда въ XII—XIII вв. итальянскіе города начали превращаться въ независимыя государства, а ихъ статуты — въ самостоятельные источники права, юристы оказались вынужденными примириться съ тѣмъ, что не все то, что́ предписывается римскимъ правомъ, обязательно въ дѣйствительности, и что бываютъ случаи, когда статутное право идетъ впереди. Но отказаться отъ поисковъ отвѣтовъ на конфликтные вопросы тамъ, гдѣ они черпали всѣ свои познанія, и выставить вмѣсто этого самостоятельное ученіе, не опирающееся на авторитетный источникъ всей юридической мудрости эпохи, было задачей, лежавшей внѣ круга ихъ сознанія. Неизбѣжнымъ послѣдствіемъ поисковъ отвѣта тамъ, гдѣ

его въ дѣйствительности не было, должно было явиться приспособленіе римскихъ текстовъ къ рѣшенію, найденному юридическимъ чутьемъ въ конкретныхъ обстоятельствахъ казуса. Впрочемъ, то же дѣлалось для образованія нормъ матеріальнаго права, изъ совокупности которыхъ выросло съ теченіемъ времени пандектное право.

Самый ранній и вмѣстѣ типичный образецъ приспособленія римскаго текста къ отвѣту на конфликтный вопросъ сохранился въ сборникѣ глоссъ Аккурсія († 1260), извѣстномъ подъ названіемъ Glossa ordinaria s. magna. Вопросъ былъ таковъ: въ Моденѣ судится гражданинъ Болоньи; можно ли судить его по статутамъ Модены? Неизвѣстный глоссаторъ, которому пришлось отвѣчать на это, рѣшилъ, что нѣтъ, потому что статуты Модены могутъ быть обязательны только для ея собственныхъ гражданъ. Но это рѣшеніе надлежало обосновать ссылкою на римскій источникъ, и глоссаторъ нашелъ подходящій текстъ въ Codex Justinianeus. Lib. I tit. I, l. 1. Впрочемъ, могло быть и такъ, что глоссаторъ, вчитываясь въ этотъ текстъ и комментируя каждое его слово, вспомнилъ о казусѣ и воспользовался имъ, чтобы оправдать свое толкованіе. Во всякомъ случаѣ между текстомъ и казусомъ было мало общаго. Текстъ былъ не болѣе и не менѣе, какъ конституція императоровъ Граціана, Валентиніана и Ѳеодосія объ утвержденіи вѣры въ св. Троицу, изданная ими въ 380 г. и обращенная къ константинопольскому народу: «Мы желаемъ, говорили императоры, чтобы всѣ народы, коими правитъ наша милостивая власть, обрѣтались въ той вѣрѣ, которую божественный апостолъ Петръ передалъ римлянамъ». Глоссаторъ сдѣлалъ помѣтку: «по мысли императоровъ законъ обязателенъ для тѣхъ народовъ, которыми они правятъ; слѣдовательно, для тѣхъ, кто имъ не подвластенъ, законъ не обязателенъ. А потому и болонскій гражданинъ не можетъ подлежать дѣйствію моденскаго статута». Внесена ли была эта глосса въ сборникъ Аккурсія самимъ прилежнымъ собирателемъ или въ томъ же XIII вѣкѣ кѣмъ-либо изъ переписчиковъ въ видѣ добавочной глоссы, — но только съ этого момента въ теченіе нѣсколькихъ столѣтій всѣ юристы, приступая къ изученію конфликтныхъ вопросовъ, начинали съ цитированія конституціи о св. Троицѣ по ея начальнымъ словамъ «cunctos populos» и съ глоссы «quod si Bononiensis». И всѣ они обращались съ римскими текстами, какъ съ каучуковымъ платьемъ, которое растягивали, чтобы одѣть въ него чрезмѣрно разросшееся тѣло новой общественной жизни съ ея непредусмотрѣнными правоотношеніями. Однимъ изъ самыхъ характерныхъ, если можно такъ выразиться, костюмеровъ этого рода былъ Вильгельмъ Дурантисъ (1237—1296).

Уроженецъ Лангедока, студентъ въ Болоньѣ, профессоръ въ Моденѣ, папскій викарій въ Болоньѣ, епископъ въ Манде (въ Лангедокѣ), и, наконецъ, намѣстникъ папы въ Романьѣ и въ Анконѣ, онъ пріобрѣлъ большую извѣстность своимъ обширнымъ практическимъ руководствомъ, родомъ юридической энциклопедіи, Speculum iudiciale; его самого и прозвали поэтому Speculator'омъ и такъ цитировали. Онъ писалъ въ періодъ, когда глоссаторская школа исчерпала себя въ сборникѣ Аккурсія, а новый подъемъ въ юриспруденціи, связанный съ появленіемъ школы постглоссаторовъ, еще не начинался [1]). Собственно конфликтнымъ вопросамъ въ его энциклопедіи отведено всего нѣсколько страницъ [2]). И, чтобы къ этому больше не возвращаться, замѣтимъ здѣсь же, что то же слѣдуетъ сказать обо всѣхъ послѣдующихъ писателяхъ вплоть до XVIII вѣка: за рѣдкими исключеніями всѣ они касаются конфликтныхъ вопросовъ мимоходомъ, отводя имъ небольшое число страницъ въ своихъ комментаріяхъ къ нормамъ матеріальнаго и процессуальнаго права.

Конфликтные казусы, иллюстрирующіе рѣшенія Дурантиса, возникли изъ отношеній между жителями французскихъ городовъ и даже разныхъ странъ. По ихъ конкретному содержанію можно судить о сложности этихъ отношеній. Вотъ уроженецъ Фландріи, умирая въ Генуѣ, составляетъ тамъ завѣщаніе въ пользу жены, между тѣмъ какъ въ Генуѣ обычай не позволяетъ женѣ наслѣдовать. Вотъ горожанинъ изъ Шартра заключаетъ договоръ съ жителемъ Реймса въ Парижѣ, а затѣмъ по обоюдному согласію они обращаются къ судьѣ въ Бове, зная, что они ему не подсудны. Или: въ Нарбонѣ ведется процессъ между нарбонцемъ и жителемъ Берри. Или: въ университетскомъ городѣ профессоръ долженъ судить студентовъ, выходцевъ изъ другихъ мѣстъ. Въ связи съ этими казусами Дурантисъ рѣшаетъ, что если обѣ спорящія стороны принадлежатъ къ разнымъ мѣстностямъ, то споръ рѣшается по обычаю мѣста, гдѣ договоръ заключенъ. Такъ, мы находимъ уже у него рѣшеніе, которое вполнѣ соотвѣтствуетъ принципу lex loci contractus, усвоенному многими правопорядками въ наше время. Дурантисъ рѣшаетъ далѣе, что мѣстный статутъ необязателенъ для иностранцевъ, и, напр., иностранныхъ студентовъ слѣдуетъ судить не по статуту, а по римскому праву; но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ приводитъ мнѣніе «другихъ» юристовъ, что истецъ долженъ

[1]) Savigny, Geschichte d. römischen Rechts im Mittelalter, V, pp. 571 ss. Lainé, Introduction au droit intern. privé, I, p. 418.

[2]) Guilielmus Durantis, Speculum iuris, Francoforti, 1592, и др. изданія; отрывки перепечатаны у Meili, Ueber das historische Debut der Doktrin des internat. Privat- und Strafrechts, Lpz. 1899.

подчиняться законамъ, которые дѣйствуютъ въ форумѣ отвѣтчика, т.-е. что процессуальныя нормы опредѣляются мѣстомъ суда; мы, слѣдовательно, и здѣсь имѣемъ признаніе безспорнаго и въ наше время принципа lex fori для конфликтовъ процессуальнаго права. Наиболѣе интересно то, что Дурантисъ говоритъ о конфликтной нормѣ для формы завѣщанія, потому что это показываетъ, какъ прокладывало себѣ дорогу будущее правило locus regit actum; при этомъ особенно ярко обнаруживается, какъ средневѣковый юристъ приспособлялъ римскіе тексты въ цѣляхъ правообразованія.

Достаточно ли для признанія завѣщанія дѣйствительнымъ, чтобы оно соотвѣтствовало по своей формѣ только обычаю области (regionis), города (civitatis), села (villae) или феодальнаго помѣстья (castri)? спрашиваетъ Дурантисъ, раскрывая вмѣстѣ съ тѣмъ пестроту мѣстныхъ правопорядковъ. И онъ отвѣчаетъ утвердительно (puto quod sic), ссылаясь на пять римскихъ текстовъ. Вотъ эти тексты:

l. 1 Dig. de usuris, 22, 1: въ немъ говорится, что если р а з м ѣ р ъ п р о ц е н т о в ъ сторонами не обусловленъ, то судья опредѣляетъ его по обычаю области, гдѣ заключенъ договоръ, только бы онъ не превышалъ законнаго максимума.

l. 3 Dig. de test. 22, 5 (in fine): здѣсь говорится, что судья вообще не долженъ вызывать свидѣтелей легкомысленно и особенно издалека (дабы не отрывать ихъ отъ собственныхъ дѣлъ); вообще же вопросъ о томъ, с л ѣ д у е т ъ л и и х ъ в ы з в а т ь, рѣшается по обычаю провинціи, гдѣ находится судъ.

l. 13, 1 Dig. Commun. praed. 8, 4: текстъ говоритъ, что право на нѣдра принадлежитъ собственнику каменоломни, и потому брать камень оттуда безъ его дозволенія нельзя; но, если онъ позволитъ, то п л а т а за это взимается по мѣстному обычаю.

l. 3 Cod. de aedif. priv. 8, 10: здѣсь говорится о случаѣ, когда строеніе въ городѣ разрушилось, и возникъ вопросъ, слѣдуетъ ли его в о з с т а н о в и т ь и л и ж е м о ж н о п р е в р а т и т ь у ч а с т о к ъ в ъ о г о р о д ъ, и нужно ли для этого разрѣшеніе городскихъ должностныхъ лицъ и согласіе сосѣдей: законъ предоставляетъ рѣшеніе вопроса начальнику провинціи, который долженъ при этомъ руководствоваться тѣмъ, что чаще всего практикуется въ городѣ въ подобныхъ случаяхъ.

l. 1 Cod. quae sit longa consuet. 8, 52: начальникъ провинціи долженъ п р и р ѣ ш е н і и д ѣ л ъ держаться мѣстныхъ обычаевъ, которые соблюдаются въ дѣлахъ однородныхъ.

Доказавъ такимъ образомъ, что для дѣйствительности завѣщанія со стороны формы достаточно соотвѣтствія послѣдней мѣстному обычаю, Дурантисъ беретъ казусъ, въ которомъ завѣщатель — иностранецъ. По мѣстному обычаю завѣщаніе дѣйствительно при трехъ свидѣтеляхъ; иностранецъ составилъ въ томъ мѣстѣ такое завѣщаніе въ пользу лица, живущаго въ этомъ же мѣстѣ; его законные наслѣдники оспариваютъ завѣщаніе; какъ быть?

Въ пользу сохраненія завѣщанія въ силѣ говорятъ, кромѣ l. 13 § 1 D. commun. praed. 8, 4 о каменоломнѣ, еще: l. 11, l. 12, D. de rebus dubiis 34, 5: здѣсь значится, что дѣйствительно завѣщаніе, въ которомъ узуфруктъ назначенъ нѣсколькимъ вольноотпущенникамъ, а право собственности тому изъ нихъ, кто переживетъ другихъ; l. 27 § 2 D. de pactis 2, 14: здѣсь говорится о томъ, можно ли возстановить путемъ договора право требованія послѣ того, какъ между сторонами уже состоялось соглашеніе объ отказѣ кредитора отъ этого права; l. 1 § fin. D. de bonor. poss. secund. tab. 37, 11: текстъ говоритъ, что если таблицы, на которыхъ написано завѣщаніе, попорчены червями или гнилью, то это не имѣетъ значенія для вопроса о силѣ завѣщанія. Таковы «аргументы» въ пользу утвердительнаго рѣшенія.

Противоположное рѣшеніе вытекаетъ изъ l. 12 C. de testamentis 6, 23: завѣщаніе недѣйствительно, если изъ 7 свидѣтелей не хватаетъ хотя бы одного, или если не всѣ свидѣтели поставили въ присутствіи завѣщателя свои печати. Кромѣ того, — и впервые Дурантисъ приводитъ вмѣсто голой ссылки аргументъ: нельзя считать, что лицо было въ извѣстномъ мѣстѣ, если оно находилось тамъ только временно; это видно изъ l. 72 de leg. III: изъ имѣнія завѣщателя за годъ до его смерти взятъ рабъ для обученія; принадлежитъ ли рабъ къ составу завѣщаннаго имѣнія? да, если онъ былъ взятъ оттуда только на время, для обученія. И потому Дурантисъ присоединяется къ отрицательному рѣшенію, подкрѣпляя его еще однимъ соображеніемъ: «тотъ обычай — спеціальный, а законъ, требующій 7 свидѣтелей, общій; слѣдовательно, обычай не имѣетъ значенія»; это явствуетъ изъ l. 3 § 5 D. de sepulchro viol. 47, 12: муниципальныя власти разрѣшаютъ хоронить мертвецовъ въ городѣ, а рескриптъ императора Адріана запрещаетъ: рескриптъ, какъ общій законъ, выше. «Къ тому же обычай обязываетъ только мѣстныхъ жителей»; и на это есть текстъ l. 27 D. de tutor. et curator. dat. ab his. 26, 5: если у малолѣтняго имѣнія въ Римѣ и въ провинціи, то для римскаго имѣнія назначитъ опекуна можетъ преторъ, а для провинціальнаго — президентъ провинціи.

Однако, всѣмъ этимъ вопросъ еще не исчерпанъ. «Нѣкоторые говорятъ по этому поводу, что завѣщаніе будетъ признано въ церковномъ судѣ; изъ свѣтскихъ же судовъ обычай будетъ признанъ судомъ того мѣста, гдѣ завѣщаніе составлено (повторяется ссылка на l. 3 D. de test. 22, 5), и не признаетъ обычая судъ страны, гдѣ завѣщатель жилъ постоянно. Но этому противорѣчитъ текстъ l. 6 D. de eviction. 21, 2 (при продажѣ имѣнія отвѣтственность за эвикцію опредѣляется по обычаю мѣста заключенія сдѣлки), и то соображеніе, что обычай этотъ относится къ матеріальной (ad litem decidendam), а не къ процессуальной сторонѣ вопроса. Другіе же говорятъ, что если промедленіе сопряжено съ опасностью, потому что завѣщатель при смерти и отправиться въ другое мѣсто не можетъ, то завѣщаніе будетъ имѣть силу»; это подтверждается текстомъ l. 2 in fine C. de annali except 7, 40, гдѣ говорится, что для перерыва давности нужно соблюсти формальность вызова должника чрезъ публикацію или нотаріуса, а гдѣ его нѣтъ, то за подписью трехъ свидѣтелей. О томъ, какъ думаетъ самъ Дурантисъ, остается ли онъ при прежнемъ мнѣніи, что завѣщаніе недѣйствительно, мы не узнаемъ. Но вопросъ все еще не исчерпанъ. «Пожалуй (vel dic), можно и такъ сказать: завѣщаніе недѣйствительно, если наслѣдникомъ назначенъ чужой, и остается въ силѣ, если назначены законные наслѣдники». Это оправдывается текстами l. 21 C. de testamentis 6, 23, — говорящимъ, что можно не сообщать свидѣтелямъ о содержаніи завѣщанія, и l. 28 § 1 C. de episcopis et cler. 1, 3, гдѣ говорится, что если завѣщана сумма на доброе дѣло (выкупъ плѣнныхъ), но не указано, кто это доброе дѣло долженъ сдѣлать и, слѣдовательно, получить сумму, то надо отдать ее епископу города, откуда завѣщатель.

Итакъ, въ принципѣ Дурантисъ еще не признаетъ правила locus regit actum; его, какъ и его современниковъ («нѣкоторые», «другіе»), давитъ обиліе противоположныхъ текстовъ. Правило уже нашло себѣ признаніе у канонистовъ; въ свѣтскихъ судахъ готовы сдѣлать уступку, если обращеніе къ мѣстной формѣ вызвано крайней необходимостью или если распоряженіе по существу не нарушаетъ интересовъ законныхъ наслѣдниковъ. Но и тѣ, кто за, и тѣ, кто противъ, опираются на римскихъ юристовъ. Посмотримъ, что они при этомъ дѣлаютъ.

Римляне говорили, что при оцѣнкѣ денежнаго интереса (размѣръ процентовъ), при собираніи судебныхъ доказательствъ, при опредѣленіи размѣра вознагражденія, при обсужденіи вопросовъ городского благоустройства, при постановкѣ рѣшеній, — слѣдуетъ счи-

таться съ мѣстными бытовыми, экономическими, санитарными и тому подобными условіями, а Дурантису всѣ эти тексты служатъ, чтобы оправдать силу юридическаго обычая, отступающаго отъ закона. Римляне говорили, что сомнѣніе при толкованіи завѣщанія разрѣшается въ пользу сохраненія завѣщанія въ силѣ; что стороны пользуются въ извѣстныхъ предѣлахъ автономіей; что внѣшній видъ документа — вещь несущественная; а средневѣковымъ юристамъ эти тексты годятся, чтобы отстаивать силу завѣщанія, которое по своей формѣ удовлетворяетъ только мѣстному юридическому обычаю, но противорѣчитъ общему закону. Римляне говорили, что вещь не перестаетъ быть принадлежностью, если она отдѣлена отъ главной вещи только на время; а Дурантисъ отсюда выводитъ конфликтную норму, что временное пребываніе въ чужомъ мѣстѣ не освобождаетъ отъ подчиненія законамъ своего мѣстожительства. Тѣ говорили, что административное распоряженіе императора выше распоряженія мѣстныхъ органовъ власти; а Дурантисъ строитъ на этомъ непризнаніе мѣстнаго юридическаго обычая, отступающаго отъ закона. Тѣ говорили о компетенціи опекунскихъ учрежденій; а Дурантисъ говоритъ, что мѣстный обычай не имѣетъ значенія для иностранцевъ. Но римляне говорили также, что въ случаѣ крайности можно охранить свое право обращеніемъ къ иной формальности, и что когда распоряженіе само по себѣ заслуживаетъ защиты, то сомнѣнія должны быть истолкованы въ благопріятномъ для его силы смыслѣ, — и въ умѣ средневѣковаго юриста подготовляется почва для будущаго правила locus regit actum. Такъ, многіе тексты явно притянуты за волосы для цѣлей доказательства. Пріемъ не исключительный для Дурантиса, ни для слѣдующихъ средневѣковыхъ юристовъ. Манера ссылаться для тѣхъ же цѣлей на рѣшенія высшихъ судебныхъ мѣстъ жива и понынѣ, хотя нѣтъ вѣры въ то, что въ этихъ рѣшеніяхъ всегда заключается лучшее пониманіе права. Но Дурантису эти ссылки помогали создавать новыя нормы для регулированія новыхъ правоотношеній и, въ частности, отношеній между разномѣстными законами; праздная на первый взглядъ манера была орудіемъ правообразованія.

Въ дальнѣйшемъ, говоря о комментаріяхъ постглоссаторовъ, мы уже не будемъ касаться ихъ обращенія съ римскими текстами, потому что они дѣлали съ ними то же, что и Дурантисъ. Разница заключалась только въ болѣе или менѣе удачномъ подборѣ мѣстъ, которыя казались подходящими вслѣдствіе встрѣчи сходныхъ словъ, но существо оставалось то же: къ конфликтнымъ нормамъ эти тексты отношенія не имѣли.

III.

Основателями науки международнаго частнаго права были тѣ самые итальянскіе и французскіе юристы XIV вѣка, отъ которыхъ ведетъ свое начало новая европейская юриспруденція. Тѣ самые постглоссаторы или комментаторы, которые приспособили тексты римскихъ источниковъ къ потребностямъ современнаго имъ гражданскаго общества, останавливаясь, всегда ненадолго, на конфликтныхъ вопросахъ, выработали нѣкоторыя изъ тѣхъ правилъ, которыя и нынѣ живутъ въ нашемъ правосознаніи; изъ ихъ рядовъ вышелъ и первый теоретикъ международнаго частнаго права. Это были французы Жакъ де Ревиньи (Jacobus de Ravenna, Ravanis, Jacques de Révigny), Пьеръ Бельпершъ (Petrus a Bellapertica) и поэтъ Чино да Пистойа (Cinus, Cino da Pistoja), съ именами которыхъ связываютъ внесеніе въ юриспруденцію діалектическаго метода; это были, стоявшій въ сторонѣ отъ университетскаго преподаванія, юристъ-практикъ Альберикъ да Розате (Albericus da Rosate s. Rosciate), и французскій адвокатъ и профессоръ Іоаннъ Фаберъ (Johannes Faber, Jean Faure); это былн поднявшійся надъ всѣми своими современниками, всѣхъ ихъ своей славой затмившій, Бартолъ и его достойный ученикъ Бальдъ, давшіе римскому праву ту форму, въ которой оно было рецепировано въ Германіи. Все это имена, хорошо извѣстныя историкамъ пандектнаго права, въ особенности изъ исторіи ученія о юридическихъ лицахъ[1]).

Судьба этихъ именъ лишній разъ доказываетъ несостоятельность огульныхъ сужденій и поспѣшныхъ обобщеній. Послѣ двухвѣкового періода уваженія и славы настало время, когда не знали, какъ злѣе надъ ними посмѣяться. Гуманисты XVI вѣка, обратившіеся къ работѣ надъ тѣми же римскими текстами съ помощью филологической, археологической и исторической критики, приняліс поносить своихъ предшественниковъ, какъ пустыхъ и невѣжественныхъ схоластиковъ. Куяцій считалъ худшимъ временемъ своей жизни то, которое онъ употребилъ на ихъ чтеніе; онъ говорилъ о нихъ, что они verbosi in re facili, in difficili muti, in angusta diffusi[2]). Рабле въ своемъ Pantagruel (I ch. 10) писалъ, что эти «Аккурсіи, Бартолы, Бальды не знали ничего, что нужно для пониманія римскихъ законовъ, — не знали греческаго языка, откуда много словъ вошло въ эти законы, и никогда не видали

---

[1]) Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht, III, pp. 352 ss.

[2]) Т. е. болтливы въ легкихъ случаяхъ, нѣмы въ трудныхъ, растеряны въ мудреныхъ.

хорошихъ латинскихъ книгъ». Ихъ упрекали въ безпорядочности изложенія: «это словно куча, въ которой смѣшаны пшеница, ячмень и овощи; говорятъ о магистратахъ, а при сей оказіи и о завѣщаніяхъ; говорятъ о продажѣ и перескакиваютъ къ наказанію»; имъ ставили въ вину злоупотребленіе цитатами, неумѣнье разобраться въ противорѣчивыхъ мнѣніяхъ предшественниковъ (сравненіе съ буридановымъ осломъ, умершимъ съ голоду между двумя связками сѣна), слѣдованіе въ хвостѣ чужого мнѣнія (сравненіе съ журавлями, которые летятъ за первыми птицами своей стаи), или же упорное желаніе выставить, какъ «общее мнѣніе», то, за которое высказывались многіе, не разбирая при этомъ, вѣрно оно или нѣтъ. Но въ особенности имъ доставалось за увлеченіе діалектическими пріемами разлученія и дѣленія: увѣряли, что даже Бартолъ такъ злоупотреблялъ дѣленіями, что у него предметъ изслѣдованія распылялся и превращался въ атомы, которые вѣтеръ уноситъ и разсѣиваетъ. На самомъ дѣлѣ, однако, въ доказательство такого злоупотребленія приводили совершенно несущественныя фразы, не имѣющія никакого отношенія къ самой юриспруденціи, въ родѣ того, напр., какъ Альберикъ да Рошате говорилъ о своемъ комментаріи къ кодексу, что это liber libans, librans и liberans, потому что утоляетъ любознательность, взвѣшиваетъ мнѣнія и освобождаетъ отъ заблужденій, или, какъ Бальдъ догадывается, что кодексъ Юстиніана редактировало не менѣе десяти человѣкъ, propter operis ponderositatem, substantialitatem, utilitatem etc[1]).

Изъ всѣхъ этихъ отзывовъ не преувеличена только критика формы трудовъ этихъ юристовъ. Нужно дѣйствительно терпѣніе, чтобы, пренебрегая формою изложенія, докапываться до существа дѣла. Полное отсутствіе художественнаго элемента въ этихъ произведеніяхъ, написанныхъ на плохомъ латинскомъ языкѣ, поражаетъ особенно потому, что какъ разъ въ первую половину XIV вѣка итальянская литература достигла своего высшаго блеска: въ первое десятилѣтіе (1307—10) Данте началъ писать свою божественную Комедію, въ 1341 г. на Капитоліи вѣнчали Петрарку короной поэта, въ 1348—53 гг. Боккаччьо писалъ Декамерона. Мало того, среди самихъ этихъ юристовъ одинъ — Чино да Пистоя — какъ лирическій поэтъ, принадлежалъ къ числу корифеевъ итальянской литературы XIV вѣка; это былъ другъ Данте; его смерть оплакалъ Петрарка въ одной изъ лучшихъ своихъ пѣсенъ: «Плачьте, о женщины, плачь, любовь!»; на одномъ групповомъ портретѣ онъ

[1]) Berriat de Saint-Prix, Histoire du droit romain, 1821, p. 313.

изображенъ рядомъ съ тремя другими знаменитостями: Кавальканти, Петраркой и Боккаччьо. И что же? Въ его юридическихъ писаніяхъ настолько нѣтъ признаковъ его художественнаго таланта, что иные даже думали, будто поэтъ и юристъ были разныя лица. Однако характерные для всѣхъ этихъ юристовъ дефекты формы — безсвязность изложенія, отрывочность фразъ, нагроможденіе цитатъ и ссылокъ — отчасти объясняются тѣмъ, что ихъ комментаріи были большею частью университетскими лекціями, которыя, вѣроятно, получали другой видъ въ устномъ изложеніи. Латынь ихъ, безспорно, плоха, но, когда Савиньи, напр., чтобы охарактеризовать Альберика да Рошате, разсказываетъ, какъ послѣдній принялъ dicam (я сказалъ бы) за винительный падежъ отъ dica и перевелъ это слово не то «монахиня», не то «бумага», то это только курьезъ, который нисколько не доказываетъ отсутствія у этого юриста «разсудительности» или что въ его трудахъ «признаки явнаго упадка науки [1])».

Увлеченіе этихъ юристовъ діалектическимъ методомъ часто изображалось, какъ дѣтская забава. «Бартолъ и его послѣдователи, говорятъ о нихъ [2]), набросились на различенія и подраздѣленія со своего рода яростью; имъ все равно, годится ли предметъ для раздѣленія, полезно ли оно, разумны или ребячливы мотивы дѣленія, соотвѣтствуетъ ли это или нѣтъ принципамъ права, — имъ все равно, лишь бы только дѣлить и различать». Савиньи называетъ ихъ пріемы «пустымъ формализмомъ: они отвели господствующее значеніе логическимъ формамъ и ихъ терминамъ; они обратились къ раздѣленіямъ, различеніямъ, подразличеніямъ, подраздѣленіямъ, расширеніямъ, ограниченіямъ, нисколько при этомъ не задумываясь надъ происхожденіемъ юридическихъ понятій и правилъ, составляющихъ содержаніе этихъ формъ. Искусное употребленіе послѣднихъ создавало видимость научности; не замѣчали пустоты и неосновательности содержанія; не видѣли самихъ живыхъ правоотношеній. Понятія и нормы принимались за истинныя только потому, что довольствовались нахожденіемъ и установленіемъ извѣстныхъ логическихъ отношеній при нихъ» [3]). Къ сожалѣнію, Савиньи самъ не приводитъ никакихъ образцовъ въ доказательство своей характеристики; то обстоятельство, что онъ одобрительно отсылаетъ къ примѣрамъ, подобраннымъ другими, но въ родѣ приведенныхъ выше, колеблетъ увѣренность въ томъ, чтобы всѣ юристы XIV вѣка были дѣйствительно повинны въ

---

[1]) Savigny, op. cit., VI, pp. 126 ss.
[2]) Berriat de Saint-Prix, l. c.
[3]) Savigny, op. cit., VI, pp. 9—10.

злоупотребленіи діалектикой. Напротивъ, какъ разъ одинъ изъ нихъ, Альберикъ да Рошате, разсказываетъ, что его профессоръ, Рикардо Малумбра († 1334), высмѣивалъ французовъ Жака де Ревиньи и Пьера Бельперша за ихъ «старанія передать юридическую науку при помощи силлогизмовъ, софизмовъ и діалектики». Древніе юристы этого не дѣлали, продолжаетъ Альберикъ; не дѣлали этого и глоссаторы Аццо, Булгаръ, Мартинъ или Одофредъ; они разсуждали на основаніи текстовъ, близкихъ къ предмету изслѣдованія; эти же новаторы прибѣгаютъ къ расчлененіямъ на оформленное и форму, на субстанціи и акциденціи, и аргументируютъ силлогизмами. Альберикъ сомнѣвается, чтобы это было полезно; онъ не отрицаетъ, что можно разсуждать отъ меньшаго къ большему, отъ даннаго смысла къ противоположному и тому подобными пріемами, которые умѣстны въ юриспруденціи. Но необходимо всѣмъ, кто изучаетъ право, итти путями древнихъ юристовъ и старыхъ учителей, придерживаться текстовъ, глоссы и авторитетныхъ ученыхъ, а отнюдь не обращаться къ баснямъ, силлогизмамъ, софизмамъ, которые создаютъ только видимость истины. «Впрочемъ, прибавляетъ онъ, въ этомъ повинны не только современные ученые и адвокаты; эта болѣзнь заразила и богословскую науку; даже проповѣдники, забывая о священномъ писаніи, обращаются къ фигурамъ, философамъ, поэтамъ и баснямъ; студенты болѣе рады послушать субтильности и силлогизмы, чѣмъ полезное и истинное, а профессора ихъ въ этомъ поощряютъ [1])». Этотъ протестъ одного изъ обвиняемыхъ въ злоупотребленіи діалектикой противъ этого самаго злоупотребленія показываетъ, что въ обобщающемъ отрицательномъ сужденіи о юристахъ XIV вѣка нужно кое-что скинуть со счета. Истина будетъ въ слѣдующемъ: дѣйствительно, интересующіе насъ юристы разрабатывали право діалектическимъ методомъ, но въ этомъ не было ничего смѣшного или безплоднаго; чтобы работа ихъ сводилась къ пустому формализму, чтобы они за покровомъ логическихъ формъ не замѣчали вовсе живыхъ правоотношеній, чтобы они различали и расчленяли только потѣхи ради, — это, когда въ этомъ упрекаютъ такихъ юристовъ, какъ Да-Рошате и Фаберъ, Бартолъ и Бальдъ, совершенно невѣрно. Удивляться тому, что діалектическій методъ, перенесенный изъ философіи въ юриспруденцію, нашелъ себѣ сторонниковъ, можно было бы только тогда, если бы юристы жили внѣ современнаго имъ умственнаго теченія; объясненія требуетъ скорѣе то, что его вліяніе сказалось такъ не скоро. Всѣ мыслящіе люди

[1]) Alberici us de Rosate, In primam ff. Veter. Part. Commentarii, ed. Venetiis, 1635, vol I, f. 1; цитата перепечатана у Грабаря, l. c., p. 126.

XIII и первой половины XIV вѣка выростали въ атмосферѣ, насыщенной схоластикой, въ буквальномъ смыслѣ — «школьной наукой», т.-е. направленіемъ, которое довело до крайнихъ предѣловъ унаслѣдованную отъ древней философіи склонность переоцѣнивать значеніе операцій надъ понятіями и, смѣшивая мышленіе и бытіе, объяснять явленіе логическимъ расчлененіемъ его фактическаго содержанія. Такъ, въ діалогахъ Платона существованіе явленія доказывается при помощи комбинацій представленій и понятій, которыя существуютъ только въ абстракціи, которыя препарируются для работающей какъ бы въ пустомъ пространствѣ логики путемъ отбрасыванія тѣхъ особыхъ соединеній и градацій, въ какихъ они встрѣчаются въ дѣйствительности. Вмѣсто того, чтобы взвѣшивать матеріальную вѣрность предпосылокъ, провѣряется только логическая правильность ихъ постановки[1]). При сосредоточеніи же исключительнаго вниманія на правильности формальнаго мышленія легко ускользаетъ изъ вида невѣрность содержанія предпосылокъ. Средневѣковые философы и ученые, чѣмъ бы они ни занимались спеціально, — грамматикой или медициной, все равно — не могли не дойти въ этомъ направленіи до крайности въ особенности потому, что церковная традиція препятствовала свободной провѣркѣ предпосылокъ. Истина казалась уже данною въ св. Писаніи и въ твореніяхъ Аристотеля; вновь открывать, казалось, было нечего, а требовалось только познаніе истины, завѣщанной обоими преданіями — церковнымъ и античнымъ. Схоластика ставила себѣ задачей устраненіе противорѣчій между обоими. Эта задача могла не казаться безнадежной только благодаря увѣренности, что формальная правильность сужденій избавляетъ отъ необходимости провѣрять дѣйствительность ихъ содержанія. Такъ схоластика укрѣпляла преобладаніе логическихъ интересовъ надъ практическими. Всѣ, прошедшіе школу, трактовали любой вопросъ діалектически: вмѣсто того, чтобы собирать и познавать факты, ихъ превращали въ понятія и изъ этихъ понятій судили о фактахъ; изъ логическихъ понятій выводили тѣ послѣдствія, которыхъ можно ожидать только отъ фактовъ. Вмѣсто изученія фактовъ дѣлали различенія понятій, подыскивали аргументы и логическіе изворотьі. Діалектика побуждала становиться выше давящаго множества частностей, брать во вниманіе не отдѣльные предметы, а отвлеченное цѣлое и устранять препятствія, воздвигаемыя частностями, при помощи оборотовъ рѣчи[2]). Діалектически разрабатывали свои темы философы и богословы, публи-

[1]) Kaufmann, Geschichte der deutschen Universitaten, pp. 7 ss.
[2]) Idem, l. c. pp. 20 ss.

цисты и поэты. Св. Ѳома Аквинскій, разсуждая о томъ, какой видъ приметъ вселенная послѣ страшнаго суда, рѣшалъ, что она обновится, потому что и человѣкъ будетъ прославленъ, а вселенная вѣдь создана человѣка ради; что такъ какъ тѣла небесныя, какъ и другія, созданы для служенія человѣку, а люди послѣ того какъ будутъ прославлены, нуждаться въ ихъ услугахъ больше не будутъ, то прекратится вмѣстѣ съ прославленіемъ человѣка и движеніе неба, такъ какъ оно совершалось по волѣ божьей; что въ обновленной вселенной не останется растеній и животныхъ, ибо они не свободны отъ тлѣнія, а въ обновленной вселенной не можетъ быть ничего тлѣннаго[1]). Въ другомъ мѣстѣ своей «Суммы» тотъ же мыслитель выяснялъ задачи государя, разсуждая, что въ произведеніяхъ искусства мы подражаемъ твореніямъ природы, учась по нимъ поступать соотвѣтственно разуму, а потому... образцомъ для государя должно быть правленіе вселенной. Данте въ своей «Монархіи» доказывалъ, что свѣтская власть императора имѣетъ свой источникъ не въ папской власти, несмотря на то, что отъ папства на нее нисходитъ свѣтъ духовной благодати, потому что... солнце даетъ лучъ свѣта, но не передаетъ ей своей сущности[2]). Константинъ Великій не могъ подарить, а папа не могъ принять даръ потому..., что императоръ не могъ раздѣлить единство своей власти, а церковь не можетъ имѣть собственности[3]). Всѣхъ ярче діалектическіе пріемы въ такомъ произведеніи гдѣ всего менѣе можно ожидать ихъ встрѣтить, — въ одной изъ наиболѣе прославленныхъ пѣсенъ о любви, о которой и черезъ двѣсти лѣтъ послѣ ея появленія человѣкъ съ такимъ вкусомъ, какъ Лоренцо Медичи, говорилъ, что она чудесна и граціозна, и которую кто-то[4]) назвалъ даже божественной. Мы говоримъ о канцонѣ Гвидо Кавальканти (жилъ между 1260 и 1300 гг.) «Donna mi priega perch'io voglio dire», гдѣ поэтъ сообщаетъ, что его просила одна дама поговорить о жестокомъ и величественномъ явленіи любви; что, въ расчетѣ на умныхъ и образованныхъ слушателей, потому что чернь его не пойметъ, онъ готовъ это сдѣлать, но сдѣлать это философски, и потому онъ объясняетъ любовь съ восьми точекъ зрѣнія: 1) гдѣ она помѣщается; 2) кто ее создаетъ, 3) что въ ней хорошаго; 4) въ чемъ ея власть надъ нами; 5) въ чемъ

---

[1]) S. Thomae Aquinatis doctoris Angelici totius Summae conclusiones, Duaci, 1614, supplementi tertiae partis summae theologicae quaestio XCI de qualitate mundi post iudicium, pp. 117 ss.

[2]) Ibid., cap. X.

[3]) Dante, De Monarchia, lib. III, cap. IV, XII—XV.

[4]) Biscioni, Prose di Dante e del Boccaccio. Цит. у Nannucci Manuale della letteratura del primo secolo della lingua italiana, vol. I, p. 285.

ея сущность, 6) какія пертурбаціи она вызываетъ въ нашей душѣ, 7) въ чемъ удовольствіе отъ нея и 8) можетъ ли человѣкъ ее видѣть. Немудрено, что, какъ удостовѣряетъ тотъ же Лоренцо, «три современника, все выдающіеся философы, написали къ этой пѣснѣ ученые комментаріи»[1]).

При такомъ господствѣ діалектики надъ умами людей той эпохи всякая научная работа надъ правомъ могла вестись только въ діалектическомъ направленіи. Содержаніе источниковъ римскаго права было уже установлено глоссаторами; теперь предстояло на этой почвѣ создать новое право. Но эта задача не могла ограничиваться формулированіемъ нормъ; безъ обобщеній, ведущихъ къ образованію понятій, въ которыя укладываются правоотношенія и нормы, не было бы вообще юриспруденціи въ смыслѣ идейнаго господства надъ сферою права, и оставалась бы одна практическая казуистика[2]). Конечно, задачи юриспруденціи не ограничиваются выработкой понятій; то, что дѣлали гуманистически образованные юристы XVI вѣка, и то, что дѣлалъ самъ Савиньи въ XIX вѣкѣ, было такъ же важно, но ни въ одной наукѣ люди одной эпохи не исчерпывали всѣхъ ея задачъ. Постглоссаторы преувеличивали значеніе понятій, какъ будто бы въ нихъ самая основа вещей, но въ томъ, что они работали надъ образованіемъ понятій, была положительная заслуга, которая не уничтожается тѣмъ, что они не знали исторіи или не думали объ относительной цѣнности всякихъ обобщеній,—короче, тѣмъ, что люди XX вѣка ушли отъ нихъ далеко впередъ. Правильную оцѣнку работа постглоссаторовъ получаетъ только при свѣтѣ исторіи. Съ этой точки зрѣнія должна быть разсматриваема какъ работа всей школы въ цѣломъ, такъ и движеніе юридической мысли внутри самой школы.

Разсмотрѣніе этого движенія, разумѣется, въ предѣлахъ вопросовъ международнаго частнаго права, приведетъ насъ къ неожиданному результату. Окажется, что не только никто изъ интересующихъ насъ юристовъ не злоупотреблялъ діалектикой ради пустой забавы, но и вообще діалектическими пріемами изслѣдованія пользовались далеко не всѣ они, и что если они и подвигались впередъ въ своихъ разсужденіяхъ путемъ раздѣленій и различеній, то въ этомъ не было ничего общаго съ схоластическими изворотами, а было лишь то расчлененіе вопроса, которое составляетъ необходимое условіе всякаго логически правильнаго раз-

---

[1]) L o r e n z o de' M e d i c i, Epistola all'illustrissimo segnor Federigo въ его Poesie, ed. G. Carducci, 1852, p. 31. Канцона Кавальканти въ журналѣ «Alighieri» за 1891 въ статьѣ Pasqualigo.

[2]) S o h m, Institutionen, 14-te Aufl., 1911, p. 171.

сужденія. Необходимо подчеркнуть, что р а с ч л е н я л и с ь в о п р о с ы, а не экзегетически-изучаемый матеріалъ римскихъ источниковъ, какъ это утверждаетъ, напр., Штинцингъ, давая общую характеристику средневѣковой юриспруденціи. Этотъ писатель видитъ существо метода, которымъ пользовалась схоластическая наука, только въ одномъ анализѣ, т.-е. въ томъ, что на самомъ дѣлѣ составляло лишь подготовительный пріемъ для діалектики. «Юриспруденція, говоритъ онъ [1]), еще больше, чѣмъ философія, находилась подъ господствомъ предположенія, что истина дана; въ ней еще больше, чѣмъ въ философіи, сказывалась связанность сужденія матеріаломъ и цѣлями. Матеріалъ былъ ей данъ до мелочей; ея работа направлялась не къ отысканію новыхъ истинъ, а къ выясненію объективно данныхъ положеній, ихъ основаній, цѣлей и внутренней связи. Ея цѣль лежала во внѣшней практической жизни; ея задача была преимущественно дидактическая,—научить юридическому искусству, т.-е. способности правильно примѣнять право... Вся ея работа сводилась къ анализу, къ разложенію содержанія даннаго матеріала и къ показанію выводовъ. Работа шла больше вширь, чѣмъ вглубь, и направлялась не къ концентраціи, а къ разложенію. Экзегетическій методъ уже самъ по себѣ опасенъ тѣмъ, что при немъ не различается относительная цѣнность отдѣльныхъ кусковъ, все трактуется съ одинаковою важностью; если же онъ еще чисто аналитическій, то пользованіе имъ непремѣнно ведетъ къ раздробленію матеріала и разложенію на массу частностей». Однако, и это сужденіе не выдержитъ оцѣнки при свѣтѣ фактовъ, которые даетъ ближайшее разсмотрѣніе трудовъ отдѣльныхъ юристовъ въ сферѣ вопросовъ конфликтнаго права. Они изучали данный имъ матеріалъ аналитически для того, чтобы на его основѣ создавать новыя нормы; матеріалъ ихъ не связывалъ, а, напротивъ, они пользовались имъ для новыхъ цѣлей, какъ скульпторъ пользуется глиной для созданія новыхъ формъ. Экзегеза источниковъ, дробленіе матеріала, широкое трактованіе частностей — все это преслѣдовало отнюдь не только дидактическія, но и творческія цѣли; иначе нельзя было бы говорить, что пандектное право не есть простой списокъ съ римскаго права. Вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя было бы объяснить образованія науки конфликтнаго права. Постглоссаторы расчленяли вопросы, потому что считались съ различіями въ нормируемыхъ правоотношеніяхъ.

---

[1]) S t i n t z i n g, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 1880, I, pp. 103 ss.

IV.

Обыкновенно первымъ въ ряду юристовъ, инпціаторовъ діалектическаго метода, называютъ Жака де Ревиньи (1215? † 1296); онъ былъ студентомъ въ Болоньѣ, профессоромъ въ Тулузѣ и умеръ епископомъ Вердена. Но о томъ, какъ онъ рѣшалъ конфликтные вопросы, ничего не извѣстно непосредственно, а только по ссылкамъ на него послѣдующихъ юристовъ; его произведенія не были до самаго недавняго времени вовсе обнародованы[1]). Изъ того же, что сообщаютъ о его мнѣніяхъ Чино, Альберикъ, Бартолъ, рѣшительно не видно, чтобы онъ дѣлалъ что-либо иное, кромѣ искапій отвѣта на предложенный вопросъ въ римскихъ текстахъ. И то же слѣдуетъ сказать о другомъ французѣ, П ь е р ѣ Б е л ь п е р ш ѣ, бывшемъ профессоромъ въ Тулузѣ и Орлеанѣ, епископомъ въ Оксеррѣ и умершемъ въ 1308 г. государственнымъ канцлеромъ Франціи. То немногое, что въ его «комментаріи къ кодексу» относится къ конфликтымъ вопросамъ, нисколько не свидѣтельствуетъ о его склонности къ діалектикѣ. Его интересуютъ вопросы, связанные съ проступками, договорами, завѣщаніями и наслѣдованіемъ ab intestato. Такъ же, какъ и Дурантисъ, онъ задается вопросомъ, какъ быть, если относительно договоровъ дѣйствуютъ разные обычаи въ форумахъ истца, отвѣтчика и судьи? Отвѣтъ дается тотъ же, что у Дурантиса: надо различать процессуальныя нормы отъ матеріальноправовыхъ (ordinatio litis и decisio litis). Напр., орлеанецъ предъявилъ искъ къ парижанину въ Шартрѣ; по парижскому кутюму вызовъ на судъ долженъ быть письменный, по шартрскому — устный. Въ этомъ случаѣ слѣдуетъ примѣнить законъ судьи (lex fori). Но я купилъ лошадь и требую поручительства по обычаю моей страны, а продавецъ отказывается его дать, потому что въ его странѣ эти гарантіи неизвѣстны. Бельперш присоединяется къ мнѣнію «другихъ докторовъ», что не имѣетъ значенія ни обычай домицпля истца, ни обычай домициля отвѣтчика, а только обычай мѣста, гдѣ заключенъ договоръ. Это не болѣе и не менѣе, какъ будущій принципъ lex loci contractus и 707 ст. нашего Уст. Гражд. Суд. И мотивы Бельперша тѣ же, что у Дурантиса: такъ, будто бы, вытекаетъ изъ римскихъ текстовъ. Далѣе Бельпершъ останавливается на вопросѣ о силѣ завѣщанія, которое составлено по мѣстному обычаю, относительно имущества, находящагося на территоріи, гдѣ такой обычай не-

[1]) L a i n é, I, p. 119, утверждалъ даже, что они не сохранились вовсе, но въ 1899 г. T o u r t o u l o n издалъ часть того, что онъ нашелъ въ Парижѣ въ національной библіотекѣ.

извѣстенъ, и на вопросѣ о правѣ лица, назначеннаго наслѣдникомъ въ имуществѣ, которое находится въ одной провинціи, наслѣдовать и въ такомъ имуществѣ, которое находится въ другой провинціи и о которомъ въ завѣщаніи ничего не сказано. Напримѣръ, въ Англіи обычай предоставляетъ все наслѣдство старшему сыну, а французскій кутюмъ дѣлитъ наслѣдство поровну между всѣми дѣтьми; нѣкто умеръ въ Англіи, оставивъ имущество и во Франціи; достанется ли это имущество старшему? Бельпершъ присоединяется къ мнѣнію «докторовъ», что французское имущество будетъ раздѣлено между всѣми дѣтьми[1]) И это не что иное, какъ будущій принципъ lex rei sitae. Такимъ образомъ и здѣсь нѣтъ никакихъ признаковъ примѣненія діалектическаго метода. Очевидно, его надо искать въ связи съ вопросами, лежащими внѣ круга конфликтовъ законовъ.

Испытавшій на себѣ вліяніе Бельперша, Чино да Пистойа (1270 — 1336), студентъ въ Болоньѣ, судья въ Пистойѣ и въ Римѣ, профессоръ въ Тревизо, Сіенѣ, Перуджѣ и Флоренціи, съ большою отчетливостью показалъ, какъ одинъ и тотъ же вопросъ долженъ разрѣшаться разно на почвѣ матеріальнаго права и при наличіи конфликта. Обращаясь къ тѣмъ же вопросамъ о вліяніи конфликтовъ на обсужденіе деликтовъ, договоровъ, завѣщаній и наслѣдованія ab intestato, Чино остается такимъ же трезвымъ практикомъ, какъ и названные до сихъ поръ французы. Въ Болоньѣ, излагаетъ онъ казусъ[2]), статутъ требуетъ для завѣщанія 10 свидѣтелей; во Флоренціи дѣйствуетъ римское право, т.-е. нужно 7 свидѣтелей; болонецъ составилъ завѣщаніе во Флоренціи по мѣстному (римскому) закону; назначенный имъ наслѣдникъ предъявляетъ завѣщаніе въ Болоньѣ, чтобы получить имущество, которое осталось здѣсь. Должны ли въ Болоньѣ признать завѣщаніе? Нельзя отвѣтить просто, что рѣшаетъ мѣсто заключенія договора, потому что это не договоръ, а завѣщаніе. Какъ же рѣшить? И Чино пересматриваетъ отвѣты своихъ предшественниковъ. «Дурантисъ уже говорилъ объ этомъ, но по своему обыкновенію, иронизируетъ Чино, онъ привелъ разныя мнѣнія и не далъ своего». Жакъ де Ревиньи утверждалъ, что надо всегда держаться обычая мѣста, гдѣ находится имущество, и потому наслѣдникъ по завѣщанію получитъ флорентинское имущество, а болонское пойдетъ къ наслѣднику ab intestato. Это утвержденіе

---

[1]) Petrus a Bellapertica, Lectura super Codice, ed. Paris. 1519; цит. у Lainé, Introduction, I, p. 121.

[2]) Cynus Pistoriensis, Super Codice et Digesto veteri lectura, ed. Francof. 1578; цит. у Lainé, ibid., p. 123.

какъ бы стоитъ въ противорѣчіи съ правиломъ, что «нельзя умереть съ завѣщаніемъ для одной части имущества и безъ завѣщанія для другой». Но на это я могу возразить, говоритъ Чино, что это правило писаннаго, всюду однообразнаго права не примѣнимо при разнообразіи статутовъ: напротивъ, вслѣдствіе этого разнообразія вполнѣ возможно, чтобы флорентинское имущество пошло по завѣщанію, а болонское по закону, какъ возможны и два завѣщанія — одно по флорентинскому праву, другое по болонскому. Такъ же рѣшаетъ и Бельперш, если обычай другого государства дѣйствительно иной; но, когда въ обоихъ государствахъ дѣйствуетъ общее право, то наслѣдникъ по завѣщанію долженъ получить все наслѣдство. Самъ Чино присоединяется къ мнѣнію «нѣкоторыхъ новѣйшихъ юристовъ, что назначенный наслѣдникъ имѣетъ право на все имущество, т.-е. и болонское, потому что рѣшающее значеніе имѣетъ законъ мѣста, гдѣ составлено завѣщаніе». Такимъ образомъ, Чино отдаетъ въ вопросѣ о силѣ завѣщанія со стороны формы предпочтеніе lex loci actus предъ lex rei sitae; но это рѣшеніе еще не имѣетъ принципіальной важности, потому что въ казусѣ идетъ рѣчь о конфликтѣ между римскимъ правомъ и статутомъ; статутъ отступаетъ предъ римскимъ правомъ, какъ болѣе авторитетнымъ [1]).

Младшій современникъ Чино, Альберикъ-да-Рошате (? † 1354), одинъ изъ всей плеяды постглоссаторовъ не былъ университетскимъ преподавателемъ; онъ былъ адвокатомъ въ Бергамо и, между прочимъ, участвовалъ въ редактированіи его статутовъ. Онъ же первый написалъ отдѣльную работу о статутахъ (Opus statutorum); нѣкоторые даже считаютъ его основателемъ современнаго международнаго частнаго права. И его вниманіе привлекали главнымъ образомъ конфликты о силѣ завѣщаній, о договорахъ и о правѣ наслѣдованія по закону [2]).

Альберикъ ставитъ вопросъ: Бергамскій купецъ, находясь по торговымъ дѣламъ въ Венеціи, тамъ заболѣваетъ и составляетъ завѣщаніе согласно венеціанскому статуту, по которому завѣщаніе дѣйствительно при двухъ свидѣтеляхъ; онъ умираетъ въ Венеціи, а завѣщаніе его доставляется въ Бергамо. Будетъ ли завѣщаніе признано здѣсь дѣйствительнымъ? Альберикъ сообщаетъ сперва о чужихъ мнѣніяхъ, которыя, само собою разумѣется, всѣ опираются на римскіе тексты. Одно мнѣніе было за то, что завѣщаніе дѣйствительно, потому что оно «родилось въ мѣстѣ своего написанія». Другое отрицало силу завѣщанія: во-первыхъ, потому, что

[1]) Lainé, I, p. 124.
[2]) Albericus de Rosciate, перепечатка Meili, въ op. cit.

статутъ обязателенъ только для подданныхъ; во-вторыхъ, въ силу юридической фикціи нельзя признать, что завѣщаніе составлено въ Венеціи, ибо завѣщатель былъ тамъ только временно, мыслью же въ Бергамо; въ третьихъ, не всѣ живущіе въ Римѣ могли завѣщать какъ римскіе граждане, а только тѣ, кто носилъ римскую тогу; въ-четвертыхъ, обычай о смягченіи завѣщательныхъ формъ примѣнимъ только къ поселянамъ и въ мѣстностяхъ, гдѣ рѣдки грамотные люди. Альберикъ высказывается за первое мнѣніе, т.-е. что завѣщаніе дѣйствительно, не приводя, впрочемъ, никакихъ своихъ соображеній въ его пользу, и только подкрѣпляя его ссылкою на Чино, который говорилъ, что какъ актъ о дареніи можетъ быть явленъ (insinuari) и не въ томъ мѣстѣ, гдѣ находятся даримыя вещи, такъ можетъ быть принятъ во вниманіе и статутъ мѣста составленія завѣщанія, хотя бы вещи находились въ другомъ мѣстѣ.

Но имѣетъ ли силу самый статутъ или обычай, по которому признается дѣйствительнымъ завѣщаніе при двухъ свидѣтеляхъ? Опять Альберикъ группируетъ аргументы за и противъ. За: 1) обычай разуменъ, потому что благодаря этому осуществляется воля завѣщателя, и нѣтъ ничего, на что люди могли бы разсчитывать съ бо́льшимъ правомъ; 2) завѣщаніе заимствуетъ свой эффектъ не въ томъ, что присутствовало много свидѣтелей, а въ волѣ самого завѣщателя; это подтверждается этимологіей слова: testatio mentis; 3) повидимому, обычай воспроизводитъ древнее число свидѣтелей и отвѣчаетъ природѣ вещей; 4) такія завѣщанія признаются по каноническому праву. Аргументы противъ: 1) завѣщаніе ничтожно по римскому праву: обычай имѣлъ бы значеніе при отсутствіи закона; здѣсь же законъ есть и постановляетъ противоположное; 2) обычай рискованъ и нераціоналенъ, потому что присутствіе многихъ свидѣтелей требуется для предупрежденія подлоговъ; 3) римское право прямо осуждаетъ его, потому что допускаетъ его только въ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ достаточно свѣдущихъ людей; 4) нельзя сказать, что обычай соотвѣтствуетъ древнѣйшему порядку, потому что институтъ завѣщанія введенъ цивильнымъ правомъ, которое установило его форму и обрядъ семи свидѣтелей. Особо стоитъ мнѣніе, что обычай имѣетъ силу, если императоръ далъ Венеціи спеціальную привилегію на то, чтобы установить его. Однако, самъ Альберикъ думаетъ, что надо различать: если обычай касается предмета, закономъ не предусмотрѣннаго, то онъ имѣетъ силу, при условіи, что онъ разуменъ и имѣетъ за себя давность; если предметъ его закономъ предусмотрѣнъ, то нужно опять различать: онъ не имѣетъ силы, если законъ прямо его отвергаетъ, и имѣетъ

ее, если императоръ все же его подтвердилъ. Возможно, что обычай противорѣчитъ закону, дозволяя то, что закономъ запрещается; тогда нужно посмотрѣть, что чему предшествуетъ: если обычай старше, то онъ силы не имѣетъ; если онъ явился позже, то имѣетъ силу, но отмѣняетъ законъ въ данномъ мѣстѣ, а не также и въ другихъ. Но и при этомъ обычай только тогда имѣетъ силу, если онъ разуменъ и не толкаетъ на грѣхъ. Вышеупомянутый обычай Венеціи какъ разъ имѣетъ за себя свою разумность, ибо онъ введенъ для того, чтобы облегчить купцамъ составленіе завѣщаній, не отрываясь отъ своихъ дѣлъ; онъ дѣйствителенъ, хотя бы императоръ ничего о немъ не зналъ, потому что, вѣроятно, онъ и самъ допустилъ бы его ради пользы своихъ подданныхъ, ибо онъ желаетъ и ищетъ ихъ пользы.

Другой, «часто встрѣчающійся», вопросъ, интересующій Альберика, заключается въ слѣдующемъ: въ Моденѣ болонецъ предъявилъ искъ къ моденцу; статуты истца, отвѣтчика и судьи разные. Какой статутъ слѣдуетъ соблюсти? И Альберикъ отвѣчаетъ: не статутъ отвѣчика, потому что для истца, какъ для неподданнаго статута, послѣдній необязателенъ; но по той же причинѣ и не статутъ истца, какъ необязательный для отвѣтчика. Аслѣдовательно, нужно держаться статута судьи. Это подтверждается и римскими текстами. Но, замѣчаетъ Альберикъ, всѣ эти тексты (l. 3 D. de test. 22, 5; l. 3 C. de aed. priv. 8, 10; l. 1 C. q. s. l. cons. 8, 52) касаются процессуальной стороны дѣла и предполагаютъ, что обѣ стороны подчинены одному и тому же муниципальному праву. Но, вслѣдъ за другими «докторами», и онъ различаетъ процессъ отъ существа дѣла: для процесса (ad litem ordinandam) компетентенъ статутъ мѣста суда, для существа (ad litem decidendam) — статутъ мѣста, гдѣ договоръ былъ заключенъ. При этомъ Альберикъ поясняетъ, что подъ этимъ мѣстомъ онъ разумѣетъ мѣсто, гдѣ назначено исполненіе. Такимъ образомъ Альберикъ формулируетъ тотъ самый принципъ lex loci solutionis, который въ XIX вѣкѣ выставленъ Савиньи и до сихъ поръ поддерживается германской юриспруденціей. Найденный имъ принципъ Альберикъ примѣняетъ къ казусу: по статуту Модены мужъ по смерти жены теряетъ все приданое; по статуту Реджо — половину. Моденецъ женился на реджанкѣ; брачный договоръ былъ заключенъ въ Моденѣ, при чемъ онъ обѣщался возвратить, въ случаѣ смерти жены, приданое въ Реджо. Въ этомъ случаѣ рѣшаетъ статутъ не Модены, а Реджо, потому что исполненіе назначено въ Реджо и нужно фингировать, что здѣсь же былъ заключенъ и самый договоръ.

Альберикъ называетъ «краснымъ» слѣдующій вопросъ: умеръ человѣкъ, у котораго имущества въ разныхъ государствахъ; по статуту какого государства опредѣляется наслѣдованіе послѣ него: государства, откуда онъ родомъ (originarius), или государства, гдѣ лежатъ имущества? Одни стоятъ за первое рѣшеніе, другіе за второе; самъ Альберикъ считаетъ болѣе правильнымъ первое, т.-е. онъ высказывается за національный принципъ, который въ настоящее время признается теоретически наиболѣе правильнымъ и принятъ законодательствами въ Италіи, Германіи и др. Но, говоритъ Альберикъ, нѣкоторые думаютъ, что рѣшаетъ законъ мѣста, гдѣ завѣщатель умеръ, и это мотивируется такъ, что наслѣдники ab intestato получаютъ наслѣдство въ силу молчаливой воли наслѣдодателя; а разъ по римскимъ текстамъ (l. 9 C. 6, de testam. 23 и l. 1 C. quemadm. testam. aper. 6, 32) выраженное завѣщателемъ опредѣляется мѣстомъ, гдѣ сдѣлано распоряженіе, то то же слѣдуетъ и для молчаливыхъ распоряженій. Но самъ Альберикъ считаетъ болѣе правильнымъ держаться закона мѣста происхожденія; законъ же мѣста смерти можетъ имѣть значеніе только, когда мѣсто происхожденія неизвѣстно.

Таковы темы, аргументы и рѣшенія Альберика да Рошате.

Оглянемся назадъ на работы прошедшихъ предъ нами юристовъ. Гдѣ въ нихъ «пустой формализмъ»? гдѣ злоупотребленіе діалектикой? гдѣ вообще вліяніе схоластики? Мы видѣли, что они различаютъ и расчленяютъ вопросы; но кто же изъ насъ, современныхъ юристовъ, можетъ обойтись безъ такихъ различеній? Что нашли мы въ этихъ работахъ иного, кромѣ трезваго отношенія къ поставленнымъ практическимъ вопросамъ и кромѣ попытокъ дать на эти вопросы отвѣты, которые мы сами въ настоящее время считаемъ болѣе или менѣе правильными? Если упреки современниковъ по адресу Ревиніи и Бельперша, или потомковъ по адресу всѣхъ комментаторовъ имѣютъ какое-нибудь основаніе, то оно можетъ лежать въ другихъ частяхъ ихъ трудовъ, а отнюдь не въ ихъ подходѣ къ конфликтнымъ вопросамъ. Рѣшенія этихъ вопросовъ требовала живая дѣйствительность, а не только школьное преподаваніе; и рѣшались эти вопросы съ пониманіемъ реальныхъ потребностей жизни. Такъ, напр., объясненіе Альберика, почему венеціанскій обычай, допускающій завѣщаніе съ двумя свидѣтелями, вполнѣ раціоналенъ, куда ближе къ дѣйствительности, чѣмъ тѣ объясненія правила locus regit actum, которыя даютъ нѣкоторые писатели XVII вѣка, напр. Герціусъ. И если Альберикъ къ этому добавляетъ немного діалектики относительно пользы, которой желаетъ императоръ для своихъ подданныхъ, то это такъ невинно

и такъ малозначительно по сравненію съ той тонкостью юридическаго чутья, которая помогаетъ ему угадывать наиболѣе цѣлесообразныя рѣшенія.

Слабое вліяніе діалектическаго метода на писанія названныхъ юристовъ по поводу конфликтовъ обусловливается отчасти и тѣмъ, что вопросы о конфликтахъ имѣли все-таки второстепенное значеніе: они какъ бы лежали въ сторонѣ отъ большой дороги, по которой шла юридическая мысль эпохи. Чрезвычайно интересна въ этомъ отношеніи работа Іоанна Фабера, въ которой онъ выступаетъ рядомъ какъ публицистъ и какъ конфликтный юристъ. Крайній діалектикъ при разрѣшеніи публицистической задачи, онъ становится скромнымъ практикомъ, когда переходитъ къ конфликтнымъ вопросамъ. Это былъ французъ, профессоръ въ Монпелье и затѣмъ адвокатъ въ Ангулемѣ († около 1340 г.). Его комментарій [1]) къ пресловутой конституціи кодекса о вѣрѣ въ Св. Троицу начинается съ доказательства независимости отдѣльныхъ государствъ отъ власти германо-римскаго императора. Вотъ образцы его доказательствъ. Нѣкоторые утверждаютъ, что хотя фактически власть императора не на всѣхъ распространяется, но юридически императоръ долженъ властвовать надъ всѣми; онъ только не хочетъ, чтобы его законы распространялись на тѣхъ, кто ему фактически не повинуется. Однако, церковная область не подвластна императору не только фактически, но и de iure. На это могутъ возразить, что это случай спеціальный, что свѣтская власть церкви установлена Богомъ, потому что и у еврейскаго народа она была раньше, чѣмъ возникла имперія у язычниковъ. Поэтому можно заключить, что всѣ юридически подвластны римской имперіи, и что если кто-либо объявляетъ себя независимымъ отъ императора, то это должно быть оправдываемо или давностью или концессіей со стороны императора; но ссылка на давность юридически недопустима, а концессія не можетъ быть обязательна для преемника императора. Къ тому же императоръ есть администраторъ, и потому не можетъ что-либо отчудить отъ имперіи. Такъ Фаберъ доказалъ, что для независимости отдѣльныхъ государствъ должно быть какое-нибудь иное основаніе. Оно лежитъ въ томъ что по общему праву избраніе государя принадлежитъ народу; народъ могъ дать право избраннымъ имъ царямъ. Освобожденіе отъ власти римлянъ было вполнѣ дозволено, потому что, какъ это видно изъ хроникъ, эта власть была насильственно узурпирована Юліемъ Цезаремъ. Всякому позволено самому возстановить свое

---

[1]) I. Faber, Breviarium in Codicem, перепечатка Meili, въ op. cit.

право, если онъ не можетъ это сдѣлать при помощи высшей власти. Хотя Богъ и дозволилъ учредить имперію, но источникомъ власти и распорядителемъ остался народъ. Въ дѣлахъ божіихъ нѣтъ ничего нераціональнаго и ничего злого; если бы римскіе императоры были отъ Бога, а не насильники и узурпаторы, то не было бы среди нихъ настолько больше злыхъ и глупыхъ, чѣмъ добрыхъ и мудрыхъ. Писанія свидѣтельствуютъ о томъ, какъ много святыхъ и мудрыхъ они перебили. Итакъ, ни юридически, ни фактически народы императору не подвластны. Тѣ, кто фактически сопротивляется императорамъ, обнаруживаютъ высокій духъ, они же доказали свое безсиліе и трусость, потому что прошло уже столько времени, и имъ не удалось заставить тѣхъ подчиниться и они не сумѣли возстановить свое право. Впрочемъ, Фаберъ признаетъ, что нѣкогда императоры имѣли основаніе въ силу общаго права властвовать надъ всѣмъ міромъ; но теперь съ дозволенія Бога имперія раздѣлена, народы поставили другихъ королей и государей, а народамъ, какъ сказано выше, принадлежитъ и право избранія и право низверженія государей. И потому императоръ ничего не можетъ за предѣлами страны, гдѣ ему повинуются.

Вся эта тяжелая артиллерія діалектическихъ доказательствъ нужна была автору, чтобы заключить, что статутъ необязателенъ для неподданныхъ. Она сразу умолкаетъ, какъ только отъ большого политическаго вопроса авторъ переходитъ къ конфликтамъ. Первое, что онъ спрашиваетъ, это — отвѣтствуетъ ли иностранецъ за проступокъ, совершенный на территоріи статута или обычая? Онъ отвѣтствуетъ, если зналъ о статутѣ. Если же не зналъ, то, по мнѣнію нѣкоторыхъ (Дина[1]), иностранецъ отвѣтствуетъ только, если запрещенное статутомъ дѣяніе было само по себѣ недозволено; въ противномъ случаѣ статутъ для него необязателенъ. Мы узнаемъ мимоходомъ, что Жакъ де Ревиньи полагалъ, что иностранецъ отвѣтствуетъ и въ этомъ случаѣ, если этого требуетъ общественная польза (publica utilitas). Фаберъ рѣшаетъ, что иностранецъ, нарушившій статутъ по незнанію о запрещеніи, вообще не отвѣтствуетъ, развѣ поведеніе его было грубое. Второй вопросъ касается обязательности статута для договора, заключеннаго иностранцемъ. Фаберъ повторяетъ уже извѣстное намъ различеніе между causae decisio и causae ordinatio, т.-е. между нормами матеріальнаго и процессуальнаго права; тамъ — рѣшаетъ законъ мѣста заключенія договора, здѣсь — законъ мѣста суда. Третій вопросъ относится къ случаю, когда статутъ касается не проступка и не договора,

---

[1]) Dinus, профессоръ въ Болоньѣ, † послѣ 1298 г.

а вещи, напр., о правѣ выкупа проданной вещи; здѣсь рѣшаетъ обычай мѣста нахожденія вещи. Послѣ этого Фаберъ беретъ казусъ: нѣкто имѣетъ владѣнія въ мѣстѣ, гдѣ существуетъ извѣстный обычай о хлѣбѣ на корню; живетъ же онъ самъ въ другомъ мѣстѣ; обязателенъ ли для него тотъ обычай? Фаберъ отвѣчаетъ: да, иное было бы, если бы обычай касался только личности. Этотъ отвѣтъ Фабера представляетъ историческій интересъ: въ немъ зародышъ будущей (XVI вѣка) теоріи статутовъ. То же значеніе имѣетъ и отвѣтъ на вопросъ о разграниченіи судебной компетенціи: какой судья компетентенъ въ случаѣ нарушенія статута? Судья вещи, если дѣло идетъ о реальномъ, и судья домицилія, если дѣло идетъ о личномъ.

Какъ быть, спрашиваетъ Фаберъ далѣе, если лицо завѣщаетъ въ такомъ мѣстѣ, гдѣ свой обычай, о вещахъ, находящихся въ мѣстѣ, гдѣ другой обычай? Отвѣтъ гласитъ: если обычаи расходятся въ отношеніи формы завѣщанія, то слѣдуетъ держаться того, который въ мѣстѣ составленія завѣщанія; если же разнорѣчіе относится къ раздѣлу имущества и къ порядку наслѣдованія, то рѣшаетъ обычай мѣста нахожденія вещей. «Это говоритъ уже Дурантисъ, но онъ не стоитъ на твердыхъ ногахъ (non figit pedem)». И такъ соблюдается въ практикѣ (sic servatur de facto). Напр., нѣкто держитъ феодъ въ предѣлахъ кастелланіи, гдѣ одинъ обычай относительно наслѣдованія, отъ господина другой кастелланіи, гдѣ обычай другой; и вся юрисдикція въ упомянутомъ феодѣ принадлежитъ господину. Чей обычай рѣшаетъ? Ясно, что обычай мѣста, гдѣ феодъ; вассалъ долженъ считаться членомъ той кастелланіи, отъ которой онъ держитъ феодъ[1]).

Фаберъ не даетъ себѣ труда обосновывать свои рѣшенія какими-либо разсужденіями, помимо традиціонныхъ ссылокъ на римскіе и отчасти каноническіе тексты. Онъ расчленяетъ вопросы, руководствуясь чутьемъ юриста, а не вкусами школьнаго философа. Онъ говоритъ то, что скажутъ будущіе теоретики, но не опираясь на какую-либо теорію. Житейски важные конфликтные вопросы еще не удостоились вниманія мысли, ищущей обобщеній и принциповъ.

Такъ вплоть до Бартола[2]) никто изъ его предшественниковъ и современниковъ не обращался къ діалектикѣ ради построенія какой-либо конфликтной теоріи или хотя бы для обоснованія отдѣльныхъ коллизіонныхъ нормъ.

---

[1]) Фаберъ еще подробно разбираетъ вопросъ о конфликтѣ процессуальныхъ правилъ писаннаго права и привилегій Парижскаго или Орлеанскаго судовъ и упоминаетъ объ особой практикѣ французской куріи.

[2]) Lainé, I, p. 125, говоритъ, что Бартолъ не зналъ работы Фабера. Между тѣмъ самъ Бартолъ съ похвалой отзывается объ этой работѣ въ первыхъ же строкахъ своего комментарія.

V.

Въ своей общей характеристикѣ Бартола Савиньи справедливо оспариваетъ представленіе, будто онъ изобрѣлъ новый методъ въ юриспруденціи и ввелъ въ экзегезу схоластику. «Правда, говоритъ Савиньи, склонность къ діалетикѣ у него есть, но безъ преувеличеній и извращеній; напротивъ, онъ примѣняетъ этотъ методъ съ умомъ. Но и это не настолько рѣзко, чтобы въ этомъ видѣть характерную черту его писаній. Его отличіе отъ другихъ не можетъ быть опредѣлено внѣшними признаками; онъ просто дѣлалъ то же, что и другіе, но дѣлалъ это лучше многихъ. Онъ, подобно Чино, оживилъ экзегезу римскихъ текстовъ собственными, свѣжими мыслями, и въ этомъ ему могла помочь его судейская дѣятельность. Если къ этому прибавить впечатлѣніе отъ живой умной личности на слушателей его лекцій, то великая слава, которую распространили его многочисленные ученики, станетъ понятной. Но отъ общихъ недостатковъ эпохи и онъ не былъ свободенъ: онъ больше занимался мнѣніями юристовъ новой формаціи, чѣмъ текстами самихъ римскихъ юристовъ[1])». Сказанное Савиньи необходимо по отношенію къ роли Бартола въ наукѣ международнаго частнаго права исправить: до Бартола въ этой области были отрывочныя мнѣнія немногихъ комментаторовъ по поводу отдѣльныхъ практическихъ вопросовъ, не объединенныя какой-либо опредѣленной мыслью, добытыя скорѣе юридическимъ чутьемъ, чѣмъ какимъ-либо логическимъ методомъ. Бартолъ же, не порывая съ практикой, первый обратился къ діалектикѣ съ цѣлью теоретическаго построенія. Онъ первый задумался надъ принципомъ, который можно было бы положить въ основу рѣшенія конфликтовъ; онъ думалъ найти его, примѣнивъ, по примѣру всѣхъ теоретиковъ своего времени, діалектическій методъ: онъ сталъ на путь расчлененія понятія статута съ цѣлью раскрытія его конфликтнаго содержанія. Впослѣдствіи, въ XVIII вѣкѣ, его начали считать основателемъ теоріи статутовъ; это невѣрно, потому что эта теорія принадлежитъ французскимъ юристамъ XVI вѣка и голландскимъ XVII вѣка. Но у него была своя теорія о статутахъ, которую не слѣдуетъ смѣшивать съ исторической теоріей статутовъ.

Бартолъ — одно изъ самыхъ громкихъ именъ въ юриспруденціи. Уроженецъ Сассоферато (1314), онъ уже 14 лѣтъ былъ студентомъ въ Перуджѣ, гдѣ рядъ лѣтъ слушалъ Чино. Въ Тоди и Пизѣ онъ былъ судьею, затѣмъ сдѣлался профессоромъ въ Пизѣ и окончилъ

---

[1]) Savigny, op. cit., VI, pp. 155 ss.

свою короткую жизнь († 1357) профессоромъ въ Перуджѣ. Объ его мнѣніяхъ долго передавали съ восторженнымъ изумленіемъ. Въ судебной практикѣ нѣсколькихъ столѣтій они пользовались чрезвычайнымъ авторитетомъ. Въ итальянскихъ университетахъ были каѳедры для объясненія его сочиненій на ряду съ римскими текстами и глоссами; въ Италіи и Португаліи его рѣшенія долгое время имѣли силу закона. Въ Германіи римское право было рецепировано въ оболочкѣ его комментаріевъ и сочиненій его ученика Бальда. Его называли кормчимъ и отцомъ юриспруденціи, княземъ законодателей, свѣточемъ права, чудомъ искусства. Правда, въ XVI вѣкѣ Куяцій называлъ его скверпѣйшимъ учителемъ (pessimus magister) и увѣрялъ, что онъ говоритъ только пустыя и глупыя вещи, когда отдаляется отъ Аккурсія; правда, Алціатъ находилъ, что его труды ничего не стоятъ, потому что римскіе законы нельзя понимать иначе, какъ зная языкъ, на которомъ они написаны, ихъ отношеніе къ нравамъ, обычаямъ, государственному устройству, зная исторію и литературу. Но Куяцій и Алціатъ были историки права, а Бартолъ создавалъ практическое право для своей эпохи, и потому его отношеніе къ римскимъ текстамъ и ихъ отношеніе къ нимъ были совершенно разныя. Отзывы и оцѣнка потомковъ не измѣняютъ его огромнаго значенія въ исторіи права. Это значеніе не исчерпывается цивилистикой; онъ оказалъ большое вліяніе на развитіе публичнаго международнаго права[1]) и международнаго уголовнаго права[2]). Наукѣ о конфликтахъ законовъ Бартолъ оставилъ страницы своего комментарія къ кодексу[3]).

Эти страницы могутъ быть раздѣлены на двѣ рѣзко отличающіяся части. Первая посвящена вопросу о томъ, простирается ли дѣйствіе мѣстнаго статута на пришлыхъ иностранцевъ. Здѣсь Бартолъ послѣдовательно разбираетъ правоотношенія, возникающія изъ договоровъ, деликтовъ и завѣщаній; здѣсь онъ все еще практикъ старой школы, только качественно отличающійся отъ Дурантиса или отъ Альберика да Рошате. Вторая часть комментарія посвящена вопросу о томъ, производятъ ли мѣстные статуты эффектъ внѣ своей территоріи. Здѣсь Бартолъ выступаетъ какъ теоретикъ: онъ беретъ отвлеченное понятіе статута и діалектически раскрываетъ его конфликтное содержаніе.

---

[1]) На русскомъ языкѣ объ этомъ превосходное изслѣдованіе В. Э. Грабаря, Римское право въ исторіи международноправовыхъ ученій, 1901 г. Также Woolf, Bartolus of Saxoferrato, 1913.

[2]) Meili, Bartolus als Haupt d. ersten Schule d. internat. Strafrechts, Zurich, 1908.

[3]) Bartolus, In primam Codicis partem Commentaria, см. перепечатку Meili въ Zeitschrift fur Intern. Privatrecht, Bd. IV.

Первая часть открывается изслѣдованіемъ правоотношеній изъ договора. Бартолъ беретъ казусъ: иностранецъ заключилъ договоръ въ Перуджѣ; изъ этого договора возникъ судебный споръ, который ведется въ родномъ городѣ иностранца. Статутъ какого изъ двухъ мѣстъ слѣдуетъ примѣнить? «Вопросы этого рода, говоритъ Бартолъ, весьма спорны; оставляя въ сторонѣ другія различенія, необходимо болѣе детально, чѣмъ это дѣлаютъ ученые обыкновенно, различать, о чемъ идетъ рѣчь». Возможно, во-первыхъ, что статутъ касается формы договора. Въ такомъ случаѣ рѣшаетъ мѣсто заключенія договора. Во-вторыхъ, возможно, что рѣчь идетъ о статутѣ, который касается процесса; тогда рѣшаетъ мѣсто, гдѣ находится судъ. Въ третьихъ, возможно, что споръ касается существа дѣла; тогда нужно вопросъ снова расчленить: а) Если спорятъ о такихъ обстоятельствахъ, которыя могли быть предусмотрѣны при заключеніи договора, то рѣшаетъ мѣсто договора: «подъ этимъ мѣстомъ, поясняетъ Бартолъ, я разумѣю то, гдѣ договоръ заключенъ, а не то, гдѣ назначено исполненіе». б) Если же спорятъ объ обстоятельствахъ, которыя возникли уже впослѣдствіи вслѣдствіе небрежности или просрочки должника, то нужно опять различать: α) если исполненіе назначено въ опредѣленномъ мѣстѣ, то рѣшаетъ мѣсто, гдѣ назначено исполненіе; β) если же исполненіе обѣщано въ нѣсколькихъ мѣстахъ альтернативно, съ правомъ выбора для истца, или γ) если мѣсто исполненія не указано вовсе, а обѣщаніе дано просто, то въ обоихъ этихъ случаяхъ рѣшаетъ мѣсто, гдѣ предъявлено требованіе, потому что здѣсь обнаружилась просрочка или небрежность.

Бартолъ не приводитъ никакихъ соображеній въ пользу своихъ рѣшеній; онъ только, какъ это дѣлалъ и Дурантисъ, ссылается на римскіе тексты, иногда на мнѣнія другихъ юристовъ XIII и XIV вѣковъ. Сами по себѣ эти рѣшенія — то въ пользу lex loci actus, то въ пользу lex fori, то въ пользу lex loci contractus, или lex loci solutionis — таковы, что и въ настоящее время они — одни общепризнаны, другія имѣютъ весьма многихъ сторонниковъ. Чтобы притти къ нимъ, Бартолъ подвигается впередъ путемъ расчлененія вопроса; онъ началъ съ одного и кончилъ семью. Это еще не діалектика и еще менѣе что-либо похожее на праздныя опредѣленія и ненужныя различенія схоластиковъ. Бартолъ не оперируетъ понятіями, а различаетъ вопросы; но то же сдѣлалъ бы и современный намъ юристъ, если бы началъ анализировать правоотношенія, которыя создаются фактомъ заключенія договора; и мы въ настоящее время не можемъ валить въ одну кучу вопросы о томъ, по какому закону обсудить

форму договора, по какому—процессуальныя правила, по какому,— содержаніе договора; по нѣкоторымъ вопросамъ теперь нѣкоторые даютъ иное рѣшеніе, чѣмъ Бартолъ, напр., послѣдствія просрочки обсуждаютъ по тому же закону, что и условія, предусмотрѣнныя при заключеніи договора, — такъ что практически различенія Бартола иногда излишни, но сами по себѣ эти различенія диктуются различіями между самими правоотношеніями. Бартолъ угадываетъ правильныя рѣшенія, но не мотивируетъ ихъ какими-либо разсужденіями; онъ заставляетъ только римскіе тексты подтверждать, что при коллизіи двухъ статутовъ компетентенъ тотъ, а не другой, когда на самомъ дѣлѣ тексты только содержатъ правила о томъ, какъ толковать договоръ, если въ немъ не все предусмотрѣно, или какъ быть при неполнотѣ процессуальныхъ правилъ, или какъ оцѣнить убытки и т. п. Сознавалъ ли Бартолъ, что дѣлаетъ натяжки, подтверждая римскими текстами нѣчто такое, чего они не имѣли вовсе въ виду? Во всякомъ случаѣ врядъ ли Бартолъ могъ дѣлать иначе, чтобы придать своимъ мнѣніямъ силу обязательныхъ нормъ.

Установивъ свои тезисы, Бартолъ обращается къ конкретнымъ примѣрамъ. Въ Ассизи статутъ постановляетъ, что мужъ, въ случаѣ смерти бездѣтной жены, получаетъ $^1/_3$ приданаго; въ Перуджѣ, откуда родомъ мужъ, статутъ отдаетъ ему въ этомъ случаѣ половину. Бракъ заключенъ въ Ассизи. Какой статутъ рѣшаетъ? Совершенно неожиданно Бартолъ отвѣчаетъ, что рѣшаетъ не статутъ Ассизи, а «несомнѣнно статутъ территоріи мужа». Но противорѣчія съ собственнымъ тезисомъ Бартолъ не видитъ, потому что въ пользу такого рѣшенія есть римскій текстъ (l. 65 D. 5, 1): приданое слѣдуетъ требовать обратно по мѣсту жительства мужа. Нужды нѣтъ, что римскій юристъ говорилъ не о коллизіи, а о подсудности; для Бартола — это законъ. И, такимъ образомъ, вмѣсто иллюстраціи къ тезису о компетентности статута мѣста заключенія договора, мы получаемъ новую конфликтную норму: имущественныя отношенія между супругами регулируются при раздѣлѣ закономъ мѣстожительства или происхожденія мужа.

Второй казусъ. Въ Перуджѣ статутъ опредѣляетъ срокъ для погасительной давности въ 10 лѣтъ. Флорентинецъ далъ взаймы въ римской куріи 100 подъ условіемъ возвращенія въ Перуджѣ; «нѣтъ сомнѣнія, что если онъ молчалъ въ теченіе 10 лѣтъ, то слѣдуетъ примѣнить статутъ Перуджи, гдѣ проявлена небрежность». Такъ подтверждается тезисъ, что непредвидѣнныя послѣдствія договора опредѣляются закономъ мѣста исполненія.

Съ той же детальностью Бартолъ расчленяетъ вопросъ о д е л и к т а х ъ, — вопросъ, на которомъ останавливался и Фаберъ. Ино-

странецъ совершилъ проступокъ въ Перуджѣ; будетъ ли онъ наказанъ по ея статуту? Надо различать. Проступокъ можетъ быть предусмотрѣнъ общимъ правомъ страны; тогда виновный подлежитъ наказанію по статуту. Или же проступокъ общимъ правомъ страны не предусмотрѣнъ. Тогда нужно различать. 1) Возможно, что иностранецъ такъ давно живетъ въ Перуджѣ, что онъ долженъ былъ знать о статутѣ; въ такомъ случаѣ онъ подлежитъ наказанію. 2) Возможно, что онъ тамъ недавно. Въ такомъ случаѣ надо опять различать: а) возможно, что дѣяніе таково, что оно одинаково запрещено во всѣхъ государствахъ, напр. въ Италіи повсемѣстно запрещается вывозъ зерна за границу (за предѣлы городской общины) безъ разрѣшенія властей; тогда нельзя оправдываться невѣдѣніемъ; б) возможно, что дѣяніе не такъ всеобще запрещено; тогда иностранецъ отвѣтствуетъ только, если зналъ о запрещеніи. Всѣ эти рѣшенія даются Бартоломъ кратко и авторитетно, какъ велѣнія законодателя, безъ малѣйшей попытки обосновать ихъ какими-либо соображеніями, кромѣ ссылокъ на римскіе тексты и на мнѣнія другихъ юристовъ.

Изслѣдованіе вопроса о значеніи мѣстнаго статута для з а в ѣ щ а н і я иностранца пріурочивается Бартоломъ къ обычаю Венеціи, по которому завѣщаніе дѣйствительно при двухъ или трехъ свидѣтеляхъ. Имѣетъ ли силу завѣщаніе, составленное по этой формѣ въ Венеціи иностранцемъ? Предварительно нужно рѣшить, имѣетъ ли законную силу самый обычай. По этому поводу обнаруживаются политическія воззрѣнія Бартола. Онъ полемизируетъ съ Яковомъ де Арена (профессоръ въ Падуѣ 1266 и въ Неаполѣ 1296), который ставилъ дѣйствительность обычая въ зависимость отъ разрѣшенія императора, т.-е. германскаго преемника Карла В. и Гогенштауфеновъ: самъ по себѣ, разсуждалъ Яковъ, обычай дуренъ, потому что требованіе 7 свидѣтелей установлено во избѣжаніе подлоговъ; но если обычай введенъ съ согласія императора, напр. въ силу дарованной Венеціи спеціальной привилегіи, то онъ имѣетъ силу. Бартолъ уже не признаетъ верховенства германскаго императора и считается съ политической независимостью отдѣльныхъ итальянскихъ государствъ, въ особенности Венеціи, которая никогда и не входила въ составъ имперіи. И потому онъ говоритъ: я считаю, что статутъ или обычай имѣетъ силу, хотя бы императоръ ничего не зналъ о его введеніи. Но мотивируетъ онъ это не политическими соображеніями, а опираясь на потребности самой жизни; правда, при этомъ онъ чуть-чуть вдается и въ схоластику, но существа дѣла это не портитъ. Для дѣйствительности письменнаго завѣщанія, говоритъ онъ, нужна публикація; но это — форма,

которую статутъ можетъ облегчить и измѣнить. Далѣе, по римскому праву отецъ можетъ завѣщать дѣтямъ при двухъ свидѣтеляхъ, а потому (?!) и отечество можетъ распорядиться относительно подданныхъ, потому что его власть въ l. 2 D. de j. et jur. 1, 1 (parentibus et patriae pareamus) приравнивается къ власти отца. И затѣмъ, нѣтъ запрещенія издавать такого рода статуты, значитъ статутъ дозволенъ. Послѣ этихъ блѣдныхъ разсужденій Бартолъ говоритъ, наконецъ, то, что исчерпываетъ вопросъ: «нечего говорить о статутѣ, будто онъ не обдуманъ; напротивъ, онъ и полезенъ, и хорошъ, и полонъ благорасположенія: онъ беретъ во вниманіе и интересы завѣщателя, какъ это дѣлали римляне для завѣщаній солдатъ; и интересы наслѣдниковъ, какъ это дѣлали римляне для завѣщаній въ пользу дѣтей; и интересы свидѣтелей, чтобы не отрывать ихъ отъ собственныхъ дѣлъ». Итакъ, статутъ самъ по себѣ силу имѣетъ. Но простирается ли онъ на иностранцевъ? Это, говоритъ Бартолъ, зависитъ отъ того, говоритъ ли статутъ «просто и неопредѣленно», или «ограничиваетъ личность гражданъ». Въ первомъ случаѣ онъ касается и иностранцевъ, потому что относится къ сферѣ добровольной подсудности.

Нѣтъ интереса продолжать изложеніе первой части комментарія Бартола. И то, что приведено, достаточно показываетъ, что въ поискахъ наиболѣе пригодной коллизіонной нормы онъ шелъ по единственно правильному пути разложенія правоотношенія на его элементы; для каждаго элемента онъ отыскивалъ его болѣе тѣсную привязку къ территоріи. Онъ дѣлалъ то самое, что дѣлаютъ и современные намъ юристы, послѣдователи ученія Савиньи или теоріи дѣйственнаго статута.

Иного характера вторая часть комментарія; здѣсь изложена придуманная Бартоломъ теорія. Самая постановка вопроса предрѣшаетъ способъ его разрѣшенія. «Простираютъ ли статуты свой эффектъ за предѣлы территоріи?» спрашиваетъ Бартолъ. Отвѣтъ, который ничего не говоритъ, но способенъ удовлетворить діалектика, напрашивается самъ собою: одни—простираютъ, другіе—нѣтъ. И Бартолъ ступаетъ на путь различеній. Отвѣтъ былъ бы иной, если бы онъ формулировалъ вопросъ такъ: по какому изъ двухъ статутовъ, мѣстному или чужеземному, слѣдуетъ обсуждать правоотношеніе, если въ немъ участвуетъ тотъ или другой чужеземный элементъ? Тогда Бартолъ продолжалъ бы вращаться въ кругу жизненныхъ явленій. Вмѣсто того онъ поддался вліянію схоластики и взялъ за исходную точку своихъ разсужденій п о н я т і е статута.

Статуты бываютъ двухъ родовъ: одни запрещаютъ, другіе дозволяютъ. Для насъ теперь сразу ясна вся опасность такого дѣ-

ленія; мы теперь отлично понимаемъ, что оно безплодно въ смыслѣ познанія содержанія закона, потому что о всякомъ законѣ можно сказать, что онъ и запрещаетъ, и дозволяетъ; все зависитъ отъ того, станемъ ли мы на точку зрѣнія субъекта, котораго защищаетъ законъ, или на точку зрѣнія того, противъ кого субъектъ защищается. Бартолъ этого не замѣтилъ и продолжаетъ.

Онъ говоритъ сперва о статутахъ запрещающихъ. Мотивъ для запрещенія можетъ лежать или въ формѣ акта, или въ вещи, или въ лицѣ.

Вотъ примѣръ статута о формѣ акта: завѣщаніе нельзя составлять иначе, какъ при участіи двухъ нотаріусовъ. Такой статутъ не простирается за предѣлы территоріи своего законодателя, «потому что въ отношеніи формъ мы всегда считаемся съ мѣстомъ совершенія акта, будь то договоръ или завѣщаніе».

Примѣръ статута о вещи: супругамъ запрещается продавать другъ другу свои вещи. Такой статутъ касается вещи, препятствуетъ переходу собственности, и потому распоряженіе вещью не имѣетъ силы, все равно, въ какомъ мѣстѣ оно будетъ сдѣлано.

Обращаемся къ статутамъ о лицѣ. Здѣсь нужно различать: запрещеніе бываетъ изъ благорасположенія и отъ вражды. Вотъ примѣры статутовъ, запрещающихъ изъ расположенія къ лицу, ради его защиты: «моложе 25 лѣтъ нельзя составлять завѣщанія»; мотивъ запрещенія тотъ, что несовершеннолѣтній завѣщатель можетъ легко сдѣлаться жертвой обмана. Или: «мужъ не можетъ завѣщать женѣ, и обратно;» мотивъ запрещенія въ томъ, что подъ видомъ взаимной любви можно супруга обобрать. Такого рода запрещающіе статуты распространяются на гражданина государства, чей статутъ, куда бы онъ ни отправился. А вотъ примѣръ статута, запрещающаго по враждебнымъ соображеніямъ, — статута одіознаго: «замужняя дочь не наслѣдуетъ». Такого рода статуты, наоборотъ, не распространяются на имущества, лежащія за границей.

Остановимся на этихъ «запрещающихъ» статутахъ. Насколько все здѣсь произвольно! Почему статутъ о двухъ нотаріусахъ запрещающій? Бартолъ совершенно правильно полагаетъ, что за границей не должны примѣнять законъ, который на своей территоріи устанавливаетъ для завѣщаній такую форму, просто потому, что каждая страна самостоятельно опредѣляетъ, какія формы достаточны для удостовѣренія сдѣлокъ. Но самый статутъ можно съ одинаковымъ основаніемъ называть дозволяющимъ, потому что онъ позволяетъ завѣщать при двухъ нотаріусахъ, и запрещающимъ, потому что одного нотаріуса недостаточно. Рѣшеніе Бартола вѣрно, но теоретическое обоснованіе его ничего не стоитъ.

Правда, статутъ, запрещающій супругамъ взаимныя продажи, обязателенъ для нихъ повсемѣстно, такъ что, куда бы они ни уѣхали, они отъ дѣйствія такого статута не уйдутъ. Но почему? потому ли, что статутъ запрещающій, или потому, что онъ касается права на вещи, находящіяся въ отечествѣ супруговъ? Бартолъ самъ говоритъ, что причина въ послѣднемъ. Въ такомъ случаѣ какой смыслъ вводить такой статутъ въ одну рубрику со статутомъ о двухъ нотаріусахъ, который только необязателенъ за границей?

Совсѣмъ не выдерживаетъ критики дѣленіе статутовъ на благорасположенные и враждебные. Всякій законъ чьи-нибудь интересы да ограждаетъ и въ то же время удерживаетъ всѣхъ другихъ отъ нарушенія этихъ интересовъ. Но даже если бы самое дѣленіе было возможно, критерій для отнесенія закона въ ту, а не иную группу остается неуловимымъ. Развѣ законъ, запрещающій малолѣтнему завѣщать, проникнутъ благорасположеніемъ къ нему? Вѣдь послѣ смерти ему самому ничего не нужно; почему не сказать, что этотъ законъ благопріятенъ для родственниковъ, которыхъ малолѣтній не можетъ лишить наслѣдства ab intestato, но что для самого малолѣтняго онъ только стѣснителенъ, т.-е. враждебенъ ему? А законъ, запрещающій наслѣдованіе замужней дочери, правда, враждебенъ ей; но зато, вѣдь, онъ полезенъ ея братьямъ и незамужнимъ сестрамъ. Мы видимъ, такимъ образомъ, яркіе образцы схоластическаго направленія мысли: вмѣсто того, чтобы объяснять свои рѣшенія соображеніями, взятыми изъ потребностей современнаго ему общества, изъ организаціи землевладѣнія, изъ строя семьи, Бартолъ ищетъ объясненія въ такихъ понятіяхъ, какъ расположеніе и вражда, которыя не могутъ быть опредѣлены внѣ субъективныхъ условій обнаруженія соотвѣтствующихъ имъ чувствъ. Въ оправданіе Бартола можно, однако, указать на то, что нѣмецкій юристъ, жившій послѣ него на 350 лѣтъ, Герціусъ, повторялъ его дѣленіе статутовъ на благопріятствующіе и одіозные[1]).

Отъ запрещающихъ статутовъ Бартолъ обращается къ дозволяющимъ. Читатель узнаетъ съ изумленіемъ, что къ нимъ принадлежитъ статутъ, въ силу котораго лицо назначено нотаріусомъ. Вопросъ ставится о томъ, можетъ ли этотъ нотаріусъ совершать акты за границей. Бартолъ отвѣчаетъ отрицательно, но оговаривается, что акты, составленные нотаріусомъ на своей территоріи, будутъ пользоваться довѣріемъ и за границей. Для насъ теперь это труизмъ; тогда это было ново, и Бартолъ доказывалъ это только ссылкою на аналогію съ римскимъ правиломъ о томъ, что эмансипація,

[1]) Hertius, Commentationem atque opusculorum vol. I, Francofurti, 1716, p. 209.

сдѣланная предъ компетентнымъ судьею, имѣетъ силу повсемѣстно. Но во имя чего другого, кромѣ схемы, подсказанной діалектикой, статутъ названъ дозволяющимъ? что можемъ мы заключить для рѣшенія конфликта изъ того, что нотаріусу позволено функціонировать въ своей странѣ? Можетъ казаться, что съ бо̀льшимъ основаніемъ Бартолъ относитъ къ дозволяющимъ статутамъ такой, который «устраняетъ какое-либо формальное препятствіе», или который «устраняетъ ограниченіе личнаго свойства»; но и здѣсь схема ни на что не нужна, потому что въ конкретномъ случаѣ рѣшеніе основывается вовсе не на томъ, что статутъ названъ дозволяющимъ. Бартолъ отлично для своей эпохи объясняетъ, почему статутъ о формѣ можетъ имѣть эффектъ за границей, а статутъ, дозволяющій узаконеніе, не можетъ имѣть значенія за границей для перехода къ узаконенному наслѣдства въ недвижимости: первый «не вредитъ иностранному государству», второй «вторгается въ сферу господства этого государства». Но вывѣска «дозволяющій статутъ» ничего ровно не говоритъ о томъ, что за ней скрывается.

Къ изслѣдованію о дозволяющихъ статутахъ Бартолъ пристегиваетъ разсмотрѣніе вопроса о конфликтной нормѣ для наслѣдованія ab intestato; критерій, придуманный имъ для отысканія этой нормы, создалъ ему большую, но незавидную извѣстность; въ XVI вѣкѣ изъ-за этого критерія надъ нимъ издѣвались, словно онъ всѣхъ поразилъ своею глупостью. «Въ Англіи существуетъ обычай, по которому всѣ имущества достаются по наслѣдству старшему сыну; умеръ нѣкто, оставивъ имущества въ Англіи и въ Италіи; какъ быть?» «Мнѣ кажется, говоритъ Бартолъ, что нужно внимательно вчитываться въ слова статута или обычая. Возможно, что въ этихъ словахъ содержится распоряженіе вещью, напр., «имущества умирающихъ пусть достаются старшему»; въ этомъ случаѣ я всѣ имущества присужу согласно статуту мѣста, гдѣ вещи находятся, потому что законъ касается (jus afficit) самихъ вещей, все равно, владѣетъ ли ими гражданинъ или иностранецъ. Но возможно, что въ словахъ статута содержится распоряженіе о лицѣ, напр., «пусть наслѣдуетъ старшій»; тогда одно изъ двухъ: если умершій былъ иностранецъ, но имѣлъ въ Англіи владѣнія, то статутъ на него и его сыновей не распространяется, потому что вообще распоряженіе, касающееся лицъ, не распространяется на иностранцевъ; если же умершій былъ англичанинъ, то старшій наслѣдуетъ въ томъ имуществѣ, которое осталось въ Англіи, а прочее поступаетъ въ раздѣлъ между всѣми дѣтьми согласно общему праву. И вотъ почему: можно взглянуть на такой статутъ, какъ на о д і о з н ы й, потому что онъ изданъ въ ущербъ остальнымъ сыновьямъ; и можно, наоборотъ,

взглянуть на него, какъ на дозволяющій, потому что онъ устраняетъ препятствіе для старшаго со стороны его братьевъ; но, какъ ни смотрѣть на него, онъ, согласно тому, что объяснено выше объ одіозныхъ и о дозволяющихъ статутахъ, не распространяется на имущества, находящіяся за границей, и не имѣетъ тамъ значенія». Впослѣдствіи, когда Бартола перестали читать, начали увѣрять[1]), будто все его ученіе сводилось къ такой нелѣпости, будто важно только знать, съ какого слова начинается текстъ закона — съ названія вещи или съ названія лица; въ первомъ случаѣ законъ не имѣетъ экстратерриторіальнаго значенія, во второмъ имѣетъ его. Ясно, однако, что Бартолъ говорилъ совсѣмъ не то, что ему приписывали: не то важно для него, съ какого слова начинается текстъ закона, а то, на что падаетъ удареніе законодателя, т.-е. въ концѣ концовъ рѣшаетъ толкованіе текста. Въ этомъ не было ничего смѣшного или нелѣпаго, а то, что было въ этомъ пріемѣ пскапія конфликтной нормы ошибочнаго, этого не могли замѣтить не только насмѣшники, но не замѣтятъ и весьма многіе изъ современныхъ намъ юристовъ. Бартолъ думалъ найти конфликтную норму (lex rei sitae или lex originis) въ матеріальноправовомъ содержаніи закона безъ отношенія къ его территоріальной привязкѣ. Между тѣмъ изъ того, что законъ говоритъ: «пусть наслѣдуетъ старшій сынъ» (матеріальноправовое содержаніе закона), не слѣдуетъ вовсе, что конфликтная норма требуетъ примѣненія именно этого закона: если въ законодательствѣ не признается правило lex rei sitae (а исторія права знаетъ, что оно не всегда признается, напр., неофранцуженныя земли въ алжирскомъ Теллѣ подлежатъ дѣйствію личнаго статута собственника)[2]), то одно толкованіе текста закона ничего не дастъ; для того же, чтобы дѣйствовало конфликтное правило lex rei sitae, нужно, чтобы законодатель изъ двухъ привязокъ правоотношенія: чрезъ лицо наслѣдодателя и чрезъ мѣсто нахожденія имущества,—признавалъ болѣе важнымъ второе, а не первое. Эта ошибка была продолженіемъ схоластическаго пріема — объяснять жизненное явленіе изъ содержанія понятія. Вмѣсто того, чтобы сказать, почему важно, чтобы наслѣдованіе въ недвижимостяхъ опредѣлялось по lex rei sitae, Бартолъ успокаивается на причисленіи статута къ одіознымъ или къ дозволяющимъ. Онъ даетъ рѣшеніе конфликта, которое не только отвѣчало потребностямъ его эпохи зарожденія капиталистическаго накопленія и преобла-

[1]) Со словъ Дюмулена и Д'Аржантре, Froland, Mémoires sur les statuts, I, pp. 29 ss.; Bouhier, Observations sur la coutume de Bourgogne, Oeuvres, I, p. 660.

[2]) Arminjon, Le droit international privé dans les pays de l'Islam, J. Clunet, 1913, p. 815 s.

данія земельныхъ цѣнностей въ народной экономіи, но которое и въ настоящее время представлено въ рядѣ законодательствъ, но мотивировать это рѣшеніе онъ можетъ, или притянувъ за волосы римскій источникъ, или обратившись къ діалектикѣ. Плохая манера, однако, не умаляетъ цѣнности интуиціи.

Центръ тяжести всей работы Бартола лежитъ не въ его теоретическихъ построеніяхъ: къ нимъ скептически отнесся уже его собственный ученикъ, Бальдъ. Ея значеніе въ томъ, что она даетъ рядъ отчетливо формулированныхъ коллизіонныхъ нормъ, изъ которыхъ всѣ болѣе или менѣе усвоены всей послѣдующей юриспруденціей и живутъ въ законодательствахъ или въ судебной практикѣ нашего времени. Потомки ушли далеко впередъ въ идеологическомъ обоснованіи этихъ нормъ; но въ умѣніи угадывать, что̀ наиболѣе соотвѣтствуетъ природѣ правоотношенія, Бартолъ остается достойнымъ ученикомъ римскихъ юристовъ и образцомъ для лучшихъ изъ современныхъ намъ. Можно скорѣе пожертвовать всѣмъ, что написали многіе французы, голландцы и нѣмцы XVI—XIX вѣковъ, чѣмъ обойтись безъ обращенія къ комментарію Бартола.

VI.

Теорія о статутахъ, придуманная Бартоломъ, была только небольшимъ эпизодомъ въ его изслѣдованіи. Незначительную роль она играла и въ комментаріи Бальда, который въ остальномъ явился типичнымъ представителемъ схоластической діалектики въ юриспруденціи.

Уроженецъ Перуджи, Бальдъ (Baldus de Ubaldis, 1327—1400) учился римскому праву у Бартола[1]); говорятъ, что онъ еще мальчикомъ смутилъ своего учителя какимъ-то замѣчаніемъ; 17-ти лѣтъ онъ сдѣлался докторомъ и затѣмъ былъ профессоромъ послѣдовательно въ Болоньѣ, Перуджѣ, Пизѣ, Флоренціи, Падуѣ и Павіи. Онъ принималъ участіе и въ общественныхъ дѣлахъ своего родного города, какъ его посланникъ и какъ юрисконсультъ важнѣйшихъ цеховъ; кромѣ того онъ писалъ консультаціи папамъ въ эпоху великаго церковнаго раскола послѣ Авиньонскаго плѣненія. Его комментаріи къ римскимъ источникамъ доставили ему извѣстность почти равную съ Бартоломъ; и въ насмѣшкахъ позднѣйшаго времени эти два имени ставились рядомъ. Правда, написаны его комментаріи варварскимъ латинскимъ языкомъ. Но ни этотъ языкъ, ни схоластическіе пріемы не препятствуютъ тому, чтобы Бальдъ былъ

[1]) Savigny, op. cit., VI, pp. 233 ss.

все-таки превосходный юристъ и чтобы въ литературѣ конфликтнаго права его работѣ принадлежало одно изъ самыхъ почетныхъ мѣстъ[1]).

Главное содержаніе его комментарія—статуты о лицахъ. Съ самаго начала онъ отдаетъ дань схоластической манерѣ подходить къ предмету изслѣдованія при помощи различеній: «каждый статутъ постановляетъ или о лицахъ, или о вещахъ, или объ искахъ»; «о лицахъ статутъ можетъ постановлять трояко: онъ можетъ дѣлать недѣеспособнаго способнымъ,—напр., статутъ предоставляетъ женщинѣ право быть опекуншей своихъ братьевъ; или статутъ можетъ, наоборотъ, дѣлать дѣеспособнаго неспособнымъ,—напр., статутъ запрещаетъ женщинѣ быть опекуншей; или статутъ можетъ обусловливать дѣеспособность соблюденіемъ извѣстной формы, — напр., женщина можетъ заключать договоры только съ согласія родственниковъ. Затѣмъ Бальдъ бросаетъ это различеніе и ставитъ два кардинальныхъ вопроса конфликтнаго права: «можетъ ли статутъ расширять и ограничивать на своей территоріи способность иностранца?» и «сопутствуетъ ли статутъ своему подданному за границу?» Отвѣты Бальда чрезвычайно важны для исторіи доктрины о личномъ статутѣ[2]). Послѣ того, «чтобы все сказанное стало яснѣе», онъ беретъ схему Бартола — статуты дозволяютъ, запрещаютъ (и наказываютъ)[3]) и предупреждаетъ, что относительно каждаго статута онъ разсмотритъ сперва его с у щ е с т в о, т.-е. имѣетъ ли онъ силу закона, и затѣмъ его э к с т р а т е р р и т о р і а л ь н ы й э ф ф е к т ъ. Порицателямъ схоластики можно бы предложить обойтись безъ такого различенія.

Какъ первый примѣръ дозволяющаго статута, Бальдъ беретъ статутъ Перуджи, по которому отецъ можетъ при отсутствіи законныхъ сыновей назначить своимъ наслѣдникомъ внѣбрачнаго сына (spurius). Сперва нужно рѣшить, имѣетъ ли этотъ статутъ силу закона. Бальдъ приводитъ аргументы противниковъ и защитниковъ статута, по пяти съ каждой стороны. Противъ статута: 1) римское право запрещаетъ назначать внѣбрачныхъ; дозволить это могъ бы только императоръ, а не кто-либо ниже его; 2) узаконить внѣбрачнаго статутъ не можетъ; а такъ какъ эффектъ узаконенія — наслѣдованіе, то статутъ не можетъ предоставлять и права наслѣдованія, «подобно тому какъ врачъ не можетъ вылѣчить

---

[1]) B a l d u s, Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis librum, см. перепечатку M e i l i въ «Zeitschrift fur Intern. Privatrecht», Bd. IV.

[2]) См. объ этомъ въ статьѣ «Коллизіонныя нормы въ юриспруденціи XIV—XX вѣка о состояніи лица», «Юридич. Вѣстн». 1914 г., VII—VIII.

[3]) Значительная часть комментарія Бальда говоритъ о третьей категоріи статутовъ, — н а к а з ы в а ю щ и х ъ; эта часть важна для международнаго уголовнаго права.

больного, не устранивъ причину болѣзни»; 3) статутъ самого императора не можетъ имѣть значенія, если въ немъ не сказано прямо, что онъ обязателенъ, несмотря на такой-то законъ; тѣмъ менѣе можетъ имѣть силу статутъ, противорѣчащій цивильному праву; 4) допустить назначеніе внѣбрачныхъ значитъ поощрять отцовъ къ грѣху. Въ защиту статута: 1) статутъ постановляетъ объ имуществѣ, а распоряженіе имъ зависитъ отъ власти, которая издаетъ статутъ; 2) статутъ противорѣчитъ не естественному праву, а только фикціи цивильнаго права, потому что, пока природа властвовала надъ людьми, всѣ рождались законными; это не опровергается замѣчаніемъ, что статутъ поощряетъ къ грѣху: если бы это было такъ, то и императоръ не могъ бы постановлять этого. Самъ Бальдъ становится на сторону противниковъ статута, т.-е. статутъ не имѣетъ силы потому, что издающій его превышаетъ свою власть, и потому еще, что статутъ противорѣчитъ добрымъ нравамъ, въ особенности, если остались законныя дѣти, потому что написано, что «да не будетъ сынъ рабыни наслѣдникомъ рядомъ съ сыномъ свободной», т.-е. сынъ наложницы вмѣстѣ съ сыномъ отъ законнаго брака, «хотя въ св. Писаніи тѣ слова имѣютъ иное значеніе».

Но допустимъ, продолжаетъ Бальдъ, что статутъ имѣетъ силу закона. Спрашивается, будетъ ли назначеніе внѣбрачнаго наслѣдникомъ распространяться на имущество, находящееся внѣ территоріи издавшаго статутъ? Если искать отвѣта въ римскихъ текстахъ, то мы найдемъ рѣшенія и за, и противъ; и потому Бальдъ рѣшаетъ самостоятельно: 1) издающій статутъ не имѣетъ власти внѣ своей территоріи; поэтому за границей дѣйствуетъ общее право, «подобно тому какъ родъ предопредѣляетъ и видъ, если только не установлено исключеніе изъ рода»; 2) право назначенія наслѣдникомъ внѣбрачнаго предоставлено властью, которая ниже императорской, и потому она ограничивается территоріей той власти; и, наконецъ, 3) и самъ императоръ можетъ узаконить только въ отношеніи имуществъ, лежащихъ на его собственной территоріи. И Бальдъ мотивируетъ свое отрицаніе силы статута за границей такъ, что вдругъ среди вороха схоластическихъ разсужденій и запутанныхъ политическихъ мыслей встрѣчается истинный перлъ: «когда дѣло идетъ объ установленіи на основаніи статута новаго права, то издатели статутовъ ничего не могутъ за предѣлами, которыми ихъ юрисдикція реально ограничивается, т.-е. внѣ своей территоріи; иначе, если дѣло идетъ объ осуществленіи пріобрѣтеннаго права». Въ этихъ словахъ схвачена основная идея всего конфликтнаго права: благопріобрѣтенныя

права подлежать защитѣ, не взирая на то, что правоотношеніе перемѣстилось на другую территорію.

Другой примѣръ дозволяющаго статута — «подвластный сынъ можетъ завѣщать». Бальдъ рѣшаетъ, что статутъ не имѣетъ значенія для иностранцевъ; «даю правило: статутъ не можетъ расширять способность не-подданнаго». Это — существо (?); а теперь посмотримъ эффектъ, — распространяется ли завѣщаніе, основанное на такомъ статутѣ, на имущество, находящееся внѣ территоріи? Вслѣдъ за Бартоломъ Бальдъ отвѣчаетъ отрицательно.

Третій примѣръ — статутъ даетъ священнику право функціонировать на правахъ нотаріуса. Бальдъ рѣшаетъ, что статутъ дѣйствителенъ; что же касается эффекта, то акты, совершенные этимъ священникомъ «въ дозволенномъ мѣстѣ», дѣйствительны повсемѣстно; но внѣ своей территоріи онъ не можетъ совершать акты, которые были бы дѣйствительны въ другомъ мѣстѣ. Бальдъ даетъ чисто схоластическія объясненія обоихъ правилъ: въ первомъ случаѣ «ratio» та, что «право доказательства коренится въ самомъ началѣ», а во второмъ — та, что «дефектъ присущъ въ самомъ началѣ»; на этотъ разъ юристъ не замѣчаетъ, что вмѣсто объясненія онъ только даетъ тавтологію.

Четвертый примѣръ дозволяющаго статута — «старшій сынъ можетъ наслѣдовать съ устраненіемъ прочихъ дѣтей». Здѣсь отъ схоластика вдругъ не остается и слѣда, и мы получаемъ разсужденіе, достойное классическихъ юристовъ: «Такой статутъ имѣетъ силу, лишь бы только младшія дѣти имѣли алименты, потому что по естественному праву они не могутъ притязать на большее; и таковъ обычай въ странахъ, гдѣ раздѣлъ имуществъ имѣлъ бы послѣдствіемъ ослабленіе престижа власти». Обращаясь къ вопросу объ эффектѣ, Бальдъ приводитъ казусъ: у нѣкоего барона много помѣстій (castra) во Франціи и въ Ломбардіи; тамъ дѣйствуетъ кутюмъ, здѣсь общее право. Баронъ, на основаніи французскаго кутюма, назначилъ наслѣдникомъ старшаго; достанутся ли послѣднему и ломбардскія имѣнія? Бальдъ отвѣчаетъ: если завѣщаніе составлено въ соотвѣтствіи съ требованіями римскаго права, то наслѣдникъ эти ломбардскія имѣнія получитъ; если же завѣщаніе удовлетворяетъ только правиламъ французскаго кутюма, напр., участвовало только два свидѣтеля, то мнѣнія расходятся; самъ Бальдъ думаетъ, что завѣщаніе произведетъ свой эффектъ, потому что «разъ титулъ правиленъ, то и эффектъ нераздѣленъ». «Ничего не стоитъ» мнѣніе, будто рѣшаетъ мѣсто вступленія въ наслѣдство, потому что «вступленіе зависитъ не отъ себя, а отъ назначенія». Но что, если отецъ умеръ безъ завѣщанія? Одни го-

ворятъ, что будетъ то же, что и при завѣщаніи, потому что наслѣдованіе ab intestato какъ бы восполняетъ невыраженную волю наслѣдодателя; другіе, напротивъ, что здѣсь дѣло идетъ не о лицѣ, а о пріобрѣтеніи, и потому рѣшаетъ мѣсто нахожденія наслѣдственнаго имущества. Бальдъ присоединяется къ послѣднему мнѣнію; «ссылка же на молчаливое завѣщаніе есть только фикція, которая не даетъ титула завѣщаннаго». Слѣдовательно, во французскихъ помѣстьяхъ наслѣдуетъ старшій одинъ, а въ ломбардскихъ всѣ дѣти поровну, при чемъ старшій не обязанъ зачесть при раздѣлѣ то, что они получилъ во Франціи.

Покончивъ съ дозволяющими статутами, Бальдъ переходитъ къ запрещающимъ. Первый примѣръ. Статутъ запрещаетъ женѣ дѣлать отказы въ пользу мужа. Дѣйствителенъ ли такой статутъ? Говорятъ, что нѣтъ, потому что онъ противенъ добрымъ нравамъ. Вѣрнѣе обратное: статутъ дѣйствителенъ, потому что разуменъ: не надо, чтобы мужъ могъ силою заставить жену завѣщать въ его пользу. Теперь объ эффектѣ: жена отказала мужу вещь, находящуюся на чужой территоріи; дѣйствителенъ ли этотъ отказъ? Бартолъ рѣшалъ, что нѣтъ, потому что статутъ благопріятствующій, а потому способенъ имѣть эффектъ и за границей. Но какъ, спрашиваетъ Бальдъ, можетъ быть благопріятнымъ то, что отнимаетъ свободу завѣщательныхъ распоряженій? То, что благопріятствуетъ между живыми, напр., запрещеніе дареній между супругами, то одіозно при завѣщаніяхъ. И потому завѣщаніе жены дѣйствительно по отношенію къ имуществу, оставшемуся послѣ нея за границей.

Другой примѣръ. Статутъ гласитъ, что замужняя дочь при сынѣ не наслѣдуетъ. Такой статутъ дѣйствителенъ, потому что онъ изданъ ради сохраненія семейнаго престижа, что важно для государства. Но можетъ ли такая обойденная по статуту дочь наслѣдовать въ имуществѣ, лежащемъ за границей? Бартолъ говорилъ, что да, потому что это статутъ одіозный, ибо его постановленіе противно естественному разуму и потому подлежитъ ограничительному примѣненію. Я же, возражаетъ Бальдъ, нахожу, что этотъ статутъ не одіозный; въ немъ есть и одіозность, и расположенность; скорѣе онъ диктуется расположеніемъ. Однако, и я думаю, что за границей этотъ статутъ непримѣнимъ, если тамъ законъ постановляетъ противное.

Такъ Бальдъ въ обоихъ случаяхъ, и по вопросу о содержаніи завѣщанія и по вопросу о наслѣдованіи ab intestato, высказывается интуитивно за lex rei sitae.

Изложеннаго достаточно для характеристики Бальда. Схоластическихъ, если позволено такъ выразиться, выходокъ у него

больше, чѣмъ у Бартола, но теоріи своего учителя онъ не принялъ: для него дѣленіе на дозволяющіе и запрещающіе статуты не больше, какъ программа для размѣщенія вопросовъ, касающихся отдѣльныхъ правоотношеній. Изъ того, что статутъ дозволяющій, а не запрещающій, или обратно, онъ никакого вывода не дѣлаетъ. Основаній, почему компетентенъ тотъ, а не другой законъ, онъ ищетъ не только въ однихъ діалектическихъ, часто пустопорожнихъ разсужденіяхъ, но и въ общественныхъ отношеніяхъ своей эпохи, въ природѣ семейственныхъ правоотношеній, въ естественно-правовыхъ представленіяхъ. Конфликтныя нормы не выводятся имъ изъ понятія статута, а подбираются для отдѣльныхъ правоотношеній. Этимъ онъ выгодно отличается и отъ французскихъ статутаріевъ XVI вѣка, потому что онъ не задается вопросомъ, какой статутъ вещный, какой личный, какой о дѣйствіяхъ, а спрашиваетъ прямо, имѣетъ ли законъ, регулирующій правоотношеніе въ одной странѣ, экстратерриторіальное значеніе, т.-е. какимъ закономъ регулируется отношеніе съ заграничной привязкой. Въ такой постановкѣ вопроса нѣтъ ничего схоластическаго. Школа привила ему дурные вкусы, но не убила его тонкаго юридическаго ума. У него встрѣчаются фразы, поражающія глубиною проникновенія въ суть вещей. Такъ, всѣмъ современнымъ юристамъ, спорящимъ о томъ, въ чемъ заключается принципъ территоріальности, слѣдовало бы запомнить двѣ строки Бальда: статутъ можетъ расширять способность лица и за границей для такихъ дѣйствій частнаго права, «при которыхъ мы не беремъ во вниманіе территорію, развѣ разумъ закона кладетъ вѣсъ на территорію». Это значитъ, что фактъ нахожденія на территоріи самъ по себѣ еще не имѣетъ значенія элемента правоотношенія; нужно особое постановленіе права для того, чтобы привязка къ территоріи превратилась изъ бытового элемента въ юридическій.

VII.

Мы не будемъ останавливаться на младшемъ современникѣ Бальда, Варѳоломеѣ а Саличето, бывшемъ профессоромъ въ Болоньѣ и въ Падуѣ и умершемъ въ 1412 г.; въ свое время его называли «монархомъ юриспруденціи». Въ конфликтномъ правѣ онъ не имѣетъ особаго значенія, если не считать, что въ отличіе отъ Бартола и Бальда онъ предлагалъ наслѣдованіе ab intestato рѣшать не по lex rei sitae, а по отечественному закону наслѣдодателя. Кромѣ этого вопроса его интересовали все тѣ же проблемы о конфликтахъ статутовъ о договорахъ, деликтахъ и завѣщаніяхъ,

и, повидимому, онъ ничего не прибавилъ къ тому, до чего уже додумались другіе и въ особенности Бартолъ. И то же, кажется, слѣдуетъ сказать объ остальныхъ итальянскихъ юристахъ XV вѣка, Павлѣ де Кастро († 1441), Александрѣ Тартаньи (1423—1477), Рохѣ Курціѣ († 1495). Всѣ они вращались въ кругу тѣхъ же вопросовъ, и ни одинъ изъ нихъ, повидимому, не сказалъ ничего такого, чего уже не говорили Бартолъ и Бальдъ. Чтобы судить о каждомъ изъ нихъ въ отдѣльности, надо бы по отношенію къ нимъ продѣлать ту же работу, какая сдѣлана выше для ознакомленія съ юристами XIV вѣка. Эта работа уже сдѣлана Лене; онъ увѣряетъ, что недостатки схоластическаго метода въ ихъ писаніяхъ усилились до того, что чтеніе ихъ неимовѣрно скучно; что они утратили всякую мѣру въ своей склонности къ различеніямъ; что они даютъ столько цитатъ, выводовъ, ограниченій, сравненій и контроверзъ, что собственная мысль автора совсѣмъ пропадаетъ; въ консультаціяхъ, напр., Тартаньи всѣ доводы, хорошіе и дурные, одинаково нагромождаются для доказательства своего и опроверженія чужого мнѣнія. Мы не будемъ провѣрять этихъ отзывовъ Лене и оставимъ на его отвѣтственности, если будущій изслѣдователь найдетъ, что эти юристы эпохи возрожденія стоятъ лучшей оцѣнки. Быть можетъ, объективнымъ показателемъ ихъ малозначительности служитъ то, что вмѣстѣ съ ними обрывается линія итальянскихъ юристовъ, вообще интересовавшихся конфликта и законовъ. Въ XVI вѣкѣ интересъ къ этимъ вопросамъ перемѣстился уже во Францію и въ Германію.

Лене собралъ всѣхъ итальянскихъ и французскихъ юристовъ XIII—XV вѣковъ вокругъ знамени «итальянской доктрины», которая будто бы учила разрѣшать всѣ конфликты при помощи матеріальнаго принципа — «идеи справедливости». Нѣтъ надобности объяснять, насколько такая характеристика суммарна и субъективна. «Идея справедливости» получаетъ въ разныя эпохи разное содержаніе; врядъ ли когда-нибудь существовалъ юристъ, который строилъ бы свои нормы на томъ, что онъ самъ считалъ несправедливымъ. Для самого Лене высшимъ выраженіемъ справедливости при разрѣшеніи конфликтовъ является обсужденіе личнаго состоянія иностранца по его національному закону; и заслугу «итальянской доктрины» онъ видитъ въ томъ, что она вела къ этому идеалу. Но можно не считать, что дѣеспособность иностранца должна всегда обсуждаться по его личному статуту, и точно такъ же горѣть пламенемъ справедливости. Сторонники теоріи статутовъ, которая пришла на смѣну итальянской доктринѣ, также вовсе не думали, что ихъ рѣшенія противны идеѣ справед-

ливости. Ясно, что для обобщающаго сужденія о юристахъ, положившихъ основаніе наукѣ о конфликтахъ законовъ, такого критерія мало.

Повидимому, наиболѣе правильно характеризовать этихъ юристовъ отрицательнымъ признакомъ: они разрѣшали коллизіи эмпирически, не имѣя никакой опредѣленной теоріи. Они выработали рядъ правилъ, которыя вошли и въ современное правосознаніе. Единственная попытка теоретическаго обоснованія нѣкоторыхъ изъ этихъ правилъ, принадлежавшая Бартолу, была слишкомъ поверхностна, чтобы имѣть успѣхъ даже въ его время. Діалектическій методъ, покорившій себѣ умы всѣхъ людей XIII вѣка и, въ частности, юристовъ XIV вѣка, не мѣшалъ этимъ послѣднимъ строить свои нормы въ согласіи съ запросами современной имъ жизни; этотъ методъ больше служилъ имъ орудіемъ для оріентированія въ разнообразіи правоотношеній, чѣмъ побуждалъ ихъ выводить нормы изъ заранѣе препарированныхъ понятій, какъ это дѣлали статутаріи XVI—XVIII вѣковъ; они гораздо меньше расчленяли понятія, чѣмъ вопросы. Свои рѣшенія они рѣдко мотивируютъ, если не считать за мотивы ссылки на римлянъ и на другихъ средневѣковыхъ юристовъ; но зато трудно указать случай, когда ихъ рѣшеніе было бы продиктовано доктринерствомъ и не могло бы быть оправдано требованіями современной имъ общественной жизни. Регулятивная идея международнаго частнаго права всѣхъ вѣковъ — такое разрѣшеніе коллизіи, при которомъ остается въ силѣ благопріобрѣтенное право, предносилась и имъ въ ихъ исканіяхъ. Въ томъ же, что они искали нормъ для правоотношеній и избѣгали шаблоновъ, заключается ихъ прямое преимущество предъ школою статутаріевъ. Историки литературы во вкусѣ M-me де Сталь, вѣрившей, что прогресъ идей непрерывенъ и что поэтому всякая послѣдующая эпоха выше своей предшественницы[1]), могли бы на этомъ примѣрѣ убѣдиться въ противномъ. Теорія статутовъ была шагомъ въ эволюціи науки международнаго частнаго права, но сторонники этой теоріи не имѣли основанія смотрѣть на «бартолистовъ» сверху внизъ.

---

[1]) M-me de Stael, De la littérature considerée dans ses rapports avec les institutions sociales, P. 1858, ed. Charpentier, pp. 80 ss. См. также E. Faguet, Politiques et moralistes du XIX s., Madame de Stael, pp. 140 ss.

Теорія статутовъ (XVI—XVIII вв.).

I.

Въ ученой литературѣ существуетъ не мало сужденій о теоріи статутовъ, но и наиболѣе авторитетныя изъ нихъ таковы, что ими лишній разъ подтверждается, насколько недостаточно знаніе, почерпнутое изъ вторыхъ рукъ. Въ 40-хъ гг. XIX вѣка теорію статутовъ разобралъ и осудилъ Вехтеръ[1]); его эрудиція была поразительна, его оцѣнка теоріи казалась исчерпывающей. Но только онъ судилъ о теоріи по ея нѣмецкимъ послѣдователямъ, Кокцейи и Герціусу, труды же французскихъ статутаріевъ XVIII вѣка, Фролана, Буйе и Бульнуа, остались ему неизвѣстны; между тѣмъ разница между первыми, приближавшимися къ голландцамъ Павлу и Іоанну Футамъ, и вторыми настолько значительна, что для XVIII вѣка невозможно говорить о теоріи статутовъ, какъ о единомъ ученіи, а нужно считаться съ двумя ея варіантами, — голландско-нѣмецкимъ и французскимъ. Въ концѣ XIX вѣка появилось сочиненіе Лене[2]), дающее исторію этой теоріи. Авторъ ведетъ ея начало отъ Д'Аржантре, но чтеніе того, что написано самимъ Д'Аржантре, обязываетъ отнестить къ сужденіямъ Лене скептически. Онъ изображаетъ Д'Аржантре творцомъ теоріи, имѣвшимъ опредѣленную политическую тенденцію и придумавшимъ дѣленіе всѣхъ законовъ на три группы. Между тѣмъ самъ Д'Аржантре, хотя и отзывается съ большимъ пренебреженіемъ о своихъ литературныхъ предшественникахъ, отнюдь не утверждаетъ, будто онъ самъ говоритъ новое слово: онъ ссылается только на то, что усвоено обычаемъ и судами, въ противоположность запутавшейся литературѣ[3]); онъ, слѣдовательно, констатируетъ только существующее, а не добивается какой-либо реформы въ воззрѣніяхъ. Поэтому надо думать,

[1]) W a e c h t e r, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze въ «Archiv fur die civilistische Praxis», Bd. 24, p. 286.

[2]) L a i n é, Introduction au droit international privé, 2 vol. 1888 et 1892.

[3]) «omissis omnibus omnium opinationibus, nisi si quae cum usu congruunt receptissima tribunalibus et foro trademus».

что, какъ вообще въ исторіи идей не бываетъ катастрофическихъ проваловъ и вулканическихъ новообразованій, такъ и о теоріи статутовъ правильнѣе сказать, что она наростала постепенно вѣками и нашла себѣ впервые законченное выраженіе у Д'Аржантре, но отнюдь не слѣдуетъ видѣть въ немъ ея создателя. Съ другой стороны, самъ Лене показываетъ, что у Д'Аржантре не было вовсе послѣдователей во Франціи; нельзя поэтому говорить о «французской школѣ», основанной будто бы Д'Аржантре. И нельзя даже утверждать, что теорія родилась именно во Франціи или въ Голландіи, какъ полагалъ, напр., Вехтеръ, говоря, что нѣмцы XVI вѣка заимствовали ее у Д'Аржантре, Бургундуса и Павла Фута; это не вяжется съ хронологіей, потому что у Д'Аржантре, хотя его комментарій и напечатанъ впервые въ 1584 г., «смѣшанные» статуты имѣли не то значеніе, что у нѣмцевъ, трактатъ Бургундуса появился въ 1621 г., а Павелъ Футъ только родился въ 1619 г., тогда какъ изъ нѣмецкихъ юристовъ, которыхъ цитируетъ Вехтеръ, Эверардъ умеръ въ 1532 г., Минзингеръ умеръ въ 1588 г., Гайль умеръ въ 1587 г. Этимъ подтверждается, что теорія статутовъ не была выдумана Д' Аржантре, а была дѣтищемъ долговременной судебной практики и мысли анонимныхъ юристовъ разныхъ странъ. Во всякомъ случаѣ неправильно вести исторію теоріи статутовъ съ того, что написано о ней Д' Аржантре.

Сущность теоріи статутовъ можетъ быть передана въ немногихъ словахъ. Одни обычаи или законы имѣютъ силу только на территоріи освятившаго или издавшаго ихъ законодателя; другіе имѣютъ силу и внѣ территоріи. Какіе обычаи или законы принадлежатъ къ первой группѣ, какіе ко второй, сказать нетрудно: нужно только справиться, о чемъ законъ постановляетъ: если о вещахъ, то онъ реальный или территоріальный, т.-е. за границей силы не имѣетъ; если о лицахъ, то онъ личный или экстратерриторіальный, т.-е. сопутствующій лицу за границу. Такъ, на первый взглядъ, разрѣшеніе конфликтовъ упрощается до полнаго автоматизма: стоитъ только узнать, что составляетъ содержаніе закона, — распоряженіе о вещи или распоряженіе о лицѣ, и конфликтная проблема рѣшена. На дѣлѣ, однако, вовсе не такъ просто сказать, какой законъ касается вещи, какой лица, и потому фиксированіе понятій «реальный статутъ» и «личный статутъ» представляетъ неимовѣрныя трудности. Генетически идея, что конфликтная норма можетъ быть найдена путемъ отнесенія закона матеріальнаго права въ ту или иную группу, есть продолженіе идеи Бартола, который также выводилъ конфликтныя нормы изъ п о н я т і я статута; разница была только въ принципѣ расчлененія понятія: тамъ принципомъ

служило содержаніе повелѣнія (дозволеніе или запрещеніе) или эмоціональное отношеніе къ субъекту права (благорасположеніе или вражда); здѣсь принципомъ служитъ объектъ регламентаціи, — вещь или лицо. Статутаріи брали «схоластиковъ», но ихъ собственная теорія была наслѣдіемъ схоластики: конфликтныя нормы выводятся, по ихъ мнѣнію, изъ понятій реальнаго и личнаго статутовъ. Но у схоластиковъ ихъ теорія играла совсѣмъ эпизодическую роль, у статутаріевъ она заняла все поле ихъ зрѣнія. Первые искали, какая конфликтная норма наиболѣе пригодна для сужденія о правоотношеніяхъ, возникающихъ изъ договоровъ или вслѣдствіе смерти собственника, и въ этомъ они были духовными предками юристовъ школы Савиньи; вторые напрягали всѣ свои усилія на различеніе понятій, и въ этомъ они были продолжателями наиболѣе слабой части ученія итальянскихъ схоластиковъ.

II.

Интересъ французскихъ юристовъ XV и XVI вв. къ конфликтнымъ вопросамъ питался состояніемъ источниковъ современнаго имъ французскаго права. Политическое объединеніе Франціи шло гораздо быстрѣе законодательнаго. Въ XV вѣкѣ въ предѣлахъ французской монархіи дѣйствовали во многихъ провинціяхъ свои кутюмы. Въ первую половину XV вѣка сдѣланъ былъ приступъ къ оффиціальному редактированію этихъ кутюмовъ; такъ, въ 1411 г. былъ редактированъ кутюмъ Анжу и Мена, въ 1417 г. — кутюмъ Пуату, въ 1450 г. — кутюмъ Берри. Въ 1454 г. Карлъ VII постановилъ редактировать на письмѣ всѣ кутюмы королевства. Въ 1459 г. была утверждена редакція кутюмовъ Бургундскаго герцогства и графства; кутюмовъ Турени въ 1461 г. Рядъ кутюмовъ былъ редактированъ при Карлѣ VIII и Людовикѣ XII; въ 1521 г. при Францискѣ I — кутюмъ Бордо. Работа подвигалась медленно и отставала отъ жизни. Въ 1576 г. генеральные штаты въ Блуа потребовали пересмотра старыхъ редакцій кутюмовъ. Вслѣдствіе этого были заново редактированы въ 1580 г. кутюмы Парижа и Бретани, въ 1583 г. — кутюмъ Орлеана[1]).

Рядомъ съ практическимъ мотивомъ жива была университетская традиція, въ силу которой при комментированіи кодекса Юстиніана профессоръ по поводу конституціи о св. Троицѣ излагалъ свое ученіе о коллизіи статутовъ. Вѣрности этой традиціи мы обязаны тѣмъ, что прославленный французскій юристъ Дюмуленъ, читая курсъ въ Тюбингенскомъ университетѣ (1554), далъ законченное

[1]) Viollet, Histoire du droit civil français, 1893, pp. 142 слѣд.

изложеніе своихъ мнѣній о коллизіяхъ законовъ. Въ своихъ лекціяхъ онъ обнаруживаетъ двѣ писательскія физіономіи: какъ тончайшій аналитикъ, онъ продолжаетъ дѣло итальянскихъ постглоссаторовъ; и въ то же время у него выступаютъ элементы теоріи статутовъ, нашедшей себѣ полное выраженіе уже у его младшаго современника, Д' Аржантре.

Два слова о самомъ человѣкѣ, чтобы показать широту его воззрѣній. Шарль Дюмуленъ (du Moulin, Molinaeus, 1500—1566) былъ сперва адвокатомъ въ Парижѣ, но рано удалился отъ дѣлъ и посвятилъ себя кабинетной работѣ. Онъ писалъ комментаріи почти ко всѣмъ кутюмамъ и требовалъ ихъ объединенія въ одной кодификаціи. Онъ писалъ противъ церковной юрисдикціи и доказывалъ непріемлемость постановленій Тридентскаго собора. Но главную его славу составляетъ борьба съ феодализмомъ и защита королевской власти. Онъ доказывалъ, что источникъ правъ короля въ законѣ, что законъ и королевская власть выше короля; что король не вотчинникъ королевства, а только правитель его; что всѣ сеньеріальные суды допустимы только въ силу делегаціи отъ королевской юстиціи; что феодальныя повинности одіозны, что кутюмы, на которыхъ они основаны, подлежатъ ограничительному толкованію, и что кутюмы, противные естественному праву, не подлежатъ вовсе примѣненію[1]). Д' Аржантре впослѣдствіи нападалъ на Дюмулена за это отрицаніе феодальныхъ правъ, но его нападки не стояли въ связи съ ученіемъ о коллизіи статутовъ. Къ этому ученію мы теперь и обращаемся.

О значеніи Дюмулена въ исторіи науки международнаго частнаго права существуетъ два противоположныхъ мнѣнія: Лоранъ[2]) считаетъ его первымъ статутаріемъ, Лене — послѣднимъ представителемъ итальянской доктрины. Лоранъ не правъ, потому что различеніе между реальными и личными статутами встрѣчается уже раньше, напр., въ XIV в. у французскаго же юриста Іоанна Фабера[3]). Но и Лене слишкомъ много жертвуетъ потребности въ группировкѣ писателей, причисляя Дюмулена къ итальянскимъ комментаторамъ, потому что его ученіе о толкованіи договоровъ не имѣло прецедентовъ у нихъ. Дюмуленъ первый понялъ, что при выборѣ компетентнаго закона для обсужденія обязательства, вытекающаго изъ договора, нѣтъ никакой возможности останавливаться всегда только на одной и той же мѣстной

[1]) Id., ibid., pp. 205 слѣд.
[2]) Laurent, Droit civil international, I, nn 246, 266 ss
[3]) Numquid tenetur servare statutum in rebus crescentibus in possessionibus illis? Dic quod sic. Secus si tangerent mere personalitatem. См. перепечатку Meili, оттискъ изъ-Zeitschrift fur Internat Recht», Bd. IV, p. 38, III.

привязкѣ правоотношенія. До него всѣ вслѣдъ за Бартоломъ говорили, что при выборѣ статута для сужденія о существѣ договора рѣшающій голосъ принадлежитъ закону мѣста его заключенія. Дюмуленъ замѣтилъ, что это значитъ рубить съ плеча. Надо различать, сказалъ онъ, идетъ ли рѣчь о томъ, что̀ зависитъ отъ воли сторонъ и что можетъ быть ими измѣняемо, или же о томъ, что всецѣло зависитъ отъ власти закона. Соотвѣтственно этому различенію, его ученіе распадается на двѣ части: онъ — свободный аналитикъ въ вопросахъ, зависящихъ отъ воли сторонъ; онъ вводитъ теорію статутовъ въ вопросы, зависящіе отъ власти закона. Первая часть не имѣетъ поэтому прямого отношенія къ теоріи статутовъ, но она чрезвычайно важна для исторіи всей науки международнаго частнаго права.

Необходимо, говоритъ здѣсь Дюмуленъ[1]), обращать вниманіе на обстоятельства, при которыхъ воля была изъявлена; статуты того мѣста, гдѣ договоръ былъ заключенъ, только одно изъ такихъ обстоятельствъ: можетъ имѣть значеніе еще и домицилъ контрагентовъ, и притомъ то прежній, то настоящій, и еще другія обстоятельства. Важно то право, которое было въ мысляхъ контрагентовъ, о которомъ они хотя и не высказались, но которое они по всей вѣроятности имѣли въ виду. И Дюмуленъ поясняетъ примѣрами. Вотъ тюбингенскій гражданинъ, путешествуя по Италіи, продаетъ свой домъ, находящійся въ Тюбингенѣ или Аугсбургѣ; статутъ того мѣста, гдѣ заключена сдѣлка, требуетъ, чтобы продавецъ выставлялъ двухъ поручителей на случай эвикціи и отвѣтствовалъ вдвое. «Кто станетъ утверждать, что для продавца обязателенъ итальянскій статутъ, тотъ не понимаетъ практики». Продавецъ можетъ отвѣтствовать только по обычаю своего домицилія или по общему праву, а отнюдь не по итальянскому статуту. Иное дѣло, если онъ въ самомъ Тюбингенѣ продастъ сосѣду домъ, находящійся въ Женевѣ, гдѣ свой статутъ объ отвѣтственности продавца; онъ отвѣтитъ по закону мѣста заключенія договора, потому что здѣсь же домицилъ обоихъ контрагентовъ. Но если у нихъ домицили разные, то надо обратиться къ другимъ обстоятельствамъ, по доброму и по справедливости, чтобы, подъ предлогомъ неопредѣленности закона, не было ограбленія, напр., доказано, что продавецъ, заключая сдѣлку во время своего пребыванія въ Миланѣ, получилъ разъясненіе о томъ, каковъ обычай Женевы, и не возражалъ, а просто согласился продать; этого достаточно, чтобы считать,

[2]) Molinaeus, Commentarius in Codicem, перепечатка Meili, въ «Zeitschrift fur Internation. Recht» Bd. V.

что онъ молчаливо дѣйствовалъ согласно обычаю Женевы. Или доказано, что продавецъ не случайно находился въ Тигурѣ, а нарочно отправился туда, чтобы тамъ искать покупателя; тогда возможна презумпція, что онъ справился объ обычаѣ этого мѣста. Дюмуленъ резюмируетъ свою мысль въ общемъ положеніи, которое уже въ XIX вѣкѣ было подхвачено для обоснованія теоріи автономіи воли: «въ такихъ случаяхъ дѣло не столько въ примѣненіи обычая или статута, сколько въ соблюденіи молчаливаго соглашенія или же договора, предполагаемаго (informato) обычаемъ или статутомъ». Отсюда Дюмуленъ обращается къ ежедневно возникающему вопросу о предбрачномъ договорѣ, который считается заключеннымъ не тамъ, гдѣ стороны договорились, а въ мѣстѣ домициля мужа. Спорятъ о томъ, какъ быть, если мужъ впослѣдствіи переселился съ женою въ другое мѣсто; говорятъ, что рѣшаетъ послѣднее мѣсто, то, гдѣ супруги жили въ моментъ смерти мужа; но это не только несправедливо, потому что мужъ могъ бы изъ такого мѣста, гдѣ ему въ случаѣ бездѣтной смерти жены ничего не достается, переселиться туда, гдѣ ему достается все приданое, — это и невѣрно, потому что между сторонами существуетъ молчаливый договоръ, въ силу котораго мужъ можетъ разсчитывать только на то, что ему слѣдуетъ по статуту домициля, который предвидѣли и предполагали стороны. «Всегда остается та форма, которая однажды отпечатана», т.-е., другими словами, всегда слѣдуетъ защищать однажды благопріобрѣтенное право. Все это показываетъ, какъ далеко Дюмуленъ ушелъ отъ юристовъ XIV вѣка, которыхъ онъ упрекалъ въ томъ, что они судятъ грубо и безъ разбора (ruditer et indistincte) въ такихъ вопросахъ, которые зависятъ отъ воли сторонъ, но какъ въ то же время все, что говорилъ Дюмуленъ, не представляло собою разрыва съ прошлымъ, и было только развитіемъ традиціи, завѣщанной римскими юристами и требовавшей индивидуализаціи отношеній, подлежащихъ нормированію со стороны права.

Но все это касается только такихъ коллизій, которыя возникаютъ между законами въ связи съ правоотношеніями, регулированіе которыхъ предоставлено усмотрѣнію сторонъ. Иное дѣло, когда столкнулись статуты, которые постановляютъ о предметахъ, зависящихъ не отъ воли сторонъ, а только отъ власти закона. Тогда коллизія рѣшается въ прямой зависимости отъ того, что составляетъ объектъ статута. Одно изъ двухъ: или статутъ касается вещи, и тогда, какова бы ни была словесная его редакція, всегда берется во вниманіе то мѣсто, гдѣ вещь находится; напр., если статутъ говоритъ, что «имущества женщинамъ не достаются» или что «жен-

щины не наслѣдуютъ», то онъ всегда примѣняется къ вещамъ, лежащимъ на его территоріи, все равно, будутъ ли женщины подданныя статута или нѣтъ, гражданки или иностранки. Или же статутъ касается лица, и тогда онъ не включаетъ иностранцевъ, все равно, расширяетъ ли онъ дѣеспособность или ограничиваетъ ее; такъ, если статутъ говоритъ, что договоры лица, не достигшаго 25 лѣтъ, не имѣютъ силы безъ согласія родственниковъ и судебнаго утвержденія, то это примѣнимо только къ лицамъ, подвластнымъ юрисдикціи статута. Въ дальнѣйшемъ Дюмуленъ запутывается въ противорѣчіяхъ, на которыхъ нѣтъ особаго интереса останавливаться; здѣсь важно было только показать, что ему чужда была мысль, будто вся задача ученія о конфликтахъ сводится къ разграниченію между статутами о вещахъ и о лицахъ. И потому его никакъ нельзя считать выразителемъ законченной теоріи статутовъ. Такимъ, напротивъ, былъ его литературный антагонистъ, Д' Аржантре.

III.

Д'Аржантре (Bertrandus Argentraeus, 1519—1590) занималъ важный административный постъ въ Бретани, написалъ исторію этой провинціи, участвовалъ въ редактированіи ея кутюмовъ и написалъ обширнѣйшій[1]) комментарій къ нимъ. Въ этомъ комментаріи Д' Аржантре, по поводу 218 ст. кутюмовъ о дареніи, отвелъ одну главу (глоссу 6-ую) с т а т у т а м ъ л и ч н ы м ъ и р е а л ь н ы м ъ. Кутюмъ разрѣшалъ дарить, минуя законнаго наслѣдника, не болѣе одной трети всего имущества. Возникъ вопросъ, слѣдуетъ ли при вычисленіи размѣровъ этой трети принимать во вниманіе только то имущество, которое даритель имѣлъ въ Бретани, или же и то, которое ему принадлежало въ разныхъ другихъ провинціяхъ гдѣ дѣйствуютъ другіе кутюмы? Чтобы отвѣтить на этотъ вопросъ, говоритъ Д'Аржантре, нужно отбросить все то, что написали схоластики, которые больше терзали римское право, чѣмъ объясняли его. «Въ ихъ разнообразныхъ опредѣленіяхъ, сентенціяхъ, казусахъ нельзя ничего понять; каждый изъ нихъ вноситъ свое пониманіе, свои разсужденія, свои ссылки; въ концѣ концовъ учителя, не увѣренные въ томъ, что они сами говорятъ, отпускаютъ своихъ читателей съ еще большими сомнѣніями. Связать, сравнить, примирить все то, что написано въ связи съ конституціей о св. Троицѣ, нѣтъ возможности, и потому изъ всѣхъ разсужденій схоластиковъ слѣдуетъ оставить только то, что усвоено судами, какъ согласное

[1]) B. D' A r g e n t r é, Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae, Par. 1621, in-folio 2472 столбца.

съ практикою». Въ переводѣ на другой языкъ это значитъ слѣдующее: суды не хотятъ или не могутъ разбираться во всѣхъ тонкостяхъ вопросовъ; но проще сказать, что литература говоритъ вздоръ, чѣмъ сознаться въ своемъ безсиліи или въ умственной лѣни. Поэтому суды рубятъ топоромъ тамъ, гдѣ нужно употреблять рѣзецъ. Д'Аржантре это одобряетъ, потому что и ему кажется, что то, чего онъ не понимаетъ, и вообще непонятно или не стоитъ пониманія. Вотъ что онъ сообщаетъ:

Безспорная обычная практика (certissima usu observatio est) такова, что когда рѣчь идетъ о недвижимостяхъ, лежащихъ въ разныхъ мѣстахъ, и споръ возникаетъ о томъ, по какому закону опредѣляется (quo iure regantur) пріобрѣтеніе или переходъ собственности, то наблюдается законъ мѣста, гдѣ находится недвижимость; въ каждомъ мѣстѣ должны соблюдаться свои законы; въ этомъ отношеніи никто не имѣетъ власти, кромѣ закона территоріи. Въ договорахъ, завѣщаніяхъ и всякаго рода сдѣлкахъ о недвижимостяхъ никто путемъ частнаго соглашенія не можетъ распорядиться вопреки закону мѣста ихъ нахожденія. Законы (iura), установленные для себя въ свое время разными народами, государями, династами, родами, не могутъ безъ ущерба для государства отмѣняться, хотя бы имущества соединены были въ однѣхъ рукахъ[1]). Сказанное относится къ недвижимостямъ. Иное слѣдуетъ сказать о правѣ лицъ и о движимостяхъ, которыми, какъ и лицами, управляетъ законъ домициля: право лица, его способность къ совершенію гражданскихъ актовъ опредѣляется судьею, которому принадлежитъ юрисдикція въ мѣстожительствѣ, потому что лицо подвластно ему; куда бы лицо ни переѣхало, всюду будетъ имѣть силу то, что о немъ постановилъ судья его домициля; все, что бы этотъ судья ни издалъ, разсудилъ, предписалъ о правѣ лицъ, то имѣетъ силу повсемѣстно. Отсюда для опредѣленія компетентности территоріальной власти очень важно знать, чего касается постановленіе статута — вещи или лица; и, дѣйствительно, это различіе нерѣдко встрѣчаетъ подтвержденіе въ правѣ. Писатели-схоластики также признаютъ это различіе; но когда они обращаются къ конкретнымъ случаямъ, чтобы опредѣлить, чего касается статутъ, то здѣсь они часто и до абсурда ошибаются: то, что установлено ради вещи, они приписываютъ лицу, несмотря на то, что споръ

[1]) «Rebus quantumlibet ad unum deductis». Характерно для Лене, что онъ передаетъ эти слова такъ: les provinces françaises... réunies sous la même couronne n'ont pas pour cela perdu leur autonomie juridique. Лене хочетъ видѣть въ D'Аржантре запоздалаго борца за феодальную раздробленность страны. Но цитированныя слова D'Аржантре не относятся вовсе къ политикѣ.

больше касается матеріи, чѣмъ агента. Изъ этой ошибки неизбѣжно вытекаетъ, что ложные принципы ведутъ къ еще болѣе ложнымъ выводамъ. Кромѣ того, дѣлая различеніе, схоластики пропустили третій членъ, необходимый для тѣхъ смѣшанныхъ постановленій, которыя говорятъ о вещахъ и о лицахъ, но въ которыхъ соображенія о вещахъ важнѣе; когда дѣло идетъ о переходѣ собственности, то соображеніе о лицахъ отступаетъ назадъ, и одерживаютъ верхъ мѣстные статуты о вещахъ. Высказавъ эти общія положенія, Д'Аржантре даетъ примѣры для ихъ поясненія Вотъ примѣры личныхъ статутовъ, т.-е. такихъ, въ которыхъ главнымъ образомъ говорится о правѣ, о состояніи и свойствѣ лицъ, безъ всякаго отношенія къ реальной матеріи: статутъ Бретани, по которому совершеннолѣтіе и способность распоряжаться своимъ имуществомъ достигается въ 20 лѣтъ; статутъ Парижа — по которому для этого требуется достиженіе 25 лѣтъ; статуты Бретани, воспрещающіе замужней женщинѣ заключать договоры, воспрещающіе подвластнымъ дѣтямъ вступать въ обязательства, ограничивающіе право расточителя управлять своимъ имуществомъ. Примѣры реальныхъ статутовъ: о раздѣлѣ наслѣдства поголовно или поколѣнно; о размѣрѣ имущества, которое можно подарить помимо законныхъ наслѣдниковъ; о запрещеніи женамъ дѣлать завѣщательные отказы въ пользу мужей; о запрещеніи дареній между супругами. Примѣры смѣшанныхъ статутовъ: при раздѣлѣ имуществъ берется во вниманіе сословіе дѣлящихся, — крестьяне дѣлятъ дворянскія имѣнія поровну, а дворяне крестьянскія поколѣнно. Для того, чтобы считать статутъ личнымъ, нужно, чтобы онъ нисколько не касался вещи; такъ, если постановлено: «лицо, моложе 20 лѣтъ, признается малолѣтнимъ», то это статутъ личный; если же постановлено: «малолѣтній не можетъ отчуждать недвижимостей на территоріи статута», то это статутъ смѣшанный. Отъ примѣровъ Д'Аржантре возвращается къ обоснованію своихъ общихъ положеній. Не подлежитъ сомнѣнію, говоритъ онъ, что въ реальныхъ и смѣшанныхъ статутахъ мѣстоположеніе недвижимостей такъ важно, что иначе, какъ по законамъ территоріи, ихъ обсуждать нельзя; эти статуты не выступаютъ за предѣлы законодателя даннаго народа и не отступаютъ предъ такими же статутами другихъ народовъ; и какъ ни велика свобода оборота по римскому праву для договоровъ, завѣщаній, сдѣлокъ, все же она отступаетъ назадъ предъ обычаями и законами мѣста нахожденія недвижимостей; гдѣ кончается власть, тамъ конецъ и ея силѣ. Отсюда слѣдуетъ, что, если кто-либо имѣетъ недвижимости въ разныхъ территоріяхъ, гдѣ господствуютъ разные законы, то пріобрѣтеніе и переходъ этихъ недвижимостей подле-

жать дѣйствію разныхъ законовъ, какъ если бы онѣ принадлежали не одному, а разнымъ лицамъ, все равно, какъ если лицо занимаетъ нѣсколько должностей, оно разсматривается, какъ нѣсколько лицъ. Важно мѣсто нахожденія недвижимостей. Ибо всякій властитель внѣ предѣловъ своей собственной или отведенной ему власти есть лицо частное; гдѣ кончается власть, тамъ кончается и юрисдикція. Поэтому и статуты не имѣютъ никакого примѣненія внѣ своей территоріи, ибо внѣ ея онѣ никого устрашать не могутъ (Д'Аржантре производилъ territorium отъ terrere). Сказанное относится къ статутамъ реальнымъ и смѣшаннымъ. Иному праву подчиняются статуты личные. Лица не замыкаются въ границахъ полей или въ стѣнахъ городовъ; они свободно передвигаются. Но, оставляя свое мѣстожительство на время, находясь только временно вдали отъ него, не мѣняя его окончательно, лицо не освобождается отъ подчиненія законамъ своего постояннаго мѣстожительства. Тотъ, кто въ своемъ постоянномъ мѣстожительствѣ признанъ лишеннымъ гражданской чести или расточителемъ, остается съ этими свойствами повсемѣстно. Такъ, впрочемъ, думаютъ всѣ; но я, говоритъ Д'Аржантре, въ отличіе отъ мнѣній схоластиковъ, нахожу, что повсемѣстное, т.-е. внѣ своей территоріи, значеніе личный статутъ можетъ имѣть только тогда, если онъ опредѣляетъ личное состояніе въ цѣломъ, — напр. объявляетъ лицо расточителемъ, ошельмованнымъ, отлученнымъ отъ церкви и т. п.; и не имѣетъ такого значенія, если опредѣляетъ не универсальное состояніе личности, а только ограничиваетъ ея способность къ совершенію опредѣленнаго акта (§§ 13, 14), или же ограничиваетъ ея дѣеспособность по соображеніямъ, относящимся къ землевладѣнію (ratione fundi, § 16). Такъ, напр., статутъ, въ силу котораго убійца не можетъ наслѣдовать убитому, или статутъ, по которому дочь, получившая приданое, не наслѣдуетъ въ остальномъ имуществѣ, или статутъ, по которому отецъ отвѣтствуетъ за проступки сына, — все это статуты только по видимости личные; на самомъ же дѣлѣ, такъ какъ они не опредѣляютъ состоянія личности въ цѣломъ (universaliter), то они не личные, и внѣ своей территоріи они дѣйствія не оказываютъ (§§ 17, 18).

Таково ученіе Д'Аржантре. Оно сводится къ слѣдующимъ положеніямъ. Существуетъ два рода законовъ. Одни имѣютъ безусловную силу на своей территоріи и не имѣютъ никакого значенія за ея предѣлами. Другіе имѣютъ силу не только на своей территоріи, но и повсемѣстно. Первые образуютъ группу реальныхъ статутовъ. Вторые — группу личныхъ статутовъ. Спрашивается, какіе законы относятся въ каждую изъ этихъ двухъ группъ? Д'Аржантре

отвѣчаетъ: если законъ мало-мальски касается недвижимости, онъ уже входитъ въ группу реальныхъ статутовъ; такъ, напр., узаконеніе есть, казалось бы, только актъ, касающійся лицъ, — отца и его сына; но это только такъ кажется, потому что узаконенный получаетъ право наслѣдованія въ недвижимомъ имуществѣ своего отца; но такое право можетъ предоставлять только статутъ, изданный властью мѣста нахожденія недвижимости; слѣдовательно, статутъ, допускающій узаконеніе, надо относить въ группу реальныхъ, т.-е. онъ имѣетъ силу только для имуществъ, находящихся на его собственной территоріи, иначе выходило бы, что можно, опираясь на законъ своей территоріи, распорядиться недвижимостью, лежащею на чужой территоріи. Во многихъ случаяхъ законъ говоритъ не только о недвижимостяхъ, но и о лицахъ; такой законъ можно назвать смѣшаннымъ; но онъ по своему территоріальному дѣйствію ничѣмъ не отличается отъ такого, который говоритъ о недвижимости исключительно; и онъ долженъ быть отнесенъ въ группу реальныхъ статутовъ. На долю личныхъ статутовъ остаются только такіе законы, которые говорятъ исключительно о состояніи личности; однако, и это требуетъ оговорки; если статутъ создаетъ какое-нибудь спеціальное ограниченіе правъ личности, то его слѣдуетъ относить къ реальнымъ, т.-е. внѣ своей территоріи такой статутъ силы не имѣетъ. Итакъ, по Д'Аржантре, задача конфликтнаго права, надъ разрѣшеніемъ которой такъ трудились осмѣиваемые имъ схоластики, чрезвычайно упрощается: опредѣлите въ точности, что̀ составляетъ объектъ закона — недвижимость или личность, и вы тѣмъ самымъ опредѣлите его эффектъ — территоріальность или экстратерриторіальность. Объектъ и эффектъ закона совпадаютъ; у Д'Аржантре нѣтъ еще этихъ словъ, но есть самая мысль.

То, что Лене написалъ объ этомъ ученіи Д'Аржантре, напоминаетъ скорѣе романъ, чѣмъ научное изслѣдованіе. Д'Аржантре, видите ли, насквозь проникнутъ феодальными тенденціями и потому старается, хотя бы цѣною натяжекъ, увеличить группу реальныхъ статутовъ. Онъ придумалъ классъ смѣшанныхъ статутовъ только для того, чтобы увеличить группу реальныхъ. И съ тою же цѣлью онъ выбрасываетъ изъ сферы личныхъ статутовъ всѣ спеціальныя ограниченія личности. Собственно говоря, если бы Д'Аржантре слѣдовалъ вполнѣ своему вкусу, онъ бы вовсе не допустилъ никакихъ личныхъ статутовъ; у него, какъ и у людей эпохи феодализма, всѣ статуты были бы только реальными; если онъ допускаетъ, что статуты о личномъ состояніи имѣютъ экстратерриторіальное значеніе, то этимъ онъ впадаетъ въ противорѣчіе съ самимъ собою.

Чѣмъ же доказываетъ Лене тенденціозность Д'Аржантре? Произвольнымъ переводомъ однѣхъ фразъ и искусственнымъ подборомъ другихъ. Примѣръ произвольнаго перевода данъ выше; вотъ примѣры искусственнаго подбора. Д'Аржантре говоритъ, что «когда человѣкъ даритъ треть своего имущества, то онъ имѣетъ въ виду законъ Бретани, подъ которымъ онъ живетъ, а не чужой законъ, котораго онъ часто и не знаетъ; поэтому нечего засчитывать наслѣднику тѣ имущества, которыя даритель имѣетъ въ другой провинціи, ибо онъ ихъ имѣетъ изъ другого источника, а не отъ статута своего мѣстожительства; наслѣдникъ въ правѣ возразить, что на тѣ имущества дареніе не распространяется, потому что законодатели, которые создаютъ право даренія, не хотѣли и не могли давать или отнимать, ибо нормально каждый дѣйствуетъ въ предѣлахъ своей власти. Это значило бы, выражаясь словами пословицы, запускать при расчетѣ свою косу въ чужой урожай, все равно, какъ если бы французскій король, при взиманіи налоговъ или набора, засчитывалъ тѣ имущества, которыя его подданный имѣетъ во Фландріи или въ Германіи». Лене цитируетъ латинскій текстъ, начиная только съ пословицы объ урожаѣ, и предпосылаетъ ему замѣчаніе, будто бы передающее мысль Д'Аржантре: «со стороны законодателя простирать свои законы за предѣлы своей территоріи было бы не что иное, какъ узурпація, своего рода воровство». Въ другомъ мѣстѣ Д'Аржантре говоритъ: «въ вопросѣ о томъ, имѣетъ ли мужъ право на имущество своей умершей жены, рѣшаетъ мѣсто нахожденія имущества; поэтому, если житель Ліона имѣетъ такой статутъ у себя дома, то онъ тщетно будетъ домогаться получить ея имущество, находящееся въ Бретани; въ отношеніи недвижимости мы пользуемся своимъ правомъ и не допустимъ, чтобы намъ навязывалъ свой законъ посторонній господинъ». Лене цитируетъ только послѣднюю фразу по-латыни, непосредственно связывая ее съ текстомъ объ урожаѣ, и предпосылаетъ ей замѣчаніе, будто бы дѣлаемое Д'Аржантре: «что касается насъ, бретонцевъ, то мы такихъ захватовъ не потерпимъ». Получается впечатлѣніе, будто Д'Аржантре готовъ былъ проповѣдывать отложеніе Бретани отъ французской монархіи или, по меньшей мѣрѣ, междуусобную войну съ Ліономъ. Этимъ исчерпываются доказательства приверженности Д'Аржантре къ феодализму. Между тѣмъ, если Д'Аржантре и былъ сторонникомъ сохраненія феодальныхъ привилегій, то цитатами Лене это ни мало не доказывается. Во всякомъ случаѣ феодализмъ, какъ политическая организація, былъ уже сломанъ въ тѣ годы, когда писалъ Д'Аржантре. Уже около ста лѣтъ французскіе короли вели себя

какъ всемогущіе монархи; какъ разъ въ это время ихъ абсолютная власть нашла себѣ идеолога въ лицѣ Бодена, автора «Республики» (1576); и если въ эти годы раздавались протесты со стороны разныхъ провинціальныхъ штатовъ и со стороны генеральныхъ штатовъ 1576 или 1593 гг. противъ чрезмѣрныхъ обложеній, при чемъ депутаты ссылались на старыя вольности провинцій, на королевскія хартіи, на свое историческое право и на кутюмы, то все это имѣло значеніе только, какъ протестъ противъ злоупотребленій абсолютизма[1]), а вовсе не было выраженіемъ стремленій къ укрѣпленію феодальнаго строя.

Натяжки Лене даютъ право относиться скептически ко всей его характеристикѣ ученія Д'Аржантре. Лене усматриваетъ противорѣчіе его съ самимъ собою, когда, говоря о личныхъ статутахъ, Д'Аржантре допускаетъ, что законы могутъ имѣть и экстратерриторіальное дѣйствіе. На самомъ дѣлѣ противорѣчія здѣсь нѣтъ, потому что въ этомъ пунктѣ Д'Аржантре ничего не предлагаетъ и не доказываетъ, будто такъ, а не иначе должно быть, а только констатируетъ, что такова существующая практика; онъ только объясняетъ, почему обычай и судебная практика сдѣлали законы о лицахъ экстратерриторіальными. О реальныхъ статутахъ онъ съ самаго начала говоритъ, что это тѣ, которые касаются недвижимостей; слѣдовательно, нѣтъ противорѣчія въ томъ, что статуты о лицахъ онъ не включаетъ въ группу реальныхъ статутовъ. Лене, объявивъ сперва, что Д'Аржантре произвелъ «юридическую революцію», находитъ, что своимъ объясненіемъ о причинѣ экстратерриторіальности личныхъ статутовъ Д'Аржантре отдаетъ дань «итальянской доктринѣ», потому что вынужденъ признать вліяніе «природы вещей, т.-е. справедливости». Но Д'Аржантре не выступалъ въ роли революціонера, не говорилъ, будто личные статуты составляютъ исключеніе изъ правила, по которому должны бы дѣйствовать только реальные статуты, не думалъ, что «справедливость» требуетъ ограниченія дѣйствія реальныхъ статутовъ. На первый взглядъ указаніе Лене на тенденціозное расположеніе Д'Аржантре въ пользу реальныхъ статутовъ какъ будто бы подтверждается тѣмъ, что Д'Аржантре выбрасываетъ изъ группы личныхъ статутовъ тѣ, которые ограничиваютъ права личности не универсально, а только для совершенія извѣстнаго акта; такое спеціальное ограниченіе имѣетъ, по Д'Аржантре, силу только на территоріи самого статута. Но стоитъ только взглянуть на такое ограниченіе съ точки зрѣнія иностранной территоріи, чтобы

---

[1]) L a v i s s e, Histoire de France, VI, pp. 184, 228, 369.

правило Д'Аржантре получило совсѣмъ иное освѣщеніе, чѣмъ то, которое ему даетъ Лене. Когда Д'Аржантре говоритъ, что статутъ, лишающій дочь, получившую приданое, права наслѣдованія въ имуществѣ отца, не есть статутъ личный, т.-е. не распространяется на внѣтерриторіальное имущество, то онъ тѣмъ самымъ только утверждаетъ, что статутъ не можетъ лишить лицо его права, благопріобрѣтеннаго по закону чужой территоріи; оттого даже у убійцы нельзя отнять право, которое принадлежитъ ему по чужому статуту; и точно такъ же, если сынъ совершилъ проступокъ въ чужой странѣ, гдѣ законъ не дѣлаетъ отца за это отвѣтственнымъ, нельзя ссылаться на законъ страны, гдѣ отецъ постоянно живетъ; другими словами, потерпѣвшій не можетъ основывать свое право требованія на законѣ, который не дѣйствуетъ въ странѣ, гдѣ ему причиненъ ущербъ; или, иначе, всякое субъективное право имѣетъ свое основаніе только въ опредѣленномъ объективномъ правопорядкѣ. Гдѣ же тутъ та тенденціозность, которая дѣлаетъ Д'Аржантре революціонеромъ на изнанку, реакціонеромъ, остановившимъ или пытавшимся остановить поступательное движеніе «итальянской доктрины?» И что противъ этого могутъ возразить современные юристы, для которыхъ теорія статутовъ не имѣетъ никакой цѣны? Для правильной оцѣнки Д'Аржантре слѣдуетъ свести его съ пьедестала «основателя французской доктрины», оставить въ сторонѣ вопросъ о его политическихъ или романтико-политическихъ вожделѣніяхъ и стать на чисто юридическую точку зрѣнія. Итальянцы, которыхъ онъ поноситъ какъ схоластиковъ, говорили, что надо анализировать каждое правоотношеніе, а Д'Аржантре, опираясь на судебную практику, говоритъ, что это лишнее, а достаточно знать, къ какой изъ двухъ группъ законъ относится. Вопросъ въ томъ, дѣйствительно ли первое лишнее, а второе — достаточно?

IV.

Юридическая революція, которую, по словамъ Лене, произвелъ Д'Аржантре, оказалась довольно страннаго свойства: болѣе ста лѣтъ, по признанію самого же Лене, никто во Франціи ничего о ней не слыхалъ. Въ теченіе всего XVII вѣка и первой четверти XVIII вѣка судебная практика и литература шли во Франціи своими путями, нимало не обращая вниманія на теорію, изложенную на нѣсколькихъ страницахъ «Комментарія къ кутюмамъ Бретани». Лене приводитъ длинный списокъ французскихъ юристовъ, которые писали по конфликтнымъ вопросамъ, отчасти даже

не подозрѣвая о существованіи этой теоріи, или же сознательно ее игнорируя. Изъ этихъ юристовъ одни совсѣмъ не говорятъ о дѣленіи статутовъ на два класса, другіе только о немъ упоминаютъ, но тѣ и другіе разсуждаютъ такъ же свободно, какъ итальянскіе эмпирики. Среди нихъ является даже юристъ (Ренюссонъ, 1632—1699), который берется утверждать, что все дѣленіе законовъ на классы не выдерживаетъ критики. Въ особенности же не имѣла никакого успѣха въ судебной практикѣ XVII вѣка та мысль Д'Аржантре, будто во всѣхъ случаяхъ распоряженія недвижимостями способность лица къ такому распоряженію опредѣляется кутюмомъ провинціи, гдѣ лежитъ недвижимость, а не той, гдѣ это лицо имѣетъ свое постоянное мѣстожительство. Другими словами, выражаясь терминами Д'Аржантре, судебная практика отнесла къ группѣ статутовъ личныхъ, слѣдовательно, экстратерриторіальныхъ, тѣ кутюмы, которые Д'Аржантре относилъ къ группѣ реальныхъ или территоріальныхъ. И не только дѣеспособность лица, но и форма актовъ, и имущественныя отношенія между супругами, обсуждались отнюдь не по кутюму мѣста нахожденія недвижимостей. Судебная практика только въ вопросахъ наслѣдованія держалась высказаннаго еще въ XVI вѣкѣ принципа, что «кутюмы реальны», т.-е. въ каждой провинціи недвижимости подчиняются мѣстнымъ законамъ; но уже для формы завѣщанія она отнюдь не требовала соблюденія той, которая извѣстна была кутюму мѣста нахожденія недвижимости. Объясняется такое нежеланіе судебной практики сужпвать сферу примѣненія личныхъ статутовъ тѣмъ, что тонъ задавали юристы, группировавшіеся вокругъ парижскаго парламента и комментировавшіе парижскіе кутюмы; въ этихъ кутюмахъ они склонны были видѣть не провинціальное право, а національное французское право. Это было вполнѣ согласно съ тѣмъ, что утверждалъ еще въ XVI вѣкѣ Ги Кокиль (1523—1603), проводя разницу между французскими кутюмами и итальянскими статутами: послѣдніе, говорилъ онъ, представляли мѣстныя изъятія изъ общаго римскаго права, первые составляютъ «истинное французское гражданское право»; отсюда Кокиль въ принципѣ отрицалъ реальность кутюмовъ и рѣшалъ, напр., что если кутюмъ мѣстожительства запрещаетъ лицу дѣлать отказы или даренія, то его завѣщаніе или даръ недѣйствительны, хотя бы эти распоряженія касались имуществъ, лежащихъ на территоріи другого кутюма, который завѣщать или дарить дозволяетъ; это потому, что кутюмъ обязываетъ всѣхъ тѣхъ, кто имѣетъ постоянное мѣстожительство на его территоріи, т.-е., по терминологіи Д'Аржантре, онъ образуетъ личный

статутъ и, слѣдовательно, имѣетъ экстратерриторіальное значеніе. Судебная практика XVII и XVIII вѣковъ двигалась въ направленіи обратномъ тому, какое вытекало бы изъ принципа Д'Аржантре, — считать реальнымъ всякій статутъ, который мало-мальски касается недвижимости, — и, напротивъ, расширяла сферу примѣненія статутовъ постояннаго мѣстожительства лица. Но и независимо отъ противоположности направленій, въ самой техникѣ разрѣшенія конфликтовъ ни судебная практика XVII вѣка, ни юристы-писатели не слѣдовали пріему, который, по словамъ Д'Аржантре, сдѣлался обычнымъ въ XVI вѣкѣ, — не думали, что всѣ законы размѣщаются въ двухъ группахъ по своему объекту и по своему территоріальному дѣйствію. Забытая въ теченіе ста слишкомъ лѣтъ теорія Д'Аржантре о личныхъ и реальныхъ статутахъ, какъ техническій пріемъ для разрѣшенія конфликтовъ, воскресла во французской литературѣ только во второй четверти XVIII вѣка въ трудахъ Фролана, Буйе и Бульнуа.

Напротивъ, теоріи статутовъ повезло въ XVII вѣкѣ въ Нидерландахъ, а затѣмъ и въ Германіи. Въ Нидерландахъ была очень популярна также и мысль, которую проводилъ Д'Аржантре, что, какъ только законъ касается недвижимости, онъ становится реальнымъ. Коммуны Фландріи и Брабанта, Фризіи и Зеландіи, Утрехта и Южной Голландіи и другихъ нидерландскихъ земель и вообще всѣ сѣверныя провинціи, изъ которыхъ составилась голландская республика, и южныя, которымъ соотвѣтствуетъ современная Бельгія, имѣли въ XVII вѣкѣ каждая свои обычаи, за которые онѣ держались, какъ за символъ мѣстной свободы. Такъ, когда 23 января 1579 г. въ ратушѣ въ Утрехтѣ представители рыцарства Гельдерна и Цутфена, депутаты Голландіи, графъ Іоаннъ Нассаускій, представители Зеландіи, Утрехта и Оммеландскихъ штатовъ подписали «тѣсную унію», къ которой постепенно примкнули остальныя нидерландскія земли, они въ первой же статьѣ договора объявили, что хотя провинціи и соединяются, чтобы навѣки оставаться соединенными, какъ если бы онѣ составляли одну единую провинцію, но все же «каждая провинція и каждый городъ долженъ сохранять свои привилегіи, свободы и к у т ю м ы [1])».

Этотъ законодательный партикуляризмъ приводилъ къ коллизіямъ между личнымъ статутомъ наслѣдодателя и статутомъ мѣста нахожденія недвижимости всякій разъ, когда наслѣдственныя имущества оказывались лежащими въ разныхъ провинціяхъ. Такъ,

---

[1]) W e n z e l b u r g e r, Geschichte der Niederlande, II, p. 463. Перечень правъ нидерландскихъ городовъ эпохи XIII—XV вв. см. у S c h r o d e r, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 1898, pp. 674 ss.

города Гентъ и Ипръ получили въ свое время отъ фландрскаго графа привилегію, чтобы наслѣдство послѣ ихъ гражданъ подлежало раздѣлу по обычаю ихъ мѣстожительства; но суды не признавали этой привилегіи, потому что она противорѣчила принципу, что вопросы о недвижимостяхъ рѣшаются по обычаю мѣста ихъ нахожденія. Такъ же рѣшали суды, когда обычаи разно опредѣляли возрастъ совершеннолѣтія; напр., въ провинціи Геннегау этотъ возрастъ достигался въ 21 годъ, въ Гентской въ 25 лѣтъ; суды рѣшали, что въ первой изъ этихъ провинцій уроженецъ Гента можетъ отчуждать свои недвижимости, хотя бы ему былъ только 21 годъ. Крайнее выраженіе тенденціи ставить на первый планъ мѣсто нахожденія недвижимости представляетъ изданный въ 1611 г. испанскими правителями бельгійскихъ провинцій Альбертомъ и Изабеллой «вѣчный эдиктъ»; онъ содержалъ правило, что если въ мѣстѣ пребыванія завѣщателей и въ мѣстѣ нахожденія ихъ имуществъ обычаи постановляютъ о завѣщательныхъ распоряженіяхъ различное, то вопросы о свойствѣ имуществъ, о томъ, можно ли ихъ завѣщать, въ какомъ возрастѣ и въ какой формѣ и обрядности, должны рѣшаться по обычаямъ и узансамъ мѣста нахожденія. Такимъ образомъ, даже форма завѣщанія должна была соотвѣтствовать обычаю мѣста нахожденія недвижимости, не говоря уже о содержаніи завѣщанія и о возрастѣ завѣщателя (и это слишкомъ 250 лѣтъ спустя послѣ Бартола). Правда, въ 1634 г. послѣдовало аутентическое разъясненіе эдикта въ томъ смыслѣ, что къ формѣ завѣщанія онъ не относится.

Блестящимъ литературнымъ выразителемъ идеи самой строгой территоріальности обычая, имѣвшаго касательство къ недвижимости, былъ Бургундусъ (1586—1649), авторъ трактата объ «обычаяхъ Фландріи и другихъ народовъ»[1]). Вслѣдъ за Д'Аржантре онъ различаетъ реальные и личные статуты и до крайности ограничиваетъ категорію послѣднихъ. Мотивируетъ онъ свои воззрѣнія такъ, что уже въ XVII вѣкѣ онъ долженъ былъ многимъ казаться выходцемъ съ того свѣта или любителемъ шаржей. «Имущества, пишетъ онъ, суть для человѣка кровь и душа, безъ которыхъ онъ, словно мертвый, бродитъ между живыми». «Имущества не слѣдуютъ за лицомъ, а притягиваютъ лицо къ себѣ». При этомъ онъ имѣетъ въ виду только недвижимости. Его заключеніе таково, что если обычай запрещаетъ малолѣтнему отчуждать недвижимости, то это надо понимать не такъ, что этимъ опредѣляется свойство лица или личное состояніе, а такъ, что опредѣляется условіе

[1]) Burgundus, Ad consuetudines Flandriae aliarumque gentium Tractatus Arnheim, 1646.

для продажи недвижимости; слѣдовательно, это реальный статутъ; или, «обрядности завѣщанія составляютъ свойство, присущее самимъ имуществамъ». Отнесеніе обычая къ личнымъ статутамъ предполагаетъ отсутствіе какого бы то ни было касательства къ недвижимости; личное состояніе само по себѣ Бургундусъ сравнивалъ съ рубцомъ отъ раны, съ которымъ человѣкъ не можетъ разстаться, и потому оно подлежитъ дѣйствію личнаго статута. Однако, въ той же Бельгіи и Нидерландахъ въ XVII вѣкѣ рядъ другихъ писателей не раздѣлялъ воззрѣній Д'Аржантре и Бургундуса, клонившихся къ съуженію сферы личныхъ статутовъ. Изъ нихъ выдѣляется Роденбургъ (1618 — 1668), трактатъ котораго[1]) легъ въ основаніе обширной работы французскаго статутарія XVIII вѣка, Бульнуа. Однако, Роденбургъ, какъ и Бургундусъ, такъ же, какъ и Д'Аржантре, толковалъ главнымъ образомъ о томъ, къ какой изъ двухъ группъ относится тотъ или иной законъ.

V.

Въ Голландіи же и въ томъ же XVII вѣкѣ два юриста, профессоръ въ Утрехтѣ, Павелъ Футъ (1619—1677) и, въ особенности, его сынъ, профессоръ въ Лейденѣ, Іоаннъ Футъ (1647—1714), дали теоріи статутовъ новое выраженіе. Въ отличіе отъ Д'Аржантре и Бургундуса они начали разумѣть подъ «смѣшанными» статутами не тѣ, въ которыхъ рѣчь идетъ и о вещахъ, и о лицахъ, а статуты о формѣ юридическихъ дѣйствій; у нихъ, поэтому, всѣ законы дѣлятся по своему содержанію на три опредѣленно очерченныхъ класса. Вмѣстѣ съ тѣмъ они выступили съ утвержденіемъ, что экстратерриторіальное дѣйствіе всѣхъ законовъ, каково бы ни было ихъ содержаніе, опредѣляется только доброю волею иностраннаго государства, руководимаго при этомъ только разсчетомъ. При такихъ условіяхъ, казалось бы, дѣленіе законовъ по ихъ содержанію превращается въ безплодную систематику; но такъ какъ въ числѣ туземныхъ законовъ оказываются такіе, которые никогда не уступаютъ своего мѣста иностраннымъ, и эти законы какъ разъ и входятъ въ группу реальныхъ статутовъ, — то надобность въ точномъ разграниченіи законовъ по группамъ все же остается, и оба Футы потрудились надъ этимъ разграниченіемъ.

Оригинальность Павла Фута была въ томъ, что онъ первый сказалъ, что въ каждомъ законѣ слѣдуетъ различать его

---

[1]) Rodenburgh, De iure quod oritur et statutorum diversitate, перепечатанъ и переведенъ по-французски у Boullenois, см. ниже.

матеріальное содержаніе (его о б ъ е к т ъ) и его конфликтный э ф ф е к т ъ, — имѣетъ ли онъ силу только на территоріи законодателя или же и за границей [1]).

Со стороны объекта, говоритъ онъ, статуты одни — личные, другіе — реальные. Л и ч н ы е — тѣ, которые касаются (afficiunt) лица, какъ бы прикрѣплены (inhaerent) къ нему; они касаются лица непосредственно (primario et per se). Отнюдь не слѣдуетъ думать, что достаточно, если въ статутѣ встрѣчается слово «лицо», чтобы онъ уже былъ личнымъ. Касаться лица онъ можетъ на разные лады: онъ можетъ разрѣшать что-либо, напр., подвластному сыну онъ даетъ право завѣщать, — право, котораго тотъ не имѣетъ по цивильному праву; или статутъ уничтожаетъ препятствіе, напр., онъ позволяетъ узаконять незаконнорожденнаго; или онъ запрещаетъ малолѣтнему или женщинѣ договариваться безъ согласія близкихъ, и т. д. Но не будетъ личнымъ статутъ, въ родѣ, напр., «мужъ не въ правѣ дарить что-либо женѣ», потому что этотъ статутъ не содержитъ универсальнаго распоряженія о личномъ состояніи, а только въ опредѣленномъ случаѣ воспрещаетъ что-либо дѣлать, и этимъ онъ скорѣе касается вещи. Р е а л ь н ы е статуты — тѣ, которые касаются вещи, и притомъ прежде всего и главнымъ образомъ именно вещи; не слѣдуетъ считать статутъ тотчасъ же реальнымъ потому только, что въ немъ упоминается слово «вещь», какъ, напр., статутъ о формальностяхъ при отчужденіи вещей; нужно, чтобы главнымъ намѣреніемъ законодателя было сдѣлать распоряженіе или предписать что-либо о вещи. Такимъ образомъ, со стороны объекта существуетъ два рода статутовъ. (Sect. IV cap. II, 5). С м ѣ ш а н н ы е статуты, т.-е. такіе, которые касаются то больше вещи, то больше лица, должны быть отнесены въ одну изъ тѣхъ двухъ категорій; можно бы, пожалуй, считать смѣшанными статуты о формахъ, потому что они по своему касаются всѣхъ лицъ, совершающихъ сдѣлки на территоріи законодателя, и касаются всѣхъ вещей, гдѣ бы тѣ ни находились; но, собственно говоря, форма не касается вещи или лица, а есть нѣчто придаточное (3). Такъ дѣлятся статуты съ точки зрѣнія объекта. Со стороны же эффекта статуты, «по моему мнѣнію», продолжаетъ П. Футъ, дѣлятся на реальные, личные и смѣшанные. Р е а л ь н ы е — это тѣ, которые не простираютъ своей силы за предѣлы территоріи законодателя; но на самой территоріи они обязываютъ и не подданныхъ, которые имѣютъ тамъ недвижимыя имущества (4). Л и ч н ы е — тѣ, которые простираются за предѣлы территоріи, такъ что они сопутствуютъ

[1]) P a u l i V o e t, De statutis eorumque concursu liber singularis. Bruxellis, 1715, pp. 111 — 128.

лицу, въ какомъ бы мѣстѣ оно ни находилось, но касаются только подданныхъ и отнюдь не иностранцевъ; эти отъ чужой территоріи не получаютъ никакихъ свойствъ. И Футъ развиваетъ это положеніе въ нѣсколькихъ правилахъ: личный статутъ касается только подданныхъ территоріи, на которой онъ изданъ, а не иностранцевъ, хотя бы они совершали на той территоріи какія-либо юридическія дѣйствія; личный всюду сопутствуетъ лицу относительно имуществъ, которыя находятся на территоріи законодателя, гдѣ это лицо имѣетъ свой домициль; но онъ не распространяется на недвижимыя имущества, находящіяся въ другомъ мѣстѣ (4 и 6). Наконецъ, с м ѣ ш а н н ы е статуты — тѣ, которые производятъ эффектъ и внутри, и внѣ территоріи: внутри, потому что обязываютъ всѣхъ, постоянныхъ жителей и иностранцевъ, если эти тамъ судятся или совершаютъ юридическія дѣйствія; извнѣ, — потому что они простираются на всѣ имущества, гдѣ бы эти ни находились; это — статуты, которые говорятъ о способѣ или формѣ сдѣлокъ и судебныхъ или внѣсудебныхъ дѣйствій (4).

Произведеніе Павла Фута написано убійственнымъ языкомъ; напротивъ, сынъ его, Іоаннъ Футъ, былъ превосходный писатель[1]). Приступая къ разграниченію статутовъ, онъ прежде всего констатируетъ, что «толкователи чрезвычайно расходятся въ описаніяхъ и опредѣленіяхъ дѣленія статутовъ на личные, реальные и смѣшанные»; самъ онъ на этихъ контроверзахъ останавливаться не хочетъ и «довольствуется передачей мнѣнія, наиболѣе частаго среди важнѣйшихъ знатоковъ статутарнаго права». «За малыми исключеніями, когда мнѣнія расходились, господствующее мнѣніе приблизительно таково»: личные статуты — тѣ, въ которыхъ содержится главнымъ образомъ постановленіе объ универсальномъ или квази-универсальномъ статусѣ лица, о свойствѣ, дѣеспособности или недѣеспособности, при чемъ все равно, совсѣмъ ли въ нихъ не упоминается о вещахъ, или идетъ и о нихъ рѣчь; нужно только, чтобы главное намѣреніе законодателя заключалось въ томъ, чтобы постановить что-либо не о вещи, а о лицѣ. Таковы статуты, постановляющіе, кого считать гражданиномъ, кого чужестранцемъ, кого дворяниномъ, кого ошельмованнымъ, кого возстановленнымъ въ своей чести; кто въ томъ возрастѣ и въ тѣхъ условіяхъ, когда можно завѣщать, или нѣтъ; могутъ ли женщина или малолѣтній договариваться безъ согласія мужа или опекуна, или нѣтъ. Сюда же относится объявленіе расточителемъ, эмансипація малолѣтняго, запрещеніе являться на судъ, вести извѣстныя дѣла, заниматься

---

[1]) I o h a n n e s V o e t, Commentarius ad Pandectas, Halae, 1776.

извѣстной профессіей, или, наоборотъ, допущеніе къ этимъ занятіямъ, если требуется особое разрѣшеніе; и вообще всякій разъ, когда присоединяется или отнимается свойство, которое дѣлаетъ лицо способнымъ или неспособнымъ къ совершенію разныхъ дѣйствій (Lib. I tit. IV p. II, 2). Напротивъ, р е а л ь н ы е статуты — тѣ, которые главнымъ образомъ касаются вещи и что-либопостановляютъ о вещи, все равно, упоминается ли въ нихъ о лицѣ, или нѣтъ, если только первичное намѣреніе законодателя въ томъ, чтобы постановить не о лицахъ, а о вещахъ. Сюда относятся права наслѣдованія по закону: въ какомъ порядкѣ призываются наслѣдники, каковы ихъ доли и т. п.; въ этотъ же классъ статутовъ относятся запретъ или дозволеніе дареній между супругами, запрещеніе или дозволеніе завѣщательныхъ распоряженій (3). И, наконецъ, не безъ основанія (non absurde) можно назвать с м ѣ ш а н н ы м и тѣ статуты, которые не постановляютъ главнымъ образомъ ни о лицахъ, ни о вещахъ, но опредѣляютъ форму, способъ, порядокъ, обрядности юридическихъ дѣйствій, все равно судебныхъ или внѣсудебныхъ; «это то значеніе, которое принялъ для смѣшанныхъ статутовъ мой покойный отецъ Павелъ Футъ» (4). Такъ дѣлятся статуты по своему содержанію. Съ дѣленіемъ Д'Аржантре и Бургундуса это имѣетъ мало общаго. Тамъ требовалось, чтобы статутъ и самымъ отдаленнымъ образомъ не касался недвижимости, и только тогда онъ могъ считаться личнымъ; здѣсь существенно только намѣреніе законодателя. Тамъ смѣшанные статуты не имѣли вовсе самостоятельнаго содержанія; здѣсь это законы о юридическихъ дѣйствіяхъ. Но самое важное не въ этомъ, а въ томъ, что въ то время, какъ для Д'Аржантре и Бургундуса достаточно было знать, о чемъ говоритъ статутъ, чтобы сразу рѣшить, имѣетъ ли онъ экстратерриторіальное или только территоріальное дѣйствіе, Іоаннъ Футъ, вслѣдъ за своимъ отцомъ, но только ярче и обстоятельнѣе, отдѣляетъ отъ вопроса о содержаніи статута вопросъ объ его эффектѣ съ точки зрѣнія конфликтнаго права.

Д'Аржантре и Бургундусъ, думая объ экстратерриторіальномъ эффектѣ статутовъ, оцѣнивали каждый статутъ только съ точки зрѣнія его пригодности для такого внѣ территоріальнаго дѣйствія. Оба Фута стали на противоположную точку зрѣнія: одного того, что статутъ пригоденъ для такой цѣли, еще мало; нужно, чтобы на чужой территоріи захотѣли его допускать. По мысли Д'Аржантре личные статуты потому управляютъ лицомъ за границей, что носителю политической власти принадлежитъ право нормировать состояніе всѣхъ, кто имѣетъ домициль на его территоріи, такъ что съ простымъ выѣздомъ за границу, безъ перенесенія

въ новую страну своего домициля (=натурализаціи), состояніе лица измѣниться не можетъ. Но это нисколько не объясняло, почему за границей обязаны признавать это состояніе и не могутъ обсуждать его по своимъ законамъ. Футы подчеркнули, что вѣдь на каждой территоріи дѣйствуютъ ея собственные законы; слѣдовательно, для того, чтобы личный статутъ могъ функціонировать на чужой территоріи, нужно согласіе мѣстной власти; что же можетъ побуждать ее на такое согласіе? Футы отвѣтили на это указаніемъ на собственный интересъ территоріальной власти, на расчетъ въ томъ, чтобы въ международныхъ отношеніяхъ господствовала comitas, любезность и взаимность. Павелъ Футъ пишетъ: Если говорить о разумѣ гражданскаго права, то ни одинъ статутъ, все равно, касается ли онъ вещи или лица, не распространяется за предѣлы территоріи законодателя... «Подобно тому, какъ государство, не подчиненное другому государству, ни прямо, ни молчаливо не связывается обычнымъ правомъ послѣдняго, такъ нормально и статутъ одного государства не можетъ ни прямо, ни молчаливо распространять свою силу на другое государство... (7) Однако, иногда статуты оказываютъ свое дѣйствіе и внѣ территоріи своего законодателя; это — когда народъ желаетъ изъ любезности (comiter) соблюдать обычаи (mores) сосѣдняго народа, дабы не разстраивались многія хорошія отношенія (ne multa bene gesta turbarentur); это въ обычаѣ (de moribus)» (17). Іоаннъ Футъ развилъ мысль своего отца: «Изъ высшаго права и естественнаго разума вытекаетъ основное правило, что ни одинъ статутъ, ни реальный, ни смѣшанный, не можетъ самъ собою дѣйствовать за предѣлами территоріи законодателя и не можетъ имѣть какой-либо эффектъ помимо воли законодателей запредѣльныхъ странъ. О реальныхъ статутахъ это доказывать излишне. Но о статутахъ личныхъ большинство думаетъ, что они могутъ выступать изъ границъ территоріи законодателя, такъ что лицо, облеченное въ своемъ мѣстожительствѣ извѣстными свойствами и способностью или лишенное ихъ, должно въ силу личнаго статута считаться имѣющимъ тѣ же свойства и способность во всѣхъ другихъ мѣстахъ; такъ что, куда бы лицо ни отправилось, всюду его способность къ гражданскимъ дѣйствіямъ должна опредѣляться такъ, какъ ее опредѣлилъ законодатель его домициля: тотъ, кто малолѣтній, расточитель и т. д. по закону своего мѣстожительства, — малолѣтній и т. д. всюду. Но съ этимъ общераспространеннымъ мнѣніемъ Футъ несогласенъ: и личные статуты, такъ же, какъ и реальные, не могутъ имѣть никакой силы внѣ территоріи законодателя, и по тѣмъ же соображеніямъ: власть законодателя ограничивается территоріей, за ея пре-

дѣлами онъ не болѣе, какъ частное лицо (5—7). Какимъ образомъ можно заставить судью на территоріи Утрехта признавать всѣ тѣ ограниченія дѣеспособности, которымъ лицо подвергалось на территоріи Голландіи? Какъ заставить его считать 18-лѣтняго голландца способнымъ завѣщать свое недвижимое имущество на утрехтской территоріи, если по утрехтскому праву этотъ возрастъ еще недостаточенъ для этой цѣли? Не ясно ли, что личные статуты внѣ территоріи своего законодателя ничто? «И то же самое вытекаетъ изъ высшаго права для смѣшанныхъ статутовъ (10): судьи данной страны нисколько не обязаны признавать дѣйствительными въ отношеніи имуществъ, находящихся на ихъ территоріи, сдѣлки, согласныя съ закономъ мѣста ихъ совершенія, если онѣ не облечены въ тѣ формы, которыя требуются статутами мѣста нахожденія имуществъ; другими словами, и смѣшанные статуты, строго юридически, имѣютъ силу только на территоріи своего законодателя. Такимъ образомъ, всѣ статуты, какъ бы ихъ ни называть и ни дѣлить, теряютъ всякое значеніе за предѣлами территоріи своего законодателя; ни одинъ статутъ не имѣетъ экстратерриторіальной силы».

Такое въ принципѣ рѣзкое расхожденіе со взглядами Д'Аржантре находитъ себѣ объясненіе въ томъ, что Д'Аржантре писалъ во Франціи, въ политически объединенной странѣ, и имѣлъ въ виду на первомъ планѣ конфликты между кутюмами территорій, разграниченныхъ не политически, а административно; ему и не могло казаться страннымъ, что judex одной изъ такихъ территорій опредѣляетъ личное состояніе такъ, чтобы это становилось обязательнымъ для судей всѣхъ другихъ территорій. Напротивъ, Футы писали, устремляя свои взоры на политически раздѣленныя территоріи. Такъ, Футъ-отецъ, опредѣляя понятіе статута, имѣетъ въ виду на первомъ планѣ различіе въ источникахъ власти; статутъ, «это — партикулярное право, установленное другимъ законодателемъ, чѣмъ императоръ»; «партикулярное» — въ противоположность общему или римскому гражданскому праву; подъ «другимъ законодателемъ» Футъ разумѣетъ муниципіи; онъ поясняетъ, что статуты бываютъ провинціальные, городскіе, сельскіе, деревенскіе (provinciale, oppidanum, paganum, vicanum, Lantrecht, Stadtrecht, Dorprecht)[1]). Іоаннъ Футъ еще больше выдвигаетъ политическое дробленіе территорій: «подъ статутами, говоритъ онъ, разумѣются не только постановленія внутреннихъ властей, но также и законы, изданные государями и народами, облеченными верховною властью, и притомъ

[1]) P. Voet, op. cit. pp. 112, 116.

все равно, писанные или введенные обычаемъ; терминъ объемлетъ, напр., законы нѣмцевъ, англичанъ, французовъ, голландцевъ, подданныхъ Утрехтской провинціи и т. под., вообще всѣ законы всѣхъ народовъ, за исключеніемъ римскаго и каноническаго права; онъ распространяется даже на рѣшенія и декреты судей и магистратовъ, касающіеся частныхъ лицъ, каковы объявленіе о расточительности, безчестіи или эмансипаціи малолѣтнихъ[1])». Такъ у обоихъ Футовъ совмѣщается то пониманіе статутовъ, которое было у итальянскихъ постглоссаторовъ (=отступленіе отъ права Римской имперіи), съ генерическимъ названіемъ для законовъ политически разъединенныхъ территорій. Отсюда понятно, что въ отличіе отъ Д'Аржантре, у котораго слово статутъ имѣетъ до извѣстной степени значеніе футляра для законовъ сходнаго содержанія, Футы, говоря о статутахъ, вспомнили о территоріальномъ верховенствѣ законодателя каждой страны.

Но это былъ только принципъ, послѣдовательное проведеніе котораго приводило бы къ упраздненію всякой конфликтной теоріи. И потому І. Футъ продолжаетъ: «Сказанное есть только выводъ изъ высшаго права и естественнаго разума. Отъ этого принципа дѣлается отступленіе во имя международной любезности. Подобно тому, какъ въ гражданскомъ обществѣ частное лицо живетъ менѣе счастливо, если отказываетъ другимъ лицамъ въ услугахъ и само отказывается отъ услугъ съ ихъ стороны, хотя и нѣтъ никакой несправедливости въ томъ, чтобы каждый пользовался только своимъ, оставляя другимъ то, что имъ принадлежитъ, отвергая всякое общеніе и любезности; такъ точно и магистраты разныхъ странъ, независимые другъ отъ друга и отъ высшаго третьяго, могутъ не поступаться ничѣмъ своимъ. Но, если они откажутся взаимно благосклонно примѣнять велѣнія другъ друга, они этимъ ухудшатъ положеніе своихъ подданныхъ. Тотъ, кто будетъ нарушать или измѣнять акты, рѣшенія, декреты другихъ, увидитъ, что такъ же нарушаются его собственные акты и декреты, въ силу правила «око за око» и по соображеніямъ высшаго права. Такимъ образомъ, правильно понятая собственная выгода есть единственное основаніе уступчивости территоріальнаго законодателя предъ иностранными законами. Впрочемъ, отъ своихъ реальныхъ статутовъ, какъ это показываетъ опытъ, законодатель территоріи, на которой находится недвижимость, не отступаетъ, во имя международной любезности, хотя бы на кончикъ ноготка, но стоитъ въ этомъ отношеніи твердо, огрызаясь за свое право (12)».

---

[1]) I. Voet, op. cit. I. L. I Tit. IV pars II, pp. 90 ss.

Выдвинувъ на первый планъ забытый ихъ предшественниками вопросъ о правахъ туземной власти, Футы вмѣстѣ съ Ульрихомъ Губеромъ (1636—1694) явились основателями ученія о comitas nationum, которое оказало рѣшающее вліяніе на англійскую судебную практику въ XVIII вѣкѣ и отразилось въ Германіи XIX вѣка на ученіи Вехтера. Но въ то же время Футы остались на почвѣ теоріи статутовъ, какъ руководящей для законодателя чужой страны въ вопросѣ о томъ, что̀ изъ иностранныхъ законовъ онъ можетъ допускать и чего не можетъ: реальныхъ не можетъ; личные и смѣшанные можетъ. Слѣдовательно, интересъ въ разграниченіи статутовъ по ихъ объекту остался все тотъ же. Но и трудность осталась все та же, и самъ Іоаннъ Футъ называлъ эту задачу «застѣнкомъ для ума».

Изъ двухъ Футовъ только Павелъ сдѣлался извѣстнымъ во Франціи въ XVIII вѣкѣ; о I. Футѣ ни одинъ изъ французскихъ статутаріевъ этого вѣка не упоминаетъ.

VI.

Въ Германіи начали заниматься конфликтными вопросами въ XVI вѣкѣ; интересъ къ нимъ вызывался почти необозримымъ множествомъ мѣстныхъ источниковъ права[1]), дѣйствовавшихъ въ политически раздробленной странѣ, не взирая на рецепцію римскаго права; отвѣтъ на эти вопросы естественно было искать въ комментаріяхъ Бартола, Бальда и другихъ итальянцевъ, потому что рецепировано было не чистое римское право, а то, которое содержалось въ этихъ комментаріяхъ. Въ судебной практикѣ имперскаго камеральнаго суда, апелляціонной инстанціи во всѣхъ гражданскихъ дѣлахъ имперіи, въ XVI вѣкѣ признавались три принципа: 1) Права на вещи опредѣляются закономъ территоріи, на которой вещи находятся; при этомъ не различали, идетъ ли рѣчь о переходѣ вещей въ отдѣльности или объ универсальномъ преемствѣ; въ этомъ послѣднемъ случаѣ также рѣшалъ не законъ мѣстожительства наслѣдодателя, а законъ территоріи мѣста нахожденія вещей; однако, нѣкоторые юристы дѣлали изъятіе въ пользу закона мѣстожительства наслѣдодателя въ отношеніи движимостей. 2) Способность лица распоряжаться своимъ имуществомъ, въ томъ числѣ и способность завѣщать, обсуждалась по закону мѣста нахожденія вещей, а не по закону мѣстожительства лица; но въ вопросахъ,

[1]) Перечень источниковъ права имперскаго, территорій (Landrechte), городовъ (Stadtrechte) и т. д. см. у Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen, II, 1864, pp. 183—460.

касавшихся движимостей, рѣшалъ законъ мѣстожительства лица. 3) Форма завѣщанія или договора признавалась законною, если она была согласна съ закономъ мѣста совершенія акта. Всѣ эти правила — lex rei sitae, lex domicilii и lex loci actus — совпадали съ тѣмъ, что утверждала и теорія статутовъ, но нѣмецкіе юристы не употребляли терминовъ реальные, личные и смѣшанные статуты[1]). И въ XVII вѣкѣ часть этихъ юристовъ также не упоминаетъ о разграниченіи статутовъ, нѣкоторые, напр. Мевіусъ († 1670), даже прямо отвергаютъ это различеніе, или же, какъ, напр., Герціусъ, говорятъ о немъ съ пренебреженіемъ: «многимъ помоложе понравилось различеніе реальныхъ, личныхъ и смѣшанныхъ статутовъ; поистинѣ удивительно, какъ для ихъ опредѣленія ученые потѣютъ». Однако, на дѣлѣ большинство юристовъ все-таки строили свои правила на этомъ различеніи, ничѣмъ не отличаясь въ своихъ обоснованіяхъ отъ откровенныхъ статутаріевъ. Наиболѣе видными представителями этой теоріи статутовъ безъ ея названія были въ XVII в. Кокцеи (1644—1719)[2]) и въ особенности Герціусъ[3]) (1652—1710).

На рѣдкость бездарный и тяжеловѣсный писатель, Герціусъ довелъ до крайности однобокую мысль Д'Аржантре о пригодности личнаго статута для экстратерриторіальнаго эффекта: основаніе экстратерриторіальнаго дѣйствія законовъ о личномъ состояніи и о формѣ онъ усмотрѣлъ въ томъ, что люди подчинены верховной власти территоріи, на которой они находятся. О томъ, почему это можетъ имѣть значеніе на чужой территоріи, гдѣ тоже есть своя верховная власть, онъ забылъ подумать. По одному изъ трехъ основаній, говоритъ онъ, люди подчиняются верховной власти: одно лежитъ въ ихъ личности, другое въ ихъ имуществѣ, третье въ ихъ дѣйствіяхъ. Лицо подчиняется въ силу своего домициля, вещь подвластна господину территоріи, а въ силу своихъ дѣйствій всѣ люди, даже иностранцы, даже временно пребывающіе, подчинены государству, на территоріи котораго они вступаютъ въ договоры или совершаютъ проступки (IV)[4]). Законы, изданные верховною властью, и муниципальные статуты имѣютъ своимъ содержаніемъ лицо или вещь или форму юридическаго дѣйствія. Законы перваго рода тѣ, которые касаются лица и притомъ на первомъ планѣ (primario); не существенно, если на второмъ планѣ

---

[1]) Wächter, l. c.

[2]) Cocceji, De fundata in territorio et plurium locorum concurrente potestate въ Exercitationes curiosae, 1684, I.

[3]) Hertius, Commentationum atque opusculorum vol. I, Francofurti, 1716

[4]) Idem, op. cit., De collisione legum dissertatio, sectio IV de collisu legum positivarum inter se, IV.

или путемъ заключенія законъ постановляетъ что-либо о пріобрѣтеніи вещи или о распоряженіи ею. Примѣръ: законъ о томъ, что лицо становится совершеннолѣтнимъ въ 21 годъ, какъ у саксонцевъ и баварцевъ, или если оно вступило въ бракъ, какъ это принято во многихъ мѣстахъ, или если оно съ согласія отца ведетъ торговлю, что также въ обычаѣ въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, и т. д. Вообще, статусъ и свойство лица опредѣляется законами мѣста, которому лицо подчинено потому, что тамъ оно основало свой домицилъ (V). Законъ касается в е щ е й, когда онъ налагаетъ на нихъ печать опредѣленнаго свойства въ отношеніи отчужденія или пріобрѣтенія, напр., законъ, запрещающій продажу дѣдовскихъ имуществъ или требующій при продажѣ недвижимости судебнаго отреченія (VI). Законъ, въ 3-хъ, опредѣляетъ форму юридическаго д ѣ й с т в і я, когда обставляетъ сдѣлку извѣстными обрядностями, напр., требуетъ, чтобы договоръ продажи былъ письменный (VII).

Послѣ этихъ опредѣленій Герціусъ выставляетъ три правила, которыя всѣ терпятъ исключенія: 1) Когда законъ направленъ на лицо, то надлежитъ принимать во вниманіе законъ того государства, которому лицо подчинено. «Очевидное» основаніе этого правила въ томъ, что личность подданнаго подчинена только той верховной власти, которой она себя подчинила; отсюда законы, накладывающіе на личность печать свойства или характера, сопутствуютъ ей, куда бы она ни отправилась, хотя бы она эмигрировала въ другое государство, напр., законъ, по которому лицо объявлено совершеннолѣтнимъ, обезчещеннымъ, расточителемъ. Иностранное государство имѣетъ надъ лицомъ власть только, если послѣднее совершаетъ на его территоріи юридическія дѣйствія или пріобрѣло недвижимость. Герціусъ не согласенъ въ этомъ отношеніи съ ученіемъ Павла Фута, по которому и личный статутъ иностранца имѣетъ значеніе только въ силу comitas туземной власти; такъ Герціусъ упорствуетъ въ одностороннемъ представленіи Д'Аржантре, не желая его исправленія. Однако, изъ своего правила Герціусъ допускаетъ исключенія: если мѣтка влечетъ за собою привилегію, напр., дворянство; или если лицо признано еретикомъ за принадлежность къ протестантизму; точно такъ же должностное лицо за границей должно разсматриваться, какъ лицо частное. Изъ этихъ исключеній видно, что Герціусъ не въ силахъ справиться съ трудностями, которыя неизбѣжны, когда не различаютъ конфликтныхъ нормъ о правоспособности и о дѣеспособности. 2) Законъ о вещи примѣняется повсемѣстно и кто бы ни совершалъ актъ о ней; правило это основано на томъ, что верховная власть распространяется не только на лица, но и на всѣ недвижимости на ея территоріи. Говоря о «повсе-

мѣстномъ» дѣйствіи правила, Герціусъ хочетъ сказать, что законъ о вещи обязателенъ и для тѣхъ, кто совершаетъ сдѣлку о ней, находясь самъ за границей. Однако, и это правило терпитъ исключенія, если законъ не отнимаетъ свободы постановлять иное. Такъ, напр., законы о наслѣдованіи касаются вещей; однако, часто эти законы не лишаютъ свободы завѣщательныхъ распоряженій; или, напр., часто феодальныя владѣнія переходятъ не по мѣстному закону, а по клевскому, мюнстерскому, фульдскому и т. д. Такъ еще, напр., право реторсіи приводитъ въ Германіи къ тому, что не всегда соблюдается законъ мѣста нахожденія недвижимостей. 3) Изъ законовъ о формѣ юридическаго дѣйствія слѣдуетъ примѣнять законъ мѣста совершенія дѣйствія, а не законъ домициля, или законъ мѣста нахожденія вещи. Пояснивъ правило примѣрами, Герціусъ приводитъ шесть случаевъ, когда примѣненіе правила требуетъ особаго объясненія, напр., оно примѣняется и къ иностранцу, который совершаетъ дѣйствіе (1); къ послѣдствіямъ, вытекающимъ изъ главнаго дѣйствія (2); хотя бы имущества лежали на чужой территоріи (3), и т. д., и затѣмъ даетъ шесть исключеній изъ правила: если иностранецъ не подчиненъ мѣстному закону, какъ, напр., посланники (1); если иностранецъ не зналъ статута (4); если законъ о формѣ составляетъ привилегію мѣстныхъ гражданъ (5), и т. д. Такъ, ни одно изъ правилъ Герціуса не можетъ быть руководящимъ при разрѣшеніи всѣхъ случаевъ конфликтовъ. На основаніи своихъ правилъ и исключеній онъ пытается разрѣшить 63 казуса и здѣсь часто впадаетъ въ противорѣчія съ самимъ собою (XI—LXXIII).

Герціусъ тѣмъ и интересенъ, что хорошо иллюстрируетъ безпомощность теоріи, заимствованной имъ у Д'Аржантре, Бургундуса, Роденбурга и Павла Фута [1]). Эта безпомощность чувствовалась многими, и потому уже въ XVII вѣкѣ теорія статутовъ имѣла въ Германіи и противниковъ. Въ XVIII вѣкѣ нападки на нее усилились. Въ 40-хъ годахъ XIX вѣка Вехтеръ удостовѣрялъ, что современные ему юристы ее большею частью отвергаютъ.

VII.

Свои послѣдніе плоды теорія статутовъ дала во Франціи въ XVIII вѣкѣ. Это были обширныя спеціальныя работы Фролана († 1746), Бульнуа († 1762) и Буйе († 1746). Изъ этихъ писателей

[1]) Meili, Das internat. Civil und Handelsrecht, I, p. 103, приведя отзывъ N. Rocco о Герціусѣ, что онъ набросалъ только сухія и жалкія основы науки, замѣчаетъ: «быть можетъ Герціуса предъ судомъ исторіи оправдываетъ то, что у него была необыкновенно сварливая жена, которая отравила ему жизнь».

самымъ оригинальнымъ былъ Буйе, президентъ дижонскаго парламента и членъ французской академіи. Какъ и Д'Аржантре, онъ остановился на коллизіяхъ статутовъ попутно; но онъ посвятилъ имъ не нѣсколько страницъ, а цѣлый большой отдѣлъ своихъ «Замѣчаній на кутюмъ Бургундскаго герцогства»[1]). Книга написана превосходнымъ литературнымъ языкомъ и свидѣтельствуетъ о большой юридической образованности Буйе. Въ исторіи теоріи статутовъ онъ занимаетъ совершенно особое мѣсто. Въ чемъ эта особенность, можно объяснить въ двухъ словахъ, если позволить себѣ сравненіе, быть можетъ, нѣсколько вульгарное, но зато достигающее цѣли: если сравнить реальные и личные статуты съ правымъ и лѣвымъ башмаками, то о Буйе можно сказать, что онъ надѣлъ правый башмакъ на лѣвую ногу, а лѣвый на правую.

Изложенію своей теоріи онъ предпосылаетъ замѣчаніе, что нѣтъ вопроса болѣе интригующаго и болѣе колючаго, чѣмъ вопросъ о разграниченіи статутовъ (ch. 23, 1); тому существуютъ три причины: 1) предразсудокъ, укоренившійся въ умахъ практиковъ, будто всѣ кутюмы реальны; если и допускаютъ исключенія, то все же при сомнѣніи склоняются въ пользу реальности (12); 2) не въ мѣру почтительное отношеніе писателей-юристовъ къ судебнымъ рѣшеніямъ; они забываютъ, что судьямъ некогда углубляться во всѣ тонкости предмета и что поэтому ихъ разсужденія не могутъ быть авторитетны, — замѣчаніе, весьма пикантное въ устахъ предсѣдателя суда (13); 3) множественность и излишняя детальность предложенныхъ правилъ, только затрудняющихъ пониманіе (16). Между тѣмъ можно весь этотъ предметъ свести къ нѣсколькимъ простымъ и общимъ принципамъ; для этого нужно все пересмотрѣть сызнова, безъ предвзятости, забыть на время объ уваженіи къ судебнымъ рѣшеніямъ и, по примѣру Декарта, отбросить книги и начать самому думать (22).

Слѣдуя этому плану, Буйе начинаетъ съ опредѣленія разныхъ категорій статутовъ. До Д'Аржантре различались двѣ категоріи; онъ ввелъ третью. Конечно, если смотрѣть на сущность вещей, то нельзя сомнѣваться, что существуютъ три рода законовъ: чисто личные, чисто реальные и смѣшанные изъ реальнаго и личнаго; примѣръ смѣшанныхъ, — законъ, устанавливающій общность имуществъ супруговъ, или законъ, воспрещающій супругамъ дарить другъ другу во время брака. Но хотя это различеніе совершенно вѣрно само по себѣ, оно все же для юриспруденціи вполнѣ безполезно, потому что юристовъ меньше интересуетъ философская

[1]) Bouhier, Observations sur la coutume du duché de Bourgogne, въ «Oeuvres de Jurisprudence», Dijon, 1787, vol. I.

сущность вещей, чѣмъ ихъ эффектъ (29). Коренная разница между реальными и личными статутами заключается именно въ ихъ эффектѣ: первые замыкаются на своей территоріи, вторые дѣйствуютъ и за ея предѣлами; юристы для того и стараются опредѣлить, есть ли статутъ личный или реальный, чтобы узнать, долженъ ли онъ дѣйствовать только на своей территоріи или и за границей (30). Ясно поэтому, что категорія смѣшанныхъ статутовъ ни на что не нужна и что слѣдуетъ держаться стараго дѣленія на двѣ категоріи (36). При этомъ необходимо замѣтить еще слѣдующее. Нормально ни одинъ статутъ не можетъ имѣть значенія для имуществъ, лежащихъ на другой территоріи, потому что пространство дѣйствія закона измѣряется властью законодателя, которая сама ограничена предѣлами его территоріи; особенно это вѣрно для французскихъ кутюмовъ, которые большею частью основаны на договорахъ трехъ сословій данной провинціи и потому обязательны только для тѣхъ, кто хотѣлъ имъ подчиниться. Въ старину это (территоріальное дѣйствіе статутовъ объ имуществахъ) находило себѣ объясненіе еще и въ томъ, что отдѣльныя провинціи королевства подчинялись разнымъ государямъ, которые часто другъ съ другомъ воевали; еще менѣе было близости съ иностранными государствами; это дѣлало каждый народъ ревнивымъ къ соблюденію его собственныхъ законовъ, и отсюда, общеизвѣстная аксіома французскаго права: «всѣ кутюмы реальны» (38). Но, благодаря Дюмулену, а отчасти даже и самому Д'Аржантре (43), и въ особенности тому, что благоразумные люди не разъ убѣждались въ необходимости во имя общаго блага поступаться правиломъ о реальности кутюмовъ, тѣмъ болѣе, что всѣ провинціи теперь объединены подъ одною верховною властью, — въ настоящее время всѣ признаютъ, что не всѣ кутюмы реальны, а что есть и личные; правда, встрѣчаются еще судебныя рѣшенія и есть еще провинціи, каковы Нормандія и Бретань, гдѣ при всякомъ сомнѣніи предпочитаютъ признавать статутъ реальнымъ, но все же это — предразсудокъ, съ которымъ, вообще говоря, теперь покончили. Теперь всѣ признаютъ, что существуютъ двѣ категоріи статутовъ, и задача въ томъ, чтобы узнать, какъ ихъ различать (45).

Послѣ этого объясненія, въ которомъ есть и историческія ошибки, но также и историческіе факты, и которое столь показательно для направленія мысли юриста XVIII вѣка, — Буйе обращается къ опредѣленію реальныхъ и личныхъ статутовъ. Но, разсмотрѣвъ опредѣленія Фролана и Бульнуа, а также и Павла Фута, Буйе не только отвергаетъ ихъ, но и самъ отказывается вообще отъ

всякаго опредѣленія, потому что «никакое хорошее опредѣленіе невозможно, пока не условятся о томъ, какіе статуты должны составлять классъ личныхъ, и какіе — классъ реальныхъ, потому что нельзя ясно опредѣлить предметы, природа коихъ сомнительна и спорна. Нужно, чтобы самъ законодатель фикспровалъ, что слѣдуетъ думать о свойствѣ этихъ статутовъ, и только затѣмъ уже можно пытаться дать ихъ опредѣленіе». Покамѣстъ же слѣдуетъ держаться другого опредѣленія П. Фута, касающагося только эффекта статутовъ, потому что на самомъ дѣлѣ, когда говорятъ о реальныхъ и личныхъ статутахъ, то обыкновенно имѣютъ въ виду только то, что говоритъ этотъ «ученый профессоръ»: съ реальностью кутюмовъ связываютъ идею ихъ ограниченія (restriction), съ персональностью — идею ихъ распространенія (extension) (50). — Вся важность отрицательнаго отношенія Буйе къ тому, что составляло основу теоріи статутовъ, — къ различенію законовъ по ихъ объекту, — будетъ показана нѣсколько ниже. Но самъ Буйе вслѣдъ затѣмъ дѣлаетъ то самое, что онъ только что осудилъ: онъ даетъ правила, по которымъ можно опредѣлить, когда статутъ слѣдуетъ относить къ классу личныхъ, а для этого обращается къ пересмотру содержанія законовъ. Послѣ того онъ даетъ перечень законовъ, образующихъ классъ реальныхъ, и въ результатѣ получаются два класса съ неимовѣрно пестрымъ содержаніемъ.

Описанію обоихъ классовъ предшествуетъ формулированіе четырехъ правилъ, по которымъ можно опредѣлить, что статутъ — личный, — т.-е. личный не въ томъ смыслѣ, что онъ имѣетъ объектомъ лицо, а въ томъ, что онъ по своему содержанію можетъ имѣть экстратерриторіальный эффектъ. Во-первыхъ, статутъ личный, если онъ касается безтѣлесныхъ и нераздѣльныхъ правъ. Напр., статутъ о возрастѣ для права завѣщанія; было бы нелѣпостью, говоритъ Буйе, если бы лицо, имѣющее домициль въ кутюмѣ, гдѣ этотъ возрастъ выше, чѣмъ въ другихъ, способное завѣщать въ своемъ домицилѣ, было неспособно къ тому въ другихъ мѣстахъ. Точно такъ же, разъ само лицо нераздѣльно, нераздѣльны и привязанныя къ нему права (разсужденіе, такъ напоминающее знакомыхъ намъ діалектиковъ XIV вѣка); таковы права на движимости, состояніе дворянства, незаконнорожденности (69). Во-вторыхъ, статутъ личный, если онъ основанъ на молчаливомъ и предполагаемомъ соглашеніи договаривающихся сторонъ. Всякій выраженный договоръ создаетъ противъ обязавшагося личный искъ, который простирается на всѣ его имущества, гдѣ бы они ни находились; отсюда, если статутъ предполагаетъ молчаливый договоръ, то сила его должна быть та же, что сила выраженнаго договора; этого требуетъ общее благо, по-

тому что, если бы стороны не думали, что за нихъ договаривается самъ законъ, они условились бы иначе (72). Въ-третьихъ, статутъ личный, если онъ что-либо запрещаетъ подчиненнымъ ему лицамъ во имя публичнаго интереса, напр., женщинѣ запрещается быть поручительницей за мужа (80). Въ-четвертыхъ, статутъ личный, если онъ касается внѣшнихъ формъ и публичности актовъ. Руководствуясь этими четырьмя правилами, Буйе въ пяти обширныхъ главахъ своего труда перечисляетъ законы, образующіе личный статутъ. Въ силу 1-го правила, будетъ личнымъ, напр., статутъ о правѣ опеки; въ разныхъ мѣстахъ опека устанавливается разными способами и къ ней призываются разныя лица, напр., въ Оверни даже дядя по отцу имѣетъ преимущество предъ матерью малолѣтнихъ; если опека назначена компетентнымъ судомъ или если къ опекѣ призвано опредѣленное лицо, то власть опекуна распространяется на всѣ имущества малолѣтняго, гдѣ бы они ни находились. Это — примѣръ «статута, который вообще регулируетъ состояніе лицъ, ихъ способность или неспособность» (24). Въ силу того же 1-го правила будетъ личнымъ, напр., статутъ о правѣ на движимости, потому что они составляютъ только придатокъ лица (25, 2); или статутъ обязывающій, какъ римское право, родителей что-либо непремѣнно оставлять своимъ дѣтямъ по завѣщанію (25, 50). Это — примѣры «статутовъ, которые касаются правъ и обязанностей или вещей, привязанныхъ къ лицамъ». Въ силу 2-го правила будетъ личнымъ, напр., статутъ о супружеской общности имуществъ, какъ «статутъ, основанный на предполагаемомъ договорѣ сторонъ» (26). Въ силу 3-го правила, — личный, напр., нормандскій кутюмъ, воспрещающій мужьямъ устанавливать вдовью долю (douaire) въ размѣрѣ, превышающемъ треть дохода отъ всего наслѣдства; это — запрещеніе, очевидно, основанное на политическомъ и публичномъ соображеніи, и потому оно простирается на имущества мужа, гдѣ бы таковыя ни находились. Сюда же относятся, напр., кутюмы Бретани и разные итальянскіе статуты, запрещающіе дѣтямъ обязываться безъ согласія отца: они распространяются на имущества сына, лежащія за границей, потому именно, что запрещеніе основано на мотивахъ публичнаго характера. Все это — примѣры «статутовъ, которые содержатъ запрещенія для подчиненныхъ имъ лицъ по основанію публичнаго характера» (27). Буйе, такимъ образомъ, объявляетъ статуты экстратерриторіальными на томъ самомъ основаніи, на какомъ романская школа XIX вѣка, основанная Манчини и Лораномъ, признаетъ законы публичнаго порядка строго территоріальными. Наконецъ, 4-е правило служитъ осно-

ваніемъ для отнесенія къ числу личныхъ — «статутовъ о формальностяхъ и о публичномъ удостовѣреніи актовъ» (28).

Какіе же статуты слѣдуетъ считать реальными? Отвѣтъ на это чрезвычайно простъ: всѣ тѣ статуты, которые не суть личные; «правило это безошибочно» (23, 89). Однако, Буйе все же даетъ и перечень реальныхъ статутовъ. Оказывается, ихъ семь классовъ, которые не связаны между собою ничѣмъ, кромѣ усмотрѣнія самого автора. Это — статуты, регулирующіе природу и свойство недвижимостей и права на нихъ (29); статуты о наслѣдованіи по закону и о сохраненіи имуществъ въ семьяхъ (30); статуты, устанавливающіе гарантіи въ интересахъ третьихъ лицъ, напр., требованіе традиціи при дареніи (31); статуты объ исполненіи договоровъ и судебныхъ рѣшеній о недвижимостяхъ (32); статуты о полиціи, напр., запрещеніе вывоза хлѣба, запрещеніе продажи недвижимостей иностранцамъ (33); законы уголовные (34) и, наконецъ, «всѣ законы, которые противны общему праву, и всѣ законы, которые содержатъ явную несправедливость» (35). Буйе отвергаетъ мнѣніе Кокиля и полагаетъ, что основное и общее право Франціи образуютъ римскіе законы, кутюмы же составляютъ только отступленіе отъ нихъ. Отсюда, напр., исковая давность, которая чрезвычайно регулировалась кутюмами и съ большими отступленіями отъ римскаго права, должна, по Буйе, обсуждаться по кутюму мѣста нахожденія недвижимостей въ дѣлахъ о наслѣдствахъ и по вещнымъ искамъ. А какъ примѣръ «явно несправедливаго» закона, Буйе приводитъ кутюмъ Ниверна, по которому вдова, отказавшаяся отъ супружеской общности, тѣмъ самымъ освобождается отъ долговъ, которые она сдѣлала совмѣстно съ мужемъ; или, законъ Юстиніана, дающій женамъ тайную ипотеку въ ущербъ даже предшествующимъ кредиторамъ мужа.

Таковы реальные статуты, т.-е. не производящіе никакого эффекта за предѣлами своей территоріи. Но какъ быть, если, несмотря на данныя четыре правила и на перечни, все-таки остается сомнѣніе, куда отнести статутъ? И на этотъ вопросъ Буйе отвѣчаетъ обратно тому, что говорилъ Д'Аржантре и что говорили другіе статутаріи XVIII же вѣка: сомнѣніе разрѣшается въ пользу персональности, а не реальности, т.-е. статутъ долженъ быть отнесенъ къ личнымъ и экстратерриторіальнымъ. Это сомнѣніе, замѣчаетъ Буйе, невозможно относительно законовъ, противорѣчащихъ общему праву; эти — реальны; оно возможно только относительно законовъ, которые основаны на общемъ правѣ и на естественномъ правѣ. «Но такъ какъ естественное право есть первоначальное право всѣхъ народовъ, а общее право также почти

всегда основано на справедливости, то мы обязаны всячески содѣйствовать его возстановленію и должны по возможности къ нему приближаться; а для этого всѣ статуты, которые съ нимъ согласны, должны получать возможно большее распространеніе. Въ пользу персональности говоритъ и то, что и общее благо требуетъ распространенія такихъ статутовъ»; сколько, напр., ненужныхъ осложненій, если наслѣдство регулируется въ каждомъ кутюмѣ по своему! «Говоря вообще, для народовъ совершенно безразлично, будетъ ли статутъ признаваться реальнымъ или личнымъ, потому что то, что частныя лица могутъ потерять въ одномъ случаѣ, они выиграютъ въ другомъ, такъ что все выравнивается. Нитью, которая должна руководить судьями въ лабиринтѣ процессовъ этого рода, должно быть только общее благо (bien public), когда оно совпадаетъ съ общимъ правомъ и со справедливостью».

Въ ряду статутаріевъ Буйе стоитъ совершенно одиноко со своимъ взглядомъ на отношеніе между реальными и личными статутами. Говоря о статутѣ, что онъ реальный, какъ Д'Аржантре и Бургундусъ, такъ и Футы имѣли въ виду, что это господинъ на своей территоріи; Буйе трактуетъ такой статутъ, какъ ссыльнаго безъ права выѣзда изъ собственной территоріи. Для тѣхъ реальный статутъ какъ бы обрѣтается въ splendid isolation; онъ не выступаетъ за предѣлы своей территоріи потому, что ему и своей достаточно; и всякій, кто даже находится за границей, долженъ памятовать, что при малѣйшемъ касательствѣ къ имуществамъ на территоріи реальнаго статута онъ будетъ имѣть дѣло съ нимъ. Для Буйе реальный статутъ обреченъ на то, чтобы скромно сидѣть въ указанныхъ ему границахъ и склоняться предъ пришельцемъ въ видѣ личнаго статута, потому что, какъ правило, всякій статутъ имѣетъ экстратерриторіальную силу, и нужно особое основаніе — въ его реальности, — чтобы у него этой силы не было.

Не такъ смотрѣлъ на соотношеніе обоихъ статутовъ другой французскій статутарій, парижскій адвокатъ Булльнуа; онъ оставался вѣренъ традиціонному воззрѣнію. Важнѣйшій изъ его трудовъ, двухтомный «Трактатъ о персональности и реальности законовъ», написанъ въ формѣ замѣчаній на сочиненіе Роденбурга[1]). Изъ этихъ замѣчаній онъ извлекъ 49 «общихъ принциповъ о статутахъ». Онъ и на словахъ не различаетъ, подобно П. Футу и Буйе, объекта и эффекта статутовъ. Природа и свойство статута, говоритъ онъ, опредѣляются господствующимъ прямымъ и непосредственнымъ его содержаніемъ, т.-е. содержаніе (sujet et ma-

[1]) Boullenois, Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes ou statuts, 2 vol., Paris, 1766.

tériel) дѣлаетъ его реальнымъ или личнымъ (princ. 23). Казалось бы, продолжаетъ Бульнуа, природа и свойство закона должны бы опредѣляться также и мотивомъ закона, если этотъ мотивъ настолько ясно и точно выраженъ, что разумъ не позволяетъ предполагать какой-либо другой мотивъ. Такъ, напр., статутъ, запрещающій супругамъ взаимныя даренія, обычно считается реальнымъ, потому что его цѣль — сохранить имущество каждаго изъ супруговъ для его наслѣдниковъ; но если совершенно ясно, что мотивъ запрещенія дареній исключительно въ томъ, чтобы сохранить между супругами миръ, чтобы не было повода для раздора между ними, — то, казалось бы, этотъ статутъ слѣдовало бы считать личнымъ. Однако, судебная практика рѣшаетъ наоборотъ: важенъ не мотивъ запрещенія, а тотъ предметъ, который запрещается (pr. 24). Вспомнимъ, что для Іоанна Фута рѣшающее значеніе имѣло намѣреніе законодателя, а не предметъ распоряженія. Въ противоположность Буйе, Бульнуа заявляетъ, что «когда природа статута, вслѣдствіе смѣшенія въ немъ лицъ и имуществъ, вполнѣ не обнаруживается, то лучше предполагать его реальнымъ (pr. 25)». Вліяніе Павла Фута сказалось въ формулированіи принципа, что «съ точки зрѣнія строгаго права всѣ законы, изданные государемъ, имѣютъ силу и авторитетъ только въ предѣлахъ его господства; но во имя общественнаго и общаго блага народовъ допущено нѣсколько исключеній въ интересахъ гражданскаго оборота; такъ, совершеннолѣтіе и малолѣтство домициля признаются всюду, даже для имуществъ, находящихся за границей» (pr. 6). Бульнуа стоитъ за двухчленное дѣленіе законовъ: «законы государя имѣютъ первымъ, главнымъ и господствующимъ объектомъ, то — регулированіе состоянія лицъ, то — регулированіе только вещей, то — регулированіе тѣхъ и другихъ» (pr. 7). Личные законы — тѣ, которые имѣютъ первымъ, главнымъ и господствующимъ объектомъ регулированіе состоянія лицъ (pr. 9); они опредѣляютъ свойство, которое присуще лицу, и послѣднее всюду остается тѣмъ же (pr. 10). Между личными законами Бульнуа различаетъ «универсальные» и «партикулярные», а эти послѣдніе распадаются у него на «чисто личные» и «лично-реальные» или смѣшанные (pr. 11—16). Такъ по части пользованія пріемомъ различеній Бульнуа могъ бы подать руку діалектикамъ XIV вѣка. «Всѣ личные законы простираются только на домицилированныхъ (pr. 17)»; «чисто-личные» сопутствуютъ лицу повсемѣстно (pr. 18); «лично-реальные» простираются нормально только на имущества территоріи, гдѣ они властвуютъ надъ лицомъ (pr. 20); иногда они дѣйствуютъ и за границей, но только, если они согласны между собою и только въ силу

братства (pr. 21). «Чисто-реальные» законы регулируютъ и управляютъ прямо и непосредственно вещами (pr. 22). Они ни прямо, ни косвенно не распространяются за предѣлы юрисдикціи и господства законодателя (pr. 27). Реальнымъ законамъ одинаково подчинены какъ домицилированный, такъ и недомицилированный; но бываетъ, что въ силу положительнаго права имъ подчинены одни домицилированные (pr. 28). При конфликтѣ между двумя личными статутами рѣшаетъ статутъ домицила (pr. 29) [1]); но при конфликтѣ между личнымъ и реальнымъ статутами рѣшаетъ реальный; такъ, совершеннолѣтній, который могъ бы подарить всѣ свои имущества, не можетъ этого сдѣлать, если имущества находятся въ кутюмѣ, который это реально запрещаетъ (pr. 30). Въ остальныхъ тезисахъ (pr. 38—49) Бульнуа говоритъ о договорахъ, завѣщаніяхъ и процессахъ, не считаясь съ дѣленіемъ законовъ по ихъ объектамъ.

VIII.

Революція 1789 г. имѣла своимъ послѣдствіемъ объединеніе французскаго гражданскаго права; всѣ провинціальные кутюмы были отмѣнены, и на ихъ мѣсто сталъ кодексъ 1804 г. Его составители внесли въ него три конфликтныя нормы, подъ которыми безъ всякихъ колебаній подписались бы не только всѣ статутаріи отъ Д'Аржантре до Бульнуа, но даже итальянскіе юристы XIV вѣка, Бартолъ и Бальдъ: это нормы, изложенныя въ 3 ст. кодекса: «Законы о полиціи и безопасности обязываютъ всѣхъ, кто живетъ на территоріи. Недвижимости, даже тѣ, которыя принадлежатъ иностранцамъ, управляются французскими законами. Законы о состояніи и способности лицъ управляютъ французами, даже когда они пребываютъ за границей». На время интересъ къ конфликтнымъ вопросамъ во Франціи исчезъ. Когда въ 30-хъ годахъ онъ сталъ возвращаться, теорія статутовъ все еще оставалась никѣмъ здѣсь непоколебленной. Въ Германіи въ 40-хъ годахъ ее подвергъ суровой критикѣ Вехтеръ, а съ середины XIX вѣка ея мѣсто въ нѣмецкой юриспруденціи заняли теоріи Вехтера и Савиньи. Во Франціи съ 70-хъ годовъ юриспруденція стала проникаться ученіемъ школы Манчини и Лорана о персональности права. Къ концу XIX вѣка теорія статутовъ казалась уже только достояніемъ исторіи,

[1]) Въ числѣ недостатковъ теоріи статутовъ указываютъ (напр. A u d i n e t, Principes élémentaires du D. I. P., 1906 p. 205), будто она не даетъ никакого руководства для разрѣшенія коллизій между двумя одинаково чуждыми для территоріальнаго судьи законами. Слѣдовало внимательнѣе читать труды статутаріевъ. Бульнуа отвѣчаетъ на этотъ вопросъ опредѣленно. Буйе вполнѣ присоединяется къ нему.

когда въ 1897 г. появилось сочиненіе Варейль-Сомміера, «La synthèse du droit international privé», въ которомъ горячо доказывается превосходство этой теоріи. На этой защитѣ полезно остановиться потому, что она облегчитъ намъ выясненіе въ дальнѣйшемъ, въ чемъ дѣйствительные недостатки теоріи.

Авторъ констатируетъ, что статутаріи, подобно художнику, которому не удается выразить живущую въ его умѣ идею, не всегда отчетливо, ясно и послѣдовательно излагали свои принципы; эти дефекты изложенія теперь относятся на счетъ самой теоріи, которая сама логична, естественна, закончена, красива, хотя и трудна. Ни въ чемъ не измѣняя ея идей, которыя сами по себѣ превосходны, авторъ берется передать ее. Она можетъ быть сведена къ шести принципамъ. «Первые два, впрочемъ, одни составляютъ общія правила, остальные суть исключенія или исключенія изъ исключеній, но эти исключенія настолько важны и обширны, что ихъ можно возвести на степень принциповъ». Вотъ эти шесть принциповъ:

1) Какъ общее правило, кутюмъ управляетъ на территоріи провинціи поведеніемъ всѣхъ какъ недомицилированныхъ, такъ и домицилированныхъ. Здѣсь выражены двѣ безспорныя идеи: государство м о ж е т ъ законно подчинить своимъ собственнымъ законамъ всѣхъ, кто дѣйствуетъ на его территоріи, даже иностранцевъ; и государство этого х о ч е т ъ, оно обычно это дѣлаетъ.

2) Какъ общее правило, кутюмъ внѣ территоріи провинціи не управляетъ ничьимъ поведеніемъ, ни домицилированныхъ, ни недомицилированныхъ. И здѣсь выражены, по словамъ Варейль-Соммiера, двѣ идеи: государство не можетъ требовать, чтобы его законы были приводимы въ исполненіе противъ его подданныхъ въ другихъ государствахъ; даже въ собственныхъ глазахъ государства его законы для его подданныхъ за границей необязательны. Эти законы не разсчитаны на акты, совершаемые подданными внѣ территоріи государства.

3) Статуты кутюма о состояніи и способности сопутствуютъ домицилированнымъ и должны быть примѣняемы къ нимъ въ другихъ провинціяхъ. Этотъ принципъ есть только исключеніе изъ первыхъ двухъ; онъ касается законовъ о лицахъ.

4) Съ нѣкоторыхъ точекъ зрѣнія движимости должны разсматриваться лежащими въ домицилѣ собственника и, слѣдовательно, онѣ управляются кутюмомъ этого домициля, даже когда онѣ фактически находятся на территоріи другой провинціи. Это — принципъ mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus personae inhaerent. Онъ выраженъ, признаетъ Варейль-Соммiеръ, слишкомъ общо; онъ примѣнимъ только въ области наслѣдственнаго права.

5) Статуты кутюма, толкующіе или восполняющіе волю сторонъ, не примѣняются къ юридическимъ актамъ, совершеннымъ на территоріи провинціи, когда стороны, выраженно или молчаливо, включили въ актъ восполняющіе статуты другого законодательства. Это принципъ автономіи воли, выраженный Дюмуленомъ.

6) Во всѣхъ дѣлахъ форма актовъ управляется кутюмомъ мѣста, гдѣ они совершены. Locus regit actum.

Таковы шесть принциповъ, выставленныхъ статутаріями, и Варейль-Сомміеръ, доказавъ правильность каждаго изъ нихъ, кажется убѣжденнымъ, что онъ доказалъ вѣрность и превосходство теоріи статутовъ [1]). На самомъ дѣлѣ, однако, всѣ разсужденія автора, доказывающія вѣрность этихъ принциповъ, ни мало не служатъ на пользу самой теоріи. Это потому, что авторъ смѣшалъ тезисы съ ихъ обоснованіемъ: тезисъ можетъ быть вѣренъ, но обоснованіе его никуда не годиться.

Здѣсь не мѣсто входить въ разсмотрѣніе каждаго изъ шести принциповъ; это значило бы попутно разсмотрѣть все конфликтное право. Для нашей цѣли достаточно указать, что они не выдуманы статутаріями и признаются юристами, которые теорію статутовъ отвергаютъ. Такъ, правило locus regit actum выражено у итальянскихъ эмпириковъ XIV вѣка, т.-е. за два столѣтія до образованія теоріи статутовъ, и оно дѣйствуетъ въ настоящее время и въ странахъ, гдѣ теоріей статутовъ никогда не интересовались. Такъ, правило lex rei sitae въ примѣненіи къ вещнымъ правамъ признается во всемъ мірѣ; правило объ обсужденіи дѣеспособности по національному закону, несмотря на оговорки въ интересахъ устойчивости гражданскаго оборота, остается въ силѣ во многихъ странахъ; и то, и другое, несмотря на крушеніе теоріи статутовъ. Правило, выраженное въ первомъ принципѣ Варейль-Сомміера, признавалось съ тѣхъ поръ, какъ существуютъ на свѣтѣ государства, и исчезнетъ только вмѣстѣ съ ними; даже при существованіи персональныхъ правопорядковъ, въ варварскихъ королевствахъ, въ Италіи послѣ франкскаго завоеванія, въ современной Турціи, были или есть законы, обязательные для всѣхъ, находящихся на территоріи государства. Словомъ, принципы статутаріевъ совсѣмъ не то, что теорія статутовъ. Когда говорятъ о теоріи, то имѣютъ въ виду тѣ соображенія, по которымъ однѣ нормы допускаются, другія устраняются. Для теоріи статутовъ характерны именно соображенія, которыми она оправдывала конфликтныя нормы. Мы говоримъ теперь, что право собственности

---

[1]) I pp. 10—78.

или залоговое право обсуждается по lex rei sitae потому, что этого требуетъ устойчивость общественнаго строя, основаннаго на обладаніи землею и капиталомъ, и потому, что изъ всѣхъ возможныхъ привязокъ правоотношенія собственности или залога къ территоріи привязка чрезъ посредство вещи, составляющей объектъ правоотношенія, наиболѣе крѣпка и важна, — а статутаріи говорили: это потому такъ, что всѣ законы о вещахъ образуютъ реальный статутъ. Правило locus regit actum оправдывалось юристами эпохи Альберика да Рошате (XIV вѣка) ссылкою на текстъ римскаго права; мы стоимъ за него потому, что оно необходимо въ интересахъ международнаго оборота, и потому, что мѣстное законодательство лучше освѣдомлено о томъ, какія формы гарантируютъ достовѣрность актовъ на его территоріи; а статутаріи выводили это правило изъ того, что законы о формахъ входятъ въ составъ смѣшанныхъ статутовъ, или изъ того, что эти законы, касаясь распоряженія вещами, принадлежатъ къ реальнымъ статутамъ. Теорія статутовъ заключается не въ конфликтныхъ нормахъ статуаріевъ, а въ томъ, что конфликтныя нормы выводятся изъ принадлежности столкнувшихся законовъ матеріальнаго права къ тому или другому классу законовъ.

Юристы XVI вѣка получили въ наслѣдіе отъ итальянскихъ юристовъ XIV вѣка рядъ нормъ для разрѣшенія коллизій между римскимъ правомъ и городскими статутами, или между кутюмами разныхъ областей, въ связи съ проступками, договорами, завѣщаніями и наслѣдованіемъ по закону. Эти нормы были добыты въ результатѣ аналитической работы надъ правоотношеніями, служившими поводами къ конфликтамъ. Наскучивъ этой работой, юристы XVI вѣка обратились къ обобщенію. Они ухватились за объекты, которыхъ касаются столкнувшіеся законы. Два объекта приковали къ себѣ ихъ вниманіе: земля и человѣкъ, недвижимость и лицо.

Важнѣйшія правоотношенія въ общественной жизни XVI вѣка во Франціи и въ Германіи все еще связываются съ землевладѣніемъ, несмотря на начавшееся разложеніе феодализма. Они составляютъ главное содержаніе кутюмовъ, зерцалъ, мѣстныхъ «правъ», — вообще источниковъ права германскаго происхожденія, Призванная отвѣчать на конфликтные вопросы, судебная практика не могла колебаться въ выборѣ нормы, когда дѣло шло о недвижимости: она взяла ту, которая дѣйствуетъ на территоріи, гдѣ находится недвижимость. Съ другой стороны, личная связь человѣка съ публичною властью устанавливалась въ то время также чрезъ отношеніе его къ землѣ, т.-е. къ мѣсту, гдѣ онъ имѣлъ свое постоян-

ное мѣсто жительства; идея подданства, связи лица съ государствомъ независимо отъ какой-либо реальной привязки къ его территоріи, явилась только въ XIX вѣкѣ. Какъ надъ недвижимостями господствуетъ законъ территоріи, гдѣ онѣ лежатъ, такъ и надъ человѣкомъ господствуетъ законъ мѣста, гдѣ онъ постоянно живетъ. При сравнительно малой сложности гражданской жизни можно было для всѣхъ правоотношеній считать рѣшающей при выборѣ компетентнаго закона одну изъ двухъ привязокъ: или къ мѣсту, гдѣ лежитъ вещь par excellence, недвижимость, или къ мѣсту, гдѣ постоянно находится лицо. Или, точнѣе говоря, это одна и та же привязка — къ мѣсту постояннаго нахожденія вещи и лица; но лица, въ отличіе отъ вещей, перемѣщаются; оттого законъ ихъ домицилія можетъ слѣдовать за ними за границу. Такъ могло явиться представленіе о двухъ классахъ статутовъ, реальномъ и личномъ. Знакомство съ римскими источниками, гдѣ въ разныхъ комбинаціяхъ встрѣчается различеніе вещей и лицъ, могло только укрѣпить увѣренность въ правильности такой группировки законовъ. Простая діалектика привела къ тому, что термины «реальный и личный статуты» пріобрѣли и второе значеніе, не только законовъ о вещахъ и о лицахъ. Господство реальнаго статута означаетъ, что для всѣхъ, кто вступаетъ въ отношенія по поводу недвижимостей на территоріи, обязательны законы этой территоріи о недвижимостяхъ; но это значитъ въ то же время, что для отношеній по поводу недвижимостей на чужой территоріи эти законы необязательны; слѣдовательно, реальный статутъ «изъ своей территоріи не выступаетъ», онъ все у себя дома и ничто за границей, онъ строго территоріаленъ: понятія реальный и территоріальный сдѣлались синонимами, или, точнѣе говоря, терминъ реальный стали употреблять въ двухъ смыслахъ; это и были различенія Павла Фута по объекту и эффекту. Та же діалектика привела къ удвоенію значенія термина «личный статутъ», и туда же вела самая постановка конфликтныхъ вопросовъ въ комментаріи Бартола, съ которымъ статутаріи пренебрегали знакомиться ближе, но который былъ въ рукахъ у всѣхъ ихъ. Личный статутъ, въ смыслѣ законовъ о лицахъ, обязателенъ для всѣхъ, кто имѣетъ домицилъ на территоріи; для временныхъ пришельцевъ онъ здѣсь ничто. Тѣмъ паче онъ ничто для иностранцевъ за границей; но, обязательный для домицилированныхъ на своей территоріи, онъ остается для нихъ обязательнымъ и въ случаѣ ихъ временной отлучки за границу; вмѣстѣ съ ними личный статутъ выступаетъ за предѣлы территоріи, онъ экстратерриторіаленъ. Понятія «личный» и «экстратерриторіальный» стали синонимами.

Впрочемъ, то обстоятельство, что законы о формѣ юридическихъ дѣйствій относились однимъ къ реальнымъ статутамъ, другимъ къ смѣшаннымъ, давало основаніе говорить, что «реальный статутъ экстратерриторіаленъ», потому что, и находясь за границей, необходимо все же соблюдать формы для перехода недвижимостей на территоріи; а съ другой стороны, разъ форма завѣщанія, составленнаго за границей, признается и на территоріи, гдѣ лежитъ недвижимость, то можно было говорить, что «статутъ о формѣ, дѣйствующій на этой территоріи, территоріаленъ», т.-е. за границей необязателенъ.

Теорія, облеченная въ XVI вѣкѣ въ литературную форму Д'Аржантре, продѣлала къ серединѣ XVIII вѣка эту діалектическую эволюцію. У Д'Аржантре она отличалась еще довольно топорнымъ характеромъ: достаточно знать, о чемъ говоритъ законъ, о вещахъ или о лицахъ, и тѣмъ самымъ уже сказано, имѣетъ ли онъ значеніе внѣ своей территоріи. Въ XVII вѣкѣ отецъ и сынъ Футы отчетливо показали, что распредѣленіе законовъ по ихъ объектамъ есть только шагъ къ разграниченію ихъ по ихъ эффектамъ на территоріи и внѣ ея. Въ XVIII вѣкѣ Буйе нашелъ, что простое распредѣленіе по такимъ объектамъ, какъ вещи и лица, недостаточно, а слѣдуетъ распредѣлять законы только по ихъ эффектамъ; а для этого нужно... начать съ начала и, пересмотрѣвъ всѣ законы, распредѣлить ихъ въ зависимости отъ ихъ содержанія... или, что то же, ихъ объекта. Но Буйе былъ въ своемъ родѣ еретикъ; правовѣрный Бульнуа и послѣ него продолжалъ откровенно распредѣлять законы по ихъ объектамъ. Такъ, на протяженіи вѣковъ основная идея теоріи оставалась все та же: скажите, о чемъ говоритъ законъ, и мы вамъ скажемъ, есть ли онъ реальный или личный статутъ (въ смыслѣ эффекта). Казалось бы, что можетъ быть проще?

IX.

На самомъ дѣлѣ эта простота оказалась предательской. Приступая къ дѣлу, статутарій какъ бы видѣлъ предъ собою три коробки, на которыхъ ярлыки съ надписями: Реальные статуты, Личные статуты, Смѣшанные статуты; въ сторонѣ въ безпорядкѣ свалены всѣ законы, и на обязанности теоретика — всю эту кучу разобрать и всѣ законы разложить по коробкамъ. Весь вопросъ въ томъ, какіе законы класть въ каждую изъ коробокъ. Только бы разрѣшить этотъ вопросъ, и тогда въ конкретномъ случаѣ судьѣ для рѣшенія конфликта стоило бы только взглянуть на ярлыкъ коробки, въ которую теоретикъ уложилъ законъ, находящійся

въ конфликтѣ, и отвѣтъ на вопросъ: обязателенъ ли законъ для иностранца на территоріи? или, примѣнимъ ли законъ внѣ своей территоріи? былъ бы готовъ. Но бѣда была въ томъ, что самая раскладка по коробкамъ представляла мучительную задачу. Прежде всего надо было рѣшить, сколько коробокъ нужно для раскладки,— двѣ или три. По этому вопросу образовалось два варіанта теоріи— французскій и голландско-нѣмецкій.

Названіе варіанта французскимъ — условно. Онъ ведетъ свое начало отъ Д'Аржантре, его продолжаютъ фламандецъ Бургундусъ и голландецъ Роденбургъ, и завершаютъ французы XVIII вѣка — Буйе и Бульнуа. Всѣ они расходились во взглядахъ, существуетъ ли особая группа смѣшанныхъ статутовъ; тѣ, которые признавали ея существованіе, разно смотрѣли на ея назначеніе; для однихъ коробка для нея была постояннымъ хранилищемъ, для другихъ только временнымъ складочнымъ помѣщеніемъ, куда законы сбрасываются въ ожиданіи сортировки и окончательнаго размѣщенія. Для самого Д'Аржантре третья коробка и имѣла значеніе только временнаго склада. Онъ относилъ къ группѣ смѣшанныхъ статутовъ для начала тѣ законы, которые одновременно касались и вещей и лицъ, и о которыхъ нельзя было сказать сразу, къ какой группѣ изъ тѣхъ двухъ ихъ слѣдуетъ причислить окончательно. А на вопросъ, что же дальше дѣлать съ содержимымъ третьей коробки, Д'Аржантре какъ бы отвѣчалъ: ничего не дѣлать; законы, которые тамъ сложены, уже у пристани; разъ они смѣшанные, значитъ, они тѣмъ самымъ производятъ тотъ же эффектъ, что и реальные. А куда же дѣвать всѣ такіе законы, въ которыхъ нѣтъ рѣчи ни о вещахъ, ни о лицахъ, каковы, напр., законы о формѣ договоровъ или завѣщаній? на это Д'Аржантре затруднился бы отвѣтить; онъ о нихъ не упоминаетъ вовсе. Послѣ него Бургундусъ объявилъ, что нельзя такъ просто, какъ это дѣлалъ Д'Аржантре, перекрашивать третью коробку въ цвѣтъ реальныхъ статутовъ; сложенные въ ней законы нужно разсортировать между первыми двумя, а потому, прежде чѣмъ класть законы въ нее, нужно удостовѣряться въ томъ, что имъ присущи свойства и реальныхъ и личныхъ статутовъ. Въ коробку съ ярлыкомъ «Личные статуты» кладутся тѣ, которые создаютъ личное обязательство, напр., запрещеніе договариваться раньше извѣстнаго возраста. Реальные статуты — тѣ, которые производятъ реальный эффектъ, напр., запрещеніе малолѣтнему отчуждать свои недвижимости. Смѣшанные — тѣ, которые въ одно и то же время производятъ и реальное и личное дѣйствіе; напр., статутъ запрещаетъ женѣ договариваться и отчуждать свои имущества безъ разрѣшенія мужа; онъ — личный, ибо

запрещаетъ договариваться; онъ — реальный, ибо запрещаетъ отчуждать. Или: статутъ дозволяетъ завѣщать треть своего имущества; онъ — реальный, ибо касается недвижимостей; но онъ же и личный, ибо касается движимыхъ вещей, потому что послѣднія сопутствуютъ лицу завѣщателя. То же о статутѣ, воспрещающемъ малолѣтнему отчуждать свои имущества; о статутѣ, запрещающемъ даренія между супругами: въ отношеніи недвижимостей это статуты реальные, въ отношеніи движимостей — личные. Всѣ такіе статуты въ одно и то же время территоріальны и экстратерриторіальны: поскольку они касаются недвижимостей, они изъ своей территоріи не выступаютъ; на движимыя же имущества они распространяются и за предѣлами территоріи. Но, какъ возражалъ Бургундусу Буйе, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что есть статуты, которые не производятъ никакого обязательства, ни реальнаго, ни личнаго; напр., статутъ, опредѣляющій возрастъ для совершеннолѣтія, законнорожденность и т. д., ихъ нельзя втиснуть ни въ одну изъ трехъ коробокъ; съ другой стороны, какой толкъ въ категоріи смѣшанныхъ статутовъ, если ихъ все-таки нужно тискать то въ одну, то въ другую изъ тѣхъ двухъ. Такъ, въ концѣ концовъ и у Бургундуса третья коробка ни на что не нужна. Потомъ явился Роденбургъ, разобралъ то, что написали Д'Аржантре и Бургундусъ, и рѣшилъ, что смѣшанныхъ статутовъ не существуетъ вовсе, а есть только два сорта статутовъ — личные и реальные[1]); говоря о юридическихъ актахъ, въ частности о завѣщаніяхъ, онъ старался ихъ втиснуть въ ту или другую изъ двухъ коробокъ. Въ XVIII вѣкѣ Фроланъ и Буйе отвергли существованіе смѣшанныхъ статутовъ, а Бульнуа сначала тоже ихъ отвергалъ, а потомъ пришелъ къ тому, что они есть, но что это не то, что думали другіе, а — «партикулярные личные статуты, акты которыхъ реальны»; это, пояснялъ онъ, такіе, которые касаются и лица, и вещи, но, въ отличіе отъ универсальныхъ личныхъ статутовъ, касаются только опредѣленныхъ актовъ, напр., законъ, дозволяющій малолѣтнему распорядиться недвижимостью въ пользу своей жены путемъ взаимнаго даренія[2]). Такъ каждый статутарій изъ числа послѣдователей Д'Аржантре думалъ по своему, существуетъ ли третья коробка; по вопросу же о томъ, что туда складывать, буде она все же существуетъ, не было твердой увѣренности ни у кого изъ нихъ.

Сторонники второго варіанта твердо стояли на томъ, что коробокъ нужно три, при чемъ они не менѣе, повидимому, твердо знали, что въ третью коробку съ ярлыкомъ «Смѣшанные статуты» надо

[1]) Rodenburgh, въ переводѣ Boullenois, I, p. 28 in fine.
[2]) Boullenois, op. cit. I, pp. 5 и 139.

класть законы о юридическихъ дѣйствіяхъ, потому что, какъ объясняли Футы, эти законы обязательны для всѣхъ на своей территоріи и простираютъ свое дѣйствіе на имущества, лежащія за границей. Опредѣленіе это само по себѣ удачно; въ самомъ дѣлѣ, законы, напр., о формѣ завѣщаній дѣйствуютъ на своей территоріи такъ, что къ нимъ можетъ обратиться всякій, хотя бы и иностранецъ; и дѣйствуютъ внѣ своей территоріи, потому что составленное по ихъ формѣ завѣщаніе будетъ признано дѣйствительнымъ и на чужой территоріи. Однако, Герціусъ находился предъ третьей коробкой въ большомъ недоумѣніи: онъ сначала смѣло объявилъ, что форма акта опредѣляется закономъ мѣста его совершенія, но затѣмъ, перечисливъ шесть случаевъ, когда правило дѣйствуетъ, онъ нашелъ столько же случаевъ, когда оно не годится, — когда, слѣдовательно, ярлыкъ на коробкѣ ничего не доказываетъ.

Однако, тѣ разногласія, которыя вызывалъ вопросъ о третьей группѣ статутовъ, были только цвѣточками; ягодами были споры о томъ, какъ отличить реальный статутъ отъ личнаго. Тутъ-то и начинались тѣ мученія, о которыхъ, болѣе или менѣе образно, свидѣтельствовали и Роденбургъ, и Футъ, и Герціусъ. Несмотря на свои два тома о природѣ статутовъ, Фроланъ откровенно сознается: «иной воображаетъ себя большимъ искусникомъ и думаетъ, что открылъ секретъ, когда узналъ, что реальный статутъ касается имуществъ, а личный — касается лицъ; между тѣмъ съ этими опредѣленіями мы только у азбуки и знаемъ еще очень мало; трудъ въ томъ и состоитъ, чтобы открыть, когда статутъ касается только имущества или только лица. Я самъ очень часто, несмотря на все мое вниманіе, ошибался»[1]). Въ другомъ мѣстѣ онъ говоритъ: «по совѣсти признаю, что я въ затрудненіи; я сравниваю себя съ больнымъ, который, увеличивая число лекарствъ съ цѣлью выздоровленія, только усугубляетъ свое опасное положеніе, или же съ путникомъ, который, видя въ лѣсу нѣсколько дорогъ, не знаетъ, по какой итти. Такъ и я. Я разсматриваю природу и свойства статута; ученые съ выдающеюся репутаціей говорятъ мнѣ, что онъ реальный; другіе, не менѣе ученые, утверждаютъ, что онъ личный. Я продолжаю свою работу; опираясь на принципы, данные знаменитыми комментаторами, на мнѣнія отличныхъ писателей, на отдѣльныя судебныя рѣшенія, я нахожу, что статутъ, о которомъ идетъ рѣчь, личный; но въ то же время меня одолѣваетъ масса авторитетовъ и рѣшеній въ пользу того, что онъ реальный». Въ самомъ дѣлѣ, легко сказать, что законъ, опредѣляющій возрастъ

[1]) Froland, Mémoires concernant la nature et la qualité des statuts. 1729. I, pp. 114 ss.

для вступленія въ бракъ; или законъ, воспрещающій бракъ въ извѣстныхъ степеняхъ родства; или законъ, опредѣляющій поводы для разлученія супруговъ, — что всѣ эти законы образуютъ личный статутъ. Такъ же просто сказать, что законъ, опредѣляющій, какія вещи движимыя, какія — недвижимыя, есть реальный статутъ. Но куда отнести законы, которые одновременно касаются и дѣеспособности лицъ, и вещей, напр. обычай, по которому лицо моложе 25 лѣтъ не можетъ отчуждать свои недвижимости безъ согласія опекуна; что это — личный статутъ малолѣтняго или реальный статутъ? или, напр., законъ, по которому жена имѣетъ ипотеку на недвижимости мужа; что это — личный статутъ жены, и, слѣдовательно, это законъ экстратерриторіальный, и жена имѣетъ ипотеку и на недвижимости мужа, находящейся за границей? или это — реальный статутъ, и, слѣдовательно, жена имѣетъ ипотеку только въ той странѣ, гдѣ такая ипотека признается? Гдѣ критерій для рѣшенія этихъ и тому подобныхъ вопросовъ? Жизнь требовала отвѣта на вопросъ, по какому изъ двухъ столкнувшихся законовъ слѣдуетъ обсудить правоотношеніе или его отдѣльный элементъ, а теорія вмѣсто отвѣта подносила новые вопросы. Смѣялись надъ критеріями Бартола, надъ синтаксическимъ толкованіемъ текста, надъ различеніемъ между благорасположенными и одіозными статутами, а сами, потолкавшись на мѣстѣ, часто съ отчаяніемъ опускали руки или говорили, какъ тотъ же Фроланъ: «не знаешь, какому алтарю молиться, чтобы давать въ этой области правильные отвѣты». Надо было бы вовсе отказаться отъ дѣленія статутовъ на реальные и личные, но для многихъ это было бы равносильно отказу отъ всякой теоріи вообще, потому что другой теоріи никто не предлагалъ, а довольствоваться рѣшеніями отъ случая къ случаю казалось недостойнымъ. Уже въ XVII вѣкѣ раздавались голоса, что теорія статутовъ вообще не годится; парижскій адвокатъ Ренюссонъ писалъ, что «все это различеніе, касается ли статутъ вещи или лица, несолидно и само себя разбиваетъ, потому что всѣ гражданскіе законы разсматриваютъ лица только по отношенію къ ихъ имуществамъ и къ ихъ интересу; нельзя говорить о вещахъ отвлеченно, не имѣя въ виду лицъ, и о лицахъ безъ отношенія къ вещамъ; въ сущности всѣ законы смѣшаны» [1]). Но и самъ Ренюссонъ не выдумалъ ничего положительнаго. На самомъ дѣлѣ, судебная практика двигалась на почвѣ чистой эмпиріи, а юристы, желавшіе найти въ ея рѣшеніяхъ какое-нибудь общее начало, прилаживали ихъ къ теоріи статутовъ.

[1]) Renusson, Oeuvres, 1780, Traité de la Communanté, цит. у Lainé, op. cit., I, p. 374.

За отсутствіемъ другой теоріи, она казалась единственно возможной или господствующей, а въ дѣйствительности сами ея адепты преспокойно оставляли ее въ сторонѣ, когда обнаруживалось, что она изъ затрудненій не выводитъ. Такъ, самъ Бургундусъ, поговоривъ о трехъ группахъ статутовъ, начинаетъ просто толковать о договорахъ и завѣщаніяхъ, не заботясь о томъ, что законы о нихъ не уложены имъ ни въ одну изъ коробокъ; и то же дѣлали и другіе, т.-е. просто обсуждали, какъ это дѣлалъ Бартолъ и какъ это дѣлаемъ мы теперь, какой законъ будетъ наиболѣе компетентенъ для даннаго отношенія; для нихъ теорія статутовъ оказывалась «какъ бы обязательнымъ фасадомъ правильнаго, симметричнаго зданія, позади котораго возводились въ большемъ или меньшемъ порядкѣ другія постройки»[1]). Буйе попробовалъ было сдѣлать то, что рекомендовалъ Ренюссонъ: онъ отбросилъ дѣленіе законовъ по ихъ объектамъ; но при всей своей оригинальности онъ остался вѣрнымъ основной идеѣ теоріи статутовъ,—что изъ содержанія закона можно заключить объ его эффектѣ въ случаѣ конфликта; такъ что въ концѣ концовъ его двѣ коробки были только бо́льшихъ размѣровъ, чѣмъ у правовѣрныхъ статутаріевъ, и имѣли перепутанные ярлыки, но отъ неизбѣжнаго спутника теоріи, — произвольности группировки въ сомнительныхъ случаяхъ — не могъ отдѣлаться и онъ.

X.

Теперь мы можемъ обратиться къ оцѣнкѣ теоріи. Послушаемъ сперва, что говорили другіе.

Дѣленіе законовъ по объектамъ, которыхъ они касаются, подверглось юридико-философской критикѣ Рогена[2]), съ одной стороны, и теоретикопознавательной защитѣ Лене,— съ другой.

Рогенъ доказываетъ несостоятельность основного принципа теоріи статутовъ, дѣленія на законы о вещахъ и законы о лицахъ. Онъ выдвигаетъ тезисъ: «во всѣхъ правахъ лица непремѣнно участвуетъ вещь». Но для доказательства этого тезиса онъ сначала беретъ слово «вещь» не въ смыслѣ протяженнаго объекта матеріальнаго міра, но въ смыслѣ всякаго человѣческаго дѣйствія, какъ явленія этого міра. Придавъ слову «вещь» такое непринятое въ юриспруденціи значеніе, Рогенъ начинаетъ доказывать, «какъ это ни кажется смѣлымъ», что во всѣхъ правахъ, которыя имѣютъ своимъ содержаніемъ только лицо и которыя снабжаютъ его извѣстными свойствами, каковы свойства гражданина или иностранца, совер-

[1]) Lainé, op. cit. II, p. 35.
[2]) Roguin, La règle de droit, 1879, pp. 160 и слѣд.

шеннолѣтняго или малолѣтняго, — во всѣхъ такихъ строго личныхъ правахъ мы около лица найдемъ и вещь. Напр., гражданство не есть реальная единица, въ родѣ плаща, который можно надѣть и снять; это — совокупность отдѣльныхъ правъ и обязанностей относительно государства, напр., право быть избирателемъ, чиновникомъ, обязанность платить налоги и т. д. Каждое такое спеціальное право или обязанность, будучи разложено по своему содержанію, приводитъ къ еще болѣе тѣснымъ правоотношеніямъ, въ которыхъ участвуетъ реальный элементъ, — какое-нибудь внѣшнее явленіе или вещь. Такъ, право быть чиновникомъ влечетъ за собою осуществленіе извѣстныхъ актовъ, направленныхъ на тѣлесныя лица или вещи. То же и совершеннолѣтіе; оно означаетъ только, что лицо тѣлесно неподвластно другому, что оно можетъ свободно совершать извѣстныя дѣйствія гражданской или политической жизни, которыя всегда дѣлаются по отношенію къ «вещамъ». Напр., право жениться, не спрашивая ничьего разрѣшенія, есть не что иное, какъ право вести себя извѣстнымъ образомъ по отношенію къ лицу другого пола, т.-е. право на извѣстныя физическія явленія или «вещи». Такъ въ концѣ концовъ всѣ общія юридическія свойства разлагаются на множество спеціальныхъ отношеній и постоянно предполагаютъ извѣстное поведеніе лицъ то относительно другихъ тѣлесныхъ индивидовъ, ихъ способностей или ихъ внѣшнихъ положеній, то относительно одушевленныхъ или неодушевленныхъ матеріальныхъ существъ, — словомъ, вещей, въ томъ широкомъ смыслѣ слова, въ какомъ его беретъ Рогенъ. «Статутаріи, заключаетъ Рогенъ, этого не замѣчали; они говорили, что извѣстныя права присущи лицу независимо отъ вещей, какъ его юридическая кровь, какъ болячка прокаженнаго, какъ рубецъ отъ раны, какъ его одежда». Однако, на все это статутаріи могли бы возразить Рогену, что вольно ему играть словами и называть вещами не то, что подразумѣвали они вслѣдъ за всѣми другими юристами, а нѣчто такое, что могло бы имѣть значеніе для философа, если бы иной философъ не могъ, съ своей стороны, тоже замѣтить, что для него нѣтъ вещей въ какомъ угодно смыслѣ, а существуютъ только представленія. Ясно, что критика направляетъ свои стрѣлы черезъ голову противника, когда она подъ вещами разумѣетъ не недвижимыя имущества, а, напр., . . . дѣторожденіе.

Но Рогенъ продолжаетъ: «Нельзя, съ другой стороны, говорить о реальномъ состояніи вещей, независимомъ отъ юридическаго положенія лицъ. Нѣтъ и не можетъ быть, говоря философски, состоянія лицъ и состоянія вещей. Существуютъ только лица, отношенія которыхъ къ вещамъ право тѣмъ или инымъ способомъ

регулируетъ». На это можно было бы возразить, что право не регулируетъ отношеній къ вещамъ, а отношенія между людьми, возникающія вслѣдствіе существованія вещей; но Рогенъ и самъ въ дальнѣйшемъ разрушаетъ свое построеніе. «Законодательство, продолжаетъ онъ, содержитъ общія формулы или для того, чтобы указать, что эти отношенія съ вещами будутъ организованы одинаково для данной естественной или юридической категоріи лицъ, несмотря на ихъ перемѣщенія и на естественное разнообразіе вещей (личное состояніе), или для того, чтобы выразить, что эти самыя отношенія будутъ въ установленной мѣрѣ тожественны, несмотря на разныя категоріи индивидовъ, но будутъ различны для разныхъ естественныхъ или юридическихъ группъ вещей (состояніе вещей). Въ первомъ случаѣ законъ классифицируетъ лица по ихъ естественнымъ или юридическимъ особенностямъ въ извѣстныя группы и затѣмъ постановляетъ, что въ извѣстныхъ предѣлахъ каждая группа будетъ имѣть свои имущественныя отношенія установленными извѣстнымъ образомъ, не взирая на разныя естественныя свойства вещей или на тѣ юридическія свойства, которыя могутъ быть имъ приписываемы, чтобы ихъ дифференцировать съ другой точки зрѣнія. Во второмъ, наоборотъ, законодатель организуетъ отношенія лицъ къ вещамъ, не создавая разныхъ классовъ лицъ, но устанавливая разные классы вещей. Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ произведеніе законодателя, — считается ли онъ съ естественными различіями людей и вещей, чтобы создать права различныя, или же съ ихъ общими чертами, чтобы создать права сходныя. Словомъ, состояніе лицъ и состояніе вещей есть не что иное, какъ выраженіе разныхъ способовъ организаціи отношеній между лицами и вещами: первое предполагаетъ существованіе разныхъ юридическихъ группъ для лицъ и однообразное обращеніе съ вещами; второе — признаніе разнообразныхъ категорій вещей и однообразное отношеніе къ лицамъ. Когда въ феодальную эпоху говорили о состояніи недвижимостей, то этимъ хотѣли только выразить, что каждая особая категорія недвижимостей (а такихъ категорій было множество) обусловливала разное личное состояніе. Такимъ образомъ, въ итогѣ, заключаетъ Рогенъ, необходимо сказать, что всѣ особыя юридическія отношенія и всѣ совокупности этихъ отношеній, называемыя состояніемъ лицъ или имуществъ, одинаково объемлютъ и вещи и индивидовъ. Нѣтъ поэтому исключительно личнаго закона, ни исключительно вещнаго закона; всѣ законы имѣютъ и тотъ, и другой характеръ. Основной принципъ ученія статутаріевъ ложенъ; онъ не годится для классификаціи юридическихъ отношеній». Такъ, во второй части своихъ

разсужденій Рогенъ возвращается къ обычному въ юриспруденціи пониманію слова «вещи», но, опровергая статутаріевъ, онъ въ другой формѣ повторяетъ то же, что и они говорили. Можно бы спросить Рогена, въ чемъ разница между дѣленіемъ законовъ на законы о вещахъ и законы о лицахъ, и дѣленіемъ законовъ на группы, изъ которыхъ въ одной не различаются лица, но различаются вещи, а въ другой дѣлается обратное? Значитъ, вообще различеніе законовъ по группамъ, въ которыхъ преобладаетъ то тотъ, то другой критерій, возможно? Тогда въ чемъ же ошибка статутаріевъ? Вѣдь и изъ нихъ далеко не всѣ говорили, что для понятія личнаго статута нужно, чтобы онъ ничего не говорилъ о вещи, или обратно; Іоаннъ Футъ ясно говоритъ, что главное — намѣреніе законодателя. Ошибка статутаріевъ была въ томъ, что они *на классификаціи законовъ*, которая возможна и имѣетъ свое значеніе въ системѣ гражданскаго права, строили *конфликную теорію*. Рогенъ ограничивается тѣмъ, что показываетъ дефекты классификаціи, но не объясняетъ вовсе, почему классификація законовъ, какъ таковая, не годится для той цѣли, которую одну только и ставили себѣ статутаріи, — рѣшить, когда дѣйствуетъ законъ территоріи, когда — иностранный.

Въ защиту статутаріевъ противъ Рогена выступилъ *Лене*[1]), но сдѣлалъ при этомъ ту же ошибку, какую дѣлали статутаріи: по его мнѣнію, если отвергать дѣленіе законовъ, какъ это будто бы дѣлаетъ Рогенъ, то невозможно будетъ вовсе построить раціональную систему международнаго частнаго права, потому что «для разрѣшенія коллизіи необходимо отдать предпочтеніе тому или другому закону въ зависимости отъ той или другой категоріи юридическихъ отношеній; отрицать же, что юридическія отношенія могутъ быть различаемы одно отъ другого, и что существуютъ законы, касающіеся исключительно лицъ, другіе — касающіеся только имуществъ или только юридическихъ актовъ или деликтовъ, значитъ лишать тотъ принципъ всякаго основанія». Здѣсь очевидная путаница понятій. На самомъ дѣлѣ, можно различать правоотношенія — это одно, и можно различать законы — это другое. Статутаріи тѣмъ и грѣшили, что различали не правоотношенія, а законы, и вопросъ въ томъ и состоитъ, можно ли на этомъ различеніи строить теорію конфликтовъ; Лене же, вмѣсто того, чтобы доказать, будто это возможно, увѣряетъ, что если не признавать дѣленія законовъ на законы о вещахъ и о лицахъ, то нельзя построить никакой раціональной системы; но такое разсужденіе есть

[1]) Lainé, op. cit. II, pp. 29 ss.

образчикъ чистѣйшей petitio principii. Лене самъ смѣшиваетъ вопросъ систематики нормъ гражданскаго права съ вопросомъ о принципѣ для разрѣшенія конфликтовъ. Вопреки Рогену слѣдуетъ признать, что дѣленіе на законы о вещахъ и на законы о лицахъ не только возможно, но и нужно; но, вопреки Лене, нужно сказать, что на такомъ дѣленіи строить теорію конфликтовъ не годится.

Ошибка статутаріевъ заключалась въ томъ, что они хватались за дѣленіе законовъ, которое имѣетъ свой смыслъ для цѣлей гражданскаго права, воображая, что оно обязательно и для конфликтнаго права. Между тѣмъ одно изъ другого вовсе не вытекаетъ. Такъ, напр., гражданское право какъ въ эпоху статутаріевъ, такъ и теперь рѣзко различаетъ движимыя вещи отъ недвижимостей въ отношеніи порядка пріобрѣтенія, предѣловъ виндикаціи, подсудности, способовъ взысканія и т. д., но въ настоящее время это различіе не играетъ никакой роли въ теоріи конфликтовъ, потому что мы всѣ вещныя права обсуждаемъ теперь по lex rei sitae; статутаріи же въ этомъ дѣленіи вещей на недвижимыя и движимыя видѣли достаточное основаніе для отнесенія законовъ объ однихъ въ реальный статутъ, законовъ о другихъ въ личный. Законы остались тѣ же, но мы, вмѣсто того, чтобы довольствоваться ихъ классификаціей, разсматриваемъ правоотношенія, которыя этими законами регулируются, и конфликтныя нормы получаются иныя. Для статутаріевъ было довольно того, что законъ касался вещи, чтобы и наслѣдованіе въ недвижимомъ имуществѣ, и имущественныя отношенія между супругами, и продажу недвижимости, — всѣ эти и другія разнородныя правоотношенія обсуждать при конфликтѣ по lex rei sitae. Мы же теперь анализируемъ каждое правоотношеніе. Нѣкоторыя законодательства находятъ, что, напр., принципъ универсальнаго преемства настолько предпочтительнѣе принципа дробленія наслѣдства въ зависимости отъ мѣста нахожденія оставшихся недвижимостей, что можно все наслѣдованіе обсуждать по національному закону наслѣдодателя, а не по lex rei sitae; гражданскій законъ о порядкѣ наслѣдованія продолжаетъ «касаться недвижимости», а конфликтная норма получается другая; это значитъ, что она не зависитъ вовсе отъ классификаціи закона по его объекту. Или: при выборѣ конфликтной нормы для обсужденія имущественныхъ отношеній между супругами статутаріи смотрѣли только на то, чего касается законъ; разъ въ немъ говорится о недвижимости, рѣшаетъ lex rei sitae; современный же юристъ въ странѣ, гдѣ нѣтъ принципіальной раздѣльности имуществъ, разсудилъ бы, что здѣсь дѣло идетъ объ отношеніи семейственнаго права; что семья есть одна изъ ячеекъ, совокупность кото-

рыхъ образуетъ народъ; что поэтому семейственныя правоотношенія больше всего интересуютъ отечество супруговъ, и потому ихъ имущественныя отношенія, хотя бы въ составѣ имуществъ были и недвижимости, можно обсуждать по ихъ національному закону. Слѣдовательно, въ результатѣ того, что анализируется правоотношеніе, конфликтная норма получается другая, а между тѣмъ въ классификаціи закона по объекту ничего не измѣнилось; это значитъ, что конфликтная норма не должна непремѣнно зависѣть отъ этой классификаціи; или, другими словами, это значитъ, что, читая законъ гражданскаго права, мы еще не можемъ знать, какова будетъ конфликтная норма; чтобы это узнать, надо посмотрѣть, о какомъ правоотношеніи идетъ рѣчь. Мы теперь тоже рѣшимъ, что продажа недвижимости опредѣляется по lex rei sitae, но не потому, что законы о недвижимостяхъ образуютъ реальный статутъ, а потому, что для устойчивости общественныхъ отношеній, основанныхъ на землевладѣніи, важно, чтобы всѣ въ странѣ могли полагаться на ея законы о переходѣ собственности; правоотношеніе иное, чѣмъ при открытіи наслѣдства или вступленіи въ бракъ, а объектъ закона тотъ же, а между тѣмъ конфликтныя нормы — разныя. Или, наконецъ, часть статутаріевъ говорила, что законы о формѣ юридическихъ дѣйствій образуютъ смѣшанный статутъ, а потому рѣшаетъ законъ мѣста совершенія дѣйствія, lex loci actus; мы же говоримъ, что изъ того, что законъ говоритъ о формѣ юридическаго дѣйствія, ничего нельзя заключить о томъ, будетъ ли онъ имѣть значеніе внѣ территоріи: такъ, форма брака и форма завѣщанія одинаково регулируются законами, которые, по классификаціи статутаріевъ, образуютъ смѣшанный статутъ; но мы понимаемъ, что законъ о формѣ брака можетъ не имѣть никакого значенія внѣ своей территоріи, а законъ о формѣ завѣщанія, напротивъ, признаваться и внѣ территоріи. Слѣдовательно, и здѣсь вслѣдствіе того только, что мы анализируемъ правоотношенія, которыя устанавливаются извѣстною формою, конфликтныя нормы получаются разныя, несмотря на то, что въ обоихъ случаяхъ законы говорятъ о формѣ. Такъ, можно считать доказаннымъ, что статутаріи впадали въ ошибку, думая, что изъ содержанія закона матеріальнаго права можно вычитать конфликтную норму, которая опредѣлитъ, слѣдуетъ ли примѣнить этотъ законъ или можно пожертвовать имъ ради иностраннаго закона. Конфликтная норма всегда является слѣдствіемъ оцѣнки степени важности правоотношенія для жизни гражданскаго общества и слѣдствіемъ сравненія своего и чужого законовъ съ точки зрѣнія пригодности того и другого для регулированія связанныхъ съ жизнью этого общества правоотношеній:

мы говоримъ, что для насъ совсѣмъ неважно то обстоятельство, что въ нашемъ судѣ разбирается споръ о правоотношеніи, которое всѣми своими элементами связано съ жизнью другой страны, и мы рѣшаемъ, что нашимъ законамъ матеріальнаго права здѣсь дѣлать нечего; конфликтная норма гласитъ тогда, что lex fori не примѣняется. Мы говоримъ, что для жизни нашего гражданскаго общества очень важно, чтобы переходъ имуществъ по наслѣдству совершался съ полной гарантіей какъ для наслѣдниковъ, такъ и для кредиторовъ, и, сравнивая свой и иностранный законъ о наслѣдованіи, многіе говорятъ, что эта цѣль достигается лучше, если примѣненъ отечественный законъ наслѣдодателя, чѣмъ законъ страны, гдѣ лежитъ часть его имущества; конфликтная норма гласитъ тогда, что примѣняется этотъ отечественный законъ. Въ обоихъ примѣрахъ конфликтная норма получена въ результатѣ анализа правоотношеній и сравненія своего и иностраннаго законовъ матеріальнаго права, а не на основаніи простой классификаціи своихъ гражданскихъ законовъ. Статутаріи этого не понимали и вслѣдствіе этого впадали въ противорѣчія другъ съ другомъ и съ самими собою въ тѣхъ случаяхъ, когда юридическое чутье подсказывало имъ, что распредѣленіемъ законовъ по группамъ еще ничего не достигнуто.

XI.

На эти противорѣчія указалъ въ свое время Вехтеръ, какъ на главный недостатокъ теоріи. «Хотя, говорилъ онъ, теорія въ единичныхъ отношеніяхъ случайно и приводитъ къ правильнымъ результатамъ, но уже съ перваго взгляда нельзя не признать, что три главныхъ положенія, на которыхъ она основана» (Вехтеръ имѣетъ въ виду тезисы Герціуса), «недостаточны для всѣхъ случаевъ, что они неопредѣленны, многозначащи, ненадежны и неустойчивы, что они, если принимать каждое изъ нихъ буквально, отчасти прямо другъ другу противорѣчатъ и могутъ быть соединены вмѣстѣ только потому, что этого хотятъ». Вехтеръ доказываетъ это примѣрами противорѣчій, въ которыя впадали Кокцейи и Герціусъ; но и онъ признаетъ, что практическій тактъ часто помогалъ находить правильный выходъ, хотя, конечно, это вовсе не служитъ къ чести теоріи[1]). Одинъ французскій критикъ[2]) пошелъ въ своихъ нападкахъ на статутаріевъ за ихъ противорѣчія еще дальше; онъ увѣрялъ, что когда онъ читаетъ большинство старыхъ разсужденій о статутахъ, то ему кажется, что предъ нимъ искусные фехтоваль-

[1]) Waechter, op. cit. Bd. 24, p. 286.
[2]) Mailher de Chassat, Traité des statuts, 1845, p. 33.

щики, которые сперва завязали себѣ глаза, затѣмъ принялись энергично нападать другъ на друга и, благодаря ловкости, созданной привычкой и инстинктомъ, иногда встрѣчаются». Такого рода нападки даютъ невѣрное представленіе о самихъ статутаріяхъ. Прежде всего они сами были далеки отъ преувеличенной оцѣнки своей теоріи. Такъ, послѣдній изъ статутаріевъ, Бульнуа, пишетъ: «нельзя въ этой области обходиться безъ принциповъ, иначе правосудіе будетъ произвольно; но эта область такъ сложна, что я могу только фиксировать принципы, способные разрѣшить возможно большее количество смѣшанныхъ случаевъ (т.-е. случаевъ коллизіи) и по возможности такъ, чтобы это служило къ общему благу; но не слѣдуетъ всегда выводить строгія заключенія и добиваться точной логики; здѣсь это немыслимо. Къ тому же нужно имѣть огромный опытъ въ адвокатской практикѣ, чтобы правильно примѣнять допущенныя максимы. Предметъ настолько колючій, что при всемъ знаніи и опытности все же остаешься по многимъ вопросамъ въ сомнѣніи»[1]). Эта скромность должна бы заранѣе обезоруживать суровую критику. Какъ практическіе юристы, статутаріи сами легко убѣждались въ шаткости своихъ положеній и допускали, что ихъ принципы имѣютъ только относительную цѣну; но это ихъ не останавливало въ поискахъ справедливыхъ рѣшеній. Тотъ же Бульнуа пишетъ: «этотъ отдѣлъ юриспруденціи труденъ, но прекрасенъ; я съ тѣмъ бо́льшимъ удовольствіемъ отдаюсь работѣ въ немъ, что предпочитаю работать надъ предметомъ мало извѣстнымъ и столь важнымъ, чѣмъ пережевывать предметы, сто разъ разсмотрѣнные и сто разъ углубленные другими писателями»[2]). Эти слова показываютъ, что сравненіе статутаріевъ со слѣпыми борцами можетъ быть только забавно, но правды въ немъ нѣтъ. Многіе изъ нихъ были очень талантливые люди и превосходные юристы. На упрекъ же въ противорѣчіяхъ напередъ отвѣтилъ тотъ же Бульнуа: «въ такомъ трудномъ предметѣ, гдѣ приходится отвѣчать на тысячи вопросовъ, впадать въ противорѣчія не мудрено; но развѣ другіе не спотыкались? развѣ знаменитые римскіе юристы, Сцевола и Папиніанъ, своихъ рѣшеній не мѣняли? Не мѣняютъ своихъ рѣшеній только упрямцы и невѣжды; не даромъ сказалъ св. Августинъ, что тотъ любитъ себя свыше мѣры, кто предпочитаетъ оставить другихъ въ заблужденіи, въ которое онъ ихъ ввергнулъ, чѣмъ сознаться въ своей ошибкѣ»[3]). Такія замѣчанія не могутъ не подкупать въ пользу писателей, столь далекихъ отъ

---

[1]) Boullenois, op. cit., I, p. XXI.
[2]) Ibid. p. XXVII.
[3]) Ibid. p. XXXII.

самонадѣянности и претенціозности нѣкоторыхъ изъ современныхъ намъ спеціалистовъ въ той же области.

Для правильнаго сужденія о статутаріяхъ необходимо отмѣтить, что такъ же, какъ и ихъ духовный предокъ Бальдъ, всѣ они, какъ первый изъ нихъ, грубоватый бретонскій чиновникъ XVI вѣка, Д'Аржантре, такъ и послѣдній, благовоспитанный парижанинъ XVIII вѣка, Бульнуа, оставались вѣрны регулятивной идеѣ всего конфликтнаго права, — найти пути для защиты благопріобрѣтенныхъ на чужой территоріи правъ. Для нихъ это было труднѣе, чѣмъ для итальянскихъ юристовъ XIV вѣка, которые, вырастая на культѣ римскаго права, видѣли въ городскихъ статутахъ и партикулярныхъ обычаяхъ нормы низшаго сорта, или для современныхъ намъ юристовъ, имѣющихъ представленіе о международномъ гражданскомъ обществѣ, объемлющемъ все культурное человѣчество и возвышающемся надъ политическими границами. Они, напротивъ, дышали атмосферой, пропитанной духомъ юридическаго партикуляризма. Имъ пришлось столкнуться съ мыслью, выразителемъ которой были всѣ унаслѣдованные отъ среднихъ вѣковъ мѣстные кутюмы и разныхъ наименованій «права», — что всѣ законы матеріальнаго права прежде всего ревнивые монополисты на своей территоріи. Они восприняли идею территоріальности права въ особомъ, специфическомъ значеніи, которое должно было дѣйствовать сковывающе на ихъ умы.

О томъ, что такое территоріальность права, существуетъ много опредѣленій[1]), но изъ нихъ самымъ правильнымъ, по нашему мнѣнію, должно считаться то, которое можетъ быть выведено изъ сопоставленія того порядка вещей, среди котораго мы живемъ, съ порядкомъ, который являютъ историческія системы персональныхъ правопорядковъ: тамъ то обстоятельство, что правоотношеніе локализовано на извѣстной территоріи, не имѣетъ никакого юридическаго значенія,—здѣсь привязка его къ территоріи составляетъ одно изъ его юридическихъ предположеній; тамъ, если мы возьмемъ для примѣра право собственности, совершенно безразлично, что объектомъ его служитъ земельный участокъ, лежащій въ данной странѣ, а важно только, къ какому племени принадлежитъ собственникъ, — здѣсь право собственности регулируется опредѣленнымъ образомъ именно потому, что его объектъ лежитъ на данной территоріи. Подъ территоріальностью права мы теперь разумѣемъ такой порядокъ, при которомъ норма матеріальнаго права имѣетъ такое, а не иное содержаніе вслѣдствіе того, что при ея выработкѣ принята въ расчетъ, — сознательно

[1]) Neumeyer, Entwickelung d. internationalen Privatrechts bis Bartolus, pp. 14 ss. Kahn, Abhandlungen aus dem internat. Privatrecht въ Jhering's Jahrbucher, Bd. 39, pp. 77 ss.

или нѣтъ, все равно, — привязка отношенія къ территоріи, ея крѣпость землѣ; выбросьте эту территоріальную привязку, и вся норма получитъ иное содержаніе или потеряетъ всякій смыслъ. Такъ, напр., норма, ограничивающая право собственника на эксплоатацію своего лѣса, молчаливо предполагаетъ, что дѣло идетъ о лѣсѣ, находящемся на данной территоріи, а не гдѣ-либо вообще на земномъ шарѣ, гдѣ у собственника также можетъ быть лѣсъ. Мы, слѣдовательно, подъ территоріальностью нормы разумѣемъ присутствіе въ ней юридическаго элемента привязки къ территоріи. Но такое пониманіе территоріальности ничего не говоритъ о томъ, допускается ли склоненіе территоріальной нормы предъ иностранной въ случаѣ конфликта: такъ, норма, по которой нельзя рубить въ собственномъ лѣсу, есть норма территоріальная; но исключаетъ ли она дѣйствіе на той же территоріи чужеземной нормы, которая эту рубку разрѣшаетъ, — этого изъ самой нормы не видно. На этотъ вопросъ отвѣчаетъ конфликтная норма, которая можетъ гласить, что чужеземныя нормы матеріальнаго права не допускаются при столкновеніи ихъ съ нормами территоріальными. Если конфликтная норма такова, то матеріально-правовая норма, которая только что была территоріальной въ томъ смыслѣ, что она издана была въ разсчетѣ на дѣйствіе на территоріи, становится территоріальной въ другомъ смыслѣ, — а именно, что она не терпитъ рядомъ съ собою иностранной нормы о томъ же предметѣ.

Статутаріи понимали территоріальность какъ разъ въ этомъ конфликтномъ смыслѣ,— т.-е., что территоріальны тѣ нормы, которыя чужихъ подлѣ себя или вмѣсто себя не терпятъ. Это — нормы-«буки», отпугивающія всякія чужія нормы; недаромъ Д'Аржантре производилъ territorium отъ terrere, устрашать, запугивать. Въ представленіи статутаріевъ всѣ нормы прежде всего территоріальны, т.-е. хотятъ господствовать однѣ; если онѣ и уступаютъ свое мѣсто иноземнымъ, то это дѣлается только въ видѣ исключенія. Сросшіеся съ такимъ представленіемъ о территоріальности нормъ гражданскаго права, статутаріи думали каждый по своему, но всѣ неуклонно, объ одномъ и томъ же, — о сохраненіи благопріобрѣтенныхъ за границею правъ; это относится даже къ Д'Аржантре, не говоря уже о I. Футѣ или о Буйе. Всѣ они такъ или иначе содѣйствовали общечеловѣческому единенію, пробивая при помощи личнаго статута бреши въ твердыняхъ территоріальности. Бульнуа пишетъ: «разные законы, правящіе народами, это — государи, авторитетъ коихъ я не желаю оскорблять; но и на весь міръ я смотрю, какъ на великую республику, гдѣ нужно водворить миръ и доброе согласіе»[1]).

[1]) Boullenois, ibid., p. XXVIII.

Такимъ настроеніемъ подготовлялось то представленіе, которое возобладало въ XIX вѣкѣ, — что государственная власть не должна видѣть умаленія своего авторитета въ томъ, что на ея территоріи примѣняются иностранные законы[1]).

XII.

Прежде чѣмъ разстаться съ теоріей статутовъ, необходимо отмѣтить, въ какомъ смыслѣ современная наука усвоила себѣ терминологію статутаріевъ. И въ этомъ отношеніи чтеніе подлинныхъ трудовъ статутаріевъ помогаетъ внести поправку въ написанное позднѣйшими писателями. Вехтеръ сообщаетъ, что лѣтъ за 60 до него, слѣдовательно, около 1780 г., постепенно, но безъ того, чтобы на это обратили вниманіе, произошла перемѣна въ пониманіи терминовъ[2]): раньше дѣлили законы по ихъ содержанію и объекту; личные статуты, — это законы о лицахъ, и т. д.; послѣ стали дѣлить по мѣстной привязкѣ: личные статуты, — это всѣ законы, которые дѣйствуютъ въ мѣстожительствѣ лица, все равно, говорятъ ли они о лицахъ, вещахъ или формахъ сдѣлокъ; реальные статуты, — законы, дѣйствующіе въ странѣ, гдѣ лежитъ вещь, а не непремѣнно законы о вещахъ, и т. д. Вехтеръ цитируетъ нѣмецкихъ юристовъ, Тибо, Кирульфа и др., но ему остался неизвѣстенъ умершій въ 1746 г. Буйе, который употреблялъ термины только въ этомъ новомъ смыслѣ. Впрочемъ, Вехтеръ отмѣчаетъ и то, что первоначальная терминологія встрѣчается кое у кого и въ его время. По отношенію къ нашему времени (почти 80 лѣтъ послѣ Вехтера) вѣрно это послѣднее замѣчаніе. Въ современной юриспруденціи термины употребляются въ обоихъ смыслахъ. При этомъ только оговариваются, въ какомъ смыслѣ ихъ понимаютъ. Такъ, о личномъ статутѣ говорятъ въ объективномъ и субъективномъ смыслѣ[3]), или, что то же, въ формальномъ и матеріальномъ смыслѣ[4]). Поэтому о россійскомъ законодательствѣ, напр., можно сказать, что оно въ смыслѣ формальномъ или объективномъ образуетъ личный статутъ всѣхъ русскихъ подданныхъ, хотя бы законъ, попавшій въ конфликтъ, касался порядка пріобрѣтенія недвижимостей въ Россіи или полицейскихъ правилъ въ Россіи. Въ смыслѣ матеріальномъ или субъективномъ къ личному статуту относилась бы норма I ч. X т., воспрещающая вступленіе въ бракъ раньше 18 и 16-лѣтняго возраста.

---

[1]) Ср. Unger, System d. oesterr. Privatrechts, 1876, I p. 156.
[2]) Waechter, op. cit., Bd. 24 pp. 256 ss.
[3]) Kahn, Gesetzeskollisionen въ Jahrb. f. d. Dogm., Bd. 30 pp. 35 ss.
[4]) Zitelmann, Internationales Privatrecht, I p. 381.