

3268

Дроб
WS

Ал. Лиленко,

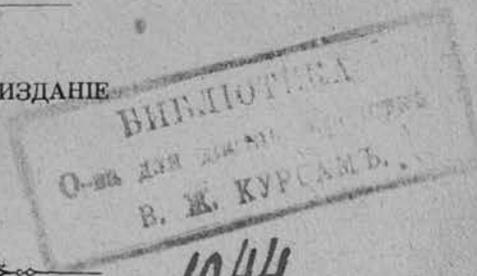
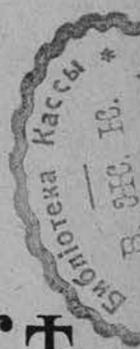
ПРОФЕССОРЪ ИМПЕРАТОРСКАГО ПЕТРОГРАДСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

1144 гр. пр

ОЧЕРКИ ПО СИСТЕМАТИКЪ

ЧАСТНАГО МЕЖДУНАРОДНАГО ПРАВА

ВТОРОЕ ИЗДАНИЕ



1044.
1922.

ПЕТРОГРАДЪ

Тип. Т-ва А. С. Суворина—„Новое Время“, Зртельевъ, 13

1915



УДК 62

14401
—
1200

ОГЛАВЛЕНИЕ.

Предисловіе	IX
-----------------------	----

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Конфликтное право и *comitas*.

	СТРАН.
I. § 1. Постановка вопроса. <i>Comitas</i> и произволь; исключеніе идеи <i>comitas</i> изъ системы частнаго международнаго права. Двѣ формы идеи <i>comitas</i> : статическая и генетическая	1— 4
II. Генетическая форма идеи <i>comitas</i>	5— 42
§ 2. Идея международной вѣжливости у P. Voet'a; примѣненіе этой идеи къ статуту формы договоровъ	5
§ 3. Идея международной вѣжливости у Huber'a. Примѣненіе этой идеи къ исполненію судебныхъ рѣшеній	8
§ 4. Характеристика идеи вѣжливости по ея содержанію; <i>comitas</i> и международное конфликтное право	13
§ 5. Идея международной вѣжливости у J. Voet'a. Общая постановка вопроса	15
§ 6. Идея вѣжливости и статутъ формы актовъ. Параллель между ученіемъ J. Voet'a и современной романской школой	17
§ 7. Нормативность конфликтныхъ постановленій и статутъ движимостей	20
§ 8. Нормативность конфликтныхъ постановленій, касающихся предѣловъ дѣйствія мѣстнаго закона	23
§ 9. Полныя конфликтныя нормы у J. Voet'a. Идея международнаго права	25
§ 10. Идея международной вѣжливости у Story. Нормативность конфликтныхъ нормъ въ его изложеніи по отдѣльнымъ случаямъ	27
§ 11. Нормативность конфликтныхъ нормъ съ точки зрѣнія его «общихъ принциповъ»	30

§ 12. Идея международной възливости и международного права у Foelix'a	34
§ 13. Идея международной възливости у новѣйшихъ представителей англо-американской школы	37
§ 14. Нормативность конфликтныхъ постановлений англо-голландской школы и естественное право. Выводы	38
III. Статическая форма идеи <i>comitas</i>	43— 54
§ 15. Идея международной възливости и невольнѣ обязательной нормы	43
§ 16. Невольнѣ обязательная норма у старыхъ голландцевъ	44
§ 17. Невольнѣ обязательная норма и статуть движимостей	46
§ 18. Сравненіе съ романской школой.	48
§ 19. Невольнѣ обязательная норма въ новой англо-американской школѣ. Идея международной възливости и идея публичнаго порядка	50
§ 20. Выводы	53

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Конфликтное право и публичный порядокъ.

I. Постановка вопроса	55— 71
§ 21. Публичный порядокъ и система частнаго международного права	56
§ 22. Генетическая идея публичнаго порядка у Mancini	58
§ 23. Генетическій публичный порядокъ у Laurent'a	60
§ 24. Генетическій порядокъ и <i>lex ferenda</i>	62
§ 25. Статическій публичный порядокъ. Дѣленіе законовъ на три группы у Brocher'a	63
§ 26. Дѣленіе законовъ на большее количество группъ, чѣмъ три у Savigny	65
§ 27. По какому признаку слѣдуетъ распредѣлять отдѣльныхъ авторовъ между двумя школами публичнаго порядка?	66
II. Борьба статической и генетической конструкцій въ литературѣ	72— 86
§ 28. Статическая конструкція въ судебныхъ рѣшеніяхъ	72
§ 29. Первоначальное господство генетической конструкціи въ романской школѣ	76
§ 30. Первые проблески статической конструкціи у Moutier	77
§ 31. Дальнѣйшія работы	80
§ 32. Развитие статической доктрины у Bartin'a	81
§ 33. Статическая доктрина у Zitelmann'a	84
§ 34. Постановка вопроса у Kahn'a	85

III. Догматическое изучение идеи публичного порядка. А. Съ точки зрѣнія его содержанія	87—105
§ 35. Догматика и статика публичного порядка. Понятіе «экстраординарности» публичного порядка	87
§ 36. Три основныхъ признака экстраординарности	90
§ 37. Экстраординарность по мѣсту данной нормы въ общей системѣ права	91
§ 38. Экстраординарность по внутреннему содержанію нормы	95
§ 39. Содержаніе законовъ публичного порядка и воля законодателя	101
§ 40. Публичный порядокъ и судья	103
§ 41. Содержаніе нормъ публичного порядка и <i>lex ferenda</i>	105
IV. Б. Публичный порядокъ съ точки зрѣнія пространства дѣйствія.	106—149
§ 42. Публичный порядокъ и <i>lex fori</i>	106
§ 43. Публичный порядокъ внутренній и вѣншній	107
§ 44. Объемъ классическихъ нормъ публичного порядка	110
§ 45. а) Биржевыя сдѣлки на разность	112
§ 46. Продолженіе	116
§ 47. б) Запрещеніе отыскивать отцовство	118
§ 48. Продолженіе	122
§ 49. Выводы	124
§ 50. в) Законы, запрещающіе двоеженство	125
§ 51. Продолженіе	129
§ 52. Выводы	133
§ 53. г) Запрещеніе развода	135
§ 54. Выводы	139
§ 55. д) Курсорный анализъ нѣкоторыхъ болѣе мелкихъ нормъ. Законныя ограниченія роста	140
§ 56. Алименты	144
§ 57. Форма брачнаго договора	145
§ 58. Запрещеніе фидеикомиссовъ	146
§ 59. Отвѣтственность жены за долги мужа	147
§ 60. Постановленія, касающіяся ношенія орденовъ	—
§ 61. Законы о несостоятельности	148
§ 62. Выводы	—
V. В. Публичный порядокъ съ точки зрѣнія его функцій	150—163
§ 63. Останавливающая функція	150
§ 64. Останавливающая функція и <i>lex fori</i>	151
§ 65. Другія функціи публичного порядка	164
§ 66. Ученіе <i>Lainé</i>	165
§ 67. Созидающая функція публичного порядка	165
§ 68. Дѣйствіе публичного порядка за границей	167
§ 69. Выводы	162

VI. Публичный порядокъ и конфликтныя нормы	164—184
§ 70. Переходъ публичнаго порядка въ конфликтныя нормы	164
§ 71. Публичный порядокъ принимаетъ коллизіонную форму	167
Венгерскій законъ о заключеніи браковъ	169
§ 72. Приобрѣтеніе по давности и бельгійскій законопроектъ	171
§ 73. Коллизіонныя нормы переходятъ въ публичный порядокъ	174
§ 74. Общность источниковъ, создающихъ коллизіонныя нормы и нормы публичнаго порядка	180
§ 75. Выводы	185—202
VII. Откуда происходитъ представленіе объ «экстраординарности» нормъ публичнаго порядка	185
§ 76. Правило и исключенія	190
§ 77. Правило и исключенія въ германской школѣ частнаго международнаго права	192
§ 78. Правило и исключенія въ международныхъ актахъ	194
§ 79. Проверка полученнаго вывода. Публичный порядокъ и идея <i>comitas</i>	197
§ 80. Что получается, если откинуть идею <i>comitas</i> и идею публичнаго порядка?	198
§ 81. Общность идеи <i>comitas</i> и публичнаго порядка съ точки зрѣнія ихъ метода	202
§ 82. Выводы	203—209
VIII. Общія выводы	203
§ 83. Идея публичнаго порядка и нарушеніе компетенціи своего закона	203
§ 84. Проверка полученныхъ выводовъ на примѣрѣ партикулярнаго права	205
§ 85. Проверка полученныхъ выводовъ на англо-голландской школѣ	207

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Конфликтное право и отсылка.

I. Постановка вопроса	210—215
§ 86. Отсылка и систематика частнаго международнаго права	216—236
II. Историческій очеркъ	216
§ 87. Первый періодъ. Французскія и бельгійскія судебныя рѣшенія, принимающія отсылку	218
§ 88. Отношеніе доктрины къ этимъ судебнымъ рѣшеніямъ. Статьи Labbé и Laurent	218

	СТРАН.
§ 89. Дальнейшія судебныя рѣшенія этого періода	221
§ 90. Второй періодъ. Работы Lainé и Kahn'a. Принятіе отсылки позитивнымъ правомъ	223
§ 91. Колебанія судебной практики	227
§ 92. Третій періодъ. Связь отсылки съ основными проблемами частнаго международнаго права	227
§ 93. Литературная разработка отсылки	230
§ 94. Судебныя рѣшенія, начинающія отвергать отсылку	232
§ 95. Выводы	233
III. Отсылка, какъ случайное явленіе	236—250
§ 96. Отсылка, какъ выводъ изъ теоріи <i>comitas</i>	236
§ 97. Отсылка, какъ способъ достигнуть единства судебныхъ рѣшеній	241
§ 98. Отсылка, какъ препятствіе для полученія какого бы то ни было судебного рѣшенія	245
VI. Отсылка, какъ результатъ ошибокъ, допущенныхъ въ основныхъ проблемахъ конфликтнаго права	250—290
§ 99. Отсылка и нарушеніе объема своего закона	250
§ 100. <i>Lex fori</i> и объемъ иностраннаго закона	255
§ 101. Объемъ своего закона и некомпетентность чужого закона	258
§ 102. Некомпетентность своего закона и присвоеніе компетентности чужому закону	260
§ 103. Абсолютизація конфликтныхъ нормъ	266
§ 104. Отрицатели абсолютности Fiore	270
§ 105. Возраженія Lainé	273
§ 106. Lainé и территориалисты	276
§ 107. Lainé и идея международной вѣжливости	278
§ 108. Выводы	282

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Конфликтное право и объемъ нормъ.

I. Понятіе объема	290—308
§ 109. Явно-объемныя нормы. Суженіе и расширеніе объемовъ	290
§ 110. Скрыто-объемныя нормы. Неправильно-объемныя нормы	294
§ 111. Всякая норма должна быть объемною	298
§ 112. Примѣры	301
§ 113. Точное формулированіе объемовъ желательно	304
II. Виды объемовъ	308—324
§ 114. Классическая точка зрѣнія	308

§ 115. Три формы объемовъ, касающихся подданныхъ: безусловный, территориальный и заграничный	311
§ 116. Три формы объемовъ, касающихся иностранцевъ	314
§ 117. Три формы объемовъ независимо отъ подданства	315
§ 118. Несостоятельность классическаго дѣленія	316
§ 119. Вліяніе отдѣльныхъ элементовъ нормы на объемъ	318
§ 120. Личные элементы нормы и объемъ	321
§ 121. Выводы	324
III. Значеніе объема; его самоцѣльность	325—354
§ 122. Самоцѣльность объема и конфликты національностей	325
§ 123. Столкновеніе своей національности и національности чужой	328
§ 124. Столкновеніе двухъ чужихъ національностей	333
§ 125. Двуподданство съ точки зрѣнія конфликтнаго права	340
§ 126. Опредѣленіе подданства по иностранному закону?	344
§ 127. Почему умѣстительные признаки при конфликтахъ подданства берутся внѣ соответственныхъ объемовъ?	346
§ 128. Выводы	352
IV. Органичность объема	355—398
§ 129. Органичность объема и его самоцѣльность	355
§ 130. Органичность классической объемной нормы	356
§ 131. Теорія, отрицающія органичность <i>implicite</i> . Ученіе о квалификаціяхъ. Теорія Kahn'a	362
§ 132. Теорія <i>Bartin'a</i>	371
§ 133. Теорія <i>Despagnet</i>	378
§ 134. Теорія квалификацій и органичность объемовъ	379
§ 135. Опредѣленіе умѣстительныхъ признаковъ внѣ какаго бы то ни было права	381
§ 136. Теорія, отрицающія органичность <i>expressis verbis</i>	388
V. Выводы	399—416
§ 137. Объемныя нормы	399
§ 138. Международно-конфликтныя нормы	409
§ 139. Опредѣленіе трехъ разобранныхъ понятій	414



Систематика частного международного права находится въ совершенно неразработанномъ состояніи. То, что Школа даетъ намъ подъ названіемъ «системъ» частного международного права, является простымъ примѣненіемъ общецивилистическихъ категорій—къ конфликтнымъ вопросамъ. Даже въ классической работѣ von Bar'a мы имѣемъ не науку частного международного права, изложенную по соответственной ея задачамъ и потому совершенно самостоятельной системѣ,—а систему общаго гражданского права, освѣщенную конфликтными разсужденіями. Между тѣмъ, само собою разумѣется, что система частного международного права должна быть построена въ соответствіи съ такими основными идеями, которыя присущи конфликтному праву—и только ему.

Неудовлетворительность теперешней систематики частного международного права осложняется еще тѣмъ обстоятельствомъ, что наука конфликтовъ, въ громадномъ большинствѣ конкретныхъ казусовъ, встрѣчается съ такими понятіями, которыя существуютъ рядомъ съ этой системой и совершенно независимо отъ нея. Такими понятіями являются: отсылка, публичный порядокъ, *comitas*. Всѣ они излагаются авторами внѣ системы, какъ не укладывающіяся въ нее понятія.

Настоящая работа исходитъ изъ той основной мысли, что основныя понятія конфликтной техники (наприм., *ordre public*)

должны быть введены въ самый организмъ той системы, которая будетъ предложена для нашей науки. Доколѣ не сдѣлана попытка въ этомъ направленіи, никакое дальнѣйшее планированіе отдѣльныхъ конфликтныхъ понятій невозможно.

Соотвѣтственно этой основной задачѣ, работа распадается на четыре главы. Въ первыхъ трехъ главахъ анализируются, по отдѣльности, понятія *comitas*, публичнаго порядка и отсылки. По отношенію къ каждому изъ этихъ понятій выясняются тѣ первоосновы конфликтной мысли, въ связи съ которыми эти понятія стоятъ и безъ изученія которыхъ невозможно сближеніе и сопоставленіе перечисленныхъ «ирраціональных» величинъ. Въ главѣ четвертой сводятся воедино результаты трехъ предыдущихъ главъ и выясняется, какъ— съ точки зрѣнія того, что авторъ называетъ «объемомъ» закона—возможно внести систематическій порядокъ въ ту небольшую часть науки частнаго международнаго права, изученію которой посвященъ этотъ трудъ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Конфликтное право и *comitas*.

I. § 1. Постановка вопроса. *Comitas* и произволъ; исключеніе идеи *comitas* изъ системы частнаго международнаго права. Двѣ формы идеи *comitas*: статическая и генетическая.

II. Генетическая форма идеи *comitas*. § 2. Идея международной вѣжливости у P. Voet'a; примѣненіе этой идеи къ статуту формы договоровъ. § 3. Идея международной вѣжливости у Huber'a. Примѣненіе этой идеи къ исполненію судебныхъ рѣшеній. § 4. Характеристика идеи вѣжливости по ея содержанию; *comitas* и международное конфликтное право. § 5. Идея международной вѣжливости у J. Voet'a. Общая постановка вопроса. § 6. Идея вѣжливости и статутъ формы актовъ. Параллель между ученіемъ J. Voet'a и современной романской школой. § 7. Нормативность конфликтныхъ постановленій и статутъ движимостей. § 8. Нормативность конфликтныхъ постановленій, касающихся предѣловъ дѣйствія мѣстнаго закона. § 9. Полныя конфликтныя нормы у J. Voet'a. Идея международнаго права. § 10. Идея международной вѣжливости у Story. Нормативность конфликтныхъ нормъ въ его изложеніи по отдѣльнымъ казусамъ. § 11. Нормативность конфликтныхъ нормъ съ точки зрѣнія его «общихъ принциповъ». § 12. Идея международной вѣжливости и международнаго права у Foelix'a. § 13. Идея международной вѣжливости у новѣйшихъ представителей англо-американской школы. § 14. Нормативность конфликтныхъ постановленій англо-голландской школы и естественное право. Выводы.

III. Статическая форма идеи *comitas*. § 15. Идея международной вѣжливости и неполнѣ обязательной нормы. § 16. Неполнѣ обязательная норма у старыхъ голландцевъ. § 17. Неполнѣ обязательная норма и статутъ движимостей. § 18. Сравненіе съ романской школой. § 19. Неполнѣ обязательная норма въ новой англо-американской школѣ. Идея международной вѣжливости и идея публичнаго порядка. § 20. Выводы.

I.

1.—Первое понятіе, котораго, по моему мнѣнію, Школа не можетъ ни объяснить, ни подчинить системѣ, есть

comitas. И, дѣйствительно, если мы обратимся къ литературѣ, то мы увидимъ, что на понятіе comitas поставленъ, такъ сказать, крестъ. По словамъ Pillet¹⁾, въ настоящее время comitas «цитируютъ только для того, чтобы ее отвергать». Да и самое отверженіе производится на-спѣхъ, какъ бы нехотя: меня беретъ сильное подозрѣніе, что очень многіе авторы, пишущіе о comitas, никогда не читали даже тѣхъ голландцевъ, которые положили основаніе этой теоріи. Придуманно было даже и объясненіе, почему современной наукѣ не пристало заниматься теоріей comitas. Говорятъ, что понятіе это обозначаетъ собой произволь. А такъ какъ наука частнаго международнаго права занимается явленіями правовыми, то, слѣдовательно, она можетъ начинать свои изслѣдованія только тамъ, гдѣ кончился произволь, только тамъ, гдѣ больше нѣтъ comitas.

Въ этомъ смыслѣ, напримѣръ, Laurent говоритъ: «comitas не имѣетъ ничего общаго съ правомъ; она является, наоборотъ, отрицаніемъ права»²⁾. Если государство примѣняетъ иностранные законы только изъ соображеній удобства или вѣжливости, то оно, по мнѣнію указаннаго автора, выходитъ изъ области правовыхъ понятій и становится на почву болѣе или менѣе правильно понятыхъ интересовъ. Интересы эти мѣняются, а, слѣдовательно, постоянно колеблется и принципъ разрѣшенія конфликтовъ. Приблизительно въ томъ же смыслѣ высказывается и Lainé: «Сказать, что мы будемъ примѣнять иностранные законы тогда, когда мы сочтемъ это нужнымъ, когда мы будемъ къ тому расположены или когда въ этомъ будетъ заключаться нашъ интересъ...—это значитъ поставить на мѣсто конфликтаго права произволь»³⁾.

¹⁾ A. Pillet, Principes de droit international privé, 1908, стр. 53.

²⁾ Droit civil international, I, 1880, стр. 593.

³⁾ A. Lainé, Introduction au droit international privé, vol. II, 1892, стр. 112.

Дальнѣйшее изложеніе имѣетъ цѣлью доказать, во-первыхъ, что ходячія школьныя представленія о *comitas*, какъ чистомъ произволѣ, въ значительной степени неточны. Во-вторыхъ,—что, если даже становиться на точку зрѣнія безусловнаго произвола, все-таки нельзя уклониться отъ изученія теоріи *comitas* съ точки зрѣнія системы. Хорошо или плохо, но путемъ *comitas* цѣлыя два столѣтія разрѣшались всѣ конфликтные вопросы: это понятіе, несомнѣнно, является однимъ изъ мыслимыхъ приемовъ частнаго международнаго права. Безъ *comitas* не обходятся даже въ настоящее время весьма видные англичане ¹⁾. Затѣмъ, существуетъ цѣлый подробно разработанный комплексъ правилъ о томъ, когда можно и когда нельзя примѣнять *comitas*. Установлены, слѣдовательно, предѣлы примѣненія произвола—и правила, въ какомъ направленіи его примѣнять. И эти предѣлы, и эти правила суть юридическія понятія: какъ таковыя, они подлежатъ изученію системы частнаго международнаго права.

Comitas можетъ являться въ двухъ формахъ; и мое изложеніе будетъ правильно только въ томъ случаѣ, если я подвергну эти формы анализу по отдѣльности: очень многія недоразумѣнія, имѣющіяся въ школьныхъ работахъ, происходятъ именно отъ того, что авторы, сами того не замѣчая, говорятъ то о *comitas* статической, то о *comitas* генетической.

Эти термины, конечно, произвольны. Вотъ, что я подъ ними разумю. *Comitas* можетъ обращаться или къ судью, или къ законодателю. Обращаясь къ законодателю, она даетъ ему мотивы примѣненія или непримѣненія иностранныхъ законовъ. Въ этомъ смыслѣ она уясняетъ намъ, такъ сказать, генезисъ конфликтныхъ

¹⁾ A. Dicey, A digest of the law of England etc., 1892, стр. 10;—J. Westlake, A treatise on private international law, 4-th edit, 1905, стр. 22.

нормъ: она рисуеть намъ картину тѣхъ потребностей и международныхъ интересовъ, которые заставляютъ законодателя подумать о невозможности примѣнять только *lex fori*, о необходимости дать мѣсто и иностраннымъ законодательствамъ. Но, кромѣ этой генетической *comitas*,—мы имѣемъ еще и форму статическую. Какъ указано будетъ ниже, голландскіе и англо-американскіе авторы очень часто дѣлають изъ *comitas* приѣмъ не законодательной техники, а судейскаго усмотрѣнія. Послѣ того, какъ общее правило установлено, авторы эти разрѣшаютъ судѣ, по собственному усмотрѣнію, измѣнять или не измѣнять статику конфликтнаго права, руководясь именно идеей *comitas*.

Я начну съ генетики и затѣмъ перейду къ статикѣ. При этомъ, я не буду давать исчерпывающаго обзора всѣхъ тѣхъ авторовъ, которые писали о *comitas* или пользовались ею. Если бы настоящее изслѣдованіе было исторіей голландской школы, то, конечно, мнѣ нельзя было бы ограничиться авторами, взятыми на выборъ. Но, преслѣдуя совсѣмъ другую цѣль, я считаю себя въ правѣ ограничиться изученіемъ тѣхъ авторовъ, которые положили начало теоріи *comitas*,—и тѣхъ ихъ преемниковъ, которые въ настоящее время завершаютъ собой циклъ. Я полагаю, что если въ основныхъ пунктахъ (а только основные пункты и нужны для меня) авторы XVII вѣка совершенно сходятся съ авторами XIX вѣка, то нѣтъ надобности подробно останавливаться еще и на тѣхъ мало интересныхъ ученыхъ, которые безъ всякаго блеска занимались конфликтнымъ правомъ въ XVIII вѣкѣ, въ частности, въ Германіи.

II.

2. — Отцомъ идеи *comitas* обыкновенно считаютъ Р. Voet'a. У этого автора имѣется довольно мало данныхъ, могущихъ выяснитъ намъ истинное значеніе идеи *comitas*. Какъ извѣстно, объ этомъ понятіи упоминается у него лишь вскользь, въ самомъ концѣ главы II второго отдѣла. Выяснивъ значеніе личныхъ, смѣшанныхъ и реальныхъ статутовъ, авторъ приводитъ нѣсколько примѣровъ пространственнаго дѣйствія статутовъ (*statutum prohibens ne frumentum exportetur, — poena propter gesta extra territorium*), а затѣмъ онъ заканчиваетъ главу такъ: «Denique nonnunquam, dum *poenus vicinus vicini mores comiter vult observare, et ne multa bene gesta turbarentur, de moribus, statuta territorium statuentis, inspecto effectu, solent egredi*»¹⁾. Этимъ и ограничивается «теорія» *comitas*: въ дальнѣйшемъ изложеніи на нее дѣлаются лишь немногочисленныя и случайныя ссылки²⁾. Для моихъ разсужденій—съ точки зрѣнія генетической, — важно въ настоящее время не то опредѣленіе, которое даетъ авторъ идеи *comitas*, а нѣкоторыя детали его работы, указывающія, какъ именно онъ пользуется выставленнымъ имъ принципомъ.

Въ частности, я хотѣлъ бы обратитъ вниманіе на

¹⁾ Р. Voet, *De statutis eorumque concursu*, Amstelodami, 1661, стр. 143.

²⁾ Наприм., *Sect. IV, Caput III, § 15; Sect. IV, Caput III, § 17.*

тотъ параграфъ работы Р. Voet'a, гдѣ онъ говоритъ о статутахъ, касающихся формы актовъ. По его мнѣнію, эти статуты дѣйствуютъ частью внутри, а частью внѣ территоріи. По теперешнимъ воззрѣніямъ, при врожденной у насъ, такъ сказать, привычкѣ мыслить по трафаретамъ Школы, въ этомъ утвержденіи не имѣется ничего экстраординарнаго. Но мы должны вспомнить, что передъ нами лежитъ сочиненіе узкаго и послѣдовательнаго территоріалиста: человѣка, который краеугольнымъ камнемъ всей своей работы ставитъ тезисъ о невозможности простирать дѣйствія статутовъ за предѣлы той территоріи, гдѣ они изданы. Значитъ, когда Р. Voet говоритъ о статутѣ формы, простирающемъ свое дѣйствіе за предѣлы территоріи, онъ, самъ того не замѣчая, совершаетъ революцію во всемъ образѣ своего мышленія; онъ отрицаетъ тотъ тезисъ, который для него представляется единственнымъ достовѣрнымъ въ области конфликтнаго права. Какъ же мотивируетъ онъ столь важное нововведеніе? Статуты формы—говоритъ онъ—дѣйствуютъ частью внутри, а частью внѣ территоріи: «*Intra in quantum obstringunt omnes, sive incolas, sive forenses, ibi contententes sive agentes; extra, in quantum sese extendunt ad omnia bona, ubicunque locorum jacentia*»¹⁾. Очевидно, что послѣднія слова только разъясняютъ понятіе экстраэтерриторіальности, но отнюдь не мотивируютъ его. И сколько бы мы ни искали въ дальнѣйшемъ изложеніи, мы не найдемъ у Р. Voet'a ни одного слова отвѣта на интересующій насъ вопросъ: почему статутъ формы не подчиняется общему принципу территоріальности? Онъ, дѣйствительно, не подчиняется. Авторъ подробно указываетъ, что если договоръ удовлетворяетъ, съ точки зрѣнія формы, законамъ того мѣста, гдѣ онъ заключенъ,—то онъ дѣйствителенъ повсюду, независимо отъ

¹⁾ Loc. cit., Sectio IV, Caput. II, § 4.

мѣста нахождения тѣхъ благъ, которыя являются объектомъ соглашенія. Авторъ совершенно категорически указываетъ, что судья очень часто придется примѣнять, въ области формы, иностранные законы. Примѣненіе этихъ законовъ обязательно для судьи. P. Voet подчеркиваетъ это послѣднее указаніе съ особенною настойчивостью: «et ita puto me viam planam invenisse et nullibi fallentem, circa statuta mixta, cum tamen in personalium statutorum explicatione, in ordine ad effectus, regula certa non sit»¹⁾. И, цитируя многочисленныя авторитеты, онъ добавляетъ: «et omnes alii, nulloquod sciam excerpto».

Итакъ, статутъ формы экстратерриториаленъ. Онъ экстратерриториаленъ по правилу. P. Voet, конечно, такъ не говоритъ; но все-таки онъ упоминаетъ по отношенію къ статуту формы слово *regula*: перевести иначе какъ понятіемъ нормы это слово нельзя. При этомъ онъ указываетъ, что норма въ данномъ случаѣ «необманчива и точна». Такъ какъ мы въ настоящее время не занимаемся статикой теоріи *comitas* и, слѣдовательно, не интересуемся вопросомъ о томъ, можетъ ли судья (и если можетъ, то при какихъ обстоятельствахъ?) нарушить преподанное ему правило,—то намъ остается указать: какую же роль играетъ *comitas* въ созданіи только-что изображеннаго юридическаго правила? По этому поводу я долженъ сказать, что P. Voet не ссылается, мотивируя выставленное имъ правило, на *comitas*. Можетъ быть, онъ дѣлаетъ это безсознательно; можетъ быть, съ другой стороны, онъ считаетъ, что разбираемое имъ правило не нуждается ни въ какой мотивировкѣ. Но даже и при такой постановкѣ дѣла мы все-таки никакъ не придемъ къ выводамъ о голомъ произволѣ. Въ самомъ дѣлѣ, если *comitas* играетъ роль мотивовъ, по которымъ создано было пра-

¹⁾ Ibidem, стр. 135.

вило, то для насъ, какъ юристовъ, важны не эти мотивы, а важенъ результатъ. Мнѣ все равно, почему государство взяло на себя охрану собственности: потому ли, что оно желало обезпечить каждому своему гражданину результаты его индивидуальнаго труда, или потому, что оно хотѣло дать гарантію общественнаго спокойствія, уничтоживъ стычки изъ-за предметовъ матеріальнаго обладанія. Для меня важно не происхожденіе права собственности, а только юридическое его содержаніе: тотъ фактъ, что это право мыслится какъ право. Совершенно то же можно сказать и о статутѣ формы у P. Voet'a. Статутъ этотъ мыслится экстратерриториальнымъ по правилу, по праву: если comitas и играла какую-нибудь роль при созданіи этого права, то для насъ подобныя ante-юридическія соображенія неинтересны. Если же — какъ это буквально слѣдуетъ изъ работы P. Voet'a — правило о статутѣ формы существуетъ даже и независимо отъ идеи comitas, — то нашъ выводъ получить только новое подтвержденіе.

Резюмирую. Произволь при созданіи правовой нормы не эквивалентенъ произволу въ самой нормѣ. Достаточно, если P. Voet (по одному спеціальному вопросу) допускаетъ существованіе конфликтнаго правила, — для того, чтобы мы сказали: голландская доктрина comitas вовсе не радикально отличается отъ современной теоріи.

3.—Вторымъ по времени и очень типичнымъ представителемъ голландской школы является U. Huberus¹⁾. Онъ излагаетъ, какъ извѣстно, все конфликтное ученіе въ видѣ трехъ аксіомъ, изъ коихъ послѣдняя даетъ опредѣленіе comitas. Это опредѣленіе считается классическимъ; его цитируютъ во всѣхъ исторіяхъ част-

¹⁾ Ulricus Huberus, Praelectionum juris civilis tomi tres, первое изданіе 1636 года (?). Я пользовался экземпляромъ Franequerae, 1698 года, vol. II, lib. I, tit. III, De conflictu Legum.

наго международного права. Оно гласитъ: «*Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra territorium ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur*» ¹⁾).

Историки права, обыкновенно, ограничиваются приведенной формулой и говорятъ: Huberus основываетъ все частное международное право на вѣжливости, на взаимномъ признаніи нѣкотораго удобства отъ соблюденія правила экстратерриторіальности. Однако, если мы прочтемъ его диссертацию во всемъ ея объемѣ, то мы придемъ къ выводамъ, значительно измѣняющимъ школьные представленія.

Возьмемъ, на примѣръ, вопросъ объ исполненіи уголовныхъ судебныхъ рѣшеній. Вотъ что говоритъ по этому поводу авторъ: «*Sententia in aliquo loco pronunciata... ubique habet effectum; nec fas est, alterius Reipublicae magistratibus Reum alibi absolutum veniave datum, licet absque justa causa, persecui aut iterum permittere accusandum*» ²⁾).

Я долженъ сказать, что эта часть работы Huber'a находится въ довольно большомъ несоотвѣтствіи съ установившимися школьными воззрѣніями на сущность голландской доктрины. Поэтому, на примѣръ, Lainé ³⁾, а за нимъ и Мандельштамъ ⁴⁾ обходятъ цитированный параграфъ диссертации совершеннымъ молчаніемъ. А между тѣмъ, представляется къ высшей степени характернымъ то объясненіе, которое авторъ даетъ для принятой имъ точки зрѣнія. Мы ожидали бы, по установившимся воззрѣніямъ, что онъ сошлется въ объясненіе экстратерриторіальной силы уголовныхъ рѣшеній на *comitas*, т.-е. на третью аксіому. Между тѣмъ, Huberus

¹⁾ Loc. cit., § 2.

²⁾ Loc. cit., § 6.

³⁾ Introduction, Vol. II, стр. 108.

⁴⁾ Гаагская конференція, I, стр. 90—91.

ставить дѣло совсѣмъ иначе; для него основаніемъ указанной точки зрѣнія является не третья, а первая аксіома, т.-е. территориальность: такъ какъ закону подчиняются всѣ судебныя рѣшенія, произносимыя на данной территоріи, то, —умозаключаетъ Huberus,—странно было бы не признавать эту территориальность и за границей. Я оставляю покуда безъ разсмотрѣнія вопросъ о томъ, правильно ли въ данномъ случаѣ примѣняетъ авторъ понятіе территориальности. По первому впечатлѣнію, казалось бы, что эта территориальность весьма близко похожа на любую экстратерриториальность. Ибо одно дѣло сказать: «законъ примѣняется только даннымъ судьей», — это я назвалъ бы истинной территориальностью. Но совсѣмъ другое дѣло сказать: «законъ примѣняется ко всѣмъ актамъ, совершеннымъ на данной территоріи, но къ этимъ актамъ, зато, всѣми судьями»; здѣсь мы, сами того не замѣчая, перейдемъ къ признанію экстратерриториальнаго дѣйствія всѣхъ законовъ. Но, повторяю, меня въ данный моментъ не интересуетъ вопросъ о томъ, правильно или неправильно понялъ авторъ примѣняемый имъ терминъ. Для той спеціальной цѣли, которую я сейчасъ преслѣдую, важно лишь одно: важно лишь то, что Huberus обосновываетъ исполненіе (или признаніе?—это безразлично) уголовныхъ судебныхъ рѣшеній не на третьей аксіомѣ, говорящей о произволѣ, а на аксіомѣ первой, явно и безусловно носящей характеръ правового принципа. И лучшимъ доказательствомъ того, что обязательность уголовныхъ рѣшеній представляется для Huber'a обязательностью правовую, — является тотъ фактъ, что авторъ говоритъ и о comitas въ связи съ исполненіемъ и признаніемъ иностранныхъ уголовныхъ рѣшеній,—говоритъ: но какъ? Онъ указываетъ случаи, когда судья можетъ не исполнить установленнаго правила о признаніи иностранныхъ рѣшеній. Такимъ образомъ, въ этой области Huberus сознательно пере-

носить comitas изъ области генетики въ область статистики. Мы еще вернемся къ этому вопросу; теперь же намъ достаточно было констатировать, что у Huber'a обязательность иностранныхъ судебныхъ рѣшеній конструируется изъ внутренней своей необходимости какъ-то сама собой и, притомъ, въ видѣ юридическаго правила.

Совершенно то же самое можно сказать и объ исполненіи гражданскихъ судебныхъ рѣшеній. Въ видѣ общаго правила рѣшенія эти исполняются. Слѣдовательно, мы имѣемъ голландца-территоріалиста, который по данному вопросу ушелъ гораздо дальше многихъ представителей самаго передового крыла романской школы. Въ настоящее время нѣтъ такихъ ученыхъ, которые исходили бы изъ первопосылки о томъ, что иностранныя судебныя рѣшенія, какъ таковыя, обязательны. Цитируемый же авторъ стоитъ именно на такой точкѣ зрѣнія. Его занимаетъ не общее правило: общее правило для него безспорно. Его занимаютъ только исключенія: онъ желаетъ установить, при какихъ условіяхъ возможно не признавать и не исполнять иностраннаго гражданскаго рѣшенія. И вотъ, онъ указываетъ, что, по его мнѣнію, можно отказать въ исполненіи судебного рѣшенія, на примѣръ, въ тѣхъ случаяхъ, когда они постановлены противъ нашего подданнаго, но безъ надлежащаго вызова въ судъ ¹⁾. Слѣдовательно, правило объ исполненіи гражданскихъ судебныхъ рѣшеній, если и окрашено у Huber'a произволомъ, то не больше, чѣмъ генетика любого иного юридическаго правила, устанавливаемаго государствомъ тоже, вѣдь, до известной степени произвольно. Но самое правило мыслится авторомъ въ видѣ юридической связанности. А это для насъ самое важное.

Я не буду въ подробностяхъ разбирать дальнѣйшее

¹⁾ Loc. cit., § 6.

изложение. Huber'a. Укажу, для примѣра, что онъ считаетъ бракъ, дѣйствительный по законамъ мѣста его совершенія, — имѣющимъ силу во всѣхъ государствахъ, а въ томъ числѣ и въ тѣхъ, гдѣ о порядкѣ вступленія въ бракъ и о формѣ брака дѣйствуютъ иные законы¹⁾. Завѣщаніе, совершенное лицомъ, дѣеспособнымъ по законамъ мѣста совершенія и недѣеспособнымъ по личному закону, авторъ считаетъ, въ видѣ общаго правила, дѣйствительнымъ во всѣхъ государствахъ²⁾. Слѣдовательно, въ обоихъ этихъ вопросахъ (и многихъ другихъ аналогичныхъ) авторъ рѣшительнымъ образомъ стоитъ за экстратерриториальность. Замѣчу при этомъ что по данному вопросу можетъ возникнуть небольшое недоразумѣніе. Школа считаетъ, что если авторъ опредѣляетъ дѣеспособность наследодателя по законамъ мѣста совершенія завѣщанія, то онъ является крайнимъ территориалистомъ. Отъ этой ошибки нужно развѣ навсегда отвыкнуть. Если я придаю какому-нибудь закону силу обязательную для судей нѣсколькихъ государствъ, то—даже и въ томъ случаѣ, если этотъ законъ является закономъ мѣста совершенія завѣщанія,—я все-таки стою на экстратерриториальной, а не территориальной точкѣ зрѣнія. Мой экстратерриториализмъ направляется, можетъ быть, не въ томъ смыслѣ, въ какомъ это угодно романской школѣ, такъ какъ я расширяю дѣйствіе закона, опредѣляемаго не по признаку лица, а по признаку мѣста, — но воля моя является все-таки волей экстратерриториалиста, а не того территориалиста, который всякій законъ дѣлаетъ обязательнымъ только для соответственнаго судьи. Итакъ, значитъ, Huberus въ цѣломъ рядѣ вопросовъ является защитникомъ экстратерриториальнаго дѣйствія законовъ, причемъ это дѣйствіе онъ конструируетъ какъ само собой разумѣющуюся правовую норму.

¹⁾ Loc. cit., § 8.

²⁾ Loc., cit. § 13.

4.—Для того, чтобы дать окончательный штрих моему изложению, я приведу, какъ самъ Huberus изображаетъ внутреннее содержаніе идеи comitas. Ибо, въ противоположность Р. Voet'у, разбираемый авторъ даетъ не только примѣненія теории comitas, но еще и точное опредѣленіе того, что онъ подъ этимъ понятіемъ разумѣетъ. Huberus опредѣляетъ содержаніе слова comitas слѣдующимъ образомъ ¹⁾: «Ex quo liquet... hanc rem... ex commodis et tacito populorum consensu esse petendam: quia sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commercii et usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res jure certi loci validae, mox alibi diversitate juris infirmarentur, quae est ratio tertii axiomatis». Если вчитаться въ это опредѣленіе, то мы придемъ къ простому выводу. Я полагаю, что и въ современномъ правѣ трудно сказать что-нибудь иное по вопросу о причинахъ, заставляющихъ насъ устанавливать конфликтныя нормы. Въ самомъ дѣлѣ. Такъ же, какъ и Huberus, мы полагаемъ, что безусловное примѣненіе законовъ fori будетъ въ высшей степени невыгоднымъ для торговли и для всякаго вообще международного оборота, ибо, въ этомъ случаѣ получится, что акты, законнымъ образомъ совершенные за границей, будутъ объявляться недействительными въ другихъ государствахъ только потому, что въ этихъ государствахъ дѣйствуютъ несхожіе законы. Точно такъ же, какъ и Huberus, мы говоримъ: соответственно этимъ потребностямъ международного общенія, возникаетъ «молчаливое соглашеніе народовъ», т. е. обычное международное конфликтное право,—и это конфликтное право заставляетъ насъ отказаться отъ всякой мысли о проведеніи безусловной территориальности. При этомъ замѣчу, что указанныя слова Huber'a не являются случайными. Онъ неоднократно возвра

¹⁾ Loc. cit., § 2.

щается къ тому же самому вопросу о международномъ обычномъ конфликтномъ правѣ, и въ одномъ мѣстѣ его диссертации мы находимъ, напимѣрь, слѣдующее, въ высшей степени энергичное утверждение: «*Legibus alienis in loco suo exercitis [Potestas] praebebet effectum... mutuae populorum utilitatis respectu; quod est fundamentum omnis hujus doctrinae*». Если, по мнѣнію самого автора, основаніемъ всей проповѣдуемой имъ доктрины является взаимная выгода, взаимная польза государствъ,—то мы, конечно, находимся въ области идей, вовсе уже не столь радикально отличающихся отъ международного общенія, проповѣдуемаго Школой¹⁾.

Такимъ образомъ мы приходимъ къ выводу, что генетическая comitas является у Huber'a довольно отдаленной отъ той легенды о произволѣ, которую создали романисты. По провѣркѣ оказывается, что указанный правовѣрный, казалось бы, голландецъ, съ одной стороны, опредѣляетъ comitas, какъ совокупность тѣхъ реальныхъ жизненныхъ потребностей, благодаря которымъ создается международное обычное конфликтное право, а съ другой стороны—этотъ самый голландецъ разумѣетъ получившееся право, получившіяся нормы объ экстратерриториальномъ примѣненіи законовъ,—именно какъ юридическія правила. Слѣдовательно, считать Huber'a представителемъ чистаго произвола могутъ только тѣ, кто возьметъ на себя смѣлость утверждать слѣдующее: при созданіи правилъ конфликтнаго права государства связаны необходимостью, выше ихъ

¹⁾ Совершенно ли отсутствуетъ эта идея у P. Voet'a? По вопросу о признаніи расточителя повсюду недѣеспособнымъ, онъ говоритъ (loc. cit., стр. 158): *Malim tamen, id ita obtinere, non tam de jure, quam quidem de humanitate, dum populus vicini decreta populi comiter observat, ut multorum evitetur confusio*. Если считать, что jus въ этой цитатѣ нужно понимать какъ jus civile (т. е. въ допустимомъ противоположеніи, напимѣрь, съ международнымъ правомъ)—то далеко ли уйдетъ humanitas отъ той equité, которую такъ настойчиво оперируетъ Lainé (passim), противопоставляя себя голландцамъ?

свободной воли стоящею и потому уничтожающею всякую возможность воздѣйствія свободного произвола (или: свободного самоопредѣленія?) на содержаніе тѣхъ конфликтныхъ нормъ, въ созданіи которыхъ участвуетъ государство. Здѣсь я затрагиваю одно изъ очень большихъ мѣстъ современнаго ученія Школы: ниже я еще вернусь къ этому вопросу.

5.—Перехожу къ изложенію генетической *comitas* у того юриста, котораго *Lainé* считаетъ «истиннымъ творцомъ голландской доктрины».

На первый взглядъ работа *J. Voet'a* даетъ блестящее подтвержденіе тому мнѣнію, что *comitas* является чистымъ произволомъ. «*Traditurus primo* — начинаетъ *J. Voet* свое изслѣдованіе ¹⁾—*quid ex summo jure obtinere debeat, quoties quisque populus sua jura mordicus, quo usque potest extendere et tueri, aliena vero suis ex finibus arceri*». Всѣ законы территоріальны (§ 3): и личные, и реальные, и смѣшанные. Судьи примѣняютъ ихъ безусловно, не уступая чужеземнымъ законамъ *ne latum quidem unguem* (§ 12). Однако, подобное безусловное проведеніе принципа территоріальности можетъ поставить судей въ положеніе столь же тяжелое, какъ положеніе того частнаго человѣка, котораго авторъ характеризуетъ слѣдующими словами ²⁾: «*minus feliciter privatus quisque in societate civili vitam transacturus est, sic mutua officia dare aliis, ac vicissim in suum commodum ab aliis recipere respuat; licet nulli injuriam inferre dici possit si duro vivendi genere sibi placens, et aliorum spernens delicias, relinquat aliis quae ipsorum sunt sibi que sua servet, omni repudiato commercii officii que liberalis usu*». Для того, чтобы избѣжать этого неудобнаго положенія, власти государства *nonnihilo de suo remittunt rigore juris superius exposito*—и этимъ путемъ стараются сдѣлать

¹⁾ *Lib. I, Tit. IV, pars II, § 1.*

²⁾ *Ibidem, § 12.*

положеніе своихъ гражданъ не столь «*duram plurimisque molestiis et difficultatibus implicitam*». Такимъ образомъ, поведеніе государственныхъ властей характеризуется сравненіемъ съ такимъ человѣкомъ, который не желаетъ сдѣлать сосѣдямъ никакихъ, хотя бы и мелкихъ, уступокъ,—съ человѣкомъ, который, не причиняя никому никакой несправедливости и не нарушая ничьего права, не желаетъ заботиться объ удобствахъ своихъ ближнихъ и этимъ путемъ лишаетъ себя всякихъ выгодъ доброжелательнаго общенія. Если бы было нужно охарактеризовать этого человѣка однимъ словомъ, то мы, конечно, назвали бы его непокладистымъ, неуживчивымъ, невѣжливымъ, недостаточно предупредительнымъ. Если J. Voet сравниваетъ государство, отказывающее въ экстратерриториальности, съ человѣкомъ только-что изображеннымъ, то, конечно, *comitas* должна быть понимаема какъ сговорчивость, какъ вѣжливость, какъ совершенно произвольная, никакими юридическими правилами не регулируемая уступчивость.

Таково то первое впечатлѣніе, которое мы можемъ получить отъ работы J. Voet'a. И я боюсь, что многіе ученые, писавшіе о голландской школѣ, считали себя въ правѣ ограничиться изложеніемъ приведенной формулы: она совершенно принципиальна и нисколько не двусмысленна. Авторъ, который ставитъ такую формулу во главѣ своей работы, конечно, проповѣдуетъ произволь. Но я все-таки позволю себѣ проанализировать и дальнѣйшее изложеніе J. Voet'a. Я полагаю, что по отношенію къ той эпохѣ, когда онъ писалъ, когда юристы имѣли безсознательною цѣлью отстаиваніе мѣстнаго суверенитета и полной автономіи мѣстнаго законодательства, — необходимо считаться не только съ тѣми принципиальными декларациями, которыя дѣлали эти юристы во имя политическихъ своихъ симпатій и антипатій, но еще и съ тѣми, менѣе замѣтными, но съ точки зрѣнія права болѣе важными рѣшеніями по де-

тальнымъ вопросамъ, въ коихъ проявляется здравый смыслъ этихъ юристовъ и возвышала свой голосъ желѣзная необходимость жизненныхъ отношеній.

6.—Представляется въ высшей степени интереснымъ прослѣдить, на примѣръ, какъ мотивируетъ J. Voet экстратерриториальное значеніе законовъ о формѣ актовъ. Значитъ, мы хорошо запомнили принципиальную постановку вопроса: государство уступаетъ иностраннымъ законамъ подобно тому, какъ вѣжливый человѣкъ уступаетъ мѣсто женщинѣ въ трамваѣ; ничто, собственно, не обязываетъ его къ этому; но общее настроеніе выигрываетъ отъ проявленій мягкой покладистости. Провѣримъ эту общую постановку вопроса въ примѣненіи къ принципу *locus regit actum*. Обыкновенно—говорить авторъ¹⁾ — «*ne ipsis quidem in juris praxi versatissimis, multoque minus aliis simplicitate desidiaque laborantibus ac juris scientiam haud professis, satis compertum est, ac vix per industriam exquisitissimam esse potest, quae in unoquoque loco requisita sint actuum solemnium*». И дальше: «*pragmatici, quibus auctoribus contractus celebrantur, ... versati quidem plerumque satis sunt in jure patrio, non item locorum omnium et universi orbis jure*». Такимъ образомъ, точка зрѣнія J. Voet'a совершенно ясна. Законы о формѣ актовъ должны имѣть экстратерриториальное значеніе, такъ какъ иначе получатся: большія затрудненія для всѣхъ заключающихъ договоры въ моментъ ихъ заключенія,—и совершенная неопредѣленность для всѣхъ, опирающихся на договоры въ моментъ обоснованія какихъ-либо притязаній на ранѣ совершенномъ договорѣ. J. Voet особенно напиралъ на то, что техники права, обыкновенно участвующіе въ заключеніи договоровъ, въ точности осведомлены лишь о тѣхъ формальностяхъ, которыя установлены мѣстнымъ законодательствомъ; поэтому, до-

¹⁾ Ibidem, § 13.

говаривающіеся, въ большинствѣ случаевъ, не могутъ получить отъ нихъ никакой помощи въ смыслѣ выясненія формальностей иностранныхъ; сами же договаривающіеся, помимо нотаріусовъ, обыкновенно не знаютъ никакого права. Такова аргументація въ пользу принципа *locus regit actum*.

Я спрашиваю: должна ли эта аргументація быть отнесена къ области ничѣмъ не контролируемой вѣжливости,—или же ее слѣдуетъ понимать какъ указаніе на такія болѣе существенныя и болѣе серьезныя потребности жизни, которыя требуютъ созданія не колеблющихся правилъ приличія, а гораздо болѣе крѣпкихъ и незабываемыхъ правовыхъ нормъ? Само собой разумѣется, что критеріи имѣютъ въ этой области въ высшей степени неопредѣленный характеръ. Ни одинъ юристъ не возьмется съ точностью разграничить тѣ менѣе важныя потребности, которыя могутъ довольствоваться регламентаціей въ видѣ приличій,—и тѣ болѣе серьезные запросы жизни, которые нуждаются въ солидной оформленности путемъ права. Конечно, даже и того, что сказано у J. Voet'a, достаточно для того, чтобы мы отнеслись осторожно къ теоріи произвола-вѣжливости; если купецъ заключаетъ договоръ и если онъ сознаетъ необходимость того, чтобы этотъ договоръ считался, съ точки зрѣнія формы, дѣйствительнымъ не только въ мѣстѣ заключенія, но и во всякомъ другомъ государствѣ, гдѣ, на основаніи этого договора, придется предъявлять притязаніе,—то этотъ купецъ, если мы ему ясно изобразимъ положеніе дѣла, конечно, рѣшительно отвергнетъ всякое предложеніе довольствоваться приличіями и вѣжливостью и скажетъ: «нѣтъ, мой интересъ настолько великъ, настолько серьезенъ и настолько «обществененъ», что его необходимо санкціонировать правовою нормою». Но, повторяю, провести ясную границу между потребностью приличій и потребностью юридическихъ правилъ невоз-

можно. Поэтому, я не останавливался бы дольше на изложении J. Voet'a, если бы одно случайное обстоятельство не дало мнѣ матеріаловъ для добавочнаго упроченія моей точки зрѣнія. Это случайное обстоятельство заключается въ слѣдующемъ. Если мы откроемъ многотомное изслѣдованіе Laurent'a (а этотъ ученый, конечно, не принадлежитъ къ голландской школѣ), то мы найдемъ, по вопросу о формѣ актовъ, цѣлый рядъ аргументовъ, характеризующихъ, по мнѣнію бельгійскаго ученаго, ту *justice*, изъ которой вытекаетъ конфликтный принципъ. Разсматривая эти аргументы, мы обнаружимъ слѣдующее курьезное обстоятельство. Laurent различаетъ два вида аргументовъ, могущихъ утвердить въ сознаніи читателя необходимость цитированной выше конфликтной нормы. Не буду останавливаться на аргументахъ плохихъ, такъ какъ они отвергнуты самимъ авторомъ. Аргументы хорошіе изложены у него слѣдующимъ образомъ¹⁾: «Кто совершаетъ акты? Очень рѣдко этимъ дѣломъ занимаются сами договаривающіяся стороны; обыкновенно его поручаютъ разнаго рода ходатаямъ. И вотъ, извѣстно, что эти ходатаи, адвокаты и нотаріусы знакомы лишь съ практикой своей собственной страны; что же касается договаривающихся, то они въ большинствѣ случаевъ не знаютъ ни своихъ, ни иностранныхъ законовъ». Поэтому,—говоритъ Laurent,—создается необходимость въ юридическомъ правилѣ, согласно которому договоръ считается дѣйствительнымъ повсюду, разъ соблюдены формальности, предписанныя по *lex loci contractus*. Совпаденіе, какъ я сказалъ выше, конечно, носитъ случайный характеръ. И Laurent, и J. Voet, конечно, могли бы мотивировать предлагаемое ими правило совѣмъ инымъ образомъ. Но совпаденіе это всетаки характерно. Оба ученые приводятъ одинъ и тотъ же аргументъ (почти

¹⁾ F. Laurent, *Droit civil international*, Vol. II, стр. 423.

буквально!); оба приходятъ къ одному и тому же результату; оба проповѣдуютъ одно и то же правило:—но оказывается, что одинъ изъ цитированныхъ авторовъ движется по путямъ строжайшей логики права,—а другой проповѣдуетъ какую-то случайную и никакому контролю не подлежащую вѣжливость. Мнѣ скажутъ: у Laurent'a есть прямое указаніе на то, что приведенные имъ аргументы онъ понимаетъ какъ проявленіе права, какъ *justice*. Я не приписывалъ бы особеннаго значенія этому слову; но если угодно остановиться на словѣ, то справедливость требуетъ указать, что и J. Voet, говоря о формѣ актовъ, употребляетъ выраженія родственныя. Онъ цитируетъ случай завѣщанія, совершеннаго *juxta Sylvaeducensis regionis usum, coram parracho duobusque testibus*, т. е. не соответствовавшего фрисландскимъ законамъ, но касавшагося фрисландскихъ недвижимостей. Когда завѣщаніе это подверглось обсужденію въ фрисландскомъ сенатѣ, то послѣдній, *aequitate rei motus*, счелъ возможнымъ утвердить волю наслѣдодателя. J. Voet относится къ такому рѣшенію одобрительно. Я полагаю, что *aequitas* не далеко отошла отъ *justice*.

7.—Приведенныя соображенія не исчерпываютъ того матеріала, который можно привести въ подтвержденіе нормативнаго характера признаваемой J. Voet'омъ экстратерриторіальности. Если внимательно вчитаться въ его диссертацию, то можно найти цѣлый рядъ детальныхъ вопросовъ, по которымъ нормативность признается авторомъ въ самой недвусмысленной формѣ. Возьмемъ, на примѣръ, статутъ движимости. Обыкновенно историки излагаютъ эту часть ученія J. Voet'a довольно поверхностно: движимости, на основаніи принципа *mobilia personam sequuntur*, слѣдуютъ-де закону мѣстожителства. Такъ излагаетъ этотъ вопросъ въ пяти строчкахъ, на примѣръ, Мандельштамъ¹⁾. Но

¹⁾ Гаагскія конференціи, I, стр. 88.

если мы прочитаемъ соотвѣтственную, весьма пространную часть работы J. Voet'a, то мы увидимъ, путемъ какихъ сложныхъ колебаній и тонко-юридическихъ соображеній онъ приходитъ къ цитированному выше выводу. «Всѣ статуты территориальны, говоритъ онъ *«in eo tamen forte scrupulus haeserit; si scilicet haec ita sint, qui ergo fiat, quod vulgo reperitur traditum... mobilia ubicunque sita regi debere domicilii jure, non vero legibus loci illius, in quo naturaliter sunt constituta; videri enim hac saltem ratione jurisdictionem judicis domicilii non raro ultra statuentis fines operari in res dispersas per varia aliorum magistratuum, etiam remotissimis ad orientem occidentumque solem regionibus imperitantium territoria».*

Вопросъ поставленъ, значить, въ высшей степени точно и остро: если законъ дѣйствуетъ только на территоріи,—то какимъ образомъ ему могутъ быть подчинены движимости, находящіяся въ далекихъ чужихъ странахъ, на западѣ и на востокѣ лежащихъ? Авторъ выпутывается изъ щекотливаго положенія, имъ самимъ добросовѣстно изображеннаго, путемъ двухъ аргументовъ. Только первый изъ нихъ относится къ генетикѣ и, поэтому, только на первомъ изъ нихъ я остановлю здѣсь мое вниманіе (второй будетъ изложенъ въ своемъ мѣстѣ). Указанный первый аргументъ содержитъ въ себѣ не мало неясностей и колебаній, совершенно неожиданныхъ у такого желѣзнаго юриста, какъ J. Voet. Авторъ ссылается на *quaedam fictio juris, seu malis praesumptio*: по такимъ-то и такимъ-то соображеніямъ (подробно въ текстѣ изложеннымъ) *«hanc inde conjecturam surgere, quod dominus velle censeatur, ut illic omnia sua sint mobilia, aut saltem esse intelligantur, ubi fortunarum suarum larem summumque constituit».* Такимъ образомъ, на основаніи не то фикціи, не то презумпціи, не то конъюнктуры (!)—движимости, не то находятся, не то считаются находящимися въ домицилѣ собственника. Изложенныя соображенія настолько, юридически, не-

точные, что самъ J. Voet, видимо, весьма склоняется къ возможности ихъ отвергнуть. При этомъ, въ высшей степени характерными являются тѣ мотивы, путемъ которыхъ онъ приходитъ къ мысли о возможности не считаться съ изложеннымъ аргументомъ. Онъ говоритъ: если выставляется какая-нибудь фикція, или какая-нибудь презумпція,—то эта фикція и эта презумпція должны быть основаны на правѣ; въ разбираемомъ нами предметѣ никакого права, кромѣ права естественнаго, не признаетъ тотъ, кто исходитъ изъ соображенія о сосуществованіи независимыхъ государствъ, не имѣющихъ надъ собой никакой общей, единой власти; въ естественномъ правѣ такихъ фикцій и презумпцій не установлено; слѣдовательно, возникаетъ вопросъ о томъ, можно ли строить формулу *mobilia personam sequuntur*—именно на фикціи? Я думаю, что приведенныя соображенія лишній разъ подтверждаютъ, насколько тонкимъ и осторожнымъ юристомъ былъ J. Voet. Онъ хорошо понимаетъ, что ни фикцію, ни презумпцію на вѣжливости обосновать нельзя; ибо самое понятіе фикціи есть сокращенное наименованіе совершенно опредѣленной правовой нормы; безъ нормы не можетъ быть фикціи. Достаточно сказать, что все государства считаютъ движимости находящимися въ домицилѣ ихъ собственника, для того чтобы тотчасъ же получился и выводъ: значить, въ сношеніяхъ этихъ государствъ существуетъ, по крайней мѣрѣ, одно правовое начало, регулирующее одинъ изъ вопросовъ конфликтнаго права. Ниже я изложу, путемъ какихъ разсужденій J. Voet переходитъ отъ изложеннаго перваго аргумента ко второму. Здѣсь же ограничусь приведеніемъ того общаго принципа, въ видѣ котораго J. Voet формулируетъ положеніе движимостей въ конфликтномъ правѣ. Принципъ этотъ изложенъ весьма категорично: «...*mobilia tamen ratione in dispositionibus testamentariis, ...donationibus inter conjuges vetitis permissisve, et aliis similibus,*

de iuris rigore communi quasi gentium omnium consensu laxatum est: sic ut ex comitate profecta regula praxi universali invaluerit, mobilia in dubio regi lege loci, in quo eorum dominus domicilium fovet» ¹⁾).

Такимъ образомъ, выводъ ясенъ. По фикціи ли, или по какимъ-нибудь другимъ соображеніямъ—государства пришли, такъ сказать, къ общему соглашенію (communis consensus). И, въ силу этого, въ международной практикѣ укрѣпилось правило (regula): движимости подчиняются закону мѣстожительства ихъ собственника. Comitas упоминается въ приведенной цитатѣ; но она упоминается лишь какъ мотивъ для созданія правила: юристы, очевидно, будутъ считаться не съ этимъ мотивомъ, а съ тѣмъ результатомъ, который, въ силу мотива, получился. Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ выводамъ, совершенно аналогичнымъ съ тѣми, которые мы получили по поводу работы Huber'a.

8.—Но можно пойти еще дальше. Въ томъ изложеніи, которое было мною сдѣлано до сихъ поръ, наиболѣе слабымъ пунктомъ является именно нѣсколько вербально звучащій аргументъ о «правилѣ» и о «соглашеніи государствъ». Можетъ возникнуть вопросъ: не являются ли эти слова именно только словами, случайно употребленными J. Voet'омъ и не соответствующими тому точному значенію, которое вкладываетъ въ нихъ современная наука. Поэтому, мнѣ надлежитъ продолжить анализъ идеи нормативности и показать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ нормативность экстратерриторіальнаго значенія законовъ является у J. Voet'a такою необходимостью, которую нельзя ни объяснить, ни оправдать случаемъ.

Основное начало, выставленное J. Voet'омъ, заключается въ томъ, что законы не простираютъ своего дѣйствія за предѣлы территоріи того государства,

¹⁾ Loc. cit., § 12.

гдѣ они изданы. Этотъ принципъ J. Voet называетъ *strictum jus*. Если мы задумаемся, то мы замѣтимъ, что указанное начало территориальности разлагается на два составныхъ элемента. Оно означаетъ, во-первыхъ, что иностранный законъ не можетъ дѣйствовать на нашей территоріи. Оно означаетъ, во-вторыхъ, что нашъ законъ не можетъ дѣйствовать на иностранной территоріи. Я полагаю, нѣтъ нужды доказывать, что оба эти элемента равноцѣнны и равносильны. Достаточно сказать, что нашъ законъ можетъ простираť свое дѣйствіе за предѣлы нашей территоріи:—тотчасъ же пропадетъ все таинственное очарованіе, соединенное съ формулами римскихъ юристовъ *extra territorium jus dicenti impune non pareri* и *pari in parem nullum competere imperium*. Тотчасъ же возникнетъ у юристовъ сознаніе, что нѣтъ безусловнаго препятствія къ экстра-территориальному дѣйствію нашихъ законовъ ни въ римскомъ правѣ, ни въ самомъ существѣ законодательной власти. И тогда—совершенно естественнымъ образомъ получится и логическій выводъ: если экстра-территориальное дѣйствіе нашихъ законовъ возможно, если оно не нарушаетъ никакихъ незыблемыхъ основъ права,—то тогда, по аналогіи, эту экстра-территориальность возможно, въ случаѣ надобности, распространить и на законы иностранные; во всякомъ случаѣ, соображенія *stricti juris* отпадутъ. Такимъ образомъ, хотя въ дальнѣйшемъ я буду говорить объ экстра-территориальной нормативности только одностороннихъ (по нынѣшней терминологіи) нормъ, однако, я считаю себя въ правѣ разсматривать эту нормативность какъ весьма важный симптомъ и для развитія нормъ полныхъ.

Какъ же относится J. Voet къ экстра-территориальному значенію собственныхъ законовъ? Представимъ себѣ,—говоритъ онъ,—что голландецъ объявленъ въ Голландіи расточителемъ; онъ отправляется въ Фрис-

ландію и тамъ заключаетъ договоръ, дѣйствительный по мѣстному праву. Можно ли взыскивать съ голландца по этому договору послѣ возвращенія его въ Голландію? Другими словами: имѣютъ ли голландскіе законы о недѣеспособности расточителей экстратерриториальное значеніе? Авторъ отвѣчаетъ утвердительно¹⁾: «*con-veniri in Hollandia non poterit ex contracto alibi celebrato*». Совершенно аналогичный отвѣтъ дается и по вопросу о дѣеспособности подвластнаго сына: если онъ составитъ завѣщаніе въ такой странѣ, гдѣ онъ не имѣетъ завѣщательной дѣеспособности, то «*testamentum ejus ratum habebit magistratus Hollandus*». Затѣмъ, авторъ даже обобщаетъ постановку этого вопроса: «*ne illud ex supra dictis impeditum vide, quod domicilii iudex legem possit condere, qua suo per domicilium subjecto vetat quid facere circa res immobiles, in alieno sitas territorio, vel etiam in alieno territorio quosdam exercere actus; roena in secus facientem constituta*». Соответственно этому началу, J. Voet оправдываетъ изданіе голландскихъ законовъ, запрещающихъ лицамъ, находящимся на иностранной территоріи, торговать съ Индіей. Изъ всего этого я могу сдѣлать совершенно категорическій выводъ. И по частнымъ вопросамъ, и въ видѣ общаго правила J. Voet допускаетъ экстратерриториальное значеніе собственныхъ законовъ, — и притомъ въ видѣ безусловнаго правила.

9.—Но можно сдѣлать и еще одинъ послѣдній шагъ. Можно доказать, что J. Voet совершенно категорически и ясно представляетъ себѣ существованіе международныхъ полныхъ конфликтныхъ нормъ: т. е. именно нормъ, правилъ, нормъ международного права. Историки конфликтнаго права обращаютъ очень мало вниманія на § 17-й диссертациі J. Voet'a. Такъ, напримеръ, у Мандельштама мы встрѣчаемъ всего пол-

¹⁾ *Loc. cit.*, § 9.

торы строки: «онъ (J. Voet) рекомендуетъ заключение международныхъ договоровъ для установленія прочной взаимности». Даже этого краткаго указанія достаточно для того, чтобы привести въ большое смущеніе всякаго, кто привыкъ думать о comitas по трафаретамъ Школы. Въ самомъ дѣлѣ. Международные договоры содержатъ въ себѣ международное право, а не международную вѣжливость или покладистость. Слѣдовательно, если J. Voet говоритъ именно о международныхъ конфликтныхъ договорахъ, то, несомнѣнно, что — по крайней мѣрѣ, въ той области, которой касаются эти договоры — онъ стоитъ на безспорно нормативной точкѣ зрѣнія.

Я считаю, что § 17-й заслуживаетъ величайшаго вниманія: онъ даетъ заключительный аккордъ для правильного пониманія идеи comitas въ ея генетической модуляціи. Вотъ что въ немъ говорится: «*Conventionibus specialibus, aut inveteratis consuetudinibus, pro conventione servandis, non raro definitum, quid utrimque praestandum sit: ita multis placuit, usuque obtentum multis in locis, sententias alibi latas... executioni dari*»¹⁾. Затѣмъ приводятся и точныя указанія на извѣстные автору международные договоры и обычаи: «...*intra eosdem [Hollandia et Ultrajectum] conventione id actum, ut datus in loco domicilii curator bonis eorum, qui mortui sunt... jus et auctoritatem suam habeat in bonis, altero in territorio sitis, etsi in loco domicilii vel minima bonorum, vel minor creditorum pars inveniretur, et ut eodem in loco, in quo curator constitutus est, universale concursus judicium agitetur, juxta placitum, Ultrajecti promulgatum 18 Aprilis 1689*».

Затѣмъ приводится рядъ аналогичныхъ договоровъ in Zelandorum favorem. Я долженъ при этомъ отмѣтить, что цитированные въ высшей степени любопытные трактаты въ нѣкоторыхъ отношеніяхъ даже опережаютъ

¹⁾ Loc. cit., § 17.

наиболѣе передовыя постановленія гаагскихъ протоколовъ. При этомъ, по поводу каждаго изъ этихъ постановленій, авторъ совершенно ясно подчеркиваетъ идею международнаго права.

При чемъ же тутъ идея вѣжливости? Правда, у J. Voet'a полныхъ конфликтныхъ нормъ гораздо меньше, чѣмъ у современныхъ авторовъ. Это, конечно, легко объясняется историческими причинами. Но если мы установили, что ему извѣстны и экстратерриториальное значеніе собственныхъ законовъ, и обычно-правовыя нормы конфликтнаго права, и даже международные договоры, подобные тѣмъ, что нынѣ заключаются наиболѣе передовыми государствами, — то нѣкоторая бѣдность изложенія (а эта бѣдность, въ свою очередь, объясняется весьма похвальнымъ стремленіемъ излагать только позитивное право) не даетъ намъ права выталкивать J. Voet'a, какъ парію, за предѣлы нашей науки. Если судить его не по первой велерѣчивой формулѣ территориальности, а по тѣмъ практическимъ отвѣтамъ, которые онъ даетъ на практическіе вопросы, — то мы придемъ къ заключенію, что и у J. Voet'a идея comitas является юридической величиной, подлежащей изученію въ общей системѣ конфликтнаго права.

10. — Если мы перейдемъ къ XIX вѣку, то наиболѣе яркимъ представителемъ идеи comitas явится для насъ, конечно, Story¹⁾: онъ и самъ категорически настаиваетъ на томъ, что никакого другаго основанія, кромѣ comitas, для конфликтнаго права не существуетъ.

Но попробуемъ на минуту отвлечь наше вниманіе отъ «основныхъ принциповъ», поставленныхъ въ началѣ сочиненія и, по правдѣ сказать, имѣющихъ мало внутренней связи съ остальными частями изслѣдованія. Откроемъ главу V и посмотримъ, что написано у

¹⁾ J. Story, Commentaries on the conflict of laws, 5-th edition, Boston, 1857.

Story по вопросу о формѣ брака. «Основной принципъ,—говоритъ онъ ¹⁾,—конечно, заключается въ томъ, что при заключеніи брака между двумя лицами *sui juris* бракъ этотъ опредѣляется по закону того мѣста, гдѣ онъ совершается. Если бракъ этотъ дѣйствителенъ по указанному закону, онъ дѣйствителенъ повсюду. Онъ имѣетъ въ этомъ случаѣ *a legal ubiquity of obligation*. «Если онъ ничтоженъ въ этой странѣ, онъ ничтоженъ повсюду». Авторъ, при этомъ, добавляетъ, какъ бы для того, чтобы сдѣлать свое изложеніе болѣе сильнымъ: «...эта доктрина получила въ высшей степени продуманную и послѣдовательную санкцію англійскихъ и американскихъ судовъ». Я оставляю открытымъ вопросъ о томъ, хорошо или плохо опредѣлять бракъ по законамъ мѣста его совершенія (и, притомъ, не только въ отношеніи формы, но и личныхъ свойствъ брачующихся). Я, вѣдь, вообще занимаюсь здѣсь только методологіей; существо конфликтныхъ нормъ, предлагаемыхъ тѣми или другими авторами, для меня является дѣломъ безразличнымъ. Итакъ, для меня важно, что Story опредѣляетъ бракъ по законамъ того мѣста, гдѣ онъ совершенъ. Очевидно, что этотъ принципъ нельзя понимать иначе, какъ въ смыслѣ предоставленія экстратерриториальной силы всѣмъ законамъ о бракѣ: каждый разъ, какъ бракъ будетъ обсуждаться не въ той странѣ, гдѣ онъ былъ заключенъ, а въ какой-нибудь другой, — судья этого послѣдняго государства принужденъ будетъ примѣнять иностранный законъ. Для того, чтобы упростить мое изложеніе и откинуть тотъ осложняющій элементъ, который является результатомъ постоянного воздѣйствія на нашу психику со стороны Школы (указанное конфликтное правило о подчиненіи личныхъ условій брака мѣстному закону, конечно, было бы изображено вся-

¹⁾ *Loc. cit.*, § 118.

кимъ романистомъ, какъ крайній реализмъ, хотя въ данномъ казусѣ нѣтъ никакого реализма, а есть только несимпатичный для романистовъ персонализмъ), — я могъ бы прибѣгнуть къ слѣдующему приему: возьмемъ изъ правила, предлагаемаго Story, только ту его половину, которая касается внѣшнихъ формъ брака. Въ такомъ случаѣ мы можемъ сказать: вотъ юристъ, который проповѣдуетъ совершенно то же, что проповѣдуетъ вся современная Школа, и который проповѣдуетъ это именно въ качествѣ правового принципа, «признаннаго всеми американскими и англійскими судами». Почему же мы объявимъ его недостойнымъ войти въ храмъ изучаемой нами дисциплины?

Замѣчу при этомъ, что нормативность не является у Story случайной. Если мы возьмемъ у него мотивы, приводимые въ оправданіе цитированнаго выше правила, то окажется — такъ же, какъ мы это видѣли у J. Voet'a, — что мотивы эти носятъ вовсе не случайный и поверхностный характеръ потребности, нуждающейся въ вѣжливости и приличіяхъ, а именно характеръ большой общественной необходимости, нуждающейся въ санкціи права. «Причины, — говоритъ Story¹⁾, — приведшія къ созданію общаго правила о дѣйствительности браковъ по *lex loci contractus*, совершенно ясны... Бракъ есть понятіе *juris gentium*. Граждане всѣхъ государствъ одинаково заинтересованы въ существованіи этого института. Безконечное зло и смятеніе произошло бы для всѣхъ людей въ вопросахъ законности и потомства, наслѣдованія и т. д., — если бы законы каждаго государства примѣнялись къ бракамъ, заключаемымъ его гражданами за границей. Поэтому всѣ націи согласились (!), или считаются согласившимися, во имя общаго блага и удобства, что браки должны обсуждаться по закону мѣста ихъ совершенія. При соблюде-

¹⁾ Loc. cit., § 121.

ни этого правила происходит мало неудобствъ (few it any). При нарушении его — возникнуть величайшія трудности». Я спрашиваю себя: какія болѣе выпуклыя выраженія нужно употребить для того, чтобы выразить мысль о существованіи по какому-нибудь данному вопросу международного обычнаго права, проистекшаго изъ сознанный всѣми заинтересованными сторонами необходимости и полезности именно даннаго правила? Когда говорятъ, что неисчислимо и совершенно ненужное зло будетъ проистекать, въ равной мѣрѣ для всѣхъ государствъ, отъ того, что во время войны солдатамъ будетъ позволено убивать женщинъ и дѣтей, и если, прибавлю я, указываютъ, что, соотвѣтственно, всѣ государства молчаливо согласились падить некомбатантовъ:—то неужели кому-нибудь придетъ въ голову понять изложенную аргументацію, какъ аргументацію о существованіи вѣжливаго отношенія солдатъ къ женщинамъ и дѣтямъ, встрѣчаемымъ на оккупированной территоріи?.. Для всякаго ясно, что аргументы эти изображаютъ международную потребность и свидѣтельствуютъ о соотвѣтственномъ этой потребности международномъ правѣ.

11.—Таково положеніе генетической *comitas* у Story. Я полагаю, что если мы оставимъ частные случаи (излагаемые у него, почти безъ исключенія, по тому трафарету, образчикъ котораго мы дали въ вопросѣ о заключеніи брака) и вернемся обратно къ *General Maxims*, столь пугающимъ изслѣдователей своей категоричностью — то, при внимательномъ отношеніи къ этимъ *General Maxims*, мы легко найдемъ въ нихъ нѣкоторыя общія идеи, подтверждающія тотъ выводъ, который я только что сдѣлалъ на основаніи частнаго случая.

Всякое государство,—говоритъ Story¹⁾),—обладаетъ исключительнымъ суверенитетомъ и юрисдикціей на

¹⁾ *Loc. cit.*, § 18.

своей территоріи. «Изъ этого,— продолжаетъ онъ¹⁾,— вытекаетъ и слѣдствіе: «каковы бы ни были сила и обязательность чужихъ законовъ на данной территоріи, онѣ зависятъ... отъ явно выраженнаго или молчаливаго согласія, именно даннымъ государствомъ высказаннаго». «Государство можетъ запретить дѣйствіе однихъ иностранныхъ законовъ,—и можетъ допустить дѣйствіе другихъ». И вотъ, когда возникаетъ вопросъ о томъ, какими же принципами должно руководиться государство, отвергая одни иностранные законы и примѣняя другіе, то,—говоритъ Story,—нѣкоторые континентальные ученые съ «необычайнымъ искусствомъ и усердіемъ» стараются установить общіе безусловные принципы, всегда и при всѣхъ обстоятельствахъ обязательные. Этимъ принципамъ приписывается высшая, такъ сказать, «моральная» обязательность. Я,—говоритъ авторъ,—съ такой постановкой вопроса согласиться не могу. Никакихъ безусловныхъ принциповъ въ области частнаго международнаго права не существуетъ. Ибо совершенно очевидно, что государство—какіе бы мы передъ нимъ общіе принципы ни поставили—все-таки имѣетъ право и обязанность²⁾ «охранять своихъ гражданъ отъ несправедливаго и вреднаго воздѣйствія иностранныхъ законовъ, останавливая тѣ изъ этихъ послѣднихъ, которые представляются repugnant to its own interests and policy». Въ другомъ мѣстѣ говорится объ остановкѣ дѣйствія такихъ иностранныхъ законовъ, «моральный характеръ которыхъ споренъ»³⁾. Я оставлю въ данный моментъ совершенно безъ разсмотрѣнія изложенные принципы, по скольку они касаются (а что они касаются,—это вѣ сомнѣнія) статистики конфликтныхъ нормъ, т. е. во-

¹⁾ Loc. cit., § 23.

²⁾ Loc. cit., § 31.

³⁾ Loc. cit., § 33.

проса о непримѣненіи иностранныхъ законовъ, «въ видѣ исключенія», вопреки признанной общей конфликтной нормѣ. Объ этомъ я буду говорить ниже, въ своемъ мѣстѣ. Здѣсь же, оставаясь на почвѣ строгой генетики права, я ограничусь указаніемъ, что Story формулируетъ всё только что приведенные аргументы въ видѣ слѣдующаго общаго заключенія: «истинное основаніе экстратерриторіальной силы законовъ заключается во взаимной пользѣ народовъ» (§ 35); но такъ какъ о пользѣ могутъ быть различныя мнѣнія, то приходится признать, что послѣднимъ судьей этой пользы является каждое отдѣльное государство (§ 36); эта мысль выражается для краткости словомъ comitas.

Если мы вдумаемся въ эти «общія положенія» именно съ точки зрѣнія той генетики права, на которой мы теперь стоимъ,—то наврядъ ли у насъ найдется много серьезныхъ возраженій противъ того, что говорить Story. Государство обладаетъ территоріальнымъ верховенствомъ — конечно, этого никто оспаривать не будетъ. Что понятіе территоріальнаго верховенства содержитъ въ себѣ, между прочимъ, и право допускать или не допускать экстратерриторіальное дѣйствіе иностранныхъ законовъ,—является также весьма безобиднымъ truизмомъ. Я не знаю, найдется ли въ Школѣ такой рьяный послѣдователь интернационалистическаго метода, который осмѣлился бы утверждать, что Story неправъ, когда онъ говоритъ¹⁾: «если кодексъ данной страны говоритъ о конфликтахъ и категорически разрѣшаетъ ихъ въ томъ или другомъ смыслѣ, то этому кодексу должны подчиняться всё лица, находящіяся на данной территоріи». Трудно возражать противъ этой аксіомы. А между тѣмъ, Story ничего другого подъ упомянутымъ выше «согласіемъ государства» не разумѣетъ.

¹⁾ Loc. cit., § 23.

По этому поводу мнѣ нужно сдѣлать небольшое отступление. Нѣкоторые крайніе представители Школы *implicite* отвергаютъ только что приведенныя два положенія Story: они говорятъ, что международное конфликтное право обязательно для государства и разрѣшаетъ конфликты помимо всякаго его «согласія». Я думаю, что нѣтъ надобности забираться въ тѣ выси, безъ которыхъ не обходится Школа, выставляя подобный тезисъ (нѣкоторый примѣръ этихъ высей будетъ мною данъ въ одномъ изъ ближайшихъ параграфовъ). Современная наука даетъ намъ возможность, внѣ всякихъ естественно-правовыхъ соображеній, подтвердить аргументацію Story и доказать ошибочность теоріи, выставляемой Школою, — путемъ неопровержимыхъ данныхъ. Предположимъ, что международное конфликтное право имѣетъ исчерпывающій характеръ и способно дать всѣ тѣ отвѣты, которыхъ отъ него чаютъ романисты. Я утверждаю, что даже и въ этомъ случаѣ мы не обойдемся безъ того добавочнаго вмѣшательства государства, которое Story нѣсколько наивно называетъ «согласіемъ». Въдѣ новѣйшей наукой международного права установлено, что мы только въ томъ случаѣ можемъ привести международное право въ законченную систему, если мы будемъ его разсматривать какъ право, обязывающее государство и, поэтому, не имѣющее въ числѣ своихъ субъектовъ тѣхъ частныхъ лицъ, во имя и для которыхъ создаются и разрѣшаются конфликтныя контрверзы. Слѣдовательно, если даже предположить, что судья можетъ руководиться, помимо писаннаго и обычнаго внутренняго конфликтнаго права, еще и нормами конфликтнаго права международнаго, то процессъ мышленія у этого судьи не можетъ быть изображенъ иначе, какъ слѣдующимъ образомъ: во внутреннемъ конфликтномъ правѣ есть пробѣлъ; пробѣлъ этотъ можетъ быть заполненъ соотвѣтственной нормой, изъ международнаго права взятой; государство не возра-

жаетъ противъ примѣненія данной международной конфликтной нормы; слѣдовательно, я, судья, могу предположить, что нѣтъ препятствій къ превращенію означенной международной конфликтной нормы — въ норму внутреннюю и, затѣмъ, къ рѣшенію данной контроверзы именно на основаніи получившейся внутренней конфликтной нормы. Слѣдовательно, Story глубоко правъ, когда онъ говоритъ, что никакое конфликтное право не можетъ дѣйствовать на данной территоріи безъ согласія (явнаго или молчаливаго) даннаго государства. Выставляя такой тезисъ, онъ находится въ полномъ (но, конечно, безсознательномъ) согласіи съ такими передовыми корифеями современнаго международнаго права, какъ Zitelmann и Triepel. Обвинять его въ проповѣди произвола только потому, что онъ конструируетъ comitas именно въ видѣ «согласія» государства,— было бы явной несправедливостью.

Выводъ. И частныя рѣшенія отдѣльныхъ проблемъ, и общіе принципы, выставляемые у Story, свидѣтельствуютъ о томъ, что генетическая comitas, проповѣдуемая имъ, не находится ни въ какомъ противорѣчій съ современной идеей права вообще и международнаго права въ частности.

12.—Если мы обратимся къ работѣ Foelix'a¹⁾, то мы не найдемъ въ ней никакихъ данныхъ, могущихъ измѣнить выработавшуюся у насъ точку зрѣнія на comitas. Основные принципы, выставляемые этимъ авторомъ²⁾, почти буквально списаны съ работы Story. Но такъ какъ Foelix дѣйствовалъ въ юридической атмосферѣ менѣ консервативной, чѣмъ та, которая окружала его учителя, — то въ развитіи и фактическомъ осуществленіи принциповъ comitas французскій ученый допускаетъ новыя отгѣнки, окончательно противорѣчащія «легендѣ».

¹⁾ M. Foelix, *Traité du droit international privé etc.*, Paris, 1843.

²⁾ *Loc. cit.*, стр. 12—14.

Для Foelix'a не представляет никакого сомнѣнія, что конфликты законовъ разрѣшаются правомъ, входящимъ, какъ составная часть, въ объемъ международнаго права. Для него, слѣдовательно, совершенно ясно, что конфликты разрѣшаются правомъ, а не капризомъ, не вѣжливостью и не произволомъ. «Международнымъ частнымъ правомъ,—говоритъ онъ¹⁾,—называется совокупность правилъ, по которымъ разрѣшаются конфликты между гражданскими системами различныхъ государствъ; другими словами, частное международное право содержитъ въ себѣ правило о примѣненіи гражданскихъ и уголовныхъ законовъ одного государства на территоріи другого государства». Затѣмъ, для него не менѣе несомнѣнно, что указанное право есть именно право международное, устанавливаемое по взаимному соглашенію заинтересованныхъ государствъ²⁾; онъ даже говоритъ о «молчаливой конвенціи», образовавшейся между государствами и разрѣшающей конфликты гражданскихъ законодательствъ соотвѣтственно выяснившимся практическимъ потребностямъ³⁾. Такимъ образомъ, Foelix уже не по конкретнымъ случаямъ (какъ это мы видѣли у Story), а въ видѣ общаго правила признаетъ существованіе безспорныхъ международныхъ нормъ о разрѣшеніи конфликтовъ: въ этомъ и заключается прогрессируваніе правовой идеи.

Характернымъ для правовой идеи является и тотъ отвѣтъ, который Foelix даетъ по вопросу о возможныхъ послѣдствіяхъ неисполненія конфликтной нормы. Онъ говоритъ: «иностранный законъ, взятый самъ по себѣ, не можетъ содержать абсолютной необходимости

¹⁾ Loc. cit., стр. 2.

²⁾ «Ces règles... ont été établies par l'usage des nations et leur consentement tacite». Loc. cit., стр. 11.

³⁾ «C'est ainsi qu'il s'est formé entre les nations une convention tacite sur l'application des lois étrangères, fondée sur les besoins pratiques». Loc. cit., стр. 15.

экстратерриториальнаго примѣненія¹⁾; для того, чтобы производить дѣйствіе на территоріи иностраннаго государства, законъ нуждается въ явномъ или подразумѣваемомъ согласіи этого послѣдняго»²⁾. Но,—говоритъ авторъ,—можно вообразить такой случай, когда, несмотря на всѣ соображенія цѣлесообразности, излагаемыя учеными и признанныя государствами, данное правительство все-таки откажетъ въ признаніи экстратерриториальной силы какой-нибудь конкретной нормы. Что дѣлать въ этомъ случаѣ? Если государство отказывается,—говоритъ авторъ,—то «все кончено; другія государства сохраняютъ лишь право дѣйствовать путемъ реторсіи»³⁾. Въ этомъ отвѣтъ Foelix стоитъ, методологически, на гораздо болѣе высокой ступени, чѣмъ многіе прославленные сторонники Школы. Пусть тотъ же вопросъ о комбатантахъ дастъ намъ примѣръ для сравненія. Необходимость щадить женщинъ и дѣтей признана всѣми государствами въ неоспоримой формѣ. Соответственно этому, выработалась международная норма, запрещающая убивать не комбатантовъ. Но, вотъ, оказывается, что одно изъ государствъ не желаетъ подчиниться международному праву и разрѣшаетъ своимъ солдатамъ устрашать врага путемъ военныхъ дѣйствій противъ дѣтей. Какъ отнесется къ подобному случаю юристъ? Именно такъ, какъ это дѣлаетъ Foelix. Онъ скажетъ: «tout est fini». Другими словами, онъ признаетъ, что на солдатахъ указаннаго варварскаго государства не лежитъ никакой ответственности за исполненіе предписаній своего правительства. Остальныя государства не могутъ объявить этихъ солдатъ преступниками. Они

1) «Plusieurs auteurs ont prétendu faire dériver à priori la nécessité de l'application de certaines lois étrangères: selon eux cette nécessité résulte de la nature même de ces lois». Loc. cit., стр. 20.

2) «Tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation, dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation». Loc. cit., стр. 13.

3) Ibidem, стр. 20.

могут только дѣйствовать путемъ реторсіи (или репрессалій) противъ государства. И если реторсія будетъ направляться противъ тѣхъ самыхъ солдатъ, которые совершили злодѣяніе, то юристъ, конечно, пойметъ разницу между преслѣдованіемъ солдатъ, какъ преступниковъ, и воздѣйствіемъ противъ солдатъ, какъ единственныхъ объектовъ, ударяя по которымъ, можно обратиться до «виновнаго» государства. Изъ этого примѣра явствуетъ, что Foelix глубочайшимъ образомъ правъ, когда онъ, по поводу отвергнутой какимъ-либо государствомъ международной конфликтной нормы, говоритъ: «tout est fini». Для данной конфликтной контроверзы, въ данный моментъ въ этомъ государствѣ обсуждаемой, дѣйствительно, «все кончено».

13.—Лишь въ немногихъ словахъ я укажу, какое положеніе занимаютъ въ области генетической comitas главные представители современной англо-американской школы. У этихъ юристовъ мы находимъ категорическія заявленія, явнымъ образомъ противорѣчащія «легендѣ».

Если взять работу Dicey¹⁾, то мы найдемъ, что онъ категорическимъ образомъ отрицаетъ существованіе какой бы то ни было разницы между понятіями comitas и justice. Примѣненіе иностранныхъ законовъ, — говоритъ онъ²⁾, — не есть вопросъ каприза или произвола; оно возникаетъ не потому, что монархъ Англій или какого-нибудь государства желаетъ быть вѣжливымъ по отношенію къ иностраннымъ монархамъ³⁾. Иностранные законы примѣняются потому, что инымъ путемъ нельзя разрѣшить цѣлаго ряда правовыхъ проблемъ: при исключительномъ примѣненіи legis fori получаются величайшія затрудненія какъ для иностранцевъ,

¹⁾ A. V. Dicey. A digest on the conflict of laws, London, 1896.

²⁾ Loc. cit., стр. 10.

³⁾ Ср. ibidem, стр. 14: «The term «comity» is open to the charge of implying that a judge, when he applies foreign law to a particular case, does so as a matter of caprice or favour».

такъ и для своихъ собственныхъ подданныхъ. Соответственно этому, Dicey называетъ всѣ споры о comitas «безполезной логомахией». Но,—продолжаетъ онъ,—если подь comitas надо разумѣть тезисъ о невозможности примѣнять иностранные законы помимо воли даннаго государства,—то этотъ тезисъ выражаетъ, «хотя и въ спутанной формѣ», важную и несомнѣнную истину.

Совершенно аналогичны выводы и Westlake'a¹⁾. Онъ прямо отказывается понимать comitas въ видѣ антитезы термину justice²⁾: «Я сильно сомнѣваюсь, чтобы англійскіе судьи когда бы то ни было понимали этотъ терминъ въ смыслѣ противоположенія справедливости».

14.—Такимъ образомъ, мы прослѣдили развитіе генетической comitas отъ момента ея зарожденія и вплоть до начала XX вѣка. При этомъ, мы констатировали, что, съ большими или меньшими колебаніями, объясняемыми историческими причинами—всѣ авторы, употреблявшіе это понятіе, сводятся къ тому, что подь генетической comitas нужно разумѣть совокупность тѣхъ жизненныхъ потребностей, которыя заставляютъ государство создать конфликтное право. Это конфликтное право менѣе полно у J. Voet'a и болѣе полно у современнаго намъ Foelix'a: но, поскольку каждый изъ этихъ авторовъ признаетъ существованіе конфликтныхъ постановленій, онъ разсматриваетъ эти постановленія какъ нормы, толкуя, слѣдовательно, comitas лишь какъ совокупность ante-юридическихъ соображеній, повлекшихъ къ созданію нормъ.

Съ точки зрѣнія такого результата, теорія comitas не представляла бы рѣшительно ничего характернаго.

¹⁾ J. Westlake. A treatise on private international law, 4-th edit. London, 1905.

²⁾ Loc. cit., стр. 22. Ср. ibidem: «Although on the continent comity and justice are usually regarded as forming an antithesis, it is probable that in this country the prevailing view has been that while a concession is made in not determining every question by the lex fori, that concession is dictated... by a convenience amounting to necessity».

Ибо и теперь—всякій романистъ долженъ признать, что если создается конфликтная норма, то она создается въ силу сознанной ея необходимости. А между тѣмъ, Школа весьма энергично нападаетъ даже и на генетическую comitas, не говоря уже о статической. Я считаю нужнымъ изобразить подробнѣе эти нападки, такъ какъ такимъ путемъ, я надѣюсь, мнѣ удастся выяснитъ одинъ важный пунктъ, въ которомъ я рѣшительно расхожусь со Школой.

Наиболѣе полнымъ образомъ указанные нападки изображены у Laurent'a ¹⁾. Онъ выставляетъ противъ генетической comitas два рода аргументовъ: первый изъ нихъ совсѣмъ грубъ: я упомяну о немъ только для памяти. Луизианскій судъ, разбирая дѣло, въ коемъ исходъ зависѣлъ отъ признанія или непризнанія дѣеспособнымъ такого человѣка, который былъ несовершеннолѣтнимъ только по *lex originis*, а не по *lex fori*,—примѣнилъ иностранный законъ, мотивируя свое рѣшеніе тѣмъ, что такъ было выгоднѣе для отвѣтчика-американца. Понятно, что Laurent'у не трудно доказать безусловную невозможность подобной постановки дѣла: интересы отвѣтчиковъ мѣняются въ каждомъ процессѣ; судья не можетъ подгонять свое рѣшеніе подъ выгоду заранѣе опредѣленныхъ лицъ и т. д. ²⁾. Этотъ приѣмъ я назвалъ грубымъ. Хотя ссылка на рѣшеніе луизианскаго суда и фигурируетъ у Laurent'a въ десяткахъ главъ (всякій разъ, какъ надо покрѣпче укорить англо-американцевъ!)—но авторъ хорошо освѣдомленъ объ исключительномъ характерѣ этого экзотическаго рѣшенія: оно было единичнымъ; самъ Phillimore называетъ его чудовищнымъ. Значитъ, опровергать comitas только потому, что она, будто бы, пред-

¹⁾ F. Laurent, *Le droit civil international*, vol. I, Bruxelles, 1880, стр. 573—602.

²⁾ *Loc. cit.*, § 395.

ставляетъ собой индивидуальную заинтересованность одной изъ сторонъ—невозможно.

Второй аргументъ, выставляемый Laurent'омъ противъ генетической comitas, менѣе грубъ, но тоже не выдерживаетъ критики. Допустимъ, говоритъ онъ, — что мы будемъ понимать «интересъ» голландской школы въ смыслъ объективнаго интереса всего международного общенія. Такая постановка дѣла, по мнѣнію бельгійскаго ученаго, также несостоятельна. Обоснованіе права выгодною, говоритъ онъ, устарѣло. На идеѣ пользы нельзя построить права, такъ какъ польза не соединяетъ людей, а разъединяетъ ихъ. Если comitas воплощаетъ собой пользу, то она является отрицаніемъ права. Ибо она вызвана къ жизни именно представленіемъ объ отсутствіи какого-либо общаго права, помимо выгоды существующаго. Я же,—говоритъ авторъ ¹⁾,—пишу о правѣ и, слѣдовательно, для такихъ людей, которые вѣрятъ въ право. Я пишу для тѣхъ, «кто вѣритъ, что право предшествуетъ закону, что право стоитъ выше закона, что право имѣетъ свои корни въ природѣ человѣка и человѣческихъ обществъ; это Право должно быть выраженіемъ вѣчной справедливости, отпечатокъ коей положенъ Богомъ въ человѣческую совѣсть».

Я думаю, что не трудно доказать несостоятельность подобнаго аргумента, не подымаясь ни на тѣ высоты, гдѣ говорится о роли Божества въ созданіи права, ни даже на тѣ,—гдѣ обсуждается контроверза объ утилитарной концепціи правовыхъ нормъ. Для моихъ скромныхъ задачъ будетъ достаточно, если я констатирую, въ чемъ заключается основная посылка Laurent'a: тѣ, кто принимаетъ эту основную посылку, могутъ дальше не читать моей работы, ибо ихъ я переубѣдить не берусь. Посылка эта заключается въ слѣдующемъ: Laurent считаетъ, что выше законодателя стоитъ право, связы-

¹⁾ Loc. cit., § 396.

вающее его свободу. Точнѣ говоря: право это стоитъ не только выше отдѣльнаго законодателя, но еще и выше международного права; ибо Laurent отрицаетъ право государствъ создавать въ своихъ взаимныхъ отношеніяхъ, путемъ свободнаго самоопредѣленія, такія нормы, какія имъ покажутся наиболѣе удобными. Если бы Laurent не отрицалъ этого свободнаго самоопредѣленія государствъ въ области международныхъ отношеній, то тогда ему осталось бы одно: дружески подать руку голландцамъ, категорически указывающимъ, что государство свободно установить ту или иную норму конфликтнаго договорнаго права. Разница между голландцами и Laurent'омъ по этому вопросу заключается именно въ томъ, что голландцы не идутъ на тѣ высоты, на которыя взобрался бельгійскій ученый: у него, вѣдь, Богъ и естественное право ¹⁾ диктуютъ государствамъ безапелляціонно, какъ они должны поступать при выработкѣ конфликтныхъ нормъ. Въ противоположность той точкѣ зрѣнія Foelix'a, которую мы изобразили выше и правильность которой представлялась намъ несомнѣнной, Laurent считаетъ, что государство, отказывающееся въ признаніи какой-нибудь данной конфликтной нормы, можетъ быть признано нарушающимъ право. Какое право?— Естественное ²⁾.

Разница между мною и Школою, поскольку она выражается въ работѣ Laurent'a, слѣдовательно, колоссальна. Я считаю, что конфликтное право обязательно для судей и отдѣльныхъ индивидовъ только въ одной формѣ: въ той, въ какой оно санкціонировано мѣстнымъ законодательствомъ или мѣстнымъ обычнымъ правомъ. Никакія нормы международного конфликтнаго

¹⁾ «Foelix... ne veut pas entendre parler d'un droit naturel: c'est un leurre d'après lui, et une doctrine subversive. Je suis affligé d'entendre une pareille doctrine dans la patrie de Montesquieu (!)». Loc. cit., стр. 598.

²⁾ «Au lieu du droit éternel nous avons un calcul qui revient à dire: j'ai intérêt à être juste, afin que les autres soient justes à mon égard». Loc. cit., стр. 575.

права не могутъ быть примѣняемы судьей, доколѣ не доказано, что онѣ восприняты внутреннимъ правомъ даннаго государства. Затѣмъ, что касается международнаго права, то для государствъ оно также обязательно только въ одной формѣ: въ той, въ какой оно санкціонировано, молчаливо или явно, партикулярнымъ международнымъ правомъ данной группы государствъ, или общимъ международнымъ правомъ всего международного общенія. При этомъ нужно оговориться, что общее конфликтное международное право обязательно для даннаго государства лишь постольку, поскольку вообще можно говорить объ обязательности «европейскаго международного права» для каждаго отдѣльнаго государства: т.-е., поскольку соотвѣтственная норма или не опротестована даннымъ государствомъ, или силою ему навязана. Во всѣхъ, значитъ, случаяхъ международное конфликтное право обязательно только для того государства, которое молчаливо или явно признало соотвѣтственную норму: въ этомъ и заключается идея «согласія», проводимая голландцами. Вопреки ученію Laurent'a, ни о какомъ правѣ, стоящемъ выше международнаго права, говорить нельзя. Въ особенности же нельзя утверждать, что подобное право изъ лона Божества можетъ непосредственно попасть въ судъ, минуя и сферу международнаго права, и нормы внутренняго: — а между тѣмъ именно въ этомъ смыслѣ говоритъ Laurent о божественной справедливости.

III.

15.—Выводъ, къ которому мы пришли относительно генетической *comitas*, не удовлетворить тѣхъ лицъ, которыя самостоятельно занимались исторіей конфликтнаго права. Онъ не удовлетворитъ ихъ потому, что онъ слишкомъ упрощаетъ дѣло. Понятіе *comitas* не исчерпывается изображенными выше *ante-юридическими* мотивами, побуждающими государство создавать конфликтныя нормы. Въ работахъ голландцевъ, вѣдь, нерѣдко встрѣчаются такія указанія, которыя не могутъ быть истолкованы иначе, какъ въ статическомъ смыслѣ, т. е. въ видѣ разрѣшенія останавливать дѣйствіе уже выработанныхъ конфликтныхъ нормъ.

Этимъ путемъ мы входимъ въ область такихъ понятій, которыя нѣсколько чужды строгой юриспруденціи и точный анализъ которыхъ является въ высшей степени затруднительнымъ. Я уже указывалъ, что необходимо противопоставить понятіе потребности, нуждающееся въ правовой санкціи—и потребности, могущей удовлетвориться вѣжливостью, уступчивостью, приличіями. Уже и эти два понятія не являются легко разграничиваемыми. Но оказывается, что для надлежащаго изученія теоріи *comitas* намъ нужно осложнить наше изложеніе еще третьимъ понятіемъ. Понятіе это нигдѣ ясно не формулировано; но оно несомнѣнно имѣется на-лицо у тѣхъ голландцевъ, о которыхъ я говорилъ выше. Между приличіемъ и абсолютной пра-

вовой нормой они, повидимому, вставляют переходное понятие такой юридической нормы, которая не всегда обязательна. Я признаю, что предлагаемое мною понятие весьма неопредѣленно. Но не моя вина, если не удастся вложить въ прокрустово ложе нашихъ строгихъ юридическихъ концепцій—такія представленія, которыя создались въ переходную эпоху. Невполнѣ обязательная правовая норма стоитъ именно на грани приличій и права: она, собственно, есть право и называется правомъ; но такъ какъ потребности, вызвавшія ея созданіе, имѣютъ нѣкоторый специфическій характеръ, то и дѣйствіе ея не вполне подобно дѣйствію обыкновенныхъ юридическихъ нормъ; а именно, судѣбъ дозволяется останавливать дѣйствіе подобной, не вполне обязательной, нормы. Когда останавливать?—Въ исключительныхъ случаяхъ, о которыхъ будетъ сказано ниже. Строго говоря, это понятие не вполне обязательной нормы должно было бы войти въ предшествующее мое изложеніе: но тогда мнѣ пришлось бы отказаться отъ всякой надежды на введеніе научной ясности въ разбираемые мною спорные вопросы. Именно для достиженія этой ясности я и отдѣлилъ генетику отъ статики.

16.—Итакъ, подѣ изученіемъ идеи *comitas* съ точки зрѣнія статической я разумью анализъ тѣхъ случаевъ, когда, по мнѣнію голландскихъ ученыхъ, дѣйствіе конфликтной нормы, признанной даннымъ государствомъ, можетъ быть установлено. Указаніе на эти случаи имѣются уже у Huber'a. Напомню, что его опредѣленіе идеи *comitas* (см. стр. 9) заканчивается словами: «...*quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur*». Слѣдовательно, по мнѣнію Huber'a, признаніе экстратерриториальности ограничено тѣми случаями, когда отъ этого признанія «не проистечетъ никакого вреда для государства, признающаго экстратерриториальность, и для его гражданъ». Какіе же

случаи подобнаго вреда изображаетъ Huberus? Я уже указывалъ выше, по поводу признанія иностранныхъ уголовныхъ рѣшеній, что онъ признаетъ ихъ экстра-территориальное значеніе, «*nisi ad aliam Rempublicam evidens inde periculum aut incommodum resultare queat*». Авторъ даетъ намъ и конкретный примѣръ могущихъ проистечь неудобствъ. Онъ говоритъ: убійца бѣжалъ въ сосѣдную провинцію и тамъ добровольно подвергся суду, искусственно подобранному; судъ его оправдалъ; *haec sententia mittitur in Frisiam et petitur impunitas rei absoluti*; авторъ считаетъ это неправильнымъ, *quia tali in viciniam effugio et processu adfectato, jurisdictionis Frisiorum eludendae via nimis parata futura videbatur*. Изложивъ этотъ примѣръ, авторъ прибавляетъ: *такова tertii axiomatis exceptionis ratio*. Получается, слѣдовательно, именно та картина, о которой я говорилъ выше: въ видѣ общаго правила иностранныя уголовныя рѣшенія признаются; но такъ какъ въ данномъ конкретномъ случаѣ могло бы получиться для даннаго государства «большое неудобство», то судьямъ предоставлено остановить дѣйствіе нормы. Совершенно также изображаетъ Huberus и исполненіе гражданскихъ судебныхъ рѣшеній. Какъ мы указали выше, онъ устанавливаетъ общее правило объ ихъ исполнимости, но въ видѣ исключенія останавливаетъ эту исполнимость въ тѣхъ случаяхъ, когда могло бы получиться *detrimentum jurisdictionis nostrae et praejudicium civium nostrorum*. По отношенію къ завѣщаніямъ авторъ останавливаетъ дѣйствіе общаго правила объ опредѣленіи дѣеспособности наслѣдодателя по *lex loci actus* въ тѣхъ случаяхъ, когда это правило будетъ употребляться недѣеспособными лицами для обхода того закона, коему они подчинены: если подвластный сынъ, не имѣющій во Фрисландіи права совершать завѣщанія, отправится въ Голландію спеціально для того, чтобы обойти свой личный за-

конъ, — то составленный имъ актъ будетъ недѣйствительнымъ, «*per regulam tertiam, quod eo modo nihil facilius foret quam leges nostras a civibus eludi*»¹⁾.

Совершенно аналогичную постановку вопроса находимъ и у J. Voet'a. Я указывалъ выше, что онъ настаиваетъ на подчиненіи формъ договора закону того мѣста, гдѣ договоръ заключенъ. Оказывается, что J. Voet'у извѣстны также и исключенія. Исключенія эти онъ изображаетъ слѣдующимъ образомъ: «*atque haec ita obtinent, nisi appareret, aliquem, ut evitare molestiores, ac forte sumtuosiores sui domicilii solemnitates, sine ulla necessitate, in fraudem statuti alio profectum esse actus expediendi gratia, ac mox reversum; tunc enim vix est, ut ad bona, in loco domicilii sita, sese extenderet actus*»²⁾. Нетрудно замѣтить, что въ приведенной цитатѣ изображенъ тотъ случай, который извѣстенъ и Шгольъ подъ названіемъ дѣйствій *in fraudem legis*: нѣкто отправляется за границу специально для того, чтобы обойти свой законъ, налагающій на него необходимость исполнить очень сложныя или очень дорогія формальности; конфликтное право, въ виду злой воли заинтересованнаго лица, приостанавливается.

17.—Но наиболее характерны для уясненія статической *comitas* тѣ указанія, которыя J. Voet даетъ по вопросу о движимостяхъ. Выше (см. стр. 21) мы видѣли, что онъ подчиняетъ движимости закону мѣстожителства ихъ собственника на основаніи двухъ аргументовъ, изъ коихъ первый относится къ генетикѣ права и потому былъ изложенъ въ своемъ мѣстѣ. Въ настоящее время намъ надлежитъ изобразить второй аргументъ, всецѣло относящійся къ статикѣ. Допустимъ, — говоритъ J. Voet, — что нѣтъ ни фикціи, ни презумпціи, обязывающихъ насъ считать движимости находящи-

¹⁾ *Loc. cit.*, § 13.

²⁾ *Loc. cit.*, § 14.

мися въ домицилѣ ихъ собственника. Это обстоятельство не помѣшаетъ намъ все-таки оправдать принципъ *mobilia personam sequuntur*, но только инымъ путемъ. А именно, мы скажемъ: государство имѣетъ право подчинить своимъ законамъ всѣ движимости, находящіяся на его территоріи, хотя бы ихъ собственники были домицилированы за границей; но такое подчиненіе не всегда является необходимымъ; существуютъ случаи, когда государства, по соображеніямъ *comitas*, допускаютъ и примѣненіе закона домициля. Въ доказательство того, что государство имѣетъ право подчинять движимости закону ихъ мѣстонахожденія, J. Voet приводитъ два примѣра. Первый изъ нихъ касается ввоза и вывоза хлѣба: *«quid enim, si domicilii iudex frumenta importari jubeat, penuria frugum vexata regione; incola spe lucri majoris frumenta sua, in alia regione horreis recondita, inferre desideret; regioni vero isti imperans omnem vetuerit frugum exportationem, jure suo in sui territorii frumentis usus? Quis hic, obsecro, negare sustineat, mobilia regi lege loci, in quo vere sunt, non in quo ob domicilium domini esse finguntur?»* Второй примѣръ касается конфискаціи: постановленіе судьи о конфискаціи присваиваетъ фиску только тѣ движимости, которыя фактически находятся на данной территоріи.

Если мы вдумаемся въ ту постановку, которую даетъ J. Voet статуту движимостей, то мы можемъ придти къ слѣдующему выводу. И запрещеніе вывоза хлѣба, и постановленія о конфискаціи, очевидно, понимаются въ современномъ конфликтномъ правѣ совершенно такъ же, какъ и у J. Voet'a. Ибо очевидно, что если въ какомъ-нибудь государствѣ изданъ будетъ законъ, запрещающій вывозъ движимостей,—то ни одинъ, даже наиболее передовой романистъ, не откажется признать, что это запрещеніе относится именно къ тѣмъ движимостямъ, которыя находятся на территоріи даннаго государства. Когда судья, на основаніи своего закона,

постановляетъ конфисковать имущество обвиняемаго, то современная доктрина, конечно, не признаётъ за подобнымъ приговоромъ экстратерриториальной силы и не передастъ въ собственность конфисковавшаго государства движимости, принадлежащая осужденному, но находившаяся за границей. Такимъ образомъ, оказывается, что J. Voet проповѣдуетъ, въ сущности говоря, тѣ самые выводы, которые и въ настоящее время являются доминирующими и въ наукѣ, въ томъ числѣ и въ романской. Между тѣмъ, именно на основаніи приведеннаго примѣра, J. Voet зачисляется въ разрядъ ученыхъ, исключенныхъ изъ святилища конфликтной науки за проповѣдь произвола. Очевидно, что во всемъ этомъ есть какое-то недоразумѣніе: это недоразумѣніе мнѣ и надлежитъ теперь, если не разъяснить, то, по крайней мѣрѣ, точно формулировать.

18.—Вопросъ заключается въ слѣдующемъ. Въ современномъ итальянскомъ кодексѣ, въ ст. 7, устанавливается правило, что движимости подчиняются личному закону ихъ собственника. Затѣмъ, въ итальянскомъ законѣ существуетъ запрещеніе вывозить античныя художественныя произведенія. Хотя по этому поводу въ Италіи и не существуетъ специальныхъ конфликтныхъ нормъ, но несомнѣнно, что ни одинъ представитель правовѣрной Школы не рискнетъ ограничить примѣненіе только что изображеннаго закона—тѣми недвижимостями, которыя принадлежатъ итальянцамъ: несомнѣнно, что по этому вопросу существуетъ *communis opinio*: указанный законъ примѣняется ко всѣмъ движимостямъ, находящимся на итальянской территоріи, въ чьей бы собственности онѣ ни находились.

J. Voet говоритъ то же самое: движимости подчиняются закону собственника, но иногда могутъ быть подчинены и закону ихъ дѣйствительнаго мѣста нахождения. Въ чемъ же заключается разница? (Я извиняюсь, что мнѣ придется нѣкоторое время употреблять тер-

мины, не вполне научно-юридическіе; въ настоящій моментъ моею единственною цѣлью является—выяснить, какъ именно думаютъ разбираемые юристы; въ своемъ же мѣстѣ всѣ ихъ нѣсколько наивныя «думы» будутъ облечены въ совершенно точную юридическую форму). Разница заключается въ томъ, что итальянскій законодатель мыслить примѣненіе личнаго закона въ видѣ правила, а примѣненіе территоріальнаго закона въ видѣ исключенія. Голландскій же ученый рассуждаетъ какъ разъ наоборотъ: для него основу міросозерцанія составляетъ правило о территоріальномъ примѣненіи статута движимости; роль же статута домициля, статута личнаго, рисуется ему какъ исключеніе, какъ нѣчто второстепенное, по принципу *comitas* появившееся.

Мнѣ скажутъ: это объясненіе неудовлетворительно. Извѣстно, и наукой безусловно доказано, что понятія юридическаго правила и юридическаго исключенія принадлежатъ не къ догмѣ, а къ исторіи права. Юридическая норма, которая сегодня является исключеніемъ, завтра можетъ сдѣлаться правиломъ, не измѣнивъ ни юты своего внутренняго содержанія. Все дѣло будетъ зависетьъ только отъ того, много или мало реальныхъ случаевъ развивается въ жизни на основаніи данной нормы: тамъ, гдѣ имѣется большинство жизненныхъ отношеній, говорятъ о правилѣ; тамъ, гдѣ есть меньшинство—вводятъ понятіе исключенія. Иногда руководятся и еще менѣе уловимыми критеріями: авторъ позволяетъ себѣ называть правиломъ ту юридическую норму, къ которой тяготѣютъ его симпатіи, а исключеніемъ—всѣ пережитки, возбуждающіе его недовольство, кажущіеся ему вредными. Строгой юристъ поступаетъ иначе. Онъ не оперируетъ съ понятіями правила и исключенія: для него существуютъ лишь двѣ параллельныя нормы, изъ которыхъ каждая примѣняется въ соответственныхъ случаяхъ.

Но если понятія правила и исключенія не даютъ

* ал. пиденко.

точного критерія,—то тогда, казалось бы, отпадаетъ и только что изображенная нами разница между итальянцами и J. Voet'омъ. А между тѣмъ разница эта, несомнѣнно, чувствуется, и именно въ указанномъ направленіи. Напримѣръ, Laurent нѣсколько разъ подчеркиваетъ, что принципиальное различіе между голландской и романской школой заключается въ томъ, что у первой въ основѣ лежитъ территоріальность, а у второй—персональность. Когда ему приходится классифицировать французскихъ ученыхъ конца XVIII вѣка, то онъ не останавливается на признакъ словоупотребленія; хотя нѣкоторые изъ нихъ и говорятъ о *comitas*, но онъ ихъ все-таки считаетъ своими сторонниками, такъ какъ у нихъ «персональность статута является правиломъ, а территоріальность—лишь исключеніемъ».

Можно указать, кромѣ того, еще и соображенія, по существу свидѣтельствующія о томъ, что изображенная мною разница двухъ школъ можетъ проявиться даже и на практикѣ. Если итальянцы считаютъ персональность правиломъ, а территоріальность исключеніемъ, то они должны разсуждать такъ: во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда въ законѣ специально не оговорено, что долженъ быть примѣненъ *lex fori*, вступаетъ въ свои права общее правило и примѣняется личный законъ. Наоборотъ, голландцы не могутъ не слѣдовать указаніямъ Waechter'a: въ случаѣ сомнѣнія, судья примѣняетъ, на основаніи общаго правила, свой собственный законъ.

Такова, слѣдовательно, постановка вопроса. Разрѣшить ее въ данномъ мѣстѣ не могу. Я могу здѣсь только указать, какіе добавочные матеріалы мнѣ нужны для того, чтобы справиться съ поставленной задачей. Эти добавочные матеріалы мы почерпнемъ изъ изученія статической *comitas* въ новѣйшей англо-голландской школѣ.

19. — Статическая *comitas* хорошо извѣстна Story. Вотъ что, напримѣръ, говоритъ онъ о договорахъ. Въ видѣ общаго правила, онъ предлагаетъ подчинять до-

говоры закону мѣста ихъ совершенія. Но, затѣмъ, сейчасъ же формулируется и оговорка: Представимъ себѣ,— говоритъ онъ — что иностранный законъ мѣста совершенія договора содержитъ въ себѣ какія-нибудь явно несправедливыя и варварскія постановленія. Напримѣръ, предположимъ, что этотъ законъ дозволяетъ не платить долговъ тѣмъ кредиторамъ, которые домицилированы за границей. Такое постановленіе «было бы противно основнымъ началамъ справедливости, и comitas — даже въ самомъ либеральномъ ея пониманіи — не требовала бы экстратерриторіальнаго значенія для такой *lex loci*»¹⁾ Совершенно аналогична постановка и вопроса о несостоятельности. Если, — говоритъ Story, — иностранный законъ ставитъ нашихъ кредиторовъ въ такое положеніе, которое лишаетъ ихъ возможности отыскивать всѣ суммы, причитающіяся имъ по нашему закону, — то означенный иностранный законъ для насъ необязателенъ. Почему?—Потому что дѣло идетъ о comitas, а не о международномъ правѣ (!); comitas основывается, главнымъ образомъ, на взаимности, — а установить предѣлы дѣйствительной взаимности въ области столь несхожихъ законовъ о несостоятельности невозможно²⁾. Наконецъ и въ области передачи движимостей Story приводитъ примѣры статической comitas: Представимъ себѣ,— говоритъ онъ³⁾, — что въ сосѣдней странѣ существуетъ рабство; очевидно, что никакой общій принципъ не заставитъ насъ признавать экстратерриторіальное значеніе собственности на человѣка; comitas безсильна въ случаѣ слишкомъ яркаго нарушенія справедливости иностраннымъ закономъ.

Если мы возьмемъ работу Phillimore'a, то и въ ней мы найдемъ указаніе на статическую comitas. Указанный авторъ перечисляетъ три случая, въ которыхъ воз-

¹⁾ Loc. cit., § 349.

²⁾ Loc. cit., § 414.

³⁾ Loc. cit., § 27.

можно остановка дѣйствій иностраннаго закона: 1) если этотъ иностранный законъ имѣетъ политическій характеръ; 2) если онъ противорѣчитъ морали; 3) если онъ сталкивается со строго позитивнымъ *lex fori*. Соответственно этому, онъ указываетъ и примѣры. Если въ иностранномъ государствѣ допускается полигамія или такіе браки, которые по нашимъ представленіямъ являются кровосмѣсительными, то *comitas* дозволяетъ нашему государству не признавать брака, заключеннаго согласно мѣстнымъ законамъ. Затѣмъ, если въ какой-нибудь странѣ евреи, обратившіеся въ христіанство, ограничены въ правоспособности, — то такое постановленіе *Phillimore* считаетъ закономъ политическимъ, закономъ, основаннымъ на мѣстныхъ соображеніяхъ партійнаго характера: если еврей пріѣдетъ изъ даннаго государства въ нашу страну, то мы, конечно, не примѣнимъ къ нему его личнаго ограничительнаго закона.

Если мы, въ заключеніе, обратимся къ работѣ *Foelix*'а, то мы увидимъ, что и этотъ ученый весьма ясно представляетъ себѣ понятіе статической *comitas*. Государство, — говоритъ онъ, — не всегда обязано признавать экстратерриториальность иностранныхъ нормъ. Существуетъ много случаевъ, когда оно можетъ отказать въ своемъ согласіи на подобное расширеніе чужого права. Каковы эти случаи? Иностранная норма можетъ «содержать въ себѣ доктрины, которыя, по мнѣнію нашего законодателя, противорѣчатъ существующимъ у насъ воззрѣніямъ на мораль и на политику или могутъ повредить благосостоянію нашего государства и его безопасности» ¹⁾. Примѣры, которые приводитъ *Foelix* для иллюстраціи своей мысли, весьма близко совпадаютъ съ тѣми, которые мы только что наблюдали у англо-голландцевъ: полигамія, кровосмѣсительство, исключительныя привилегіи, договоры, противные морали, и т. д.

¹⁾ *Loc. cit.*, § 19.

20.—Здѣсь я могу остановиться. Внимательный читатель уже увидѣлъ, что мы, отправившись отъ весьма спорныхъ явленій голландской школы, совершенно незамѣтно подошли къ явленію намъ хорошо знакомому: подошли къ *ordre public*. И дѣйствительно, современная Школа изображаетъ *ordre public* именно какъ исключеніе изъ общаго правила о персональности. Значить, тѣ добавочные матеріалы, которые необходимы намъ для окончательнаго выясненія вопроса о статической *comitas*, должны быть взяты изъ подробнаго изученія именно идеи публичнаго порядка. Только тогда, когда мы критически отнесемъ къ этому ученію и когда мы дадимъ ему надлежащую юридическую конструкцію, мы можемъ вернуться и къ идеѣ *comitas*, можемъ предпринять разрѣшеніе вопроса: въ чемъ же заключается истинная разница между *J. Voet*'омъ и романистами?

Теперь же я позволяю себѣ резюмировать тѣ выводы, къ которымъ я уже пришелъ.

Для большей наглядности изложенія идеи *comitas* была разбита мною на формы: генетическую и статическую. Сами англо-голландцы, конечно, подобнаго противоположенія не знаютъ. Для нихъ *comitas* есть явленіе единое, мыслимое какъ нѣчто ограниченно цѣлое. Это явленіе они понимаютъ какъ совокупность тѣхъ жизненныхъ причинъ, которыя заставляютъ государства признавать нѣкоторыя конфликтныя нормы. Но совокупность этихъ жизненныхъ причинъ не достигаетъ, въ ученіи англо-голландцевъ, той степени принудительности, при которой чувствуется потребность въ безусловно юридическомъ регулированіи. Принудительность указанныхъ причинъ нѣсколько менѣе сильна: она приводитъ государство къ созданію правила (генетическая *comitas*), но такого правила, въ которомъ мыслится, какъ необходимая принадлежность, и исключеніе (статическая *comitas*). Это исключеніе явнымъ образомъ принимаетъ

формы, схожія съ идеей *ordre public*: въ частности (и это въ особенности важно!), исключения по *ordre public* окрашены произволомъ не менѣе, чѣмъ исключеніе по *comitas*.

Мы хорошо знаемъ, что идея публичнаго порядка весьма настойчиво изучается Школой. Мы увидимъ ниже, что попытки объяснить *ordre public* и подчинить его системѣ оказываются неудачными. Въ данный моментъ для меня важно лишь одно: если Школа не выталкиваетъ *ordre public* за предѣлы науки конфликтнаго права, а, наоборотъ, изучаетъ это явленіе съ величайшею старательностью, прощая ему ту крупницу произвола, которая, несомнѣнно, является для него имманентной,—то эта Школа не имѣетъ никакого права относиться болѣе строго и къ родной сестрѣ публичнаго порядка — къ идеѣ *comitas*.

Это — и есть рѣшеніе вопроса, поставленнаго въ началъ настоящей главы. Система частнаго междунагоднаго права не можетъ игнорировать идею *comitas*. Эта идея является однимъ изъ возможныхъ приѣмовъ разрѣшенія конфликтовъ: наука призналась бы въ полномъ своемъ безсиліи, если бы она не могла разобраться въ недоумѣніяхъ, изображенныхъ мною — полагаю?—съ достаточною отчетливостью въ предыдущихъ параграфахъ. Недоумѣнія эти поставлены: разрѣшеніе ихъ я долженъ отнести къ главѣ четвертой.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Конфликтное право и публичный порядокъ.

I. Постановка вопроса. § 21. Публичный порядокъ и система частнаго международнаго права. § 22. Генетическая идея публичнаго порядка у Mancini. § 23. Генетическій публичный порядокъ у Laurent'a. § 24. Генетическій публичный порядокъ и *lex ferenda*. § 25. Статическій публичный порядокъ. Дѣленіе законовъ на три группы у Brocher'a. § 26. Дѣленіе законовъ на большее количество группъ, чѣмъ три, у Savigny. § 27. По какому признаку слѣдуетъ распределять отдѣльныхъ авторовъ между двумя школами публичнаго порядка?

II. Борьба статической и генетической конструкцій въ литературѣ. § 28. Статическая конструкція въ судебныхъ рѣшеніяхъ § 29. Первоначальное господство генетической конструкціи въ романской школѣ. § 30. Первые проблески статической конструкціи у Moutier. § 31. Дальнѣйшія работы. § 32. Развитие статической доктрины у Bartin'a. § 33. Статическая доктрина у Zitelmann'a. § 34. Постановка вопроса у Kahn'a.

III. Догматическое изученіе идеи публичнаго порядка. А. Съ точки зрѣнія его содержанія. § 35. Догматика и статика публичнаго порядка. Понятіе «экстраординарности» публичнаго порядка. § 36. Три основныхъ признака экстраординарности. § 37. Экстраординарность по мѣсту данной нормы въ общей системѣ права. § 38. Экстраординарность по внутреннему содержанію нормы. § 39. Содержаніе законовъ публичнаго порядка и воля законодателя. § 40. Публичный порядокъ и судья. § 41. Содержаніе нормъ публичнаго порядка и *lex ferenda*.

IV. Б. Публичный порядокъ съ точки зрѣнія пространства его дѣйствія. § 42. Публичный порядокъ и *lex fori*. § 43. Публичный порядокъ внутренней и внѣшній. § 44. Объемъ классическихъ нормъ публичнаго порядка. § 45. а) Биржевыя сдѣлки на разность. § 46. Продолженіе. § 47. б) Запрещеніе отыскивать отцовство. § 48. Продолженіе. § 49. Выводы. § 50. в) Законы, запрещающіе двоеженство. § 51. Продол-

женіе. § 52. Выводы. § 53. г) Запрещеніе развода. § 54. Выводы. § 55. д) Курсорный анализ нѣкоторыхъ болѣ мелкихъ нормъ. Законныя ограниченія роста. § 56. Алименты. § 57. Форма брачнаго договора. § 58. Запрещеніе фиденкомисовъ. § 59. Отвѣтственность жены за долги мужа. § 60. Постановленія, касающіяся ношенія орденовъ. § 61. Законы о несостоятельности. § 62. Выводы.

V. В. Публичный порядокъ съ точки зрѣнія его функцій. § 63. Останавливающая функція. § 64. Останавливающая функція и *lex fori*. § 65. Другія функціи публичнаго порядка. § 66. Ученіе *Lainé*. § 67. Созидающая функція публичнаго порядка. § 68. Дѣйствіе публичнаго порядка за границей. § 69. Выводы.

VI. Публичный порядокъ и конфликтныя нормы. § 70. Переходъ публичнаго порядка въ конфликтныя нормы. § 71. Публичный порядокъ принимаетъ коллизіонную форму. Венгерскій законъ о заключеніи браковъ. § 72. Приобрѣтеніе по давности и бельгійскій законопроектъ. § 73. Коллизіонныя нормы переходятъ въ публичный порядокъ. § 74. Общность источниковъ, создающихъ коллизіонныя нормы и нормы публичнаго порядка. § 75. Выводы.

VII. Откуда происходитъ представленіе объ «экстраординарности» нормъ публичнаго порядка? § 76. Правило и исключенія. § 77. Правило и исключенія въ германской школѣ частнаго международнаго права. § 78. Правило и исключенія въ международныхъ актахъ. § 79. Проверка полученнаго вывода. Публичный порядокъ и идея *comitas*. § 80. Что получается, если откинуть идею *comitas* и идею публичнаго порядка? § 81. Общность идеи *comitas* и публичнаго порядка съ точки зрѣнія ихъ метода. § 82. Выводы.

VIII. Общіе выводы. § 83. Идея публичнаго порядка и нарушеніе компетенціи своего закона. § 84. Проверка полученныхъ выводовъ на примѣрѣ партикулярнаго права. § 85. Проверка полученныхъ выводовъ на англо-голландской школѣ.

I.

21.—Второе понятіе, котораго Школа, по моему мнѣнію, не можетъ ни объяснить, ни подчинить системѣ, есть понятіе *ordre public*, понятіе публичнаго порядка.

Въ самомъ дѣлѣ. Если мы возьмемъ любой учебникъ романскаго автора, то мы найдемъ, что идея публичнаго порядка встрѣчается чуть ли не на каждой страницѣ. Но совершенно безплодны были до сихъ поръ всѣ попытки опредѣлить понятіе этого публичнаго по-

рядка. Бесплодность эта довела Школу почти до скептицизма: ниже мною будутъ цитированы ученые, которые говорятъ, что публичный порядокъ не только невозможно, но и не слѣдуетъ опредѣлять. Это понятие-де настолько текуче и измѣнчиво, что ни въ какую рамку строгихъ юридическихъ понятій оно не укладывается.

Соотвѣтственно этому, было бы тщетно искать въ современной наукѣ и систематическихъ умозаключеній по поводу идеи публичнаго порядка. Текучее и неуловимое явленіе, очевидно, не попадаетъ ни въ одинъ отдѣлъ нашей дисциплины: онъ паритъ надъ всѣми, какъ ястребъ, внезапно ниспадающій на циплять и выхватывающій любого, по произволу. Ястребъ этотъ не подчиняется системѣ; но онъ, можно сказать, опредѣляетъ своимъ вліяніемъ рѣшеніе каждаго отдѣльнаго казуса частнаго международнаго права. Слѣдовательно, система, которая игнорируетъ идею публичнаго порядка, есть столь же мало система частнаго международнаго права какъ система уголовного процесса, которая не умѣла бы справиться съ идеей состязательности. Ибо, если состязательность опредѣляетъ собой большую половину всѣхъ уголовно-процессуальныхъ нормъ, то идея публичнаго порядка играетъ въ наукѣ частнаго международнаго права, конечно, не меньшую роль.

Современная Школа доходитъ до того, что когда она подходитъ къ изученію идеи публичнаго порядка, то ограничивается описательными формулами: «*ordre public* есть тотъ случай, когда судья не можетъ и т. д.». Исходя изъ того убѣжденія, что наука частнаго международнаго права можетъ быть систематизирована только въ томъ случаѣ, если дано будетъ точное опредѣленіе (а не описаніе) идеи публичнаго порядка и если указано будетъ этой идеѣ то мѣсто среди другихъ конфликтныхъ нормъ, которое ей принадлежитъ,—



я и приступаю къ изложенію тѣхъ ученій, которыя опредѣлили собой развитіе публичнаго порядка¹⁾.

22.—Основы ученія объ *ordre public* изложены въ работахъ Mancini Въ извѣстной своей, столь нашу-мѣвшей, статьѣ²⁾ онъ рисуетъ понятіе публичнаго порядка слѣдующимъ образомъ. Функція права,—говоритъ онъ,—заключается въ томъ, чтобы сопрягать частную свободу съ осуществленіемъ общественной власти. Власть эта должна останавливаться тамъ, гдѣ она встрѣ-

¹⁾ Литература публичнаго порядка, по самому существу дѣла, настолько разбросана и отрывочна, что исчерпать ее нѣтъ никакой возможности. Приведу наиболѣе примѣчательныя работы. F. Laurent, *Droit civil international*, II, Bruxelles, 1880, стр. 341—378.—Ch. Brocher, *Etude sur les principes consacrés par le code civil français etc.*, Clunet, 1881, стр. 7.—P. Esperson, *Le droit international privé dans la législation italienne*, Clunet, 1882, стр. 276.—F. Surville, *De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 536.—F. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 5—21 и 207—222.—v. Bar, *Theorie und Praxis*, 1889, I, стр. 127 и сл.—F. Kahn, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, Iherings Jahrbücher, 1891, стр. 1 и сл.—F. Meili, *Die Doctrin des internationalen Privatrechts*, Böhm, I, 1891, стр. 167 и сл.—P. Fiore, *Ueber fremde Straftheile und deren territoriale Geltung*, Böhm, 1896, стр. 25—33, 141—161, 210—235.—J. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, Clunet, 1896, стр. 465 и 724.—E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 1897, стр. 317 и сл.—A. Rolin, *Principes du droit international privé*, I, 1897, стр. 291 и сл.—P. Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, Clunet, 1897, стр. 69—78 и 495—507.—M. Klein, *Örtliches Recht in Ehescheidungssachen*, Böhm, 1897, стр. 487—497.—A. Weiss, *Traité théorique et pratique*, III, 1898, стр. 83—96.—F. Despagnet, *D'une nouvelle dénomination du droit international privé*, Clunet, 1898, стр. 17.—F. Kahn, *Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht*, 1898, стр. 4 и сл.—A. Lainé, *Considérations sur le droit international privé*, *Revue critique*, 1899, стр. 350—374.—A. Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903, стр. 367—428.—E. Stoquart, *Du conflit de loi en matière d'autorisation maritale*, Clunet, 1903, стр. 977.—P. Fiore, *De la limitation de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public*, Clunet, 1908, стр. 351—366.—P. Fiore, *De l'ordre public en droit international privé*, Institut, session de Paris, 1910.

²⁾ M. P. S. Mancini, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les états, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux etc.*, Clunet, 1874, стр. 221 и 285.

часть законное проявление индивидуальной свободы. Такимъ образомъ, въ каждомъ государствѣ, параллельно, развиваются два начала: свободная дѣятельность частныхъ лицъ и контролирующее ее воздѣйствіе государственной власти, призванной охранять общественный порядокъ¹⁾. Начало личной свободы можетъ получить надлежащее развитіе только въ томъ случаѣ, если ему не будетъ ставиться никакихъ препонъ на всемъ протяжении международнаго общенія. Изъ этого принципа вытекаетъ, что иностранныя государства должны предоставлять являющимся на ихъ территорію чужеземцамъ ту самую мѣру свободы, которая гарантирована ихъ національнымъ законодательствомъ²⁾. Наоборотъ, публичное право, т. е. предѣлы воздѣйствія государственной власти, опредѣляются принципомъ діаметрально противоположнымъ. Публичное право имѣетъ свою задачу установить, насколько лица, находящіяся на данной территоріи, должны преклоняться передъ мѣстнымъ суверенитетомъ³⁾. Все то, что регулировано публичнымъ правомъ, должно быть разсматриваемо какъ выдѣленное изъ области индивидуальной свободы⁴⁾. Поэтому, въ области публичнаго права и публичнаго порядка законодатель воленъ подчинить иностранцевъ мѣстнымъ нормамъ, нормамъ *fori*. Самое понятіе публичнаго порядка (о публичномъ правѣ въ дальнѣйшемъ изложеніи упоминается мало) опредѣлено у автора слѣдующимъ образомъ: публичный порядокъ составляютъ начала морали, добрые нравы, основныя права человѣче-

1) *Ibidem*, стр. 292.

2) *Ibidem*, стр. 293.

3) *Ibidem*, стр. 295.

4) *Ibidem*, стр. 296: «Dans ce territoire la volonté nationale établit la constitution, l'organisation des pouvoirs publics, l'étendue et les limites de leur exercice, les rapports avec les individus quels qu'ils soient, habitant le territoire, les règles générales de leur action politique, enfin les défenses et prescriptions jugées nécessaires à la prospérité de la vie sociale. L'ensemble de ces lois constitue précisément ce que l'on appelle le droit public d'un Etat».

ской природы, неотъемлемая свободы, экономическіе законы и т. д. ¹⁾). Противоположеніе законовъ личной свободы,—говоритъ авторъ,—и общественнаго порядка является ничѣмъ инымъ, какъ удобопонятнымъ наименованіемъ исконныхъ понятій личнаго и реальнаго статутовъ. «Мы подставили вмѣсто этихъ традиціонныхъ и ничего собой не обозначающихъ формулъ—два легко усвояемыхъ понятія: частное право, публичное право» ²⁾).

Такова мотивировка идеи публичнаго порядка у ея творца. Отмѣчу для памяти главныя ея особенности: личные законы и законы публичнаго порядка суть равноправныя и равноцѣнныя категоріи. Категоріи эти соотвѣтствуютъ традиціонному дѣленію статутовъ на два класса, причѣмъ законы публичнаго порядка совпадаютъ съ реальнымъ статутомъ. Такимъ образомъ изложенная конструкція имѣетъ явно генетическій характеръ: она сводится къ мотивированію территоріальности однихъ законовъ и экстра территоріальности—другихъ.

23.—Идеи Mancini были восприняты и развиты въ многотомномъ изслѣдованіи Laurent'a ³⁾).

Основная забота этого ученаго заключается въ томъ, чтобы отличить идею публичнаго порядка, съ одной стороны, отъ той формулы, которая опредѣлена въ статьѣ 6-й кодекса Наполеона ⁴⁾, а съ другой—отъ родственнаго понятія публичнаго интереса, *intérêt public*. Дѣло идетъ,—говоритъ Laurent,—вовсе не о тѣхъ законахъ, коимъ должно подчиняться свободное самоопредѣленіе контрагентовъ ⁵⁾, и не о тѣхъ случаяхъ,

¹⁾ Ibidem, стр. 297.

²⁾ Ibidem, стр. 297.

³⁾ F. Laurent, *Le droit civil international*, 1880, томъ II, стр. 341 и сл.—Ср. P. Fiore, *Droit international privé*, 1875, traduction Pradier-Fodéré, стр. 47 и сл.

⁴⁾ «On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs».

⁵⁾ «Quand le code dit, dans l'article 6, que les particuliers ne peuvent,

когда примѣненіе иностраннаго закона влечетъ за собой нѣкоторую невыгоду для даннаго государства ¹⁾),— о тѣхъ существеннѣйшихъ для сохраненія даннаго государства институтахъ, которые не могутъ ни въ какомъ случаѣ регулироваться по иностранному закону. Во всѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о подобномъ институтѣ (о «*droit de la société*»), необходимо примѣнять реальный статутъ; «*sont réelles les lois qui concernent les droits de la société*» ²⁾). Никакого критерія установить нельзя: въковой споръ личнаго и вещнаго статутовъ съ очевидностью доказываетъ бесплодность попытокъ, дѣлавшихся въ этомъ направленіи ³⁾.

Такимъ образомъ, и Laurent ставитъ вопросъ о совпадении двухъ понятій самымъ недвусмысленнымъ образомъ: для него *statut réel* и *ordre public* суть синонимы. Соответственно этому, онъ говоритъ: «персональность является ли настолько исключительнымъ принципомъ, чтобы мы отвергли существованіе реальныхъ законовъ, установленныхъ традиціонной школой? Нѣтъ... Законы, которые относятся къ публичному порядку и къ добрымъ нравамъ... реальны; они одерживаютъ верхъ надъ принципомъ персональности» ⁴⁾. Эта же точка зрѣнія развивается авторомъ и въ самомъ изложеніи

par leurs conventions, déroger aux lois qui concernent l'ordre public, il doit entendre par là d'autres lois que celles de droit public. J'ai établi que les lois intéressant l'ordre public sont celles qui régissent l'état des personnes... Telle étant la signification de l'expression ordre public en matière de droit privé, il n'est pas possible de l'employer pour désigner les lois réelles». Стр. 354.—Ср. томъ VIII, стр. 155.

¹⁾ «On dira que je reproduis la théorie de l'intérêt national, anglais, américain ou français, après l'avoir combattu dans tout le cours de ces Etudes. Non, il y a une différence capitale entre le droit social, que je considère comme le fondement du statut réel, et l'intérêt français ou anglo-américain. Le droit est un principe, tandis que l'intérêt est un fait qui varie non seulement d'après la nationalité, mais qui change d'une cause à l'autre». Стр. 349.

²⁾ Ibidem, стр. 371.

³⁾ Ibidem, стр. 372.

⁴⁾ Ibidem, I, стр. 12.

тѣхъ конкретныхъ вопросовъ, которымъ посвящены шесть послѣднихъ томовъ его труда. Такъ, напримѣръ, по вопросу объ обязательствахъ онъ повторяетъ: «реальны тѣ законы, которые затрагиваютъ существованіе и развитіе общества»¹⁾. Конечно, Laurent не отказался бы сказать и такъ: «эти законы реальны, потому, что они затрагиваютъ и т. д....»

24.—*Ordre public* въ указанной формѣ является принципомъ генетическимъ: онъ указываетъ, почему однѣ нормы должны имѣть реальное примѣненіе, а другія — персональное. Онъ объясняетъ происхожденіе извѣстнаго рода конфликтныхъ нормъ. Соответственно этому можно утверждать, что авторы, излагающіе этотъ видъ публичнаго порядка, движутся не въ области догмы, а въ области политики права: всѣ ихъ разсужденія касаются *legis ferendae*. Поэтому, между прочимъ, правильно будетъ и обратное утвержденіе: авторы, работающіе *de lege ferenda*, по необходимости, должны примыкать къ только что изображенной генетической формѣ публичнаго порядка. Это обстоятельство упущено изъ вида Kahn'омъ, который, называя первую категорію ученыхъ романскою школою (въ противоположность германской, см. ниже), — выражаетъ нѣкоторое изумленіе по поводу того, что авторы, несомнѣнно принадлежащіе къ германской школѣ, нерѣдко пишутъ въ характерно-романистическомъ духѣ²⁾. Ошибка Kahn'a заключается въ томъ, что онъ упускаетъ изъ виду именно противоположеніе политики и догмы: Gebhard пишетъ тезисы, звучащіе романистически, именно потому, что онъ сочиняетъ, *de lege ferenda*, проектъ статей для новаго гражданскаго уложенія³⁾.

¹⁾ Ibidem, VIII, стр. 156.

²⁾ Напримѣръ, цитированный у него (*Abhandlungen etc.*, стр. 38) Gebhard.

³⁾ Поэтому совершенно понятенъ тотъ ходъ мысли, путемъ котораго Despagnet приходитъ («*L'ordre public en droit international privé*», Clunet,

25.—Перехожу ко второй конструкции. Kahn называет ее германской, а я—статической. Основнымъ признакомъ этой статической формы публичнаго порядка является дѣленіе всѣхъ законовъ не на двѣ, а на три или большее количество группъ. Дѣленіе на три группы получится въ такой комбинаціи: личные законы, реальные законы, публичный порядокъ. Въ этой комбинаціи реальные законы имѣютъ совершенно независимое отъ публичнаго порядка существованіе: они реальны потому, что законодатель (все равно, по какимъ соображеніямъ!) призналъ ихъ реальными. Что же касается публичнаго порядка, то онъ становится нѣкоторымъ экстраординарнымъ исключеніемъ: вопреки общепринятымъ началамъ конфликтнаго права, въ нѣкоторыхъ опредѣленныхъ случаяхъ примѣняется не иностранный законъ, а *lex fori*, потому что этотъ *lex fori* имѣетъ особый, важный характеръ ¹⁾.

Дѣленіе на большее, чѣмъ три, количество группъ получится у тѣхъ ученыхъ, которые раздѣляютъ матеріальныя нормы на большее количество классовъ, чѣмъ два. Если авторъ допускаетъ существованіе большого количества матеріальныхъ нормъ съ различными комбина-

1889, стр. 10) въ сужденіяхъ о публичномъ порядкѣ въ феодальную эпоху: «il ne faut pas perdre de vue, en effet, que, d'après le régime féodal... la possession, l'investiture, la transmission, de la propriété foncière se rattachaient intimement à la classification des individus dans la hiérarchie sociale, à leurs droits et devoirs politiques, à l'organisation même de l'Etat;... autant vaut dire que ces différents points rentraient dans l'ordre public tel qu'on le concevait alors». Очевидно, что терминъ *ordre public*, въ приведенной цитатѣ, является указаніемъ на причины отношенія данной категории законовъ—въ число территориальныхъ статутовъ.

¹⁾ «Wir sagen doch niemals, unser Sachenrecht, unser Deliktsrecht ist öffentliche Ordnung und deshalb auf die bei uns gelegenen Güter, auf die bei uns begangenen Handlungen anzuwenden. Wir leiten vielmehr solche Grundsätze aus der «Natur der Sache» ab. Und nur daneben und ausserhalb dieser Kollisionsnormen stehen uns gewisse exclusive Jätze Inlandsrechtes; Vorschriften die demnach von den inländischen Gerichten unter allen Umständen anzuwenden sind». Kahn, Abhandlungen, стр. 12.

ціями личнаго и територіальнаго элементовъ и если онъ поверхъ этихъ законовъ ставитъ еще единое общееисключеніе:—то мы получимъ именно искомую конструкцію.

Представителемъ первой конструкціи нужно считать Brocher'a¹⁾. Обыкновенно имя этого ученаго соединяется въ исторіи частнаго международнаго права съ другою идеєю: его считаютъ творцомъ дѣленія публичнаго порядка на внутренній и международный. Эта сторона дѣла мнѣ представляется не столь важной: ниже будетъ указано,—почему. Во всякомъ случаѣ, заслуга Brocher'a по вопросу о постановкѣ публичнаго порядка въ статической модуляціи представляется мнѣ отнюдь не меньшею.

Ходъ мысли Brocher'a таковъ²⁾. Онъ изучаетъ статью третью кодекса Наполеона и находитъ, что всѣ законы могутъ быть раздѣлены на личные и територіальные. Къ первымъ примѣняется національный законъ, а ко вторымъ—*lex rei sitae*. Что касается законовъ публичнаго порядка, то эта категорія нормъ не укладывается въ рамки обычныхъ конфликтныхъ разграниченій. «Это правило имѣетъ абсолютное значеніе; оно стоитъ выше всякой конфликтной нормы»³⁾. «Если бы постановленіе даже и не было написано въ кодексѣ, мы все-таки принуждены были бы признать существованіе законовъ, имѣющихъ абсолютное значеніе»⁴⁾. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда — на основаніи конфликтныхъ нормъ—надлежитъ примѣнить иностранный законъ и

¹⁾ С. Brocher, Cours de droit international privé. 1882, I, стр. 106 и сл.

²⁾ Не слѣдуетъ упускать изъ вида, что у Brocher'a въ нѣкоторыхъ мѣстахъ его замѣчательной работы, имѣется, по вопросу объ *ordre public*, двойственность; а именно, у него иногда проскальзываютъ совершенно манчиніевскіе мотивы. Впрочемъ, самъ Brocher ясно сознаетъ эту двойственность, см. томъ I, стр. 24: «L'ordre public se montre bien ici sous son double aspect: il doit être consulté soit pour consacrer, soit pour limiter les règles du droit international privé; ce n'est pas se faire une idée suffisante de son importance que de ne le considérer que sous son aspect négatif».

³⁾ Ibidem, стр. 106.

⁴⁾ Ibidem, стр. 107.

когда содержание этого закона оскорбляет интересы или принципы высшаго порядка, подобное примѣненіе иностраннаго закона приостанавливается. «Соображенія публичнаго порядка поставлены выше и вѣтъ обычныхъ нормъ международной компетенціи» ¹⁾.

26. — Представителемъ дѣленія законовъ на больше, чѣмъ три группы, является Savigny ²⁾. Его ходъ мысли таковъ. Законы могутъ имѣть самые разнообразныя объемы. Каждый законъ долженъ простираť свое дѣйствіе на тѣ правоотношенія, которыя ему «принадлежатъ» ³⁾. Соотвѣтственно этому, судья очень часто будетъ поставленъ въ необходимость примѣнить иностранныя законы:—всякій разъ, какъ обнаружится, что спорное отношеніе «принадлежитъ» не мѣстному, а иностранному закону. Таковъ принципъ. «Но этотъ принципъ долженъ быть ограниченъ, въ виду того, что существуетъ цѣлый рядъ законовъ, не допускающихъ подобнаго свободнаго съ ними обращенія» ⁴⁾. «Я склоненъ думать, что указанныя исключенія могутъ быть раздѣлены на двѣ группы» ⁵⁾. «Общимъ отличительнымъ признакомъ изображенныхъ двухъ классовъ абсолютныхъ законовъ... является то обстоятельство, что они имѣютъ аномальный характеръ» ⁶⁾.

Разсужденіе, слѣдовательно, ведется такимъ образомъ: каждый законъ имѣетъ свой опредѣленный объемъ. Объемъ этотъ построенъ независимо отъ соображеній публичнаго порядка ⁷⁾. Затѣмъ, когда дѣло доходитъ до суда, оказывается, что примѣнить иностранный законъ

¹⁾ Ibidem, стр. 112.

²⁾ System des heutigen Römischen Rechts, VIII, 1849, стр. 32 и сл.

³⁾ Ibidem, стр. 32: «der Richter dasjenige örtliche Recht anzuwenden hat, dem das streitige Rechtsverhältniss angehört».

⁴⁾ Ibidem, стр. 32.

⁵⁾ Ibidem, стр. 33.

⁶⁾ Ibidem, стр. 38.

⁷⁾ Для простоты изложенія я предполагаю, что у Savigny zwingende Gesetze + unbekannte Rechtsinstitute = ordre public.

невозможно: случаи эти имѣютъ аномальный характеръ; они являются исключеніями.

27.—Для того, чтобы закончить постановку вопроса, мнѣ нужно сдѣлать еще замѣчаніе. Мы выяснили существованіе двухъ конструкцій публичнаго порядка. Одну изъ нихъ мы назвали статической, а другую—генетической. Отличительнымъ признакомъ одной конструкціи отъ другой — поскольку этотъ признакъ изображается самими авторами—выяснился въ слѣдующемъ видѣ: генетическая конструкція считаетъ публичный порядокъ правиломъ, существующимъ параллельно съ правиломъ объ экстратерриториальномъ значеніи личныхъ законовъ; въ конструкціи же статической публичный порядокъ играетъ роль исключенія, доминирующаго и надъ реальными, и надъ персональными законами. Выше, въ главѣ первой, я уже указывалъ, что понятія правила и исключенія не являются такими критеріями, на которыхъ можно основывать систематизированіе. Здѣсь я долженъ повторить свои прежнія соображенія. Если бы различіе между статической и генетической конструкціями публичнаго порядка сводилось къ противоположенію понятій правила и исключенія,—то тогда передъ нами, очевидно, были бы такія два родственныя понятія, которыя въ историческомъ ходѣ событій могли бы легко переходить одно въ другое. Но я настаиваю на томъ, что двѣ указанныя мною конструкціи отличаются другъ отъ друга не преходящими и измѣнчивыми признаками, а принципиальностью постановки вопроса. Я уже указалъ выше, что генетическая конструкція публичнаго порядка относится къ политикѣ права:—что она относится къ области разсужденія о томъ, какъ надо и какъ не надо формулировать законодательныя нормы. Наоборотъ, конструкція статическая всецѣло относится къ догматикѣ права, ибо она отвѣчаетъ на вопросъ: что дѣлать съ уже существующей конфликтной нормой? когда ее примѣнять и когда ее обходить? — Изъ этого

слѣдуетъ, что разница между статической и генетической конструкціей не есть разница между расплывающимися понятіями правила и исключенія: эти двѣ конструкціи такъ же далеки другъ отъ друга, какъ законодатель отъ судьи¹⁾.

Для того, чтобы иллюстрировать только что приведенныя соображенія²⁾, я позволяю себѣ примѣнить ихъ на практикѣ. Мы имѣемъ двухъ романскихъ ученыхъ, Fiore и Weiss. Оба они говорятъ о публичномъ порядкѣ какъ объ «исключеніи». Но если мы примѣнимъ только что выработанный нами критерій, то мы увидимъ, что подобное словоупотребленіе должно быть признано несоответствующимъ идейному значенію тѣхъ конструкцій, которыя выставляются двумя цитированными авторами. Они оба должны быть отнесены не въ статическую конструкцію, а именно въ генетическую. Почему?— Потому что они оба движутся по плоскости политики права, а не догмы. Можно также объяснить и причину, почему они, двигаясь въ области политики права и, слѣдовательно, понимая публичный порядокъ какъ правило, какъ мотивацию реальности, совершенно равноцѣнную съ мотивациею персональности,—тѣмъ не менѣе называютъ публичный порядокъ «исключеніемъ». Эта

¹⁾ Я откинулъ понятіе «исключенія», поскольку это исключеніе считается критеріемъ для противоположенія двухъ конструкцій. Но это еще не значитъ, что я уже ликвидировалъ вопросъ объ «исключеніи» внутри статической конструкціи. Читатель помнитъ, что идея исключенія оказалась тѣмъ камнемъ преткновенія, на которомъ остановилось наше изученіе статической идеи *comitas*. Я указалъ тогда же, что разрѣшить всѣ получившіяся недоумѣнія можно только путемъ сравненія идеи *comitas* съ понятіемъ публичнаго порядка: очевидно,—съ понятіемъ статическимъ. Слѣдовательно, въ дальнѣйшемъ моемъ изложеніи я, противопоставляя статику и генетику по указанному въ текстѣ признаку догмы и политики права,—тѣмъ не менѣе не лишаю себя свободы оперировать съ понятіемъ «исключеніе», поскольку оно мнѣ необходимо для того, чтобы вернуться къ вопросамъ, оставшимся открытыми въ первой главѣ.

²⁾ Ошибается Kahn (*Abhandlungen*, стр. 36), когда онъ говоритъ: «Die Kluft zwischen der deutschen und der romanischen Theorie, die uns anfänglich so abgrundtief erscheint, ist zum grösseren Theil imaginär».

причина будетъ выяснена мною въ слѣдующихъ абзацахъ.

Мысль Fiore такова ¹⁾. Законы всякаго государства примѣнимы только къ подданнымъ этого государства. Однако, полное осуществленіе идеи личнаго суверенитета невозможно: личный суверенитетъ останавливается во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда онъ можетъ оскорбить начала публичнаго порядка, установленныя территоріальнымъ закономъ. Эта мысль примѣнима и къ вещнымъ правамъ. «Нашъ законодатель не собирався разворачивать во всей ея полнотѣ знаменитую проблему о личномъ и реальномъ дѣйствіи законовъ» ²⁾. Вещныя права подлежатъ, по мнѣнію Fiore, дѣйствію личнаго закона. Но—продолжаетъ онъ—было бы невозможно допустить, чтобы иностранецъ, ссылаясь на свой личный законъ, измѣнял, напримѣръ, «экономическую конструкцію собственности въ Италіи». Поэтому, нѣкоторые вещные законы—говоритъ Fiore (и именно это словоупотребленіе я считаю неправильнымъ),—въ видѣ исключенія имѣютъ территоріальный характеръ. Очевидно, что «исключеніе» имѣетъ здѣсь вовсе не тотъ смыслъ, какъ у Savigny. У Fiore всѣ территоріальные законы имѣютъ характеръ *ordre public*. У Savigny же существуетъ много законовъ, примѣняемыхъ территоріально, но вовсе не потому, чтобы они имѣли характеръ публичнаго порядка, а почему-то другому. Соответственно этому, нужно признать, что для Fiore понятіе публичнаго порядка является именно мотивомъ для разграниченія двухъ (и только двухъ) категорій закона. И если, несмотря на это, Fiore всетаки называетъ принципъ территоріальности—исключеніемъ, то это происходитъ только потому, что онъ относится съ нескрываемой

¹⁾ P. Fiore, *Droit international privé*, trad. Pradier-Fodéré, 1875, стр. 48 и сл.

²⁾ *Ibidem*, стр. 330.

симпатіей къ личному закону. Ему хочется—все равно, почему — чтобы личное начало распространялось все шире и шире; поэтому, онъ и кладетъ на реальные законы клеймо «исключенія», стараясь этимъ обрисовать ихъ какъ нѣчто случайное и почти что предосудительное.

Совершенно также разсуждаетъ и Weiss ¹⁾. Законъ—говоритъ онъ ²⁾—всегда имѣетъ въ виду лицо, человѣка; это лицо законъ регулируетъ всецѣло, полностью, независимо отъ мѣста его нахождения. Всѣ законы, такимъ образомъ, имѣютъ личный характеръ. Но—продолжаетъ онъ ³⁾—нельзя преувеличивать значеніе персональности. «Мы отдали должное правамъ индивида; теперь намъ надлежитъ заплатить дань также и мѣстному суверенитету. Для этого мы должны изучить то исключеніе (*restriction*), которое проистекаетъ изъ понятія *ordre public international*». Если мы возьмемъ ту главу, въ которой Weiss трактуетъ о вещныхъ правахъ, то мы, опять-таки, найдемъ генетическую постановку вопроса ⁴⁾: «доктрина персональности съ ограниченіями, проистекающими изъ публичнаго порядка,... примѣняется нами ко всѣмъ элементамъ, составляющимъ имущество человѣка». Значитъ, у Weiss'a—совершенно такъ же, какъ у Fiore, и не такъ, какъ у Savigny—всѣ территориальные законы основаны на публичномъ порядкѣ. Хотя Weiss (по симпатіямъ и антипатіямъ, не имѣющимъ значенія для точной юридической науки) и называетъ публичный порядокъ исключеніемъ («une restriction»), однако, сущность дѣла показываетъ, что въ его изложеніи понятіе публичнаго порядка является именно основнымъ принципомъ, мотивирующимъ появленіе реальныхъ законовъ. Въ чемъ заключаются

¹⁾ Въ особенности въ своемъ болѣе раннемъ трудѣ, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1885.

²⁾ *Loc. cit.*, стр. 512—513.

³⁾ *Ibidem*, стр. 516—517.

⁴⁾ *Ibidem*, стр. 752.

указанныя симпатіи и антипатіи — совершенно ясно будетъ для всякаго, кто потрудится прочитать работу Weiss'a. Этотъ ученый, такъ же, какъ и Fiore, стремится сдѣлать реальные законы все менѣе и менѣе многочисленными. Поэтому, онъ и считаетъ ихъ исключеніемъ, т.-е. такими законами, которые примѣняются въ небольшомъ количествѣ случаевъ, вопреки основному правилу ¹⁾.

Постановку вопроса можно считать законченною. Для насъ должно быть совершенно яснымъ противоположеніе двухъ возможныхъ конструкцій публичнаго порядка: генетической (Mancini—Laurent) и статической (Savigny—Vogel). Яснымъ должно быть также и понятіе того критерія, на основаніи котораго отдѣльные ученые должны быть относимы въ ту или другую группу, въ зависимости отъ основной точки зрѣнія, диктующей ихъ выводы: политики придерживаются, очевидно, генетической конструкціи, а догматики—статической ²⁾.

¹⁾ *Traité théorique et pratique*, III, 1898, стр. 89: «L'ordre public international ayant pour conséquence de faire échec aux règles générales que nous avons posées pour la solution du conflit des lois, d'écartier, dans certains cas, le principe de la personnalité du droit, pour revenir au système opposé, constitue une exception, et, comme toute exception, il veut être enfermé dans les plus étroites limites». Та же тенденція, несмотря на всю ея неюридичность, съ большимъ простодушіемъ изображена у Despagnet (*L'ordre public en droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 13): «Au lieu de faire de la souveraineté exclusive de la loi dans chaque territoire la règle générale plus ou moins restreinte par l'acceptation de certaines dispositions des lois étrangères auxquelles on reconnaît le caractère personnel, il faut prendre pour point de départ la personnalité des lois avec les seules exceptions qu'impose le respect des règles qui ont, dans chaque état, le caractère d'ordre public... En procédant ainsi, on fait des règles d'ordre public de véritables dérogations au principe, en vertu duquel chaque législateur doit accepter l'intervention d'une loi étrangère sur un point qui relève naturellement de la compétence de cette dernière». Нельзя быть болѣе ненаучнымъ.

²⁾ Англичане не могутъ быть отнесены въ одну какую-нибудь группу. Kahn (*Adhandlungen*, стр. 13, прим. 1) считаетъ ихъ всѣхъ сторонниками «германской» конструкціи. Это вѣрно для Story (*Commentaries*, 1857, стр. 121) и для Westlake (*Treatise*, 1905, стр. 288). Но уже Dicey

Перехожу къ изученію вопроса о томъ, какъ указанныя двѣ конструкціи развивались и развиваются въ современной литературѣ и въ судебныхъ рѣшеніяхъ.

СПбГУ

возбуждаетъ серьезныя сомнѣнія, ибо онъ рядомъ съ *ordre public* до-
матическимъ (Digest, стр. 37) допускаетъ и—политическій (Ibidem, стр. 35:
«Rights with regard to English land are notoriously determined wholly by
the ordinary local law of England»).

II.

28. — Поставимъ себѣ апіорный вопросъ: которая изъ намѣченныхъ нами двухъ конструкцій должна преобладать въ судебныхъ рѣшеніяхъ?—Очевидно, что не первая. Судья не разбирается въ вопросахъ *legis ferendae*. Онъ не создаетъ права; онъ только толкуетъ право. Слѣдовательно, если законодатель предписываетъ примѣнять данный законъ по реальной формулѣ,—то судью не можетъ интересовать вопросъ: какими именно побужденіями руководился законодатель, давая подобное повелѣніе? Для судьи важно лишь одно: исполнить волю законодателя. И если эту волю,—по экстраординарнымъ условіямъ конкретного казуса,—исполнить оказывается невозможнымъ, то судья важно еще и другое: мотивировать тѣ случаи, когда происходитъ (реальное или кажущееся) нарушеніе воли законодателя.

Для этой послѣдней цѣли—и только для нея!—судья долженъ прибѣгать къ понятію публичнаго порядка. А эта цѣль именно и входитъ въ область статической конструкціи, такъ какъ, согласно данному нами опредѣленію, статическая конструкція выясняетъ случаи пріостановки конфликтной нормы.

Провѣримъ эти выводы *a posteriori*.

Самое раннее рѣшеніе, которое мы находимъ у Clunet по вопросамъ публичнаго порядка — относится къ

1872 году. Оно гласить ¹⁾: «отеческая власть осуществляется по личному статуту; но постановления этого статута примѣняются лишь постольку, поскольку они не противорѣчатъ французскому публичному порядку». Итакъ, мы имѣемъ совершенно ясную картину: конфликтная норма высказывается въ смыслѣ примѣненія личнаго статута; но существуютъ нѣкоторые экстраординарные случаи, когда дѣйствіе этой конфликтной нормы останавливается и когда примѣняется не личный законъ, а французскій *lex fori*. Можно привести десятки судебныхъ рѣшеній, почти буквально воспроизводящихъ — въ разныхъ областяхъ конфликтнаго права — только что приведенныя соображенія. Упомяну, напри- мѣръ, рѣшенія: Douai 8 января 1877 года ²⁾, Paris 4 декабря 1877 г. ³⁾, Seine 18 июля 1885 г. ⁴⁾, Reichsgericht 7 октября 1884 г. ⁵⁾, Bruxelles 17 апрѣля 1889 г. ⁶⁾, Orléans 17 июля 1895 г. ⁷⁾, Seine 12 января 1899 г. ⁸⁾, Agéorpage, A, 1899, № 189 ⁹⁾, Liège 21 июня 1905 г. ¹⁰⁾. Я не выписываю тезисовъ: всѣ эти рѣшенія, — вплоть до самаго новѣйшаго, стоятъ на той же точкѣ зрѣнія, что и первое, выше мною процитированное: «примѣняется, въ видѣ общаго правила, личный статутъ — но съ исключеніями, изъ *ordre public* проистекающими». Не иною мыслью ¹¹⁾ руководятся и тѣ многочисленныя постановленія, въ которыхъ говорится о невозможности исполнять ино-

¹⁾ Paris 2 августа 1872, Clunet, 1874, стр. 32.

²⁾ Clunet, 1877, стр. 39 и сл.

³⁾ Clunet, 1878, стр. 158.

⁴⁾ Clunet, 1886, стр. 208.

⁵⁾ Ibidem, стр. 730.

⁶⁾ Clunet, 1890, стр. 724.

⁷⁾ Clunet, 1895, стр. 1038.

⁸⁾ Clunet, 1899, стр. 346.

⁹⁾ Clunet, 1902, стр. 901.

¹⁰⁾ Clunet, 1906, стр. 216.

¹¹⁾ Намекъ на генетическую конструкцію имѣется въ рѣшеніи Paris 23 ноября 1874, Clunet, 1875, стр. 435.

странныя судебныя рѣшенія, противорѣчащія публичному порядку: въ видѣ общаго правила, законно состоявшееся рѣшеніе опредѣляется по иностранному закону; но въ нѣкоторыхъ экстраординарныхъ случаяхъ вступаетъ въ силу, въ видѣ исключенія, мѣстный статутъ ¹⁾.

Кромѣ указанныхъ выше соображеній, о томъ, что судья вообще не можетъ заниматься политикой права (а если и занимается ею иногда въ области конфликтнаго права — то только контрабанднымъ путемъ), — можно указать еще двѣ добавочныя причины, способствовавшія упроченію въ международной юриспруденціи статической конструкции, т. е. конструкции «исключенія». Дѣло заключается, съ одной стороны, въ томъ, что и итальянскій, и французскій кодексы (а эти двѣ страны давали намъ до сихъ поръ наибольшее количество рѣшеній по конфликтному праву) содержатъ постановленія, недвусмысленно подчиняющія недвижимости мѣстному закону. Следовательно, въ области реального статута судьямъ этихъ двухъ странъ не было никакой надобности прибѣгать къ идеѣ публичнаго порядка: въ ихъ распоряженіи была ясная позитивная конфликтная норма, дававшая отвѣтъ на всѣ спорные случаи. Иначе обстояло дѣло съ статутомъ персональнымъ: благодаря недостаточной разработанности отдѣльныхъ коллизіонныхъ деталей, судьямъ очень часто приходилось именно останавливать дѣйствіе общаго персональнаго принципа, ссылаясь на идею исключенія, по принципу *ordre public* построяемаго. Получалась, такимъ образомъ, именно статическая конструкция: существуютъ «по правилу» статуты персональные и статуты реальные; — существуетъ еще «экстраординарное исключеніе», алополучный публичный порядокъ.

¹⁾ Таковы, напримѣръ, рѣшенія Milan 4 апрѣля 1873, Clunet, 1874, стр. 138; Seine 25 мая 1892, Clunet, 1892, стр. 970. Изъ болѣе новыхъ. Paris 20 декабря 1906, Clunet, 1907, стр. 397.

Существовала еще и вторая причина, приводившая юриспруденцію къ тому же результату. Дѣло въ томъ, что въ кодексъ Наполеона имѣется два понятія публичнаго порядка. О первомъ я уже говорилъ; второе заключено въ статьѣ 6 и касается предѣла примѣненія диспозитивныхъ нормъ: «*on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*». Я не буду касаться сложной проблемы объ автономіи сторонъ. Для меня достаточно указать, что французская доктрина изображаетъ волю договаривающихся какъ основной принципъ обязательственнаго права, а *ordre public*—какъ исключеніе изъ начала безусловной свободы контрагентовъ. Такимъ образомъ, получалась параллель между исключеніемъ обязательственнаго права и такимъ же исключеніемъ права конфликтнаго ¹⁾. Иллюстраціей для перехода отъ одного «исключенія» къ другому могутъ служить тѣ судебныя рѣшенія, въ которыхъ говорится ²⁾: сама конфликтная норма есть *ordre public*. При этомъ желаютъ выразить слѣдующую мысль: стороны не могутъ, путемъ частныхъ соглашеній, измѣнять коллизіонныя нормы. Созвучіе названій дало, такимъ образомъ, поводъ къ упроченію той конструкціи, которая основывается на понятіи «исключенія».

¹⁾ Въ этомъ смыслѣ имѣется очень большое количество судебныхъ рѣшеній. Напримѣръ: *Boyt v. Holly*, *Clunet*, 1874, стр. 266 (нѣтъ никакихъ признаковъ конфликта; неизвѣстно даже, почему это рѣшеніе попало въ журналъ частнаго международнаго права);—*Whitis v. Polk*, *ibidem*, стр. 267; *Paris* 10 марта 1875 г., *Clunet*, 1875, стр. 432; *Liège* 16 мая 1877, *Clunet*, 1882, стр. 638; *Turin* 9 мая 1882, *Clunet*, 1884, стр. 561; *Seine* 14 марта 1888, *Clunet*, 1889, стр. 669; *Bruxelles* 26 іюня 1894, *Clunet*, 1897, стр. 190; *Seine* 14 іюня 1897, *Clunet*, 1899, стр. 340; *Crète* 1900, № 49, *Clunet*, 1903, стр. 678.

²⁾ «*L'article 2, paragraphe 2, Code civil vaudois, statuant que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi du canton, pose au principe d'ordre public et qui ne souffre aucune exception*». *Vaud* 10 января 1889, *Clunet*, 1890, стр. 168.

29.—Если обратиться къ литературѣ новѣйшаго времени, то нельзя не отмѣтить ея сравнительной бѣдности. Всѣ учебники, всѣ общіе курсы, сотни судебныхъ рѣшеній оперируютъ съ понятіемъ публичнаго порядка, а спеціальныхъ изслѣдованій, за крайне рѣдкими исключеніями, почти нѣтъ. Особенно удивительнаго въ этомъ фактѣ, впрочемъ, ничего нѣтъ: если публичный порядокъ обозначаетъ собой экстраординарное исключеніе, вопреки принципамъ допущенное въ нѣкоторыхъ конкретныхъ случаяхъ,—то этимъ самымъ подсказывается, насколько мало интересной должна быть теоретическая разработка подобнаго вопроса; все то, что случайно и экстраординарно, конечно, не можетъ дать интересныхъ матеріаловъ для научнаго изученія, для изученія закономерности.

Первое, извѣстное мнѣ, изслѣдованіе, посвященное спеціально вопросу о публичномъ порядкѣ, принадлежитъ перу E. Despagnet¹⁾. Этотъ авторъ всецѣло стоитъ на точкѣ зрѣнія *legis ferendae* (конечно, не сознавая этого). Его мысль интересуется не вопросомъ о томъ, что именно позитивно установилъ тотъ или другой законодатель,—а о томъ, какъ долженъ поступать всякій, вообще, законъ; строго говоря, статья Despagnet написана ни на основаніи французскаго, ни какого бы то ни было другого права; она есть статья «вообще», статья объ общей постановкѣ конфликтнаго права. Поэтому, хотя Despagnet и употребляетъ очень часто терминъ «исключеніе» въ примѣненіи къ понятію публичнаго порядка²⁾,—однако, онъ относится (подобно Fiore и Weiss'у, см. выше, § 27) къ группѣ не статической, а именно генетической. Для него публичный по-

¹⁾ F. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 5—21 и 207—222.

²⁾ Напримѣръ, *loc. cit.*, стр. 13: «il faut prendre pour point de départ la personnalité des lois avec les seules exceptions qu'impose le respect des règles qui ont, dans chaque Etat, le caractère d'ordre public».

рядокъ является мотивомъ, руководясь которымъ необходимо относить извѣстную категорію законовъ—въ разрядъ территоріальныхъ. Соотвѣтственно этому Desragnet выставляетъ и обратное положеніе: всѣ территоріальные законы, по его мнѣнію, суть законы публичнаго порядка. Такъ, напримѣръ, онъ, не колеблясь, указываетъ, что всѣ уголовные законы должны быть отнесены именно въ группу законовъ публичнаго порядка: какъ мы увидимъ ниже, у истинныхъ представителей статической теоріи отвѣтъ долженъ быть другимъ.

Приблизительно къ тому же времени относится и статья F. Surville¹⁾, въ значительной своей части посвященная вопросу о публичномъ порядкѣ. Для этого автора публичный порядокъ есть ограниченіе, «limitation»²⁾; но такъ какъ Surville движется также въ области legis ferendae, то къ нему примѣнимы всѣ тѣ указанія, которыя сдѣланы мною въ предыдущемъ абзацѣ.

30.—Такимъ образомъ, первыя работы, специально посвященныя публичному порядку, всецѣло стояли на точкѣ зрѣнія генетической; слѣдовательно, онѣ находились въ явномъ противорѣчьи со всею судебною практикою того времени: мы указали выше, что судебная практика не можетъ придерживаться никакой иной точки зрѣнія, кромѣ статической. По мѣрѣ того, какъ—въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи—литература стала приближаться къ судебнымъ рѣшеніямъ, мы должны наблюдать постепенный переходъ отъ генетики именно къ статикѣ. Внимательное изученіе позднѣйшихъ авторовъ, писавшихъ по разбираемому вопросу, подтверждаетъ правильность такого предположенія.

Первымъ авторомъ, сдѣлавшимъ нѣкоторый шагъ по направленію къ статикѣ, былъ весьма мало извѣстный

¹⁾ F. Surville, De la personnalité des lois envisagée comme principe fondamental du droit public privé, Clunet, 1889, стр. 528—538.

²⁾ Напримѣръ, стр. 535.

Moutier ¹⁾. Этотъ молодой диссертантъ ясно сознаетъ, что между Savigny и Mancini, по вопросу о публичномъ порядкѣ, существуетъ какая-то разница. Онъ, поэтому, послѣдовательно говоритъ о «deux systèmes» ²⁾: и въ этомъ, между прочимъ, заключается главная его заслуга. Единственная ошибка, допущенная разбираемымъ авторомъ, заключается въ томъ, что его работа проникнута желаніемъ указать не разницу, а сходство двухъ намѣченныхъ системъ. Изъ этой основной ошибки проистекаетъ и вся дальнѣйшая неудовлетворительность выводовъ. Доказать сходство двухъ системъ не трудно; сходныя черты бросаются въ глаза. Въ самомъ дѣлѣ. Savigny старается-де установить, «какіе именно законы необходимы для поддержанія порядка въ обществѣ» ³⁾. А у Mancini — «точно такъ же, какъ и у Savigny» — иностранный законъ устраняется всякій разъ, «какъ въ дѣлѣ замѣшано какое-нибудь право общества» ⁴⁾. Въ результатѣ получается, что въ изображеніи Moutier объ доктрины почти совпадаютъ. «Оба эти автора допускаютъ экстратерриториальную силу личныхъ законовъ и притомъ, какъ необходимость правового характера; оба они допускаютъ исключеніе изъ указаннаго принципа только въ томъ случаѣ, если въ дѣлѣ замѣшано какое-нибудь право общества». Сходство двухъ системъ представляется молодому автору настолько большимъ, что онъ даже отказывается «высказаться за то или другое ученіе». И на этомъ заканчивается его диссертация.

Еще болѣе слаба работа Moutier въ той ея части, гдѣ онъ, послѣ «сходствъ» двухъ системъ, старается до нѣкоторой степени изобразить и ихъ «различіе». Само собой разумѣется, что различіе чувствовалось: но у

¹⁾ M. Moutier, Du conflit des lois étrangères avec les lois d'ordre public françaises. Thèse, Paris, 1891.

²⁾ Loc. cit., стр. 70.

³⁾ Loc. cit., стр. 74.

⁴⁾ Loc. cit., стр. 76.

молодого диссертанта не хватило ни силъ, ни умѣнья для того, чтобы облечь мимолетныя впечатлѣнія въ строго юридическую форму. По мнѣнію Moutier, публичный порядокъ играетъ у Savigny «менѣе важную роль», чѣмъ у Mancini: въ то время, какъ у Savigny публичный порядокъ фигурируетъ только по отношенію къ личнымъ статутамъ, въ видѣ исключенія,—у Mancini онъ употребляется гораздо чаще; поэтому у послѣдняго онъ имѣетъ «une importance extrême» ¹⁾.

Не трудно объяснить тѣ причины, которыя опредѣлили собою только-что изображенное стремленіе диссертанта выяснить сходство двухъ системъ и оставить безъ разсмотрѣнія ихъ различіе. Въ тотъ моментъ, когда писалъ Moutier, подготовлялась окончательная побѣда сторонниковъ правового принципа въ области конфликтнаго права: та нормативность, которую мы, въ первой главѣ, изучали у голландцевъ въ видѣ случайныхъ намековъ, въ видѣ рѣшеній по отдѣльнымъ, наиболѣе созрѣвшимъ вопросамъ — въ концѣ прошлаго столѣтія становится универсальнымъ началомъ, опредѣляющимъ собой каждую конфликтную норму, сколько ихъ ни признано. Вся работа Moutier проникнута однимъ стремленіемъ: посрамить противниковъ нормативности и укрѣпить въ своихъ читателяхъ убѣжденіе, что внѣ этого принципа нѣтъ никакой будущности для науки частнаго международнаго права. Поэтому, всѣ тѣ ученые, которые не стоятъ на точкѣ зрѣнія произвола — кажутся диссертанту союзниками. Ему не приходится въ голову дифференцировать этихъ союзниковъ: это для

¹⁾ Loc. cit., стр. 79: «Dans la doctrine, enseignée par Mancini, l'exterritorialité des lois est consacrée dans toutes les matières, même en ce qui concerne les biens; par conséquent on doit faire intervenir la théorie de l'ordre public dans toutes les matières de droit, sans exception: l'ordre public dans ce système est le seul fondement sur lequel repose la souveraineté territoriale de la loi, et par suite son rôle devient d'une importance extrême».

него не интересно, это еще не есть очередная задача. Дифференцирование можетъ начаться только тогда, когда побѣда по основному вопросу будетъ безспорна. Соответственно этому Moutier старательно подчеркиваетъ, что и для Savigny, и для Mancini экстратерриториальное примѣненіе законовъ является, во всѣхъ случаяхъ, правовою необходимостью: этого одного обстоятельства достаточно для того, чтобы диссертантъ закрылъ глаза на дальнѣйшія различія. Различія — по мнѣнію Moutier — не могутъ имѣть существеннаго значенія: не велика бѣда, что у Savigny публичный порядокъ примѣняется нѣсколько рѣже, чѣмъ у Mancini.

Такимъ образомъ, Moutier имѣетъ въ разбираемой области нѣкоторую заслугу: онъ вѣрно подмѣтилъ различіе двухъ конструкций. Но заслуга эта невелика: различіе онъ только почувялъ; онъ не старался его объяснить и, дѣйствительно, не сконструировалъ его.

31. — Работа Moutier прошла въ литературѣ незамѣченной: на Западѣ относятся къ диссертациямъ пренебрежительно. Въ виду этого мы сталкиваемся съ такимъ явленіемъ, что много позже, въ 1897 г., авторъ, специально писавшій о понятіи публичнаго порядка ¹⁾, ни словомъ не затрагиваетъ разбираемаго мною противоположенія: эта работа, несмотря на то, что она принадлежитъ перу совершенно зрѣлаго автора, представляетъ собой несомнѣнный шагъ назадъ.

Для Fedozzi противоположенія двухъ конструкций публичнаго порядка совершенно не существуетъ. Онъ упоминаетъ мелькомъ имя Savigny ²⁾, но совершенно не даетъ себѣ отчета въ принципиальномъ различіи, существующемъ между этимъ авторомъ — и ученіемъ итальянцевъ. Что касается Brocher, то это имя, на-

¹⁾ P. Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, Clunet, 1897, стр. 69—78 и 495—507.

²⁾ *Loc. cit.*, стр. 72.

сколько я могъ прослѣдить, вовсе даже не цитируется у Fedozzi. Самъ Fedozzi не говоритъ по поводу двухъ конструкцій ни да, ни нѣтъ. Но если собрать отдѣльныя указанія, по конкретнымъ вопросамъ сдѣланныя ¹⁾, то мы придемъ къ выводу, что разбираемый авторъ принадлежитъ къ школѣ генетической. Впрочемъ, повторяю, вопросъ о двухъ конструкціяхъ у Fedozzi является совершенно несознаннымъ ²⁾: вся статья посвящена совершенно другому вопросу о такъ называемыхъ «послѣдствіяхъ законовъ публичнаго порядка». Поэтому, надлежащимъ образомъ использована эта статья можетъ быть только гораздо дальше, въ соответственномъ мѣстѣ моего изложенія.

32.—Таково было положеніе дѣла къ моменту выхода въ свѣтъ работы *Bartin'a* ³⁾. Этому автору нельзя отказать въ умѣннн весьма ясно поставить проблему. Онъ исчерпывающимъ образомъ пользуется данными судебной практики: и, соответственно этому, онъ поневолю переходитъ самымъ рѣшительнымъ образомъ на точку зрѣнія статической теоріи.

«Необходимо—говоритъ онъ ⁴⁾—различать три сорта нормъ, обыкновенно смѣшиваемыхъ: уголовное право, полицейское право и публичный порядокъ, въ тѣсномъ смыслѣ этого слова». Теорія публичнаго порядка носить и должна носить строго цивилистическій характеръ. Это есть именно теорія частнаго международнаго права,

¹⁾ Напримѣръ, Fedozzi считаетъ *lois d'ordre public* синонимомъ съ *lois réelles* (loc. cit., стр. 73, прим. 1); затѣмъ онъ допускаетъ мысль что формула *locus regit actum* проистекаетъ изъ *ordre public* (loc. cit., стр. 75, прим. 1) и т. д.

²⁾ Совершенно несознанъ онъ также и у *Pillet*, въ его *Essai d'un système général etc.*, Clunet, 1894, стр. 417 и т. д. Во всякомъ случаѣ *Pillet* самъ держится точки зрѣнія той же, что и Fedozzi; см., напримѣръ, Clunet, 1894, стр. 427 и 740.

³⁾ *E. Martin*, Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi et l'idée de communauté internationale, сначала въ «*Revue Gand.*» 1897, а затѣмъ отдѣльнымъ изданіемъ въ *Etudes etc.*, 1899.

⁴⁾ Loc. cit., стр. 190.

въ точномъ смыслѣ такого термина. Поэтому, совершенно неправильно смѣшивать законы публичнаго порядка, на примѣръ, съ законами уголовными. Конечно, — продолжаетъ авторъ, — нельзя отрицать того обстоятельства, что публичный порядокъ (точно такъ же, какъ и уголовныя нормы) всегда опредѣляются по мѣстному закону, по закону суда. Но это обстоятельство не заставитъ насъ забыть о существованіи принципиальнаго различія между двумя только-что указанными категоріями нормъ. «Теорія публичнаго порядка сводится къ ряду исключеній, вносимыхъ даннымъ законодательствомъ въ обычное конфликтное правило. Судья, рѣшающій казусъ, подставляетъ, въ видѣ исключенія, нормы публичнаго порядка на мѣсто тѣхъ иностранныхъ законовъ, которые — нормально — были бы примѣнимы къ данному казусу, если бы судья придерживался конфликтныхъ нормъ» ¹⁾. Если же взять постановленія уголовного или полицейскаго права, то окажется, что судья примѣняетъ ихъ не въ видѣ исключенія, но «à titre normale et conformément aux principes généraux». Грубую-де ошибку дѣлаетъ, поэтому, итальянская школа, считающая реальный статутъ и законы публичнаго порядка — явленіями идентичными ²⁾. Изученіе судебныхъ рѣшеній показываетъ — говоритъ *Vartin* ³⁾ — что нормальнымъ закономъ для вещнаго статута является *lex rei sitae*. Если же, въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ, примѣняется *lex fori*, какъ имѣющій публичный характеръ, то это производится путемъ нарушенія реального статута, путемъ приостановки закона *rei sitae*, нормально примѣнимаго въ вещнымъ правамъ. Реальный статутъ и законы публичнаго порядка суть-де явленія не идентичныя, а другъ друга исключаютія.

¹⁾ *Loc. cit.*, стр. 190.

²⁾ *Loc. cit.*, стр. 197.

³⁾ *Loc. cit.*, стр. 197.

Длинный анализъ судебныхъ рѣшеній Bartin заканчивается слѣдующимъ выводомъ. Законы публичнаго порядка не должны быть смѣшиваемы ни съ какой другою категоріей нормъ. Наболѣе близко подходятъ къ нимъ нормы процессуальныя. Но даже и эти послѣднія — съ точки зрѣнія систематики — принципиально отличаются отъ публичнаго порядка. Ибо первыя «нормально примѣняются къ тому правовому отношенію, которое имъ подвѣдомственно»; второй же, т.-е. пресловутый публичный порядокъ, «не примѣняется иначе, какъ въ видѣ исключенія, путемъ пріостановки тѣхъ иностранныхъ законовъ, которые, по общему правилу, должны были бы регулировать данное отношеніе» ¹⁾. Такимъ образомъ, публичный порядокъ получаетъ характеръ совершенно экстраординарнаго исключенія: послѣ того, какъ выработаны всѣ нормальныя конфликтныя нормы, появляется это понятіе («*absolument originale*») и производитъ свою разрушительную работу. Я долженъ сказать, что трудно съ большею рельефностью изобразить именно статическую конструкцію публичнаго порядка.

Я оставлю въ настоящій моментъ ученіе Bartin'a безъ критики. Меня въ данный моментъ интересуютъ не положительныя выводы, даваемые этимъ талантливымъ ученымъ, а лишь процессъ постепеннаго нарастанія статической идеи. Критиковать Bartin'a и легко, и трудно. Можно было бы, напримѣръ, спросить: что собственно значитъ понятіе «нормально примѣнимаго закона?» — и какимъ образомъ можно утверждать, что, напримѣръ, въ Италіи, по вопросу о полигаміи, дозволеніе вступать въ полигамическій бракъ является нормальнымъ случаемъ, а запрещеніе — лишь экстраординарнымъ исключеніемъ? Затѣмъ, я могъ бы указать, что у Bartin'a непонятно стремленіе выдѣлить въ особыя

¹⁾ Loc. cit., стр. 210.

категоріи именно полицейскіе и уголовные законы; разсуждая послѣдовательно, онъ долженъ былъ бы изображать, въ видѣ особыхъ самостоятельныхъ категорій, еще и законы фискальные, процессуальные и т. д. Но все это будетъ недостаточно серьезно. И потому, повторяю, въ данный моментъ меня интересуетъ не критика статической конструкции, а лишь исторія ея упрощенія въ литературѣ. Для того, чтобы разбить столь утвердившуюся въ современной Школѣ теорію, недостаточно формулировать болѣе или менѣе удачныя придирки къ отдѣльнымъ деталямъ того, что изложено у *Bartin'a*. Подобное начинаніе потребуетъ гораздо болѣе серьезной принципиальной постановки тѣхъ основныхъ посылокъ, отправляясь отъ которыхъ возможна плодотворная критика: такая критика, которая не только разрушитъ выводы статической теоріи, но еще и дастъ указанія на возможные положительныя рѣшенія.

Итакъ, заслуга *Bartin'a* заключается въ томъ, что онъ рѣшительнымъ образомъ разорвалъ со всею предшествующею литературою и, использовавъ выводы судебной практики, далъ намъ точную формулировку статической теоріи. Этимъ путемъ подготовлена была почва для солидарной работы въ литературѣ и судебной практикѣ. До работы *Bartin'a* эти два метода юридическаго изслѣдованія шли совершенно самостоятельными, независимыми другъ отъ друга путями.

33.—Я не буду долго останавливаться на современной нѣмецкой доктринѣ, такъ какъ она, конечно, играетъ въ данномъ вопросѣ роль лишь постольку, поскольку въ ней, косвенно, отразились идеи романской школы. Если романская школа, сама, въ послѣднее время склоняется къ статической доктринѣ и если въ Германіи, въ лицѣ *Savigny*, заложены были первыя основы именно статическаго публичнаго порядка, — то немудрено, что современная нѣмецкая школа развиваетъ, очевидно, не генетику публичнаго порядка.

Наиболѣе полное догматическое изслѣдованіе идеи публичнаго порядка мы имѣемъ у Zitelmann'a¹⁾. Онъ называетъ законы публичнаго порядка «ограничительной оговоркой» (Vorbehaltsklausel). По его мнѣнію, ограничительная оговорка есть «исключеніе изъ установленныхъ правилъ частнаго международнаго права»²⁾. Слѣдовательно, эта оговорка вступаетъ въ силу только тогда, когда есть противоположное правило, предписывающее государству примѣнить именно иностранный, а не свой законъ. Соответственно этому, Zitelmann, въ полномъ согласіи съ Bartin'омъ, указываетъ, что ограничительная оговорка не имѣетъ никакого отношенія, напримѣръ, къ публичнымъ законамъ даннаго государства». Публичное право дѣйствуетъ территоріально не въ силу какого-нибудь спеціальнаго исключенія, а по принципу». Поэтому, если въ проектѣ, составленномъ въ Лимѣ, въ ст. 54, говорилось о томъ, что иностранные законы не могутъ быть примѣняемы, если они противорѣчатъ политической конституціи данной страны,— «то такого рода оговорки вводятъ судей въ заблужденіе и, во всякомъ случаѣ, являются излишними; было бы правильнѣе ничего въ этомъ смыслѣ спеціально не устанавливать». Zitelmann заканчиваетъ свои разсужденія указаніемъ на то, что законы публичнаго порядка суть, очевидно, коллизіонныя нормы: они являются, такъ сказать, спеціальнымъ коллизіоннымъ правомъ для опредѣленнаго количества случаевъ.

34.—Въ заключеніе этого очерка литературы, мнѣ надлежитъ упомянуть еще о работѣ Kahn'a³⁾. Анализировать эту работу подробно я не буду. Дѣло въ томъ, что указанный авторъ движется въ значительной степени въ той же самой плоскости, что и я. Дальнѣйшія

¹⁾ Internationales Privatrecht, Leipzig, 1897, I, стр. 317 и сл.

²⁾ Ibidem, стр. 71.

³⁾ Abhandlungen aus dem internationalen Privatrecht, Iherings Jahrbücher, 1898, стр. 1—112.

мои разсужденія являются, строго говоря, лишь разработкой тѣхъ основныхъ принциповъ, которые намѣчены у Kahn'a. У него имѣется совершенно ясное противоположеніе двухъ школь, хотя онъ и называетъ ихъ другими именами. Сдѣланы изъ этого противоположенія и выводы. Разница между изложеніемъ Kahn'a и моимъ — заключается въ конечномъ результатѣ: Kahn подходит къ проблемѣ исключительно съ отрицательной точки зрѣнія; онъ доказываетъ ошибки, сдѣланныя его предшественниками какъ въ области нѣмецкой теоріи о Prohibitive Gesetze (статическая теорія), такъ и въ области правовѣрнаго ordre public (генетическая теорія). Главный недостатокъ работы Kahn'a заключается въ томъ, что онъ не дѣлаетъ послѣдняго шага. Онъ не спрашиваетъ себя: откуда взялись всѣ эти ошибки? почему случилось такъ, что всѣ ошибались? къ какой общей и основной ошибкѣ можно свести всѣ невѣрные выводы двухъ школь? — А не рѣшивъ этой основной задачи, Kahn, очевидно, не можетъ перейти къ дальнѣйшему: онъ не можетъ дать положительныхъ выводовъ. Онъ не указываетъ, на какую точку нужно обратить главные удары метода; — какой корень нужно вырвать для того, чтобы въ литературѣ частнаго международнаго права прекратилось дальнѣйшее произрастаніе тѣхъ вредныхъ растений, которыя называются публичнымъ порядкомъ.

Вслѣдствіе всего этого, я не буду излагать ученіе Kahn'a: это значило бы предвосхитить въ незаконченной формѣ всѣ мои дальнѣйшія заключенія. Я полагаю, что я отдалъ должное памяти этого талантливаго чловека, указавъ на непосредственную связь моихъ разсужденій—съ его выводами. Болѣе детальныя указанія, поскольку они не войдутъ въ дальнѣйшіе параграфы, представляются, по моему мнѣнію, лишними: они только задержали бы надлежащее развитіе изложенія.

III.

35.—Переходя къ изученію вопроса о законахъ публичнаго порядка съ точки зрѣнія систематики, я долженъ сказать, что объектомъ дальнѣйшаго нашего анализа можетъ быть только статическая конструкція, т. е. та, которая соединена съ именами Savigny и Bartin'a. Въ самомъ дѣлѣ. Совершенно очевидно, что для догматика и для систематика конструкція Mancini, т. е. конструкція генетическая, не представляетъ интереса. Одни законы персональны, другіе законы территоріальны. Генетическая *comitas* старалась объяснить намъ, вслѣдствіе какихъ мотивовъ (общественнаго характера) законодатель долженъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ признать экстратерриторіальный характеръ личныхъ законовъ; совершенно такъ же, генетическій *ordre public* старается доказать намъ, что имѣются существенныя соображенія, ратующія въ пользу признанія нѣкоторыхъ законовъ — строго территоріальными. Въ обоихъ случаяхъ мы имѣемъ, значить, дѣло не съ догмой конфликтнаго права, а, какъ я уже неоднократно говорилъ, съ ante-юридическими соображеніями, очень интересными для политики права, но не дающими рѣшительно никакого матеріала для анализа догматическаго. Чѣмъ руководился законодатель, устанавливая экстратерриторіальность данной нормы? Правильно или неправильно было его побужденіе? Оправдываетъ ли реальная жизнь ту по-

становку вопроса, которую даетъ конфликтамъ данный законодатель? Выиграетъ ли или не выиграетъ международный оборотъ именно отъ данной постановки конфликтнаго дѣла?—Всѣ эти вопросы совершенно безразличны для того, кто безстрастно изучаетъ положительное право, какъ систему нормъ, скристаллизованныхъ и неподвижныхъ. Догма начинается тамъ, гдѣ кончаются сомнѣнія и колебанія мотивировки.

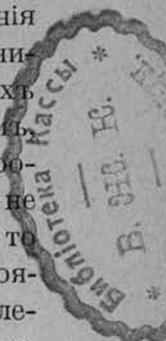
Совсѣмъ иначе отнесется догматикъ права къ той конструкции, которую мы можемъ соединить съ именами Savigny и Bartin'a. Публичный порядокъ, являющийся орудіемъ въ рукахъ судьи, очевидно, представляетъ собой элементъ позитивнаго права. Ибо судья ничего, кромѣ позитивнаго права, примѣнять не можетъ. Когда судебное рѣшеніе, ссылаясь на публичный порядокъ, отказываетъ истцу въ его требованіяхъ, — дѣло идетъ, очевидно, не о политическихъ мотивировкахъ, а о совершенно реальномъ правѣ, бьющемъ по данному человѣку. Это право—конфликтное право!—должно быть уложено въ общую систему конфликтныхъ нормъ, если система эта сколько-нибудь претендуетъ на универсальность.

Но когда я говорю, что догматикъ права долженъ интересоваться конструкціей Savigny-Bartin, то это, конечно, не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что догматикъ долженъ или можетъ принять именно ту постановку вопроса, которую даютъ указанные ученые. Онъ можетъ и долженъ взять ее исходнымъ пунктомъ для своихъ разсужденій; но согласиться съ ней онъ не можетъ. Ибо эта постановка вопроса систематическаго значенія имѣть не можетъ: когда говорятъ, что публичный порядокъ имѣетъ характеръ экстраординарнаго исключенія, ни въ какія конфликтныя рамки не укладывающагося, — то этимъ самымъ предрѣшаютъ, что публичный порядокъ не можетъ уложиться въ нормальную систему частнаго международнаго права. Bartin ищетъ въ публичномъ порядкѣ

только одну законѣрность, законѣрность, такъ сказать, юридическихъ капризовъ даннаго момента. Очевидно, что капризъ публичнаго порядка столь же мало укладывается въ систему права, какъ и эвентуальный произволь разобранной выше *comitas*. Съ точки зрѣнія экстраординарности, оба указанна явленія принимаютъ видъ какихъ-то уродливыхъ, необъяснимыхъ придатковъ, около системы присосавшихся. Между тѣмъ, для всякаго ясно, что *ordre public* является распространѣннѣйшей конфликтной нормой. Если система не можетъ вмѣстить въ себя эту конфликтную норму, то она тѣмъ самымъ расписывается въ своей несостоятельности: она оказывается теоретическимъ измышленіемъ, не покрывающимъ собой одного изъ основныхъ конфликтныхъ явленій.

Такимъ образомъ передъ нами встаетъ проблема: ввести статическій публичный порядокъ въ общую систему конфликтнаго права. Эта проблема можетъ быть выражена и иначе. Мы только что видѣли, въ чемъ заключается главное препятствіе для разрѣшенія подобной задачи: мы констатировали, что публичный порядокъ не можетъ быть введенъ въ систему до тѣхъ поръ, пока всѣ старанія ученыхъ будутъ направлены къ изображенію его «экстраординарности». Значитъ, главныя усилія систематика должны быть направлены въ діаметрально противоположную сторону: онъ долженъ разбирать идею «экстраординарности»; — доказывать, что она не соотвѣтствуетъ истинному значенію изучаемыхъ явленій. И тогда самъ собой получится и надлежащій выводъ: если *ordre public* имѣетъ характеръ чего-то совершенно обычнаго для конфликтнаго права, то тогда, естественно, намѣтится и то мѣсто, которое ему уготовано въ системѣ.

Такимъ образомъ, все дальнѣйшее разсужденіе должно свестись къ провѣркѣ идеи «экстраординарности». Такъ какъ подобная работа должна поставить меня въ опшо-



зицію со всей европейской судебной практикой и съ такими свѣтилами конфликтнаго права, какъ Savigny, Bartin, Kahn,—то я принужденъ подготовить мои выводы весьма обширными разсужденіями.

36.—Экстраординарность публичнаго порядка можетъ проявиться въ трехъ отношеніяхъ, трехъ основныхъ элементахъ всякой конфликтной нормы. А именно:

1) Экстраординарность эта можетъ проявиться въ самомъ содержаніи нормъ. Можно, слѣдовательно, аргументировать такъ: существуютъ нормы, имѣющія нѣкоторую общность содержанія; содержаніе это экстраординарно; экстраординарность содержанія опредѣляется заранѣе выработаннымъ критеріемъ. Слѣдовательно, какъ только установлено будетъ соотвѣтствіе данной нормы съ даннымъ критеріемъ (соотвѣтствіе, отсутствующее у всѣхъ остальныхъ нормъ),—такъ, тотчасъ же и совершенно безошибочно, данная норма можетъ быть переведена въ экстраординарную группу законовъ публичнаго порядка.

2) Экстраординарность можетъ проявиться въ предѣлахъ примѣненія нормы. Съ этой точки зрѣнія аргументація будетъ носить слѣдующій характеръ: всѣ нормы публичнаго порядка примѣняются только въ заранѣе опредѣленномъ и неизмѣнномъ кругѣ случаевъ; кругъ этотъ характеризуется особыми отличительными признаками, несвойственными остальнымъ нормамъ. Слѣдовательно, какъ только констатирована будетъ наличность именно этого специфическаго предѣла примѣненія,—такъ тотчасъ данная норма перейдетъ въ экстраординарную группу публичнаго порядка.

3) Наконецъ, экстраординарность можетъ проявиться и въ характерѣ дѣйствія нормы. Разсужденіе будетъ вѣстись слѣдующимъ образомъ: конфликтныя нормы, называемыя публичнымъ порядкомъ, имѣютъ совсѣмъ особую функцію, не схожую съ тѣми функціями, коими отличаются обычныя конфликтныя

нормы. Въ то время, какъ обычныя конфликтныя нормы приводятъ къ примѣненію иностранныхъ законовъ, публичный-де порядокъ ограничивается лишь парализованіемъ иностранной нормы, лишь остановкой ея дѣйствія. Слѣдовательно, какъ только мы замѣтимъ наличность подобной экстраординарной функціи, такъ тотчасъ же мы можемъ умозаключить и о наличіи экстраординарнаго понятія публичнаго порядка.

Я не обманываю себя: изложенныя три группы аргументовъ весьма абстрактны и изложены въ такихъ общихъ выраженіяхъ, что надлежащее ихъ усвоеніе представляетъ, вѣроятно, большія трудности. Вина въ этомъ не моя. Только что указанныя три понятія нигдѣ въ литературѣ *expressis verbis* не разработаны. На эти понятія имѣются только намеки, совершенно не приведенные въ систему. Слѣдовательно, я имѣю право требовать отъ читателей нѣкотораго терпѣнія: ясная картина того, что именно я разумю подъ указанными тремя элементами нормы, разовьется лишь въ дальнѣйшемъ, въ связи съ конкретнымъ изложеніемъ отдѣльныхъ вопросовъ. Въ настоящее же время я просилъ бы согласиться со мной лишь въ одномъ: если говорится, что данная норма экстраординарна, то она можетъ быть экстраординарной лишь въ одномъ изъ трехъ своихъ элементовъ: содержаніи, предѣлахъ примѣненія или въ своихъ функціяхъ. Если я поочередно докажу, что и въ содержаніи, и въ предѣлахъ примѣненія, и въ функціяхъ — публичный порядокъ ничѣмъ не отличается отъ остальныхъ конфликтныхъ нормъ, то я тѣмъ самымъ докажу и основную свою проблему: публичный порядокъ не имѣетъ ничего экстраординарнаго; публичный порядокъ можетъ быть введенъ въ общую систему конфликтнаго права.

37.—Начну съ вопроса объ идеѣ экстраординарности въ самомъ содержаніи тѣхъ нормъ, которыя называются законами публичнаго порядка. Существуетъ цѣлый рядъ

попытокъ опредѣлить тотъ критерій внутренняго содержанія, наличность котораго давала бы возможность относить матеріальныя нормы въ разрядъ законовъ публичнаго порядка. Почти каждый авторъ, писавшій по частному международному праву, указываетъ тѣ или другіе признаки для различенія «экстраординарныхъ» нормъ публичнаго порядка—отъ всѣхъ остальныхъ. Нельзя, однако, сказать, чтобы эти попытки были удачны. Онѣ могутъ быть раздѣлены на двѣ категоріи¹⁾.

Первая категорія ищетъ точки опоры въ нѣкоторыхъ внѣшнихъ моментахъ, характеризующихъ положеніе данной нормы въ системѣ даннаго законодательства. Такихъ внѣшнихъ моментовъ можно намѣтить—пропускъ второстепенныя явленія, не представляющія самостоятельнаго интереса—два главныхъ:

1) Мотивы, положенныя въ основаніе даннаго закона²⁾. Ислѣдуя самое происхожденіе данной матеріальной нормы, авторы доказываютъ ссылками, на примѣръ, на предварительныя работы, что законодатель, создавая данную матеріальную норму, имѣлъ въ виду широкія политическія цѣли, преслѣдовалъ достиженіе такихъ социальныхъ или этическихъ результатовъ, которые не могутъ быть принесены въ жертву иностранному законодательству, имѣющему иное содержаніе. На примѣръ, обсуждая вопросъ о томъ, является ли швейцарская брачная дѣеспособность (18 лѣтъ для женщины) закономъ публичнаго порядка,—Marcusen³⁾ ссылается,

¹⁾ Ср. Kahn, Abhandlungen etc., Iherings Jahrbücher, XXXIX, стр. 50 и сл. Цитируетъ рядъ критеріевъ, безъ системы, впрочемъ.

²⁾ A. Wahl, Les jeux de bourse en droit international, Clunet, 1898, стр. 235: «Il est important, en vue de la solution des questions de droit international, d'indiquer les motifs pour lesquels les législations se sont déterminées soit dans un sens, soit dans un autre. C'est pour des motifs d'ordre public que les unes d'entre elles ont persisté dans l'assimilation des jeux de bourse aux autres jeux, et c'est également pour des motifs d'ordre public que les autres ont rompu cette assimilation».

³⁾ W. Marcusen, Das internationale Privatrecht des schweizerischen Entwurfes etc., Zeitschrift Böhm, XI, стр. 47.

въ видѣ главнаго аргумента, на то, что повышеніе возраста для брачной дѣеспособности (съ 16 до 18 лѣтъ) сдѣлано было подъ прямымъ воздѣйствіемъ феминистовъ. Изъ этого факта, по мнѣнію автора, можно сдѣлать тотъ выводъ, что законодатель преслѣдовалъ интересы всего женскаго движенія и что онъ не можетъ измѣнить своей точки зрѣнія на зрѣлость или незрѣлость женщины подъ вліяніемъ иностранныхъ законовъ: дозволеніемъ вступать въ бракъ слишкомъ молодымъ женщинамъ нарушаются интересы не только ихъ самихъ, но и всего общества.

2) Санкція, установленная за нарушеніе даннаго закона. Предполагается, что матеріальная норма является закономъ публичнаго порядка въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушеніе ея вызываетъ уголовное наказаніе¹⁾, или

¹⁾ Напримѣръ, М. Klein, *Örtliches Recht in Ehescheidungssachen*, Böhm, 1897, стр. 492: «Ferner sind Handlungen, welche durch das deutsche Reichsstrafgesetzbuch, sowie durch andere strafrechtliche Reichs-oder Landesgesetze mit Strafe bedroht sind; gleichfalls als civilrechtlich nichtig anzusehen». Ср. Аргентинскій кодексъ, 1871 г., ст. 14. Конгоскій законъ 1891 года, ст. 8. Впрочемъ, даже и это—казалось бы, столь очевидное положеніе—не всегда признается. Напримѣръ, Прусскій законъ 29 іюня 1885 года устанавливаетъ наказаніе за участіе въ недозволенныхъ лотереяхъ. Несмотря на это, Reichsgericht призналъ, что обязанность устроителя лотереи—въ смыслѣ уплаты выигрыша—сохраняется въ Пруссіи. Участникъ лотереи будетъ наказанъ, но получить свой выигрышъ. Reichsgericht 28 апрѣля 1902 года, Clunet, 1904, стр. 409. Рѣшеніе не единичное.—F. Despagnet совершенно принципиально заявляетъ, что значительное количество уголовныхъ законовъ не находятся ни въ какой связи съ понятіемъ *ordre public* (*L'ordre public en droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 212): «Nous allons même plus loin et nous disons, contrairement à la formule de presque tous les auteurs, que les lois pénales, envisagées comme telles, ne rentrent pas toutes nécessairement dans l'ordre public international. Cela est évident tout d'abord pour les lois édictant une peine comme sanction de l'inaccomplissement d'un devoir qui, par sa nature, n'incombe qu'à un national; telles sont, en France les dispositions qui frappent d'une amende le juré et le délégué sénatorial lorsqu'ils négligent de remplir le mandat dont ils sont investis». Ср. Despagnet, *Précis*, 1891, стр. 175, прим. 2.

влечетъ за собой недѣйствительность ¹⁾ того правоотношенія, которое возникло вопреки данной нормѣ ²⁾. Vice versa, очень часто указывается, въ видѣ критерія законовъ публичнаго порядка, что нормы, хотя бы и запретительныя, не являются понятіемъ *ordre public*, если онѣ допускаютъ, при тѣхъ или иныхъ условіяхъ, диспенсацію ³⁾ или отмѣну данной нормы по соглашенію сторонъ ⁴⁾.

¹⁾ Ср. Klein, *ibidem*, стр. 492: «Neben jenen grundgesetzlichen Bestimmungen ist noch verschiedener in civilrechtlichen und strafrechtlichen Gesetzen enthaltener Verbote zu gedenken. Durch einzelne Gesetze, z. B. das deutsche Wuchergesetz vom 24 Mai 1880, sind bestimmte Rechtsgeschäfte ausdrücklich als nichtig erklärt».—Та же мысль проводится во французской судебной практикѣ. Напримѣръ, въ такомъ случаѣ. Является ли закономъ публичнаго порядка норма, запрещающая женщинѣ вступать въ бракъ ранѣе 9 мѣсяцевъ со дня смерти предыдущаго мужа? *Cour d'appel de Pau* (30 ноября 1898) мотивируетъ отрицательный отвѣтъ слѣдующимъ образомъ: «En matière d'empêchement à mariage, le législateur a pris soin de sanctionner les dispositions d'ordre public par des nullités qui peuvent être invoquées soit par les parties, soit par le ministère public. Or, l'inobservation du délai légal n'entraîne aucune nullité. L'art. 194 du Code pénal contient, à la vérité, une saction de la défense posée par l'art. 296; mais elle ne vise que l'officier de l'état civil».—Ср. Despagnet, *Ordre public*, Clunet, 1889, стр. 213.

²⁾ Иногда та же мысль отражается въ нѣсколько иной формѣ. Къ *ordre public* относятъ такъ называемые «запретительные» законы, *leggi proibitive* итальянскаго кодекса, ст. 12. Критерій этотъ явно недостаточенъ; см. Rouen 28 января 1903 года, Clunet 1903, стр. 585.—Ср. Klein, *op. cit.*, стр. 487—488.

³⁾ Примѣръ ссылки на диспенсацію, какъ на аргументъ, говорящій противъ *ordre public*, см. у Marcusen, *op. cit.*, стр. 47. Contra, С. Busdugan, *Du mariage des Roumains etc.*, Journal Clunet, XXVII, стр. 755.

⁴⁾ Интересный критерій публичнаго порядка, также лежащій внѣ закона, даетъ, вмѣстѣ съ Zitelmann'омъ, Barazetti («Erörterungen auf dem Gebiete etc., Böh., 1898, стр. 128): «Das fremde Recht, könne auch noch in anderer Beziehung völkerrechtlichen Anforderungen widersprechen, namentlich könne sich dies bei Staatsverträgen zeigen. Es sei denkbar, dass das fremde Recht seine materiellrechtlichen Bestimmungen nicht so gestaltet habe, wie es solche durch einen völkerrechtlichen Vertrag zu gestalten verpflichtet war. Hier könne man dem anderen Teil, d. h. dem anderen völkerrechtlichen Vertragsteil, sicherlich nicht zumuten, das fremde Recht so, wie es wirklich lautet, anzuwenden». Такой критерій, по самому существу дѣла, носить совершенно исключительный характеръ.

38.—Вторая категория отвѣтовъ базируется на опредѣленіи законовъ публичнаго порядка исключительно по внутреннему содержанию тѣхъ матеріальныхъ нормъ, о которыхъ идетъ рѣчь. Предполагается, что нѣкоторые законы настолько важны, настолько «хороши» и авторитетны, что судья не можетъ отрѣшиться отъ нихъ: онъ примѣняетъ такіе законы потому, что содержание ихъ, такъ сказать, подавляетъ его юридическое мышленіе и заставляетъ его откинуть какія бы то ни было соображенія о международномъ общеніи.

Почти всѣ авторы, писавшіе о публичномъ порядкѣ, рано или поздно, приходятъ къ необходимости сослаться на экстраординарное содержаніе даннаго закона, отличающее его отъ всѣхъ остальныхъ матеріальныхъ нормъ и заставляющее примѣнять этотъ законъ вопреки конфликтнымъ нормамъ. Разногласіе начинается только тогда, когда приходится опредѣлить конкретно, какими признаками должна опредѣляться подобная «важность» нормы.

Одни авторы—весьма многочисленные—говорятъ о «добрыхъ нравахъ» и о «морали». Законы, противорѣчащіе основамъ нравственности (какъ понимаетъ ихъ данный судья)—не могутъ быть примѣняемы судомъ. Это начало выражено въ нѣсколькихъ положительныхъ законодательствахъ ¹⁾ и защищается большимъ количествомъ ученыхъ ²⁾. Однако, очевидно, что эта формула не является безспорной. Съ одной стороны, мы должны

¹⁾ «Moral y buenas costumbres», Аргентинскій кодексъ, 1871, ст. 14; «Moral publique», Конгосскій законъ 1891 г., ст. 9; «guten Sitten», проектъ Gebhard, ст. 35; idem, I Lesung, § 24; II Lesung, § 2264; «sittlich verwerflich», проектъ Niemeier, § 1; «il buon costume», Итальянскій кодексъ, см. § 12; Черногорскій кодексъ, 1888, ст. 8; Испанскій кодексъ, 1889 г. ст. 11. — Ср. проектъ большинства въ Гаагѣ, 1894; Lainé, La conférence de la Haye, Clunet, 1906, стр. 979.—Köln 23 ноября 1897, Böhm, 1898, стр. 46 и 228: «Das Verbot der Erbschaftszund Erbverträge [beruht] auf der Ausschauung des Gesetzgebers, dass Verträge über die Erbschaft eines Lebenden den guten Sitten und der öffentlichen Ehrbarkeit zuwiderlaufen».

²⁾ Klein, Op. cit., стр. 491; Mancini, De l'utilité de rendre obligatoires etc., Clunet, 1874, стр. 297.

признать, что существуют такіе законы, которые, несомнѣнно, основаны на соображеніяхъ общественной нравственности, но которые, несмотря на это, абсолютнымъ территоріальнымъ значеніемъ ¹⁾ не пользуются ²⁾. Съ другой стороны, совершенно очевидно, что имѣется безконечный рядъ законовъ, не состоящихъ ни въ какомъ отношеніи къ нравственности и въ то же время примѣняемыхъ по абсолютно территоріальной формулѣ: напримѣръ, законы фискальные, законы таможенные и т. д. ³⁾. Для того, чтобы справиться съ первымъ возраженіемъ, авторы-романисты прибѣгаютъ къ гипертрофированію понятія нравственности: не всякая безнравственность—говорятъ они ⁴⁾—запрещается территоріальными нормами, а только безнравственность сугубая, квалифицированная ⁵⁾, только «l'immoralité absolue» ⁶⁾.

¹⁾ Wharton, напримѣръ, совершенно правильно считаетъ, что нѣтъ института болѣе затрагивающаго добрые нравы и общественную нравственность, какъ брачная дѣеспособность. «A matter of distinctive national policy... closely concerns public ordre and good morals». Цит. у Kahn, Abhandlungen, стр. 68.

²⁾ На этомъ соображеніи основана вся статья G. Diena, Influence que peut exercer sur la validité d'une substitution un changement de nationalité du grève, Clunet, 1894, стр. 262: «Suffit-il que cette prohibition ait pour fondement des motifs de moralité, pour qu'on la considère comme étant d'ordre public?» Ответъ отрицательный, стр. 263.

³⁾ «Die Fragen, ob die Bienenkörbe dem Pächter oder dem Grundeigentümer gehören, ob von dem entdeckten Schatz die Hälfte dem Finder anheimfalle... das sind Dinge von so fundamentaler Bedeutung, solche Lebens- und Existenzfragen des Gemeinwesens, dass ihnen gegenüber Volljährigkeit, väterliche Gewalt, Fähigkeit zur Eheschliessung und Aennl. als verschwindende und die öffentliche Ordnung nur ganz indirekt und von weitem berührende Verhältnisse in den Hintergrund treten!» Kahn, Abhandlungen, стр. 67—68.

⁴⁾ Интересный случай съ постановленіемъ о безответственности пароходной компаніи за утерянный багажъ, не признаннымъ за противное публичному порядку (нѣтъ-де ничего противнаго «à la morale universelle») — цитированъ у Pillet, Principes etc., стр. 418, прим. 1.

⁵⁾ Diena, ibidem, стр. 263.—Ср. характерно-наивныя сѣтованія («met-trait au ban des nations civilisées celle qui aurait le triste courage etc.») въ рѣшеніи Aix 23 января 1899, Clunet, 1901, стр. 106—107.—«Incestueux dans l'opinion de toutes les nations chrétiennes», Chacery Division, 26 февраля 1902 г., Clunet, 1903, стр. 192.

⁶⁾ Предѣлы этой абсолютной нравственности установить совершенно

Для того, чтобы справиться со вторымъ соображеніемъ, авторы прибѣгаютъ къ такому приему: указавъ на нравственность, какъ на критерій законовъ публичнаго порядка, они прибавляютъ, что «... ordre public существуетъ еще и въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, кромѣ нарушенія нравственности». При этомъ указывается, что подобные «другіе случаи подлежатъ особому перечисленію. Я сейчасъ перейду къ этимъ «другимъ случаямъ». Теперь же я имѣю право сказать, что *bonnes mœurs*» не являются критеріемъ общественнаго порядка: ибо они не достаточны¹⁾ и не необходимы²⁾ для появленія этого сфинкса.

Какія же дополнительные понятія выставляются рядомъ съ нравственностью? Этотъ вопросъ можетъ быть, съ полнымъ правомъ, изображенъ въ обратной формѣ: какія понятія не выставляются въ качествѣ критерія? Въ самомъ дѣлѣ. Приведу лишь немногія данныя; и ихъ будетъ достаточно для того, чтобы охарактеризовать существующій хаосъ понятій. «Публичное право»³⁾,

невозможно. Мы имѣемъ—съ одной стороны, случай, когда судья соглашался разбирать иски о безспорномъ *pretium stupri*. Ср. Clunet, 1897, стр. 903. — «Es ist verkehrt, anzunehmen, dass die Prohibitivgesetze dieser Art nothwendig gerade Gesetze von einer aussergewöhnlich strengzwingenden, ganz hervorragend wichtigen Natur seien». Kahn, Abhandlungen, стр. 32.— Съ другой же стороны, мы имѣемъ указанія на то, что предоставленіе брату двойной доли въ наслѣдствѣ, по сравненію съ сестрой—разсматривается уже какъ нарушеніе публичнаго порядка. Ср. Clunet, 1898, стр. 213: «Par la loi musulmane, les filles sont héritières aussi bien que les fils, mais la part de ceux-ci est double de la leur (Macnaghten, op. cit., p. 1). Elle donne par le fait un privilège à la masculinité. Soumettre le partage des immeubles laissés par Hossen Cassin à la loi musulmane serait créer l'inégalité entre les enfants, ce qui violerait un principe qui tient à l'ordre public à Maurice». Затѣмъ, характерно указаніе A. Laurent (De la validité d'un mariage religieux, etc. Clunet, 1895, стр. 275), считающаго, что простой фактъ церковнаго вѣнчанія (безъ предварительнаго гражданскаго брака) можетъ быть разсматриваемъ, какъ нарушеніе *ordre public*!

¹⁾ Первая гипотеза.

²⁾ Вторая гипотеза.

³⁾ Проектъ Гаара, 1894, *majorité*. Clunet, 1905, стр. 979.

«политическая организація»¹⁾, «экономическій строй»²⁾, «интересы государства»³⁾, «жизненные интересы»⁴⁾, «права общества»⁵⁾, «интересы общества»⁶⁾, «основные интересы государства»⁷⁾, «безопасность личности и поддержаніе порядка»⁸⁾, «порядокъ и безопасность территории»⁹⁾, «общественныя гарантіи»¹⁰⁾, «естественное право»¹¹⁾, «цѣль, преслѣдуемая въ *lex fœdi*»¹²⁾, «конституціонные законы»¹³⁾, «справедливость»¹⁴⁾, «основные принципы»¹⁵⁾, и т. д.

Если сопоставить всѣ эти понятія и, при этомъ, обратитъ вниманіе, что у разныхъ авторовъ перечисленные критеріи и комбинируются, и взаимно перепле-

1) Напримѣръ, у Contuzzi.

2) Diena, *op. cit.*, стр. 260 и сл. То же у Fusinato.

3) Напр., Laurent, *Droit civil international*, I, стр. 341. Гаара, 1894, V, ст. 11. Институтъ, 1880 (Oxford).—Критерій этотъ отрицается въ рѣшеніи Oberlandgericht Colmar 22 октября 1895, Böhm, 1897, стр. 126: «[Es kann] nicht genügen, dass für die Erlassung dieser Vorschriften auch öffentlichrechtliche Erwägungen massgebend waren, da dieses auf dem Gebiete des Erbrechts, auf welchem Bestimmungen privatrechtlicher und Rücksichten öffentlichrechtlicher Natur fortwährend in einander greifen, durchgängig der Fall ist».

4) Weiss, *Traité*, стр. 516.

5) Проектъ бельгійскаго кодекса, ст. 14.

6) Конгоскій законъ 1891 г., ст. 9. То же у Buzzati.

7) Despagnet, *Précis*, стр. 175.

8) Aix 8 марта 1897, Clunet, 1897, стр. 571: «On entend par lois de police et de sûreté toutes celles qui ont pour objet la sûreté des personnes et des propriétés et le maintien du bon ordre», — Rouen 28 января 1913, Clunet, 1903, стр. 585.—Aix 15 ноября 1897, Clunet, 1898, стр. 558.

9) Brocher, *Cours*, I, стр. 107.

10) Pillet, *Principes*, *passim*.—M. Bernard, *Principes de droit international privé*, Clunet, 1904, стр. 663.

11) Neumann, № 58.

12) E. G., ст. 30. — II *Lesung*, § 2264. — Саксонскій кодексъ, 1868, ст. 19.

13) M. Klein, Böhm, 1897, стр. 491.

14) II *Lesung*, § 2264.—Отрицается у Levillain, *Ventes volontaires de navires nationaux à l'étranger*, Clunet, 1897, стр. 43.

15) Despagnet, *L'ordre public*, Clunet, 1889, стр. 15. То же у Esperson.

таются ¹⁾ (при чемъ ни одинъ изъ перечисленныхъ критеріевъ не выдѣляется въ качествѣ рѣшающаго, безповоротнаго, окончательнаго...), то мы придемъ къ сознанію полной безпомощности ²⁾. И сознаніе этой безпомощности еще увеличится, если мы обратимъ вниманіе на слѣдующее обстоятельство: значительная часть перечисленныхъ критеріевъ примѣнима не только къ законамъ публичнаго порядка, но и къ тѣмъ діаметрально противоположнымъ коллизіоннымъ нормамъ, которыя предписываютъ примѣненіе мѣстныхъ законовъ. Ибо очевидно, что если коллизіонная норма опредѣляетъ брачную дѣеспособность по національному закону,—то эта норма не имѣетъ ничего общаго съ законами публичнаго порядка. А между тѣмъ она диктуется и «интересами общества», и «интересами государства», и «справедливостью», и «основными принципами». Всѣ перечисленные выраженія взяты мною изъ только что приведеннаго списка критеріевъ экстраординарности. Слѣдовательно, мы пришли къ безвыходному положе-

¹⁾ Kahn, Abhandlungen, § 42, сводитъ различные предложенные критеріи въ такую формулу: «Lois d'ordre public international sind diejenigen Gesetze, welche enger als alle andere mit den Lebensinteressen der Gesellschaft verwachsen sind, welche die tiefsten Fundamente des Staates berühren; welche dem Gesetzgeber von solcher Wichtigkeit sind, dass er sie zu den nothwendigsten Existenzbedingungen des Gemeinwesens rechnet; er würde glauben, den Staat zu gefährden, wenn er sie aufheben oder verändern sollte. Hand in Hand mit diesem ersten und hauptsächlichen Gedanken geht ein zweiter, nahe verwandt, aber durchaus nicht identisch mit demselben: Lois d'ordre public international sind diejenigen Gesetze, welche unmittelbar das Interesse des Staates und seiner Organe zum Gegenstand haben; die lois d'ordre privé dagegen berühren das Staatswohl immer nur mittelbar, ihr unmittelbarer Gegenstand sind die Individuen».

²⁾ Советую прочитать то, что написано у Fiore («De la limitation, de l'autorité des lois étrangères et de la détermination des lois d'ordre public», Clunet, 1908, стр. 354 и сл.) по вопросу объ опредѣленіи понятія публичнаго порядка. Когда читаешь эти безпомощныя и наивныя разсужденія и когда затѣмъ вдругъ наталкиваешься на заключительную фразу: «après avoir ainsi fixé la notion exacte des lois d'ordre public»,—то невольная улыбка оказывается единственнымъ возможнымъ отвѣтомъ.

нiю: одни и тѣ же критерiи оказываются отличительными признаками и обыкновенныхъ конфликтныхъ нормъ, и экстраординарныхъ правилъ публичнаго порядка. Какъ ни бросается въ глаза этотъ абсурдъ, но онъ тѣмъ не менѣе спокойно преподается, въ качествѣ глубокомысленнаго замѣчанiя, многими представителями Школы: — наиболѣе же характерно у Grosche¹⁾, который такъ и говоритъ, что конфликтныя нормы, предписывающiя примѣненiе національнаго закона, «диктуются соображенiями публичнаго порядка, опирающимися на весьма важныя социальныя потребности».

При такомъ положенiи дѣла не мудрено, что мы встрѣчаемъ лицъ, буквально падающихъ духомъ. Понятiе публичнаго порядка, — говоритъ Fedozzi²⁾, — совершенно неуловимо. Какую бы ни взяли формулу, она-де будетъ и хороша, и плоха, въ зависимости отъ искусства истолкователя. «Les lois d'ordre public, — говоритъ другой изслѣдователь³⁾, — cette louche formule qui convient philosophiquement à toutes les lois sans exception». Наконецъ, наиболѣе характеренъ Despagnet⁴⁾, по мнѣнiю котораго «критерiя для понятiя публичнаго порядка не существуетъ». Нормы эти, по мнѣнiю указаннаго автора, обнаруживаются⁵⁾ путемъ «изученiя мысли за-

¹⁾ Cours, I, стр. 23: «Ce n'est pas seulement comme motif de restreindre l'application des règles ordinaires que l'ordre public agit dans notre doctrine, il la domine dès la base jusqu'au sommet: il la marque toute entière de son empreinte. C'est par des considérations d'ordre public, appuyées sur de puissantes nécessités sociales, que l'état et la capacité des personnes doivent, en principe, rester soumis en tout pays à la loi du domicile ou à celle de la patrie, suivant le système auquel on s'arrête». Ср. любопытныя и совершенно правильныя замѣчанiя у Kahn, Adhandlungen etc., § 14.

²⁾ P. Fedozzi, Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international, Clunet, 1897, стр. 72.

³⁾ De Vareilles Sommières, La synthèse du droit international privé, Clunet, 1900, стр. 19.

⁴⁾ L'ordre public en droit international privé, Clunet, 1889, стр. 215.

⁵⁾ Ср. Fiore, Traité etc., стр. 54—55: «Ce serait une oeuvre vaine et insuffisante que de vouloir établir des criterium généraux pour distinguer

конодателя и тѣхъ основныхъ принциповъ, которые, явно или скрыто, установлены въ данной странѣ»¹⁾.

39.—Остановимся на мгновение на этомъ результатѣ нашего критическаго изслѣдованія.

Итакъ, абсолютнаго критерія для законовъ публичнаго порядка не существуетъ. Все дѣло сводится къ тому, чтобы отыскать истинную волю законодателя, независимо отъ того, выражена ли она *expressis verbis* или *implicite*. Это звучитъ чрезвычайно просто. Но внимательный читатель тотчасъ же замѣтитъ, что это зву-

dans chaque législation les dispositions d'ordre public». Surville, De la personnalité des lois comme principe fondamental etc., Clunet, 1889, стр. 538: «Il convient de reconnaître franchement que tous les efforts qu'on peut faire pour établir un criterium de distinction entre les diverses lois d'ordre public sont vains».

¹⁾ Вѣроятно, правильнѣе было бы сказать, что установленіе критерія публичнаго порядка невозможно по самому существу дѣла. Въ самомъ дѣлѣ. Если мы предположимъ, что законы *ordre public* суть какіе-то особенно важные, особенно существенные, особенно отличающіеся отъ иностранныхъ законы, то мы должны допустить и необходимое слѣдствіе подобнаго противоположенія: мы должны сказать, что законы *ordre public* примѣняются только тогда, когда имъ противопоставляются иностранныя нормы сугубо-непохожія, сугубо-отличающіяся. При маломъ несходствѣ двухъ правопорядковъ представлялась бы странною замѣна одного—другимъ. Между тѣмъ, практика конфликтнаго права даетъ иной отвѣтъ. Если данная норма признана за *ordre public*, то она примѣняется даже въ томъ случаѣ, если соответственная иностранная норма отличается отъ нея лишь второстепенными деталями. Ср. M. Klein, *Örtliches Recht im Ehescheidungssachen*, Böhm, 1897, стр. 493—494. Ср. также J. Aubry, *De la notion de la territorialité en droit etc.*, Journal Clunet, XXIX, стр. 234: «S'il fait prévaloir certaines de ses lois sur des lois étrangères que son propre système rend normalement compétentes, *ratione personae* ou *ratione loci*, se n'est pas seulement par ce qu'il les juge meilleures que ces dernières, c'est par ce qu'il les juge seules bonnes. Son intransigeance à cet égard est absolue, en ce sens qu'il les fera prévaloir aussi bien sur les lois étrangères qui leur ressemblent le plus que sur celles qui leur ressemblent le moins». Та же мысль у P. Fedozzi, *Ufficio, funzione et metodo del diritto internazionale etc.*, Arch. Giuridico, LXIX, стр. 275: «Se quest'ultima il legislatore ritiene assolutamente buona e necessaria, è evidente che la sua intolleranza deve spiegarsi egualmente in confronto a tutte quante le leggi straniere, siano queste vicine o lontane per il loro contenuto alla legge territoriale».

читъ, въ то же время, — совершеннымъ отказомъ отъ теоріи «экстраординарности». Ибо, въ самомъ дѣлѣ, кто же не знаетъ, что и во всѣхъ остальныхъ конфликтныхъ нормахъ дѣло идетъ именно о волю законодателя? Если статья 835 Зак. о Сост. предписываетъ опредѣлять наследованіе иностранца по русскому закону, — то судья при разборѣ конкретныхъ казусовъ, долженъ констатировать наличную волю законодателя и исполнить ее. Почему онъ долженъ исполнить ее? Именно потому, что это есть воля законодателя. Если публичный порядокъ сводится къ тому, что въ нѣкоторыхъ другихъ случаяхъ, заранѣе не опредѣлимыхъ, мы должны искать — какъ говоритъ Despagne — тоже волю законодателя, то понятіе публичнаго порядка, въ такой формулировкѣ, не вноситъ въ дѣло ничего ни экстраординарнаго, ни даже отличающагося отъ обычныхъ конфликтныхъ нормъ.

Теоретики публичнаго порядка, очевидно, исходятъ изъ той мысли, что воля законодателя проявляется въ конфликтныхъ нормахъ не такъ, какъ въ публичномъ порядкѣ. Но доказать эту мысль они не могутъ. Разсужденіе вѣдь ведется слѣдующимъ образомъ. «Законодатель предписываетъ каждой нормѣ соответственный конфликтный характеръ...» «Судья подчиняется...» «Но затѣмъ оказывается, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ исполнить предписаніе законодателя нельзя...» «Ибо существуютъ соображенія публичнаго порядка...». Тотъ, кто въ этотъ моментъ остановится и станетъ отыскивать критерій публичнаго порядка въ чемъ-то абсолютномъ, внѣ закона лежащемъ — тотъ, дѣйствительно, даетъ законченную мысль, кое-какъ стоящую на ногахъ. Но тотъ, кто, послѣ тщетныхъ поисковъ критерія въ области абсолютной мысли, ставитъ на этихъ поискахъ крестъ и, возвратившись обратно къ законодателю, говоритъ: «... понятіе же публичнаго порядка есть понятіе воли законодателя, желающаго, чтобы данная

матеріальная норма примѣнялась въ данной конфликтной комбинаціи»,— тотъ даетъ уже не самостоятельную мысль, а лишь законченный кругъ аргументовъ, заключающийся въ томъ самомъ мѣстѣ, откуда онъ вышелъ. Ибо въ перечисленной аргументаціи можно выкинуть всѣ промежуточные извилины и сказать: «данная норма примѣняется въ такихъ конфликтныхъ комбинаціяхъ, какія предписаны ей волею законодателя; но если въ какомъ-нибудь частномъ случаѣ (обыкновенно публичнымъ порядкомъ называемомъ) законодатель предписываетъ примѣнить иную конфликтную комбинацію, то, очевидно, что и эта воля законодателя должна быть исполнена».

Съ этой точки зрѣнія понятіе публичнаго порядка является лишь длиннымъ и труднымъ путемъ для отысканія того самаго объема матеріальной нормы, который въ другихъ случаяхъ устанавливается непосредственно изъ воли законодателя, безъ сложнаго приходящаго аппарата матеріально-правовыхъ соображеній.

40.—И этотъ выводъ приводитъ насъ къ послѣдней и наиболѣе неудачной теоріи въ области опредѣленія публичнаго порядка по содержанію матеріальной нормы.

Существуютъ ученые, которые утверждаютъ, что критерій публичнаго порядка не только не выработанъ, но и не долженъ быть устанавливаемъ: такъ какъ—де самая сущность этого понятія заключается въ его текучести, постоянной и необходимой измѣнчивости¹⁾. Понятно, что при такой постановкѣ дѣла остается только одинъ выходъ. Такъ какъ самъ законодатель не можетъ опре-

¹⁾ Bartin, *passim*.—Ср. F. Despagnet, *D'une nouvelle dénomination de ce qu'on appelle droit international privé etc.*, Clunet, 1898, стр. 17: «Vouloir soumettre tous les Etats à une conception uniforme des lois de police et de sûreté, ainsi que les appelle notre Code civil, vouloir établir partout une même notion du bon ordre social et des bonnes moeurs, c'est assujétir à une prescription supérieure les Puissances, c'est détruire leur souveraineté dans sa manifestation la plus énergique et la plus essentielle». Ср. Pillet, *Principes*, стр. 398.

дѣлать сфинкса, то выясненіе его должно быть взывано на судью. Эта точка зрѣнія также защищается въ литературѣ¹⁾.

Позволительно, однако, спросить себя: каковъ же будетъ характеръ той дѣятельности, которая будетъ навязана судья? По этому поводу существуетъ въ Школѣ два мнѣнія, впрочемъ, плохо дифференцированныхъ: одни авторы²⁾ старательно подчеркиваютъ, что судья «devra sans cesse avoir l'oeil fixé sur le but que le législateur s'est proposé». Другими словами, указывается, что судья будетъ имѣть одну задачу—отыскать волю законодателя и исполнить ее. Но другіе авторы доходятъ до того, что предоставляютъ судья право не считаться съ «предразсудками», установившимися въ данной странѣ, и требуютъ, чтобы судья считался только съ абсолютной, внѣ государства стоящей правдой. Соответственно этому Laurent разрешаетъ иностранцамъ разводиться въ такой странѣ, въ которой бракъ считается, по соображеніямъ нравственности, ненарушимымъ³⁾.

Очевидно, что первая постановка вопроса не вноситъ въ дѣло ничего новаго. Если критерій устанавливается судьей, но такимъ судьей, который ищетъ указаній въ законѣ,—то мы имѣемъ дѣло съ теоріей, только что изображенной въ § 39-мъ. Центръ тяжести остается,

¹⁾ P. Fedozzi, *op. cit.*, стр. 72: «[la notion d'ordre public] ne peut être exactement appréciée que par le juge dans chaque cas particulier». — Ср. Barazetti, *Erörterungen auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts*, Böhm, 1898, стр. 126: «Hier ist nun dem richterlichen Ermessen ein weites Feld eröffnet, um festzustellen, inwiefern das an sich anzuwendende fremde Gesetz den guten Sitten widerstrebt und inwiefern es gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt» — Despagnet, *L'ordre public*, Clunet, 1889, стр. 18; Weiss, *Traité etc.*, 1898, стр. 93; Westlake, *Treatise*, 1905, стр. 53; Laurent, *Droit civil international*, VIII, стр. 157; Fiore, *trad. Pradier-Fodéré*, 1875, стр. 53.

²⁾ Напримѣръ, Weiss, *loc. cit.*, стр. 93.

³⁾ Laurent, *Droit civil international*, V, стр. 274.

все-таки, на волѣ законодателя. Наоборотъ, вторая доктрина представляется своеобразной. Судья, который устанавливаетъ публичный порядокъ вопреки волѣ законодателя, очевидно, является такой фигурой, которая заслуживаетъ серьезнаго вниманія. Но для систематика права эта фигура является бесполезной. Ибо, если судья можетъ устанавливать конфликтныя нормы вопреки волѣ законодателя, то онъ именно и является законодателемъ по мелкимъ казусамъ, конкретно возникающимъ.

Значить, въ конечномъ результатѣ разбираемые критеріи экстраординарности вывели насъ изъ статики права и привели въ генетику. Мы дали судью право законодательствовать, и всѣ наши разсужденія сдѣлались разсужденіями *legis ferendae*;—маленькой, случайной *legis*, но все-таки *legis ferendae*, а не *latae*.

41.—Мы исчерпали всѣ возможныя постановки въ области изображенія экстраординарности публичнаго порядка съ точки зрѣнія содержанія соответствующихъ нормъ. Точный анализъ литературы и положительныхъ законодательствъ доказалъ намъ, что нормы публичнаго порядка не могутъ быть выдѣлены въ особую группу чего-то экстраординарнаго—по той простой причинѣ, что нѣтъ такого критерія, коимъ бы эта экстраординарность могла быть охарактеризована. Вѣрнѣе сказать: мы нашли такой критерій въ самомъ конечномъ результатѣ нашихъ разсужденій; но этотъ критерій оказался лежащимъ не въ той плоскости, по которой мы рѣшили двигать наше изслѣдованіе: не въ области догмы, а въ области политики права.

Доколѣ мы остаемся на плоскости *legis latae*, понятіе публичнаго порядка оказывается подчиненнымъ такимъ принципамъ, которые общи и ему, и всѣмъ остальнымъ конфликтнымъ нормамъ.

IV.

42.—Второй вопросъ, который былъ нами поставленъ, заключается въ слѣдующемъ: не заключается ли экстраординарность нормъ публичнаго порядка въ какихъ-либо специфическихъ, имъ однимъ свойственныхъ, особенностяхъ пространства дѣйствія?

Конкретно. Представимъ себѣ, что публичный характеръ данной нормы установленъ непрерываемо. Возникаетъ тогда вопросъ: можно ли на этомъ основаніи дать безусловныя и характерныя указанія относительно того, въ какихъ именно случаяхъ примѣняется данная норма? Очевидно, что если мы разрѣшимъ этотъ вопросъ утвердительно и найдемъ ту комбинацію случаевъ, которая свойственна только нормамъ публичнаго порядка,—то тогда мы будемъ въ состояніи разсуждать и обратно: если передъ нами проходитъ норма, которая всегда примѣняется въ той характерной комбинаціи, которую мы признали специфичной именно для законовъ публичнаго порядка, то, значитъ, эта норма и есть норма *ordre public*. Если мы будемъ разсуждать этимъ путемъ, то тогда критерій экстраординарности будетъ лежать не въ матеріальномъ содержаніи нормы, а именно въ характеристикѣ тѣхъ случаевъ, когда эта норма примѣняется, въ пространствѣ ея дѣйствія.

Школа даетъ, какъ извѣстно, весьма опредѣленный отвѣтъ на поставленный нами вопросъ. Она говоритъ:

да, если констатировано, что статья 340 кодекса Наполеона имѣеть свойство публичнаго порядка, то Французскій судья обязанъ примѣнять ее во всѣхъ тѣхъ искахъ, которые восходятъ на него, Французскаго судьи, разсмотрѣніе ¹⁾. Другими словами, этотъ (въ значительной степени, трафаретный) тезисъ выражается такъ: *ordre public* всегда опредѣляется по *lex fori* ²⁾. Казалось бы, что не можетъ возникать по данному вопросу никакого сомнѣнія: сущность законовъ публичнаго порядка, по установившемуся словоупотребленію, въ томъ именно и заключается, что останавливаютъ примѣненіе иностраннаго закона и ставятъ на его мѣсто *lex fori*. Но если подойти къ этому тезису, давно сдѣлавшемуся шаблоннымъ, съ критическимъ анализомъ, то получится иной выводъ.

43.—Прежде всего совершенно несомнѣнно, что существуетъ цѣлый рядъ нормъ публичнаго порядка, которыя примѣняются не ко всѣмъ восходящимъ на разсмотрѣніе даннаго судьи дѣламъ, а только къ тѣмъ, въ которыхъ замѣшаны свои, мѣстные подданные. Публичный порядокъ, несомнѣнно, заинтересованъ въ томъ, чтобы несовершеннолѣтній не попадался въ руки недобросовѣстныхъ лицъ. Выдача векселя лицомъ, не достигшимъ 21 года, представляется, съ точки зрѣнія русскаго законодательства, очень важнымъ казусомъ, затрагивающимъ не только интересы даннаго векселедателя, но и всего правового оборота, всей постановки дѣла общественной честности. Такимъ образомъ, статья 220 т. X ч. I Зак. Гражд. явно носитъ характеръ нормы публичнаго порядка. Но она не примѣняется къ иностранцамъ.

Извѣстно, какимъ путемъ Школа старается объяснить это противорѣчіе. Съ легкой руки Brocher ³⁾, она

¹⁾ Ср. Pillet, Principes, стр. 415, прим. 1.

²⁾ Цитаты, см. у Kahn, Abhandlungen, § 17.

³⁾ Cours de droit international privé, стр. 108 и сл.

различаетъ два вида публичнаго порядка: внутренній, примѣнимый только къ мѣстнымъ подданнымъ,—и внѣшній, обязательный, кромѣ того, и для иностранцевъ. Самъ Вrocher признаетъ, что—по существу затрагиваемыхъ нормъ—два публичныхъ порядка совершенно идентичны: «одни и тѣ же элементы лежатъ въ основаніи обоихъ публичныхъ порядковъ, а именно, нормальное развитіе и безопасность государствъ и высшіе принципы общественности»¹⁾. Различіе между двумя публичными порядками заключается, значитъ, въ предѣлахъ ихъ дѣйствія.

Если вдуматься въ этотъ тезисъ, то мы придемъ къ такимъ выводамъ, которые подведутъ насъ именно къ положенію, выставленному въ началѣ настоящаго параграфа: существуютъ законы публичнаго порядка, которые примѣняются не ко всемъ дѣламъ, восходящимъ до даннаго судьи, а только къ тѣмъ, въ которыхъ участвуютъ мѣстные подданные. Выводъ этотъ диктуется слѣдующими соображеніями. Конечно, никто не можетъ запретить Школѣ именовать публичнымъ порядкомъ только тѣ нормы, которыя примѣняются и къ подданнымъ, и къ иностранцамъ, т. е. тѣ нормы, которыя, значитъ, примѣняются ко всемъ искамъ, восходящимъ до даннаго судьи. Но тогда Школа не имѣетъ права выдавать указываемый ею признакъ универсальности за логическій выводъ, сдѣланный изъ изученія конкретныхъ явленій. Ибо элементарная логика учитъ, что терминологическая предпосылка всегда должна оставаться въ принадлежащей ей скромной роли и никогда не можетъ переходить въ форму такого вывода, путемъ котораго можно будто бы убѣдить людей, не согласившихся на указанную терминологию. Если я желаю называть людьми только негровъ и желаю присвоить ин-

¹⁾ Weiss, *Traité élémentaire*, стр. 518: «L'ordre public international, comme l'ordre public interne, procède de l'intérêt général».

дивидамъ кавказской расы другое названіе,—то я, конечно, могу сказать: «всѣ люди черны». Но этотъ выводъ, очевидно, не будетъ обязательенъ для тѣхъ, кто не принялъ данной условной терминологіи.

Указанныя разсужденія примѣнны и къ теоріи Brocher. Онъ правъ, утверждая, что, по его мнѣнію, законы публичнаго порядка примѣняются ко всѣмъ дѣламъ, восходящимъ на разсмотрѣніе даннаго судьи. Но онъ правъ—только потому, что, путемъ терминологическимъ, т. е. путемъ условнымъ, онъ предварительно изъясилъ изъ своего горизонта всѣ тѣ нормы публичнаго порядка, которыя не примѣняются къ иностранцамъ. Небольшой конкретный примѣръ покажетъ съ надлежащею очевидностью, какъ бесполезенъ для реальной жизни тотъ приемъ, который примѣненъ у Brocher. Возникаетъ вопросъ о томъ, является ли запрещеніе субституцій—институтомъ публичнаго порядка? Всякій человѣкъ, занимавшійся конфликтнымъ правомъ, если онъ просто подойдетъ къ этому вопросу, знаетъ, въ чемъ заключается реальная цѣль, преслѣдуемая этимъ вопросомъ. Онъ знаетъ, что когда спрашиваютъ: «имѣетъ ли характеръ публичнаго порядка запрещеніе субституцій?»—то, строго говоря, спрашиваютъ: «обязаны ли иностранцы подчиниться запрещенію субституцій?» И когда начинаютъ разбираться въ общественныхъ и социальныхъ мотивахъ, продиктовавшихъ законодателю запрещеніе субституцій, то всю эту сложную аргументацію ведутъ только для одного: для того, чтобы сказать себѣ, что запрещеніе субституцій обязательно для иностранцевъ. Если мы введемъ признакъ дополнительный, установленный у Brocher, то мы осложнимъ себѣ задачу. Послѣ выясненія мотивовъ публичнаго порядка, лежащихъ въ содержаніи закона, намъ придется разбирать еще дополнительную контроверзу: примѣнны ли данные законы къ иностранцамъ? И когда мы установимъ, что они къ иностранцамъ примѣнны, то, по

терминологии Brocher, мы назовемъ эти законы законами *ordre public international*. Мнѣ кажется, что нельзя въ болѣе ясной формѣ изобразить наличность безвыходнаго круга: мы начинаемъ съ указанія, что данная норма примѣнима къ иностранцамъ, если она носить характеръ *ordre public international*; а кончаемъ — констатированіемъ того тезиса, что норма имѣетъ характеръ *ordre public international*, если она примѣнима къ иностранцамъ ¹⁾.

44.—Но оставимъ эти споры, могущіе показаться нѣкоторой логомахіей. Въ виду важности поставленнаго мною вопроса, мнѣ нужно изобразить его въ наипростѣйшей формѣ, откинувъ всѣ привходящія обстоятельства, могущія затемнить дѣло. Возьмемъ, значитъ, не *ordre public* вообще, а самый правовѣрный *ordre public international*. Ограничимъ наше изслѣдованіе только такими случаями, относительно которыхъ не существуетъ ни малѣйшихъ колебаній. Будемъ брать только такія нормы, которыя являются классическими примѣрами безспорнаго публичнаго порядка. И попробуемъ доказать, что даже относительно этихъ безспорнѣйшихъ видовъ публичнаго порядка,—такихъ видовъ, относительно которыхъ никакой словесный споръ уже невозможенъ!—въ судебной практикѣ не существуетъ никакого единодушія относительно пространства примѣненія.

¹⁾ Только этою ошибкою объясняется тотъ фактъ, что существуютъ ученые, которые позволяютъ себѣ ставить вопросъ слѣдующимъ образомъ: «эта норма есть *ordre public*—слѣдовательно, она примѣнима только къ мѣстнымъ подданнымъ» (чѣмъ же тогда *ordre public* отличается отъ чистаго *statut personnel*?). См., напр., у Pillet, *Principes*, стр. 358: «On dit que la prohibition [des substitutions] est d'ordre public. Cela est vrai, mais il semble que c'est précisément une raison de ne pas appliquer une loi française à des étrangers qui n'ont rien à faire avec les principes politiques propres à la France». Въ этой цитатѣ заключается кульминаціонный пунктъ, существующій по вопросамъ *ordre public*.

Вопросъ этотъ чрезвычайно важенъ ¹⁾. Онъ еще очень мало изученъ въ литературѣ ²⁾. Но несомнѣнно, что никакая дальнѣйшая правильная разработка вопроса публичнаго порядка невозможна, доколѣ мы не получимъ категорическаго отвѣта на вопросъ ³⁾: какъ далеко простирается дѣйствіе тѣхъ законовъ, которые мы называемъ законами публичнаго порядка?

Заранѣ скажу, каковъ будетъ мой отвѣтъ. Я буду доказывать, что у законовъ публичнаго порядка нѣтъ единаго, характернаго и исключительно имъ свойственнаго объема. Я буду доказывать, что законы публичнаго порядка—точно такъ же, какъ и другія нормы гражданскаго права!—примѣняются въ самыхъ разнообразныхъ комбинаціяхъ мѣста и лица. Въ частности, я буду доказывать, что совершенно неправы тѣ авторы, которые утверждаютъ, что законы публичнаго порядка примѣняются ко всѣмъ процессамъ, восходящимъ на усмотрѣніе даннаго судьи. Если таковъ будетъ преслѣдуемый мною результатъ, то соотвѣтственной должна быть и техника изложенія. Я не могу идти апіорнымъ путемъ. Мнѣ необходимо взять судебныя рѣшенія по самымъ разнообразнымъ вопросамъ частнаго международнаго права и рассмотреть каждое изъ этихъ судебныхъ рѣшеній по отдѣльности. Поэтому, если бы пока-

¹⁾ Pillet, Principes, стр. 419: «La théorie de la détermination de la loi compétente en matière de lois d'ordre public n'a jamais été faite».

²⁾ Онъ правильно поставленъ у Pillet, Principes, Chap. XIV. Любопытно, однако, что въ одной изъ раннихъ своихъ работъ («Etude sur les sources du droit international privé», Clunet, 1891) онъ держался совершенно обратной, традиціонно-нейтральной точки зрѣнія. А именно онъ говорилъ (стр. 18) о territorialité des lois d'ordre public, какъ о чемъ-то само собой разумѣющемся и элементарно-понятномъ. — Ср. J. Aubry, De la notion de la territorialité etc., Clunet, 1901, стр. 264, и его же, Du domaine de la loi d'autonomie etc., Clunet, 1896, стр. 469.

³⁾ «Keines unserer Gesetze, mag es noch so fundamental sein, verlangt exclusive, absolute Anwendung, kein fremdes Rechtsinstitut, mögen wir es noch so sehr reprobiere, können wir einfach «unbeachtet» lassen». Kahn, Abhandlungen, стр. 28.

залось, что дальнѣйшее мое изложеніе будетъ носить отрывочный характеръ,—я за такую особенность дальнѣйшихъ параграфовъ дѣлаю отвѣтственную самую сущность дѣла.

Начну съ разсмотрѣнія четырехъ крупныхъ и совершенно безспорныхъ вопросовъ публичнаго порядка: А) сдѣлки на разность; Б) запрещеніе отыскивать отцовство; В) запрещеніе полигаміи; Г) разводъ. Выяснивъ мое отношеніе къ этимъ четыремъ болѣе крупнымъ вопросамъ, я, затѣмъ, дополню свое изложеніе курсорнымъ анализомъ нѣсколькихъ болѣе мелкихъ, но все-таки характерныхъ проблемъ.

45.—А. Начнемъ съ биржевыхъ сдѣлокъ на разность¹⁾. Въ нѣкоторыхъ государствахъ (Франція, Англія) онѣ считаются дѣйствительными; въ другихъ (Бельгія, Швейцарія)—онѣ обыкновенно лишены судебной защиты; наконецъ, въ третьихъ (Италія)—онѣ признаются дѣйствительными только въ томъ случаѣ, если составлены съ соблюденіемъ фискальных формальностей. Спрашивается: если считать, что ст. 512 швейцарскаго уложенія объ обязательствахъ носитъ характеръ публичнаго порядка,—то какъ, когда и при какихъ условіяхъ она должна быть примѣняема швейцарскими судами? Значитъ, постановка вопроса совершенно ясна. Я не обсуждаю теперь вопроса о томъ, представляетъ ли, или не представляетъ ст. 512 — норму публичнаго порядка. Я считаю этотъ вопросъ рѣшеннымъ въ утвердительномъ смыслѣ и ставлю вопросъ второго порядка: такъ какъ ст. 512 есть публичный порядокъ, нужно опредѣлить объемъ ея примѣненія.

Федеральный судъ, въ рѣшеніи 10 февраля 1905 года,

¹⁾ G. Diena, De la validité des jeux de bourse dans les rapports internationaux, Clunet, 1896, стр. 65 и 284.—Его же, Quelques mots encore sur les jeux de bourse en droit international, Clunet, 1899, стр. 326.—A. Wahl, Les jeux de bourse en droit international, Clunet, 1898, стр. 234.

отвѣтилъ такъ ¹⁾: excerptio статьи 512 примѣнима ко всѣмъ искамъ, вчинаемымъ въ швейцарскомъ судѣ, «даже въ томъ случаѣ, если договоръ былъ совершенъ или подлежалъ исполненію въ другой странѣ, подѣйствиємъ другого закона». Такія же рѣшенія были постановлены: аѳинскимъ судомъ ²⁾ по дѣлу о договорѣ заключенномъ двумя греками въ Турціи;—германскимъ имперскимъ судомъ 1 апрѣля 1896 года ³⁾; — брюссельскимъ апелляціоннымъ судомъ 19 ноября 1890 года ⁴⁾. Въ томъ же смыслѣ ⁵⁾ высказываются и теоретики ⁶⁾.

Однако, единогласіе представляется лишь кажущимся. Если два человѣка, — говоритъ Rolin ⁷⁾, — заключили сдѣлку на разность въ такой странѣ, гдѣ она вполнѣ дозволена, и если, затѣмъ, проигравшій свою ставку перебирается въ Бельгію только для того, чтобы не заплатить своего долга:—то неужели «мы сочтемъ согласнымъ съ моралью, чтобы excerptio игры была примѣнена къ этому человѣку, несмотря на то, что заключенный

¹⁾ Clunet, 1906, стр. 1244.

²⁾ Athènes 1899, № 885, Clunet, 1904, стр. 450: «la vente de fonds ottomans, conclue par des Hellènes en Turquie, avec l'intention de ne pas livrer à l'échéance les titres mêmes, mais de régler la différence en argent entre la valeur des titres à cette époque et le prix stipulé, constitue un jeu de Bourse qui, devant être régi par la loi hellénique d'après laquelle les jeux de Bourse sont prohibés, est nul et non avenue».

³⁾ Clunet, 1898, стр. 936.

⁴⁾ Clunet, 1893, стр. 226.

⁵⁾ Въ томъ же смыслѣ цѣлый рядъ рѣшеній о долгахъ игорныхъ и лотерейныхъ. См., напримѣръ, Аренагаръ 1904, № 64 (Clunet, 1906, стр. 1226); Gand 9 июня 1893 (Clunet, 1894, стр. 586): «L'article 1965 C. civ. qui proscriit toute action pour dette de jeu doit recevoir son application en Belgique, quels que soient les usages commerciaux et la loi du pays où les conventions ont pris naissance».—Ср. Cass. Turin 9 ноября 1896 (Clunet, 1900, стр. 828).—Pillet высказывается (Principes, стр. 414) въ томъ же смыслѣ, но дѣлаетъ важную оговорку: «Cependant si le contrat de jeu avait eu lieu lui même à l'étranger, les juges n'auraient plus aucun motif de ne pas consacrer les obligations qui pourraient en être issues».

⁶⁾ Wahl, Op. cit., стр. 244 и приведенныя въ примѣчаніи ссылки.

⁷⁾ Principes, etc., I, 1897, стр. 287—288.

имъ договоръ былъ совершенно законнымъ и по нормамъ того мѣста, гдѣ онъ былъ подписанъ, и по національному закону обѣихъ сторонъ?» Авторъ развиваетъ свою мысль слѣдующимъ образомъ: платежъ долга не можетъ быть дѣйствіемъ безнравственнымъ; безнравственна лишь биржевая игра; *exsertio* сдѣлано для того, чтобы «*décourager*» желающихъ заключать сдѣлки на разность на биржѣ даннаго государства; но такъ какъ въ данномъ случаѣ *exsertio*, все равно, не достигаетъ своей цѣли и никого не отклоняетъ отъ игры въ иностранномъ государствѣ, — то вопросъ о безнравственности игры отпадаетъ, а остается лишь безнравственность неплатежа долга (всякаго, въ томъ числѣ и биржевого). Въ результатѣ получается, что Rolin предлагаетъ ¹⁾ не примѣнять публичнаго порядка, запрещающаго сдѣлки на разность, къ такимъ искамъ, которые вчинены въ государствѣ, установившемъ запретъ, но которые произошли изъ договоровъ, дозволенныхъ по *lex loci contractus* ²⁾. Не такъ далеко идетъ Jitta, въ своемъ новѣйшемъ изслѣдованіи ³⁾; онъ допускаетъ, что *exsertio* игры не примѣнима къ договорамъ, дозволеннымъ по *lex loci contractus*. (Въ этомъ отношеніи онъ, слѣдовательно, согласенъ съ Rolin'омъ). Но

¹⁾ Того же мнѣнія держится и Brocher, *Cours de droit international privé*, II, 1883, стр. 266: «la loi naturellement compétente en cette matière semble être celle du lieu où l'opération est intervenue». Ср. Savigni, *System*, VIII, стр. 270—271.

²⁾ Этой точки зрѣнія держится и рѣшеніе Bruxelles 23 апрѣля 1891, Clunet, 1893, стр. 225: «Les tribunaux belges ne peuvent refuser d'appliquer aux marchés à terme qui ont été conclus en France et y ont reçu leur exécution, alors même qu'ils constitueraient des opérations de jeu, la loi française du 28 mars 1885 qui reconnaît la légalité des marchés à terme sur effets publics et abolit l'exception de jeu à l'égard des obligations résultant de ces marchés, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence». Редакціонное примѣчаніе къ этому рѣшенію, повидимому, основано на недоразумѣніи.

³⁾ J. Jitta, *La substance des obligations dans le droit international privé*, I, 1906, стр. 148—149.

какъ поступить, если договоръ заключенъ по *lex loci contractus* двумя лицами, домицилированными въ томъ государствѣ, въ которомъ сдѣлки на разность запрещены? Jitta дѣлаетъ въ этомъ случаѣ исключеніе и признаетъ сдѣлку безъисковой: «государство, устанавливающее запретительное постановленіе и, путемъ этого постановленія, борящееся съ развратомъ, не можетъ оставаться пассивнымъ, если лица, проживающія въ этомъ государствѣ, обходятъ законы, отправляясь для игры за границу». Jitta не касается вопроса о подданствѣ ¹⁾.

Читатель замѣтилъ, что я совершенно не подымаю вопроса о томъ, кто изъ приведенныхъ авторитетовъ правъ:—федеральный ли судъ, бельгійскій ли ученый, или голландецъ? Меня занимаетъ въ настоящее время другое обстоятельство: всѣ три авторитета безъ колебаній признаютъ, что запретъ сдѣлокъ на разность есть законъ публичнаго порядка; но это обстоятельство не мѣшаетъ имъ расходиться по вопросу о томъ, къ какому именно искамъ слѣдуетъ примѣнять запретительную норму. Въ частности, германскій имперскій судъ примѣняетъ ее ко всякимъ искамъ, вчинаемымъ въ Германіи ²⁾; Rolin—только къ искамъ изъ биржевой игры, происходившей въ данномъ государствѣ; а Jitta—къ искамъ Rolin'a, плюсъ иски изъ игры, происходившей за границей между лицами, домицилированными въ дан-

¹⁾ Arg.: «La nationalité des parties... sera sans influence», стр. 148.

²⁾ Wahl, loc. cit., стр. 246, настолько гипертрофируетъ объемъ разбираемой ехертіо, что позволяетъ требовать назадъ уплаченнаго, если *lex fori* это предусматриваетъ,—и даже къ тѣхъ случаяхъ, когда игра была ведена въ дозволяющемъ ее государствѣ между его подданными, и когда уплата состоялась тамъ же! Ср. Quarrier v. Colston, Westlake 4 изд., 1905, стр. 284.—Fuld (Ausländische Urteile und die deutsche C. P. O., Böhm, 1898, стр. 378—379) гипертрофируетъ въ другую сторону, отказывая въ ехекуатуръ судебнымъ рѣшеніямъ, касающимся уплаты по сдѣлкамъ на разность. Contra M. Klein, Vollstreckung der Civilurtheile etc., Böhm, 1897, стр. 102.

номъ государствъ. Изъ этого я могу заключить, что формула публичнаго порядка дозволяетъ—безъ всякаго абсурда!—признавать за соотвѣтственной матеріальной нормой три разныхъ объема. Это и значить, что у нормъ публичнаго порядка нѣтъ никакого заранѣе установленнаго и необходимо вытекающаго изъ сущности вещей пространства дѣйствія.

Само собой разумѣется, что этотъ выводъ является только предварительнымъ; мнѣ надлежитъ подтвердить его цѣлымъ рядомъ другихъ примѣровъ.

46. — Возьмемъ теперь обратный случай. *Lex loci contractus* запрещаетъ искать по сдѣлкамъ на разность, а *lex fori*—дозволяетъ. Возникаетъ, слѣдовательно, вопросъ: если нашъ законъ дозволяетъ искать по сдѣлкамъ на разность, то можетъ ли нашъ судья примѣнить къ возникшему иску иностранный законъ только потому, что данный договоръ былъ заключенъ подъ дѣйствіемъ именно этого иностраннаго закона, и не смотря на то, что указанный иностранный законъ имѣетъ характеръ публичнаго порядка? ¹⁾ Большинство авторовъ ²⁾ и судебныхъ рѣшеній ³⁾ принимаетъ, что иска въ такомъ случаѣ признать нельзя. Однако, существуютъ оговорки. Напримѣръ, Wahl полагаетъ ⁴⁾, что если два француза заключили въ Бельгii сдѣлку на разность (дѣйствительную по *lex fori* и недѣйствительную

¹⁾ Если допустить, что законъ, обезпечивающій искомъ сдѣлки на разность, самъ основанъ на *ordre public* («слѣдуетъ платить свои долги»), то вопросъ, конечно, не возникаетъ. Но если этотъ законъ не относится къ *ordre public*..

²⁾ Напримѣръ, Diena, *op. cit.*, стр. 290—291:—Diena. Quelques mots encore sur les jeux de bourse, Clunet, 1899, стр. 328;—Brocher, *ibidem*;—Laurent, *Droit civil international*, VIII, § 110.

³⁾ Напримѣръ, рѣшеніе Douai 4 августа 1898, Clunet, 1899, стр. 371.—Wahl (*op. cit.*, стр. 240, пр. 1) ссылается на *Reichsgericht* 10 мая 1884, (Clunet, 1886, стр. 609); но эта ссылка ошибочна, ибо *Reichsgericht* призналъ сдѣлку дѣйствительной, несмотря на постановленіе *legis contractus*.

⁴⁾ *Ibidem*, стр. 241—242.

по *lex contractus*), то французскій судъ можетъ, не колеблясь, защищать такую сдѣлку искомъ. Въ особенности-де очевиднымъ сдѣляется такой выводъ, если въ сдѣлкѣ будетъ ясно указано, что французы попали въ Бельгію случайно и что они подчинились какъ французской юрисдикціи, такъ и французскому матеріальному праву ¹⁾. Разрушить подобную сдѣлку путемъ примѣненія бельгійскаго закона невозможно: «съ равнымъ правомъ мы говорили бы, что маіоратъ, установленный во Франціи по отношенію къ англійской недвижимости, не дѣйствителенъ только потому, что маіораты запрещены во Франціи».

Jitta ставитъ ²⁾ вопросъ иначе: для него рѣшающее значеніе имѣетъ домициль; значитъ, сдѣлка будетъ признана во Франціи исковой, если обѣ стороны живутъ во Франціи (хотя бы онѣ были бельгійскими подданными и хотя бы договоръ былъ заключенъ въ Бельгіи). Rolin ³⁾ требуетъ, кромѣ обшей національности, дополнительнаго признака:—оговорки о томъ, что сдѣлка будетъ исполнена въ странѣ, допускающей биржевую игру на разность.

Я не останавливаюсь на дальнѣйшихъ подробностяхъ разбираемаго вопроса ⁴⁾. Для меня важно было устано-

¹⁾ Таково же мнѣніе v. Bar, *Theorie und Praxis*, II, стр. 37: «Schliesen aber zwei Einwohner eines anderen Landes... während sie zufällig in einem Territorium des französischen Rechts sich befinden, einen solchen Vertrag, so kann von beiden Theilen vor dem *Judex domicilii* auf Erfüllung geklagt werden, wenn das heimatliche Recht der Contrahenten solche Beschränkungen nicht kennt».

²⁾ *Ibidem*, стр. 148.

³⁾ *Principes*, I, стр. 290.

⁴⁾ Итальянскій законъ 13 сентября 1876 года, объявляющій безъисковыми всѣ сдѣлки на разность, не совершенныя съ соблюденіемъ точно установленныхъ формальностей,—можетъ дать цѣлый рядъ дополнительныхъ и не легкихъ комбинацій *ordre public*. Могутъ ли два итальянца заключить во Франціи сдѣлку на разность безъ соблюденія указанныхъ формальностей? Да—говоритъ Diena (*De la validité etc.*, Clunet, 1896, стр. 76—77). Нѣтъ—отвѣчаетъ рядъ кассационныхъ итальянскихъ рѣ-

вить, что этикетка публичнаго порядка, наклеиваемая на данную норму, не даетъ—*an und für sich*—никакихъ указаний на объемъ этой послѣдней. Этикетка эта не уничтожаетъ споровъ объ объемѣ. Она оставляетъ ихъ открытыми: столь же открытыми, какъ и для остальныхъ матеріальныхъ нормъ, къ публичному порядку не отнесенныхъ.

Въ частности, относительно сдѣлокъ на разность мы установили, что эта норма публичнаго порядка примѣняется или не примѣняется судами государства, издавшаго запретъ, по крайней мѣрѣ въ трехъ различныхъ комбинаціяхъ; и въ трехъ же различныхъ комбинаціяхъ она примѣняется или не примѣняется иностранными судами; про иностранные суды такъ же, какъ и про свои суды, нельзя сказать: «они не должны, или они должны примѣнять данную норму,—такъ какъ она есть норма публичнаго порядка».

47.—Б. Запрещеніе отыскивать отцовство представляется несомнѣнно классическимъ примѣромъ публичнаго порядка. Запрещеніе это установлено для того, чтобы устранить возможность шантажа и избавить суды отъ тѣхъ соблазнительныхъ дебатовъ, безъ которыхъ нельзя вести указанныхъ исковъ: оба эти соображенія явнымъ образомъ относятся къ категоріи аргументовъ, обуславливающихъ собой идею публичнаго порядка ¹⁾

шенія (цит. у Wahl, *Les jeux de bourse*, стр. 251, пр. 1, и у Diena, *op. cit.*, стр. 73).—Могутъ ли два француза искать въ Италіи на основаніи договора, заключеннаго во Франціи безъ соблюденія формальностей? Могутъ ли два француза, заключившіе въ Италіи договоръ безъ соблюденія формальностей, искать во Франціи? (Wahl и Diena расходятся)—и т. д. Повторяю, для меня не важны рѣшенія по существу.

¹⁾ Cass. 25 мая 1868: «L'art. 340 qui prohibe la recherche de la paternité tient essentiellement à l'ordre public; instruit par l'expérience du passé, le législateur moderne a dû sacrifier le désir d'atteindre le père coupable, au besoin social d'écarter des procès scandaleux qui seraient un danger pour la morale et une incessante menace à la sécurité des familles».

Цит. у Weiss, *Traité théorique etc.*, IV, стр. 57.

Предположимъ, слѣдовательно, что ст. 340 кодекса Наполеона дѣйствительно является явнымъ публичнымъ порядкомъ; возникаетъ вопросъ: къ какимъ именно спорамъ она должна быть примѣняема?

Подавляющее большинство романскихъ авторовъ отвѣчаетъ: ст. 340 кодекса Наполеона и (аналогичныя постановленія итальянскаго и голландскаго кодексовъ) примѣняется ко всѣмъ искамъ, вчинаемыхъ во французскихъ судахъ. Такимъ образомъ, хотя австрійскій законъ разрѣшаетъ отыскивать отцовство, но, все-таки, австрійка не будетъ допущена осуществить свое право во французскомъ судѣ ¹⁾. По этому вопросу споровъ не существуетъ ²⁾.

Но какъ поступить въ томъ случаѣ, если отысканіе отцовства уже совершилось путемъ иностраннаго судебного рѣшенія и если выигравшая сторона или ходатайствуетъ во французскомъ судѣ объ *exequatur*'ѣ, или ссылается на это рѣшеніе, какъ на преюдиціальныи фактъ? Въ этой области уже начинаются колебанія. Ссылка на состоявшееся судебное рѣшеніе всѣми учеными допускается ³⁾; однако, дѣлается существенная

¹⁾ «La loi française interdit en France la recherche de la paternité naturelle, alors même que cette recherche est autorisée par la législation qui régit le statut personnel de celui qui prétend établir sa filiation naturelle». Seine 26 ноября 1896 года, Clunet, 1897, стр. 187.—Ср. Pillet, Principes, стр. 383—384.—L. Beauchet, Du conflit des lois en matière de preuve, Clunet, 1892, стр. 366.

²⁾ Относительно Laurent, см. ниже § 49; — что касается Fiore, то онъ, повидимому, мѣнялъ свое мнѣніе. Въ первомъ изданіи его курса (trad. Pradier-Fodéré, стр. 247) онъ несомнѣнно прилагалъ ст. 189-ую итальянскаго кодекса даже и къ искамъ, касающимся двухъ иностранцевъ, если только иски эти рассматриваются въ итальянскомъ судѣ. Во второмъ изданіи (я не имѣлъ въ рукахъ подлинника и сужу только по цитатѣ у Weiss'a, Traite théorique, стр. 57, прим. 2) Fiore, повидимому, склоняется къ тому, чтобы не примѣнять ст. 189 къ искамъ, вчинаемымъ въ итальянскомъ судѣ иностранцемъ къ иностранцу.

³⁾ Напримѣръ, Despagnet, Précis, стр. 447;—Weiss, Traité élémentaire, стр. 731;—Weiss, Traité théorique, IV, стр. 61.

оговорка: если иностранное судебное рѣшеніе устанавливаетъ такое отцовство, которое—по французскимъ воззрѣніямъ—является или кровосмѣсительнымъ или прелюбодѣйнымъ, то ст. 340 кодекса Наполеона снова выступаетъ во всей силѣ и противодѣйствуетъ даже признанію иностраннаго судебного рѣшенія ¹⁾. Что же касается ехекуатур'a, то нѣкоторыя судебныя рѣшенія отказываютъ въ немъ ²⁾. Однако, весьма энергично защищается и противоположное мнѣніе ³⁾. Въ особенности большіе споры возбуждаетъ вопросъ о томъ: допустимъ ли, въ частности, ехекуатуръ въ томъ случаѣ, если обѣ (или одна) заинтересованныя стороны являются подданными именно той страны, гдѣ просятъ объ исполненіи. Нѣкоторые ученые, повидимому, склоняются къ отрицательному отвѣту ⁴⁾. Но существуютъ указанія и въ противоположномъ смыслѣ ⁵⁾. Fiore защищаетъ безусловно утвердительную точку зрѣнія ⁶⁾.

Разъ мы встали на точку зрѣнія, что незаконное отцовство, признанное иностраннымъ судебнымъ рѣшеніемъ, можетъ быть принимаемо во вниманіе французскимъ судомъ, мы попали на покатую плоскость. Мы

¹⁾ Ср. Laurent, V, стр. 554;—Despagnet, Précis, стр. 448.—Weiss ibidem, стр. 731;—Weiss, IV стр. 62.—Fiore, Traité, стр. 248.

²⁾ Напримѣръ, Neuchâtel 26 марта 1881, Clunet, 1887, стр. 115. — Колеблется рѣшеніе Seine 8 января 1907 г., Clunet, 1907, стр. 400.

³⁾ Заключение бразильскаго генераль-прокурора въ пользу ехекуатур, см. Clunet, 1905, стр. 715—719.

⁴⁾ «Le jugement étranger qui reconnaît la paternité naturelle sur une action en recherche n'est pas nécessairement contraire à l'ordre public d'un pays où cette recherche est interdite. Spécialement, un jugement intervenu en Portugal, entre sujets portugais sera exécutoire au Brésil. L'exequatur devra, au contraire, être refusé si on prétend opposer cette preuve à des nationaux brésiliens». Tribunal fédéral suprême 26 мая 1906, Clunet, 1907, стр. 484.—Ср. Weiss, Traité théorique, IV, стр. 68.

⁵⁾ «Une femme anglaise ne pourrait donc intenter une action à l'effet d'établir que tel homme est le père putatif de son enfant naturel. Il est du reste possible que cette action soit intentée en Angleterre contre un Français, malgré l'art. 349 C. C.». Despagnet, Précis, стр. 447.

⁶⁾ Fiore, Traité, стр. 249.

уже отказали ст. 340 кодекса Наполеона въ абсолютномъ дѣйстви: мы уже приписали ей нѣкоторый ограниченный кругъ примѣнимости. И съ этого момента мы должны катиться внизъ, все болѣе и болѣе сужая объемъ примѣненія этой статьи. Въ самомъ дѣлѣ. Если французскій судъ можетъ—до известной степени—считаться съ иностранными рѣшеніями, устанавливающими внѣбрачное отцовство, — то почему не сдѣлать маленькаго шага впередъ и не отнестись столь же добродушно къ тому (аналогичному) случаю, когда внѣбрачное отцовство устанавливается (по національному закону) путемъ фактической possession d'état, безъ того, чтобы какое бы то ни было судебное рѣшеніе было необходимо? Weiss склоняется къ тому, чтобы признавать за иностранцами возможность доказыванія естественнаго отцовства, если по національному закону possession d'état является «не презумпціей, облегчающей доказываніе, а самимъ доказательствомъ (1)»¹⁾. Такимъ образомъ, мы приходимъ въ выводъ, что ст. 340, несмотря на свой публичный характеръ, непримѣнима къ тѣмъ иностранцамъ, которые имѣютъ у себя на родинѣ право доказывать естественное отцовство путемъ ссылки на фактическое признаніе родства²⁾; рѣчь идетъ, значитъ, уже не объ иностранныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ, а о такомъ вліяніи личнаго статута³⁾, который останавливаетъ дѣйствіе публичнаго порядка. Fiore, присоединяясь, въ общемъ, къ только что изложенной точкѣ зрѣнія, дѣлаетъ, однако, неожиданнѣйшую оговорку⁴⁾:

¹⁾ Weiss, *Traité élémentaire*, стр. 731.

²⁾ Понятіе possession d'état, конечно, опредѣляется по мѣстнымъ законамъ. Seine 13 января 1898, Clunet, 1898, стр. 555.

³⁾ «Les tribunaux français peuvent, conformément aux principes de l'art. 8 C. civ., reconnaître une possession d'état d'enfant naturel, alors qu'elle est établie d'une manière constante, dans les formes voulues par la loi étrangère, et déduire de cette situation légale toutes les conséquences qu'elle comporte». Aix 27 марта 1890, Clunet, 1891, стр. 211.

⁴⁾ Ibidem, стр. 251.

если по національному закону «доказываніе отцовства слишкомъ облегчено (?), а оспариваніе его слишкомъ затруднено (?!)», то ст. 340 снова вступаетъ въ силу и кладетъ veto.

48.—Но разъ мы вступили на наклонную плоскость и стали ограничивать примѣненіе статьи 340, то, какъ я уже указалъ, нѣтъ причинъ къ тому, чтобы мы остановились. До сихъ поръ мы двигались въ такой плоскости мышленія, которая предполагала, что ст. 340 кодекса Наполеона примѣняется, по крайней мѣрѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда суду пришлось бы производить дѣйствія, непосредственно направленныя на установленіе тѣхъ скабрезныхъ деталей, коими опредѣляется «естественное» отцовство. Однако, довести до конца понятіе публичнаго порядка даже и въ этой скромнѣйшей его формѣ оказывается невозможнымъ. Мы имѣемъ, на примѣръ, интересное рѣшеніе *Oberland-gericht Köln* 21 ноября 1890 г.¹⁾, въ которомъ категорически указывается, что судъ, дѣйствующій въ сферѣ рецепированнаго кодекса Наполеона, не можетъ отказать въ допросѣ свидѣтеля, имѣющаго дать показаніе по поводу иска объ отысканіи отцовства, если этотъ искъ разсматривается въ другомъ мѣстѣ, въ такомъ судѣ, гдѣ онъ является дозволеннымъ. Такимъ образомъ, суду въ *Siegburg*'ѣ пришлось допрашивать свидѣтеля Н. о томъ, имѣлъ ли онъ половое общеніе съ дѣвицей В. и не являлась ли В. въ періодъ зачатія непорядочной въ половомъ отношеніи женщиной, доступной для всякаго желающаго? Само собой разумѣется, что подобный допросъ именно и является тѣмъ самымъ скандаломъ, противъ котораго направлена воля законодателя. А между тѣмъ, къ допросу этому ст. 340 кодекса Наполеона примѣнена не была²⁾.

¹⁾ *Böhm*, 1892, стр. 600—602.

²⁾ Совершенно въ томъ же смыслѣ состоялось рѣшеніе *Oberlandsgericht Köln* 15 ноября 1893 года (*Böhm*, 1895, стр. 61): «was die ferner für

Можно сдѣлать, наконецъ, и еще одинъ шагъ впередъ. Я имѣю въ виду одно любопытнѣйшее судебное рѣшеніе, по которому признано было возможнымъ допустить во французскомъ судѣ не только допросъ свидѣтелей, но и полное производство иска о *recherche*. Любопытнымъ является, при этомъ, то обстоятельство, что въ основѣ указаннаго судебного рѣшенія лежитъ не ошибка и не недоразумѣніе,—а глубокая юридическая мысль. Я имѣю въ виду рѣшеніе тунисской палаты 27 декабря 1897 года¹⁾. Какъ извѣстно, французскимъ судамъ въ Тунисѣ присвоена полная юрисдикція и надъ французами, и надъ иностранцами. Два мальтійскихъ уроженца (на Мальтѣ отысканіе отцовства дозволено) вчинаютъ искъ о *recherche* въ тунисскомъ французскомъ судѣ. Судъ этотъ принялъ искъ къ производству²⁾. Судъ нашель, что фактъ нахожденія данныхъ

die Ablehnung des in Rede stehenden Ersuchens in Bezug genomme Bestimmung des Art. 340 des B. G. B. anlangt, so hat mit dem hier allerdings statuierten Verbot der Erforschung der Vaterschaft dem dieser Gesetzesvorschrift unterstehenden Richter doch nur die eigene, von ihm selbst behufs gerichtlicher Feststellung vorzunehmende Erforschung der Vaterschaft untersagt werden sollen, und lässt sich keineswegs als ein absolutes prozessuales Verbot auffassen, wodurch es diesem Richter verwehrt wäre, au Ersuchen eines anderen, und namentlich eines, wie im vorliegenden Falle, ihrem Geltungsgebiet nicht angehörenden Gerichts—als dessen Organ—eine von demselben für die Ermittlung der Vaterschaft als erheblich erachtete Amtshandlung vorzunehmen». Нѣкоторую—хотя и отдаленную—параллель къ приведеннымъ рѣшеніямъ можно найти и въ романской литературѣ. Напримѣръ, у Fiore (De la loi qui doit régir les engagements qui se forment sans convention, Clunet, 1900, стр. 729 и сл.), допускающаго, чтобы иностранка искала въ Италіи убытки съ итальянца за рожденіе незаконнаго ребенка, зачатаго за границей.

¹⁾ Clunet, 1898, стр. 358.

²⁾ Ibidem, стр. 358: «2. L'art. 340 C. civ. fr. contient une disposition d'ordre public international, c'est-à-dire obligatoire pour les étrangers, même pour ceux dont la loi nationale autorise la recherche de la paternité.

3. Il en est ainsi lorsque l'affaire est portée devant un tribunal français de la Métropole.

4. Mais les lois et les traités qui ont placé le Tunisie sous le protectorat français n'ont pas pleinement assimilé ce pays au territoire de la

судей на протекторатной территоріи, въ связи съ тѣмъ обстоятельствомъ, что иностранцы пользуются въ Тунисѣ своимъ личнымъ статутомъ въ болѣе широкихъ предѣлахъ, чѣмъ на французской территоріи,—останавливаетъ дѣйствіе французскаго публичнаго порядка и суживаетъ предѣлы его примѣненія. Мнѣ совершенно не важно знать: права ли была тунисская судебная палата, или нѣтъ? Для моихъ цѣлей достаточно констатировать лишь одно: что судъ можетъ признать ст. 340 кодекса Наполеона за законъ публичнаго порядка,—и въ то же время, безъ всякаго абсурда, не примѣнить эту статью къ разбираемому имъ процессу. Для меня важно, что фактъ нахождения суда на протекторатной территоріи, т. е. обстоятельство, не имѣющее ничего общаго съ существомъ конфликтныхъ нормъ,—можетъ повліять на предѣлы примѣненія законовъ публичнаго порядка. Это именно и значить, что у законовъ публичнаго порядка нѣтъ никакого заранее установленнаго, имъ спеціально свойственнаго, экстраординарнаго объема.

49.—Резюмирую выводы: они совершенно совпадаютъ съ тѣмъ, что я сказалъ по поводу сдѣлокъ на разность. Всѣ указанные мною авторы и судебныя рѣшенія единогласно признають, что отысканіе отцовства есть институтъ публичнаго порядка. А, между тѣмъ, ни одинъ изъ этихъ авторитетовъ не согласенъ ни съ однимъ другимъ—по вопросу о томъ: на какіе же именно случаи простирается дѣйствіе ст. 340? Разногласія идутъ такъ далеко, что одни допускають даже производство про-

France et les étrangers continuent à y être régis par les dispositions de leur statut personnel.

5. Les tribunaux français de Tunisie ne sauraient donc écarter l'application de ces dispositions dans le cas où celles-ci ne seraient pas conformes aux principes qui sont considérés en France comme constituant l'ordre public.

6....

7. La recherche de la paternité peut donc, en Tunisie, être formée contre des sujets maltais».

цесса во французскомъ судѣ,—а другіе не соглашаются на такую ничтожную уступку, какъ принятіе французскимъ судомъ во вниманіе иностраннаго судебного рѣшенія, установившаго внѣбрачное отцовство (напримѣръ, при прелюбодѣяніи). Я понимаю несогласія, существующія между Laurent'омъ и Weiss'омъ. Второй считаетъ ст. 340 за публичный порядокъ, а первый — не считаетъ¹⁾. При такихъ условіяхъ не мудрено, что эти два ученые даютъ разбираемой нормѣ разный объемъ, примѣняютъ ее въ несовпадающихъ конфликтныхъ комбинаціяхъ. Но какъ объяснить не меньшее разногласіе, существующее между Weiss'омъ и Fiore? Вѣдь эти два ученые совершенно согласны по вопросу о признаніи ст. 340—публичнымъ порядкомъ?.. Очевидно, что это разногласіе можно объяснить только однимъ путемъ: мы должны признать, что этикетка публичнаго порядка еще не даетъ никакихъ указаній на объемъ тѣхъ нормъ, къ коимъ она примѣнена.

50.—В. Законы, запрещающіе двоеженство, несомнѣнно носятъ характеръ публичнаго порядка. Попробуемъ примѣнить и къ нимъ тотъ порядокъ изслѣдованія, котораго мы держались по отношенію къ предыдущимъ вопросамъ. Спросимъ, значитъ, себя: къ какому именно случаю примѣнимъ законъ, запрещающій двоеженство?

Обыкновенно, отвѣчаютъ на этотъ вопросъ такъ: государство не можетъ допустить заключенія на его территоріи такихъ браковъ, которые являются, по мнѣнію даннаго закона, бигамическими²⁾. Съ этой точки зрѣнія, слѣдовательно, можно сказать, что объемъ закона, запрещающаго полигамію, опредѣляется по формулѣ: *locus regit actum*. Не трудно, однако, показать, что подобный тезисъ и слишкомъ широкъ, и слишкомъ узокъ.

¹⁾ Laurent, V, стр. 547 и сл.

²⁾ Brocher, Cours, I, стр. 278—279.

Онъ слишкомъ широкъ. Я не пойду такъ далеко, какъ Pillet¹⁾, и не стану доказывать, что государство не можетъ примѣнить запретъ полигаміи къ такимъ иностранцамъ, которые желаютъ заключить полигамическій бракъ, разрѣшенный ихъ національнымъ закономъ, если эти иностранцы не имѣютъ въ данномъ государствѣ домициля. Pillet считаетъ, что подобные иностранцы могутъ заключать полигамическіе браки, совершенно игнорируя постановленія мѣстнаго закона: однако, международная практика, повидимому, не склонна принять подобное чрезмѣрное суженіе объема тѣхъ нормъ, которыя запрещаютъ полигамію. Но если Pillet слишкомъ сужаетъ объемъ указанныхъ нормъ, то, съ другой стороны, Story, конечно, слишкомъ расширяетъ тотъ же объемъ, утверждая, что²⁾ «no christian nation would recognize polygamy». Многоженство, дѣйствительно, запрещено всѣми христіанскими націями. Но сказать, что полигамическій бракъ не будетъ признанъ ни однимъ христіанскимъ государствомъ,—невозможно. Все дѣло заключается въ слѣдующемъ: о чьемъ бракѣ идетъ рѣчь? о какомъ бракѣ идетъ рѣчь? при какихъ условіяхъ идетъ объ этомъ бракѣ рѣчь?—И, конечно, поверхностнаго анализа этихъ вопросовъ достаточно для того, чтобы мы убѣдились въ неправильности утвержденія, выставленнаго у Story.

Полигамическій бракъ, какъ таковой, въ очень многихъ случаяхъ признается христіанскими государствами. Онъ признается въ Россіи (Зак. Гражд., ст. 90; Уст. Иностр. Испов., ст. 1399) и во французскихъ колоніяхъ³⁾, для тѣхъ вѣроисповѣданій, которыя допускаютъ

¹⁾ Pillet, Principes, стр. 419: «On peut se demander en quoi un mariage polygamique d'étrangers qui ne seraient même point domiciliés dans le pays de célébration de leur union, peut troubler l'ordre public de ce pays?»

²⁾ Story, Commentaries, 5 изд., стр. 206.

³⁾ Мусульмане въ Алжирѣ, сенатусъ-консультъ 14 іюля 1865 года; индусы—указы 6 января 1819 г. и 7 февраля 1842 года. См. F. Despagne, Précis, 2 изд., стр. 376.

подобную форму брака. Очевидно, что магометанинъ можетъ вступить въ Россіи и во второй, и въ третій бракъ. Значитъ, христіанское государство допускаетъ полигамическій бракъ, — но только не во всѣхъ случаяхъ, а въ нѣкоторыхъ. Я пошелъ бы и дальше. Я полагаю, что и турку, пользующемуся, по своему національному закону, правомъ многоженства, тоже не запрещено будетъ вѣнчаться, при живой первой женѣ, — передъ муллою въ Казани. Я высказался бы въ томъ же смыслѣ и по отношенію къ арабу-мусульманину, происходящему изъ Алжира. Все это взятое вмѣстѣ показываетъ, что того абсолютнаго значенія, которое предписываетъ Story запрету двоеженства, — этотъ законъ не имѣетъ. Государства, имѣющія подобный запретъ, въ нѣкоторыхъ определенныхъ случаяхъ не только признаютъ полигамическіе браки, но даже и допускаютъ ихъ заключеніе на своей территоріи. Изъ этого слѣдуетъ, что тезисъ: запретъ двоеженства подчиняется формулѣ *locus regit actum*, — дѣйствительно слишкомъ широкъ.

Но онъ въ то же время и слишкомъ узокъ: и притомъ онъ узокъ въ двухъ отношеніяхъ. Во-первыхъ, несомнѣнно, что запретъ двоеженства простираетъ свое дѣйствіе не только на браки, заключенные въ данной странѣ, но и на нѣкоторые браки, совершаемые за границей: на примѣръ, совершенно очевидно, что итальянецъ, конечно, не можетъ, съ точки зрѣнія итальянскаго закона¹⁾, вступить въ полигамическій бракъ даже въ такомъ государствѣ, гдѣ многоженство дозволено. Значитъ, сила, эффектъ того закона, запрещающаго многоженство, который изданъ въ Италиі, — простираетъ свое дѣйствіе не только на браки, заключенные въ данномъ государствѣ, но и на дѣйствія, совершаемыя за границей.

¹⁾ P. Fiore, Du mariage célébré à l'étranger suivant la législation italienne, Clunet, 1887, стр. 154.

Затѣмъ указанный тезисъ узокъ еще и въ другомъ отношеніи. Запретъ двоеженства примѣняется не только къ бракамъ, совершаемымъ и совершеннымъ на данной территоріи, но и еще къ бракамъ, лежащимъ въ основаніи исковъ, вчинаемыхъ на данной территоріи. Кромѣ *lex loci actus* вступаетъ, значить, еще и *lex fori*. Гдѣ бы и между кѣмъ бы ни былъ заключенъ полигамическій бракъ, — но если истецъ, основываясь на немъ, требуетъ возвращенія къ домашнему очагу своей (мормонской?) жены, то такому истцу (въ нѣкоторыхъ случаяхъ) будетъ отказано. Въ этомъ отношеніи согласны всѣ авторы. Однако, было бы тоже невѣрно утверждать, что запретъ двоеженства примѣнимъ ко всѣмъ бракамъ, обсуждаемымъ въ данномъ судѣ. Такой тезисъ былъ бы слишкомъ широкъ, въ свою очередь. Представимъ себѣ, что мусульманинъ, законно женившійся въ Россіи на двухъ женахъ, прѣзжаетъ въ Италію; я не думаю, чтобы вторая его жена могла бы выиграть процессъ о ничтожности своего брака, если бы она вчинила этотъ процессъ въ итальянскомъ судѣ¹⁾; — я полагаю, что отрицательный отвѣтъ былъ бы правиленъ даже и въ томъ случаѣ, если бы означенный мусульманинъ перенесъ въ Италію свой брачный домициль. Впрочемъ, здѣсь уже начинается область спорнаго. Совсѣмъ споренъ и совершенно въ литературѣ не разработанъ вопросъ о томъ, — какъ мы должны были бы отнестись къ подобному браку, если бы мусульманинъ не только перенесъ въ Италію свой брачный домициль, но еще и принялъ итальянское подданство. Слѣдовательно, итальянскій запретъ двоеженства имѣетъ значеніе для нѣкоторыхъ исковъ, вчинаемыхъ въ итальянскихъ судахъ; — но отнюдь не для всѣхъ²⁾. Въ этомъ и выра-

¹⁾ Fiore, *ibidem*, стр. 155.

²⁾ Я уже не говорю о томъ, что до закона 27 іюня 1866 года ст. 340 С. Р. не примѣнялась къ французамъ, вступившимъ въ полигамическій бракъ за границей съ иностранкой: такъ какъ пострадавшая не имѣла и

жается тотъ указанный мною выше тезисъ, что указаніе на публичный характеръ какой-нибудь нормы далеко не предопредѣляетъ ея объема.

51.—Въ частности, относительно двоеженства можно пойти еще дальше. Не чѣмъ инымъ, какъ только указаннымъ отсутствіемъ заранѣе опредѣленнаго объема для нормъ публичнаго порядка, — можно объяснить ту въ высшей степени смутную и безтолковую часть литературныхъ изслѣдованій объ *ordre public*, которая называется ученіемъ о «послѣдствіяхъ» публичнаго порядка. Романская школа выдумала это понятіе послѣдствій, «suites», нигдѣ въ юриспруденціи болѣе не употребляемое, — только потому, что она не могла справиться именно съ понятіемъ объема нормъ, имѣющихъ публичный характеръ.

Укажу на конкретномъ примѣрѣ, въ чемъ заключается сущность этой доктрины. Представимъ себѣ—говорятъ нѣкоторые ученые—что дѣло идетъ о наслѣдованіи или отеческой власти, причемъ полигамическій бракъ является не самымъ предметомъ судебного разсмотрѣнія, а лишь преюдиціальнымъ вопросомъ. Въ такомъ случаѣ, по мнѣнію указанныхъ ученыхъ, судъ долженъ считаться съ полигамическимъ бракомъ, какъ съ фактомъ, и исходить изъ представленія, что онъ является совершенно законнымъ ¹⁾. Представимъ себѣ, что турецкій судъ раздѣлил поровну между дѣтьми трехъ женъ капиталы турка, положенные этимъ послѣднимъ въ нѣмецкій банкъ; — нѣмецкій судъ не можетъ отказать

не приобрѣтала французской національности, то дѣло оказывалось неподсуднымъ французскимъ судамъ. Ср. *Clunet*, 1903, стр. 191—192. То же самое примѣнимо и къ полигамическому браку двухъ иностранцевъ, заключенному за границей. Въ случаѣ ихъ пріѣзда, напримеръ, въ Бельгію—заинтересованныя стороны могутъ преслѣдовать ихъ, въ лучшемъ случаѣ, за прелюбодѣяніе (если доказана будетъ *cohabitatio*). Ср. *Bruxelles* 14 февраля 1878; *Clunet*, 1881, стр. 71—72.

¹⁾ Даже и мѣстныхъ подданныхъ? Спорно...

въ *exequatur*'ъ ¹⁾: «въ данномъ дѣлѣ рѣчь идетъ не столько о признаніи иностраннаго судебнаго рѣшенія, противорѣчащаго добрымъ нравамъ,—сколько о юридическомъ выведеніи послѣдствій изъ такого фактического положенія, которое установлено иностраннымъ судомъ».

Было бы, однако, ошибочно думать, что теорія «послѣдствій» дозволяетъ нашему суду считаться съ полигамическимъ бракомъ и санкціонировать его во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда данное судебное дѣйствіе, взятое само по себѣ и внѣ связи съ его происхожденіемъ, не представляетъ ничего противнаго добрымъ нравамъ. Напримѣръ, разводъ, взятый самъ по себѣ, не считается въ Англии противорѣчащимъ добрымъ нравамъ: англійскіе суды каждый день принимаютъ и разрѣшаютъ иски о разводѣ. Но можно ли развести мормона?—Можно ли развести его, несмотря на полигамичность брака, подлежащаго прекращенію? На первый взглядъ, казалось бы, что въ такомъ разводѣ мы имѣемъ весьма отдаленное «слѣдствіе» полигамическаго брака. Англійская судебная практика отвѣчаетъ, однако, въ противоположномъ смыслѣ. По дѣлу *Udny v. Udny* лордъ *Penzance*, въ весьма длинномъ и очень хорошо мотивированномъ рѣшеніи ²⁾, установилъ, что англійскій судъ не можетъ разсматривать вопроса о нарушеніи мормонскаго брака—даже въ томъ случаѣ, если истецъ и отвѣтчица, конкретно, были повѣнчаны, каждый другъ съ другомъ, первымъ бракомъ. Одна только возможность сопряженія даннаго конкретнаго брака съ другимъ, послѣдующимъ—заставила судью примѣнить по-

¹⁾ L. Fuld, *Ausländische Urtheile und die deutsche C. P. O.*, Böhm, 1898, стр. 379—380; Dicey (*Conflict of laws*, 1896, стр. 639) выражаетъ сомнѣніе насчетъ возможности искать въ англійскомъ судѣ наслѣдство, происходящее изъ полигамическаго брака.

²⁾ Полный текстъ см. у *Horace Nelson*, *Selected Cases etc.*, 1889, стр. 83—87.

нате публичнаго порядка и примѣнить именно не къ заключенію такого эвентуальнаго втораго брака, а къ невозможности прекратить первый.

Изъ этихъ конкретныхъ примѣровъ можно сдѣлать тотъ выводъ, что теорія «послѣдствій» явилась именно результатомъ невозможности заранее опредѣлить объемъ нормъ публичнаго порядка. Школа начала съ утвержденія, что законы публичнаго порядка абсолютны и примѣняются ко всѣмъ искамъ, разбираемымъ въ данномъ судѣ. Но, затѣмъ, Школа тотчасъ же замѣтила, что существуетъ очень большое количество случаевъ, когда данный безнравственный институтъ обсуждается въ нашемъ судѣ,—не вызывая ни малѣйшаго протеста со стороны нашихъ судей. Такъ какъ Школа не желала признать свою ошибку и не могла сказать: «законы публичнаго порядка не имѣютъ абсолютнаго значенія» (ибо если бы это было сказано, то тѣмъ самымъ уничтожилось бы и самое понятіе общественнаго порядка),—то она прибѣгла къ другому приему. Она сказала: законы публичнаго порядка имѣютъ абсолютный характеръ; но самое-то обсужденіе безнравственныхъ институтовъ можетъ происходить въ посредственной или въ непосредственной формѣ. При этомъ Школа постановила, что законы публичнаго порядка примѣняются только къ непосредственному обсужденію безнравственныхъ институтовъ. Такимъ образомъ, цѣлость принципа была сохранена внѣшнимъ, опять-таки терминологическимъ путемъ. Сила законовъ публичнаго порядка осталась нераздробленной,—разбили лишь самые юридическіе институты. При этомъ, конечно, ни одинъ изъ авторовъ не далъ даже и приблизительной попытки опредѣлить: что есть посредственное, а что непосредственное примѣненіе законовъ публичнаго порядка? По крайней мѣрѣ, насколько я знаю литературу, мнѣ нигдѣ не пришлось найти категорическаго отвѣта на вопросъ: гдѣ кончается примѣненіе безнравственнаго института, какъ

такового,—и гдѣ начинается обсужденіе его, такъ называемыхъ, «послѣдствій?»

52. — Резюмирую все сказанное. Запрещеніе бигаміи обнимаетъ собою не всѣ браки, заключаемые въ данной странѣ: иностранцы, коимъ національный законъ разрѣшаетъ многоженство, повидимому, могутъ вступать, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, въ полигамическій бракъ въ такой странѣ, въ которой многоженство не запрещено нѣкоторой категоріи лицъ; — даже и въ томъ случаѣ, если эти иностранцы не подходятъ подъ понятіе тѣхъ гражданъ, коимъ многоженство въ данной странѣ разрѣшено? Затѣмъ, запрещеніе бигаміи—даже въ странахъ, не признающихъ полигамію для мусульманъ, — обнимаетъ собой не всѣ браки, относительно которыхъ возбуждается процессъ въ мѣстныхъ судахъ, — и даже не всѣ «послѣдствія» полигамическихъ браковъ.

Въ результатъ получается слѣдующій выводъ. Когда мы сказали, что запрещеніе полигаміи есть *ordre public*, — мы еще ничего не сказали въ смыслѣ конфликтнаго права. Мы еще не знаемъ, къ какимъ именно бракамъ нужно примѣнить данное запрещеніе. Выражаясь образно, можно сказать, что ссылка на публичный порядокъ есть не конфликтная норма, а только приглашеніе приступить къ выработкѣ новыхъ конфликтныхъ правилъ. Можно пойти даже дальше. Если бы мы, исходя изъ идеи публичнаго порядка, выработали и санкціонировали конфликтную конструкцію бигаміи во всѣхъ тѣхъ деталяхъ, которыя намѣчены (далеко не исчерпывающимъ образомъ!) въ предыдущихъ параграфахъ по отношенію къ различнымъ комбинаціямъ мѣста и лицъ, — то мы, конечно, сдѣлали бы понятіе *ordre public* совершенно ненужнымъ. Но я забѣгаю впередъ.

Для того, чтобы конкретно показать, насколько бесполезны, строго говоря, ссылки на публичный порядокъ, какъ таковыя, и насколько тонкій юридическій анализъ долженъ быть произведенъ послѣ того, какъ мы со-

гласимся признать данную норму публичнымъ порядкомъ,—сошлюсь на слѣдующіе два примѣра изъ практики.

Турокъ, живя во Франціи, вступилъ въ первый бракъ и прижилъ дѣтей. Затѣмъ онъ возвратился въ Турцію и обзавелся гаремомъ. Дѣти послѣдующихъ браковъ ищутъ во французскомъ судѣ съ дѣтей перваго брака причитающіяся имъ доли наслѣдства¹⁾. Я полагаю, что въ искъ не можетъ быть отказано. Случайное обстоятельство (заключеніе перваго брака на французской территоріи), конечно, не можетъ придать судебному дѣлу того скандальнаго характера, который необходимъ для вмѣшательства идеи публичнаго порядка: вѣдь возможно, что бракъ былъ заключенъ во Франціи лѣтъ 20—30 тому назадъ и что ни для кого изъ живущихъ во Франціи присужденіе наслѣдства другимъ дѣтямъ не создастъ никакихъ безнравственныхъ ассоціацій. Но внесемъ въ разбираемый казусъ нѣкоторое небольшое осложненіе: дѣти перваго брака приняли французское подданство. Я думаю, что исходъ дѣла не измѣнится и что публичный порядокъ не ворвется въ тотъ искъ, который я изобразилъ выше. Но пойдѣмъ дальше въ гипотетическихъ осложненіяхъ. Отецъ передъ заключеніемъ брака (перваго!) вступилъ во французское подданство: а потомъ, до рожденія дѣтей отвѣтчиковъ, возвратился въ подданство турецкое. Отвѣтъ, по моему мнѣнію, не измѣнится. Еще одинъ шагъ впередъ: дѣти приняли французское подданство. Безразлично. Наконецъ, послѣдній шагъ: отецъ, въ моментъ рожденія дѣтей, былъ французскимъ подданнымъ и, слѣдовательно, дѣти родились французами; отецъ возвратился въ турецкое подданство, а дѣти остались французами. Анонимный комментаторъ Clunet утверждаетъ, что въ этой комбинаціи дѣло идетъ о публичномъ порядкѣ. По мнѣнію этого комментатора, въ случаѣ изображеннаго совпаде-

¹⁾ Questions et solutions pratiques, Clunet, 1888, стр. 243.

нія обстоятельствъ, всѣ дѣти послѣдующихъ браковъ вдругъ превратятся изъ légitimes въ adultérins. Я полагаю, что понятіе скандала, понятіе постыднаго дѣянія, врывающагося въ сферу гражданскихъ отношеній и переворачивающаго всю систему коллизіонныхъ нормъ,— не можетъ зависть отъ такихъ тончайшихъ, деликатнѣйшихъ *distinguo*. Скандалъ, по самому своему существу, грубъ и несомнѣненъ. Если дѣло идетъ не объ очевидномъ и непосредственномъ,— а о чемъ-то спорномъ, о чемъ-то отличимомъ путемъ лишь запутанныхъ юридическихъ контроверзъ, то и самое понятіе скандала отпадаетъ; на мѣсто скандала оказывается нужнымъ поставить что-нибудь другое.

Второй примѣръ ¹⁾. Иосифъ, еврей, турецкій подданный, домицилированный въ Манчестеръ, обручается по еврейскому обряду въ Портъ-Саидъ съ дѣвицей Геттена, тоже еврейкой и турецкой подданной. Г-жа Геттена является въ Парижъ для окончательнаго вступленія въ бракъ и узнаетъ, что у Иосифа есть жена и дѣти въ Багдадѣ. Иосифъ не отказывается поѣхать въ Турцію и вступить съ Геттена въ дозволенный по оттоманскимъ законамъ бракъ. Геттена вчинаетъ искъ о возмѣщеніи ей убытковъ за нарушенное обѣщаніе жениться. Апелляціонный судъ высказывается въ ея пользу. При этомъ анонимный комментаторъ говоритъ: «публичный порядокъ запрещалъ суду принять во вниманіе заявленіе г. Иосифа о его желаніи вступить въ бракъ по оттоманскимъ законамъ, такъ какъ именно этотъ бракъ былъ бы полигамическимъ» ²⁾. Полагаю, что дѣло обстоитъ не столь просто. Если бы, на примѣръ, въ договорѣ было ясно оговорено, что бракъ долженъ быть заключенъ именно въ Турціи,—то наврядъ ли дѣвица

¹⁾ *Hettena c. Joseph Court of appeal*; 7 февраля 1894, *Clunet*, 1893, стр. 915.

²⁾ *Ibidem*, стр. 917.

Геттена могла бы выиграть дѣло. Судья отвѣтилъ бы ей, что Юсифъ не уклоняется отъ исполненія договора. Еще несомнѣннѣе было бы рѣшеніе въ пользу Юсифа, если бы въ договорѣ было сказано не только, что бракъ долженъ быть заключенъ въ Турціи, но что и мѣстомъ брачнаго домиція будетъ впредь не Манчестеръ, а Багдадъ. Я не буду указывать на другія осложненія того же процесса: и тѣхъ двухъ, которыя я привелъ, достаточно для того, чтобы пояснить мою мысль. Если понятіе скандала и не-скандала зависитъ отъ большаго или меньшаго умѣнія того нотариуса, который заключалъ договоръ между Юсифомъ и Геттена,—то, очевидно, что понятія безнравственнаго дѣянія и общественно недопустимаго поступка отпадаютъ. На ихъ мѣсто должно встать что-то другое. И это что-то другое будетъ именно называться: объемъ законовъ публичнаго порядка. Но къ этому я еще вернусь.

Продолжаю мои разсужденія на четвертомъ избранномъ мною примѣрѣ—на понятіи развода.

53.—Г. Разводъ или, вѣрнѣе, запрещеніе развода, относится всеми авторами, безъ исключенія, къ категоріи публичнаго порядка¹⁾. Спрашивается: къ какому именно казусамъ относится запретъ развода, установленный, на примѣръ, въ итальянскомъ кодексѣ?

Конечно, все авторы согласны въ томъ отношеніи, что итальянскій судъ самъ никогда, ни при какихъ обстоятельствахъ, не можетъ разводить супруговъ, хотя бы они имѣли на то право по національному своему закону. Но ограничивается ли этимъ—дѣйствіе итальянской запретительной нормы?

На примѣръ, не вліяетъ ли она на разводы, произне-

¹⁾ «Le divorce est considéré en Italie comme contraire au Droit public matrimonial, et aucune loi étrangère ne peut déroger aux principes d'ordre public sanctionnés par notre législateur». Fiore, Droit international privé, trad. Pradier-Fodéré, стр. 217.

сенные въ Италиі?¹⁾ По этому вопросу итальянскія судебныя рѣшенія представляютъ собой въ высшей степени пеструю картину. Наиболѣе рѣшительную точку зрѣнія отстаиваетъ кассационное рѣшеніе Turin 21 ноября 1900 года²⁾. Если бракъ былъ заключенъ (итальянцемъ или иностранцемъ) въ Италиі и если этотъ бракъ былъ затѣмъ расторгнутъ за границей,—то ст. 148 итальянскаго гражданскаго кодекса (запрещающая бракъ при жизни другого супруга) должна быть примѣнена во всей своей полнотѣ: такой разводъ не можетъ быть отмѣченъ на поляхъ регистра гражданскаго состоянія³⁾. Такой разводъ является для итальянскаго суда какъ бы несуществующимъ.

Но исполнѣ ли несуществующимъ? Не имѣется ли такихъ юридическихъ конъюнктуръ, въ которыхъ дѣйствіе ст. 148 нѣсколько ослабнетъ?—Первою изъ такихъ конъюнктуръ нужно считать имущественныя отношенія супруговъ. Уже въ 1891 году римскій кассационный судъ установилъ⁴⁾, что денежныя отношенія разведенныхъ за границей супруговъ не могутъ обсуждаться по тѣмъ нормамъ, которыя созданы для лицъ, состоящихъ въ бракъ. Слѣдовательно, въ вопросѣ объ имущественныхъ отношеніяхъ супруговъ римскій кассационный судъ не согласился игнорировать произнесенный за границей разводъ: абсолютное дѣйствіе ст. 148 гражданскаго кодекса ослабѣло⁵⁾. Точка зрѣнія римскаго кассационнаго суда была позднѣе усвоена и—флорентійскимъ⁶⁾. Меня

¹⁾ V. de Rossi, Des effets en Italie des jugements étrangers de divorce, Clunet, 1903, стр. 263—271.

²⁾ Clunet, 1901, стр. 392 и сл.

³⁾ Въ томъ же смыслѣ: Venise 28 июня 1888 г., Clunet, 1889, стр. 910.

⁴⁾ Рѣшеніе 4 апрѣля 1891 г., Clunet, 1893, стр. 237; цит. у P. Fedozzi, Quelques considérations sur l'idée d'ordre public etc., Clunet, 1897, стр. 502.

⁵⁾ Въ томъ же смыслѣ, см. Venise 17 сентября 1894, цит. ibidem, стр. 502.

⁶⁾ Cass. Florence 6 декабря 1903 года, Clunet, 1903, стр. 910 и сл.

совершенно не интересуется вопросом о томъ, насколько слабы были тѣ аргументы, во имя которыхъ флорентійскій судъ присоединился къ доктринѣ римскихъ своихъ товарищей: аргументы эти, по моему мнѣнію, не выдерживаютъ никакой критики¹⁾;—но это совершенно неважно. Важно лишь то, что мы имѣемъ передъ собою судебное рѣшеніе, признающее ст. 148 публичнымъ порядкомъ и въ то же время отказывающееся примѣнять ее въ абсолютной формѣ.

Отношенія супруговъ не исчерпываются имущественнымъ вопросомъ. Не менѣ важна и личная сторона дѣла. Разведенный за границей иностранецъ — можетъ ли считать себя, въ личномъ отношеніи, настолько свободнымъ, чтобы вступить въ Италиі въ новый бракъ?— По этому вопросу, опять-таки, существуетъ рядъ колебаній, причемъ колебанія эти замѣчаются даже въ работахъ одного и того же автора. Напримѣръ, Esperson, въ 1868 году, давалъ отвѣтъ въ смыслѣ примѣнимости ст. 148 къ разведенному за границей иностранцу²⁾. Но тотъ же Esperson, нѣсколькими годами позже, всталъ на противоположную точку зрѣнія³⁾ и былъ поддержанъ цѣлымъ рядомъ соотечественниковъ⁴⁾. Такимъ образомъ, мнѣніе, согласно которому разведенный за

¹⁾ Напримѣръ: «Dans l'espèce, les juges italiens se trouvent en présence de deux étrangers qui demandent la reconnaissance d'un fait qui intéresse leur statut personnel et qui est réglé par leur loi nationale; faire droit à leur demande ne peut troubler notre ordre public, parce qu'il s'agit non d'un fait in fieri (?), mais d'un fait déjà accompli et passé en pays étranger en conformité des lois qui s'y appliquent». Clunet, 1903, стр. 913.

²⁾ Цит. у P. Esperson, Le droit international privé dans la législation italienne, Clunet, 1880, стр. 344.—Ср. Venise 17 сентября 1894, цит. у Fedozzi, op. cit., Clunet, 1897, стр. 502.—См. въ томъ же смыслѣ Douai 8 января 1877, Clunet, 1877, стр. 39 (въ то время разводъ во Франціи еще не былъ дозволенъ!).

³⁾ Ibidem, стр. 344.

⁴⁾ Напримѣръ, Fiore, Droit international privé, 1875, стр. 233: «Défendre à qui est légalement divorcé de pouvoir contracter un nouveau mariage en Italie, est contraire à nos institutions et à nos lois».

границей иностранецъ можетъ вступать въ новый бракъ въ Италиі,—въ настоящее время считается господствующимъ¹⁾. И въ этомъ отношеніи, значитъ, ст. 148 оказывается ослабѣвшею.

Но, можетъ быть, можно сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ? Какъ отнестись къ тѣмъ итальянцамъ, которые переходятъ въ иностранное подданство, получаютъ разводъ и, затѣмъ, ищутъ *ehequatur* въ Италиі? Имѣются судебныя рѣшенія, которыя и въ этомъ случаѣ, такъ сказать, приостанавливаютъ дѣйствіе ст. 148: не отрицая ея публичнаго характера, рѣшенія эти²⁾, тѣмъ не менѣе, считаютъ ее непримѣнимою. Подобная точка зрѣнія защищается одними учеными³⁾, но отвергается другими: напримѣръ, L. Gabba ссылается на желаніе дѣйствовать *in fraudem legis domesticae* и на этомъ основаніи отказывается въ *ehequatur*'ѣ⁴⁾.

Дальнѣйшее подсказывается само собою. Если иностранный разводъ можетъ производить дѣйствіе и въ личномъ, и въ имущественномъ отношеніяхъ, то нѣтъ основаній вообще отказывать ему въ *ehequatur*'ѣ⁵⁾. А если можно исполнять иностранное судебное рѣшеніе, разводящее двухъ иностранцевъ,—то, строго говоря,

¹⁾ Clunet, 1903, стр. 798—799: «Bien que certains auteurs (de Chassat, Demangeat, Regnault et autres) aient soutenu avec énergie l'opinion contraire, il est aujourd'hui généralement admis par la doctrine et la jurisprudence que la sentence du divorce rendue par les tribunaux d'un pays étranger dont la loi admet cette cause de dissolution du lien matrimonial, modifie l'état des conjoints divorcés et leur attribue la capacité juridique nécessaire pour contracter mariage avec une autre personne, en quelque pays que ce soit, sans distinguer entre ceux où le divorce existe et ceux où il n'existe pas».

²⁾ Напримѣръ, Modena 12 апрѣля 1898 и Brescia 26 апрѣля 1898, цит. у de Rossi, *op. cit.*, Clunet, 1903, стр. 268.

³⁾ Ibidem, стр. 268.

⁴⁾ Цит. *ibidem*, стр. 268.

⁵⁾ Напримѣръ, Venice 17 марта 1892 года, Clunet, 1894, стр. 917; Cass. Rome 17 августа 1904, Clunet, 1906, стр. 514; Venice 21 февраля 1902, Clunet, 1905, стр. 440.—Contra, 21 ноября 1900, стр. 392.

почему не совершать въ Италіи и самой процедуры развода, разъ она дозволяется личнымъ закономъ обоихъ тяжущихся? Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ рѣшеніямъ, въ которыхъ прямо говорится: «итальянскіе суды могутъ произносить разводъ между иностранцами, если такой разводъ разрѣшенъ національнымъ закономъ обѣихъ сторонъ»¹⁾. Я отнюдь не поднимаю вопроса о томъ, правильно ли это рѣшеніе, или неправильно. Для меня важно лишь то обстоятельство, что приведенный тезисъ представляетъ собой категорическое отрицаніе того положенія, изъ котораго мы вышли въ началѣ настоящаго параграфа. Оказывается, что ст. 148 можетъ быть признаваема публичнымъ порядкомъ и, въ то же время, примѣняться не ко всѣмъ искамъ, возбуждаемымъ въ Италіи. Мнѣ скажутъ: въ чемъ же тогда будетъ выражаться именно публичный характеръ данной нормы? Я укажу на то, что можно выдумать комбинаціи болѣе скромныя и, такъ сказать, болѣе узкія, чѣмъ тѣ, въ предѣлахъ которыхъ мы до сихъ поръ двигались. И, затѣмъ, можно сказать: для этихъ комбинацій ст. 148 имѣетъ абсолютное значеніе. Представимъ себѣ, на примѣръ, что дѣло будетъ идти объ исполненіи иностраннаго судебнаго рѣшенія, коимъ будутъ разведены два итальянца²⁾: въ этомъ случаѣ итальянскій судъ, конечно, противопоставитъ ст. 148 именно какъ публичный порядокъ.

54.—Выводъ. Во всѣхъ четырехъ разобранныхъ нами случаяхъ опредѣленіе публичнаго характера нормы не дало намъ еще никакихъ указаній по вопросу: когда же эта норма примѣняется? Если говорить шутя, то мы придемъ къ такому выводу: нормы публичнаго порядка примѣняются во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имъ надлежитъ быть примѣненными;—и во всѣхъ тѣхъ слу-

¹⁾ Gènes 7 іюня 1894, Clunet, 1898, стр. 412.

²⁾ V. de Rossi, loc. cit., стр. 269.

чаяхъ, когда ихъ примѣняютъ, говорятъ, что онѣ примѣняются, «потому что» онѣ имѣютъ публичный характеръ.

Если нормы публичнаго порядка примѣняются только въ тѣхъ случаяхъ (только въ тѣхъ конфликтныхъ комбинаціяхъ), въ которыхъ онѣ должны быть примѣняемы, то, право же, въ этихъ нормахъ мы обнаружимъ очень мало «экстраординарности» по объему ихъ дѣйствія. Ибо, вѣдь, и всѣ другія матеріальныя нормы, свойствомъ публичнаго порядка не обладающія, примѣняются тоже только въ тѣхъ случаяхъ, когда имъ надлежитъ быть примѣняемыми.

Я указалъ выше (см. § 44), что изложеніе четырехъ большихъ вопросовъ я дополню курсорнымъ анализомъ нѣкоторыхъ другихъ менѣ важныхъ, но все-таки характерныхъ, съ точки зрѣнія объема, проблемъ. Приступаю къ этой части моей работы, начавъ съ постановленій, касающихся ростовщичества.

55.—Д. Законныя ограниченія роста¹⁾ относятся, несомнѣнно, къ понятію публичнаго порядка, такъ какъ государства, устанавливающія подобныя ограниченія, несомнѣнно руководятся серьезными моральными и экономическими соображеніями, заставляющими ихъ пренебречь даже столь важнымъ принципомъ, какъ свобода гражданскихъ договоровъ²⁾. Спросимъ себя: къ какимъ именно договорамъ относится ограниченіе роста, установленное, напримѣръ, французскимъ закономъ 3 сентября 1807 года?

Нѣкоторые ученые отвѣчаютъ просто; оно-де примѣняется ко всѣмъ дѣламъ, восходящимъ на рѣшеніе

¹⁾ Сравнительно-законодательная справка, см. Clunet, 1882, стр. 362—363.

²⁾ «Je veux parler de la loi qui fixe le taux et la prescription des intérêts... Elle est unanimement considéré comme une loi de police». H. Donnedieu de Vabres, L'évolution de la jurisprudence française etc., Paris, 1905, стр. 487.

французскаго суда: «если взыскивается долгъ съ процентами; причеъ эти послѣдніе противорѣчатъ законамъ даннаго суда, то сѣдья долженъ считать договоръ недѣйствительнымъ, хотя бы въ томъ государствѣ, гдѣ онъ былъ подписанъ, и не существовало соотвѣтственныхъ законовъ о ростовщичествѣ»¹⁾. Мнѣніе это, однако, противорѣчитъ судебной практикѣ и доминирующей доктринѣ: весьма большое количество ученыхъ соглашается съ тѣмъ, что *lex fori* не имѣетъ никакого значенія²⁾ для ростовщическихъ процентовъ³⁾. «Публичный порядокъ того государства, гдѣ вчинается искъ, совершенно не заинтересованъ въ подобныхъ дѣлахъ»⁴⁾.

Но если норма ростовщическихъ процентовъ не опредѣляется по *lex fori*,—то, спрашивается: какъ же именно опредѣлить ея объемъ? Можно придерживаться просто *lex loci contractus*⁵⁾. Story считаетъ, что запрещеніе должно быть примѣняемо ко всѣмъ договорамъ, по которымъ уплата производится въ данной странѣ⁶⁾. Одно французское рѣшеніе прибавляетъ:—и независимо отъ того, гдѣ именно заключенъ договоръ⁷⁾. Американское рѣшеніе прибавляетъ:—и независимо отъ мѣста нахождения заложеннаго по этому договору недвижимаго имущества⁸⁾. Kent, наоборотъ, стоитъ за подчиненіе

¹⁾ Savigny, System, VIII, стр. 276.—Ср. Seine 13 февраля 1895 г., Clunet, 1896 г., стр. 1064; Alexandrie 4 мая 1876, Clunet, 1876, стр. 391.—Kahn, Böhm, 1900, стр. 104 (?).

²⁾ Despagnet, Précis, стр. 215: «des intérêts dépassant le taux fixé par notre loi du 3 septembre 1807, stipulés en pays étranger conformément à la loi locale, peuvent être réclamés en France».

³⁾ Напримѣръ, Despagnet, Précis, стр. 493.

⁴⁾ Pillet, Principes, стр. 416.

⁵⁾ Seine 5 декабря 1895, Clunet, 1897, стр. 149.

⁶⁾ Story, Commentaries, стр. 489.—Ср. Pillet, Le droit international privé, Clunet, 1895, стр. 254—255.

⁷⁾ Grenoble 13 июля 1872, Clunet, 1874, стр. 128.

⁸⁾ Arcansas 14 июня 1902 г., Clunet, 1905, стр. 1106. Ср. Kentucky 27 января 1902 года, Clunet, 1906, стр. 236: «A supposer un contrat de prêt conclu dans un état et garanti par une hypothèque sur un immeuble s'y

ростовщическимъ законамъ всѣхъ договоровъ, заключенныхъ въ данной странѣ, независимо отъ мѣста платежа¹⁾. Nelson²⁾ подчиняетъ закону о ростовщичествѣ тѣ договоры, которые суть «substantially english» (т. е., вѣроятно, по предполагаемой волѣ сторонъ?). V. Var защищаетъ совсѣмъ особенную точку зрѣнія: нѣмецкому закону о ростѣ подчинены тѣ договоры, на основаніи которыхъ «заняты деньги, получающія экономическое примѣненіе на германской территоріи»³⁾. Въ одномъ рѣшеніи французскаго кассационнаго суда сдѣлана ссылка на домициль дебитора⁴⁾. Наконецъ, безконечно сложна та комбинація, которая предложена въ новѣйшемъ изслѣдованіи Jitta⁵⁾. Законъ о недозволенномъ ростѣ, по его мнѣнію, надо примѣнять: 1) ко всѣмъ договорамъ, заключеннымъ сторонами, домицилированными въ данномъ государствѣ; 2) ко всѣмъ договорамъ, заключеннымъ сторонами, домицилированными за границей, если дѣло будетъ идти (?) не о «чрезвычайномъ размѣрѣ роста»⁶⁾, а о «злоупотребленіи нуждой, сла-

trouvant, si le principal et les intérêts doivent être payés de bonne foi dans un autre État, c'est d'après la loi de ce dernier que doit être déterminée la validité du dit contrat.—Contra, Nebraska январь 1881 года, Clunet, 1883, стр. 416.

¹⁾ Цит. у Story, Ibidem, стр. 490.—Ср. Consulat français à Constantinople, Clunet, 1893, стр. 615. «Lorsque des étrangers concluent un contrat dans les Echelles du Levant, c'est à la loi du lieu où l'acte a été passé qu'il faut s'attacher pour déterminer quel est le taux maximum des intérêts qui peuvent être stipulés».—Ср. Seine, 5 декабря 1895 года, Clunet, 1897, стр. 149: «au cas d'un emprunt loyalement fait à l'étranger, en Angleterre dans l'espèce, par un Français, les intérêts peuvent être fixés à un taux supérieur au taux légal tel que l'établit en France la loi du 3 septembre 1807, au taux de 20% environ, par exemple».—Ср. Vermont 20 января 1887, Clunet, 1887, стр. 668;—Nebraska 20 марта 1883; Clunet, 1884, стр. 533.

²⁾ Nelson, Cases, стр. 279, прим. r.

³⁾ Theorie und Praxis, II, стр. 18.—Ср. Ohio январь 1883, Clunet, 1884, стр. 534.—Ср. Demangeat, Précis, стр. 493, въ томъ же смыслѣ.

⁴⁾ Cass. 19 февраля 1890, Clunet, 1890, стр. 495.

⁵⁾ La substance des obligations, II, 1906, стр. 92—95.

⁶⁾ Cass. 10 июня 1857 года (цит. Clunet, 1882, стр. 282, прим. 1): два француза, домицилированные за границей, могутъ заключать условіе о ростѣ по мѣстному закону.

бостью или неопытностью контрагента». Ко всемъ остальнымъ договорамъ примѣняется законъ *domicilli debitoris* (съ нѣкоторымъ, ближе не опредѣленнымъ, вліяніемъ публичнаго порядка по *lex domicilli creditoris*?—см. стр. 95).

Я, опять-таки, не буду рѣшать, кто правъ, а кто неправъ. Для меня достаточно констатировать, что все перечисленные авторы считаютъ законы о ростѣ—нормами публичнаго порядка и, въ то же время, присваиваютъ имъ самые разнообразныя объемы: по *lex fori*;—по закону того мѣста, гдѣ будетъ произведена уплата;—по закону мѣста совершенія договора;—по закону мѣста нахождения вещи;—по закону того мѣста, гдѣ заемъ будетъ использованъ экономически;—по закону домициля дебитора;—по закону домициля кредитора;—по закону общаго домициля и т. д... Я уже не говорю о томъ, что возможны осложненія въ видѣ комбинированія нѣсколькихъ законовъ. Напримѣръ, *Pillet* стоитъ за *lex loci contractus*, но прибавляетъ кумулятивно *lex originis*, если оба подданные удалились за границу для того, чтобы обойти свой національный законъ ¹⁾. А такой талантливый юристъ, какъ *F. Kahn*, не затруднился дать слѣдующій объемъ для законовъ о ростѣ ²⁾: все договоры, обсуждаемые въ данномъ судѣ, — кромѣ того случая, когда иностранный законъ, регулирующий данный договоръ, «самъ имѣетъ законъ о ростовщичествѣ, отличающійся отъ нашего закона лишь мелочами (?)».

Въ результатѣ, значить, мы имѣемъ прежній выводъ. Указаніе на публичный характеръ данной нормы не есть конфликтное правило. Но это указаніе не является и отрицаніемъ конфликтной нормы. Оно есть просто поводъ къ созданію конфликтной нормы; и когда такая конфликтная норма создана, то указаніе на публичный

¹⁾ *Pillet*, *Principes*, стр. 416.

²⁾ *F. Kahn*, *Bedeutung der Rechtsvergleichung etc.*, *Böhm*, 1900, стр. 104.

порядокъ можетъ отпасть, ибо новая, созданная конфликтная норма ничѣмъ не отличается отъ всѣхъ другихъ, конструируемыхъ безъ привхожденія публичнаго порядка.

А это—и значить, что у нормъ публичнаго порядка нѣтъ никакого специфическаго, имъ только свойственнаго объема.

56.—Алименты. Французскіе суды признаютъ, что постановленіе объ алиментахъ, какъ публичный порядокъ, обязательно даже для тѣхъ иностранцевъ, національный законъ которыхъ не знаетъ подобнаго института ¹⁾. Однако, нельзя, конечно, предположить, что французскій судъ согласится примѣнять ст. 203 и сл. кодекса Наполеона ко всякому иностранцу, какому бы ни вздумалось вчинить во французскомъ судѣ искъ. Поэтому, напримѣръ, въ кассационномъ рѣшеніи 22 июля 1903 года ²⁾ мы находимъ косвенное указаніе на тѣ случаи, когда *ordre public*, такъ сказать, обезсиливается и не примѣняется: напримѣръ, если обѣ стороны не только являются иностранцами, но еще и домицилированы за границей, то, конечно, искъ одной стороны къ другой объ алиментахъ будетъ отвергнутъ; и притомъ—отвергнуть онъ будетъ не только тѣми юристами, которые считаютъ алименты вопросомъ личнаго статута ³⁾,—но также и тѣми, которые именно стоятъ на точкѣ зрѣнія публичнаго порядка.

57.—Форма брачнаго договора. Согласно ст. 1434 В. Г. В., брачный договоръ долженъ быть совершаемъ, при одновременномъ присутствіи обѣихъ сторонъ, судьей или нотариусомъ. Въ литературѣ высказывается

¹⁾ Douai 26 марта 1902, Clunet, 1903, стр. 593.—Ср. Paris 10 июля 1903, Clunet, 1904, стр. 356.

²⁾ Clunet, 1904, стр. 355.

³⁾ Такое мнѣніе тоже существуетъ въ литературѣ (напр. Brocher, Cours, I, стр. 297;—Laurent, Droit civil, V, № 88); я на немъ совсѣмъ не остановлюсь.

мнѣніе ¹⁾, что указанная статья имѣетъ характеръ публичнаго порядка и потому должна быть примѣняема ко всѣмъ договорамъ, восходящимъ на разсмотрѣніе нѣмецкаго суда. Однако, въ виду постановленія ст. 1433, большинство нѣмецкихъ юристовъ принуждено признать, что брачный договоръ, совершенный по закону домиція мужа и въ силу особой договорной ссылки именно на этотъ законъ,—дѣйствителенъ и въ Германіи. Слѣдовательно, публичный порядокъ ст. 1434 дѣйствуетъ не абсолютно, а лишь въ нѣкоторыхъ предѣлахъ, подлежащихъ особому изученію.

58. — Запрещеніе фидеикомиссовъ единогласно признается за публичнымъ порядкомъ. Но возникаетъ вопросъ: къ какимъ же именно имуществамъ относится ст. 896 кодекса Наполеона, гласящая, что «*les substitutions sont prohibées*»? Значительная часть юристовъ отвѣчаетъ: эта статья (и аналогичная ей ст. 899 итальянскаго гражданскаго кодекса) примѣнима только къ искамъ, вчинаемымъ въ данныхъ судахъ и касающимся имущества, на данной территоріи расположенныхъ. Фидеикомиссы, установленные относительно недвижимостей иностранныхъ,—съ этой точки зрѣнія,—оказываются вполнѣ дѣйствительными ²⁾. Существуютъ, однако, и другія мнѣнія. По одному итальянскому рѣшенію ³⁾

¹⁾ Напримеръ, W. Silberschmidt, Die Kollision zwischen ehelichem Güterrecht etc., Böhm, 1898, стр. 104. — Ср. W. Marcusen, Das internationale Privatrecht, Böhm, 1901, стр. 39.

²⁾ G. Diena, De l'influence que peut exercer sur la validité etc., Clunet, 1894, стр. 259: «C'est qu'en effet si la loi italienne prohibe les substitutions fidéicommissaires pour des motifs d'intérêt social,—l'ordre public du royaume ne reçoit cependant aucune atteinte, lorsqu'on applique des dispositions différentes d'un droit étranger, non pas seulement à des étrangers, mais aussi à des biens qui ne sont pas situés sur le territoire de l'État». — Ср. въ томъ же смыслѣ: Cass. Palerme 25 августа 1854, Clunet, 1896, стр. 432 (повторено по редакціонному недосмотру въ 1898, стр. 417);—Paris 7 августа 1883 (Clunet, 1884, стр. 192);—Seine 7 июля 1899 (Clunet, 1900, стр. 158). Ср. P. Esperson, Le droit international privé dans la législation italienne, Clunet, 1881, стр. 226.

³⁾ Coltanissetta 27 марта 1891 года, Clunet, 1893, стр. 955: «Les fidéi-
лл. ПИЛЕНКО. 10

ст. 896 слѣдуетъ примѣнять ко всѣмъ искамъ, обсуждаемымъ въ Италіи, независимо отъ мѣста нахождения имущества. Третье мнѣніе высказываетъ Pillet ¹⁾. Онъ полагаетъ, что ст. 896 должна примѣняться только къ тѣмъ наслѣдованіямъ, которыя остаются послѣ французовъ. Съ этой точки зрѣнія, слѣдовательно, австрійскій подданный можетъ обременить фидеикомиссомъ даже французскую недвижимость. Наконецъ, четвертое и, кажется, послѣднее мнѣніе высказано въ рѣшеніи Seine 9 марта 1895 года ²⁾: запрещеніе фидеикомиссовъ примѣняется ко всѣмъ тѣмъ наслѣдствамъ, которыя остаются послѣ лицъ, домицилированныхъ во Франціи, независимо отъ мѣста нахождения имущества.

Такимъ образомъ, циклъ возможныхъ конструкцій объема является совершенно законченнымъ,—и каждая изъ этихъ конструкцій совмѣщается съ понятіемъ публичнаго порядка.

59.—Отвѣтственность жены за долги мужа. Въ одномъ изъ рѣшеній Reichsgericht'a указано, что отвѣтственность эта является понятіемъ публичнаго порядка, но что она, тѣмъ не менѣе, должна примѣняться не ко всѣмъ искамъ, вчинаемымъ въ данномъ судѣ, а только къ тѣмъ, которые касаются супруговъ, домицилированныхъ на данной территоріи ³⁾.

commis autorisés par la loi étrangère, alors même qu'ils portent sur des biens possédés par un italien à l'étranger, doivent être considérés comme non avenus au regard de la loi italienne appelée à régir la succession du grevé.

¹⁾ Pillet, Principes, стр. 353: «Le code civil a réalisé une certaine conception de la famille, entraînant à titre de corollaire la prohibition des substitutions. Il n'a aucune raison d'étendre à une famille étrangère établie sur des bases différentes cette conception».

²⁾ Clunet, 1895, стр. 629.

³⁾ Reichsgericht 9 марта 1900 года, Böhm, 1900, стр. 282: «Der hamburgische Rechtssatz, dass das Frauengut für die Schulden des Ehemannes hafte, war nun freilich keine Prohibitivnorm in dem Sinne, dass ein anderer Rechtszustand in Ansehung keines Ehepaares, z. B. auch nicht eines dort gar nicht wohnenden, sondern sich nur vorübergehend aufhaltenden, anerkannt worden wäre».

60. — Постановленія, касающіяся ношенія орденовъ ¹⁾ (напримѣръ, французскій декретъ 10 марта 1891 г.). Эти постановленія, несомнѣнно, являются нормами публичнаго порядка; они даже снабжены уголовной санкціей. Примѣнимы ли эти постановленія ко всѣмъ дѣламъ, производящимся въ данномъ судѣ? Практика отвѣчаетъ отрицательно: иностранцы этимъ нормамъ не подчинены ²⁾. Дѣйствительно ли эти нормы непримѣнимы ни къ одному иностранцу? Практика отвѣчаетъ, опять-таки, отрицательно, вводя, слѣдовательно, ограниченія: иностранцы, получившіе ордена не отъ своего національнаго правительства, подчинены указаннымъ нормамъ ³⁾. Какимъ законамъ подчинены иностранцы, находящіеся внѣ сферы примѣненія французскаго декрета 1891 года? Къ нимъ примѣняется публичный порядокъ ихъ національнаго закона ⁴⁾.

Получается, слѣдовательно, норма публичнаго порядка, имѣющая весьма сложный объемъ: французскій декретъ примѣняется ко всѣмъ французамъ (находящимся на французской территоріи?) — и къ тѣмъ иностранцамъ, которые носятъ на французской территоріи

¹⁾ E. Lehr, *Du port des décorations au point de vue du droit international*, Clunet, 1887, стр. 299—302.

²⁾ Cassation 25 мая 1899, Clunet, 1903, стр. 614—615: «Les étrangers séjournant en France n'ont besoin d'aucune autorisation pour avoir le droit de porter les décorations qui leur ont été conférées par des gouvernements étrangers». — Ср. Corbeil 26 ноября 1886, Clunet, 1887, стр. 180.

³⁾ Циркуляръ французскаго министра юстиціи 27 іюля 1896 (ст. 2), Clunet, 1899, стр. 639: «Les étrangers titulaires de décorations étrangères, qui leur auront été conférées par le gouvernement d'un pays autre que leur pays d'origine, doivent être considérés comme astreints aux obligations imposées aux Français, en ce qui concerne le port de leurs décorations».

⁴⁾ Тотъ же циркуляръ, ст. 1 in fine, ibidem, стр. 639: «Les étrangers titulaires de décorations qui leur auront été conférées par le gouvernement de leur pays d'origine ne devront pas être poursuivis... lorsqu'ils se conformeront, quant à la façon de porter leurs décorations, aux prescriptions de la loi d'institution de l'Ordre dont ils sont titulaires». Ту же мысль защищаетъ и Lehr, *op. cit.*, стр. 300. Ср. Corbeil 26 ноября 1886, Clunet, 1887, стр. 180.

ордена, полученные ими или отъ французскаго, или же не отъ своего національнаго правительства.

61.—Законы о несостоятельности имѣютъ, несомнѣнно, публичный характеръ. Несмотря на это, существуетъ не менѣе четырехъ доктринъ относительно того, къ какимъ случаямъ эти законы примѣняются. Первая доктрина говоритъ, что законы о несостоятельности примѣняются ко всѣмъ лицамъ, проживающимъ (*résidant*) въ данной странѣ ¹⁾. Согласно второй доктринѣ, законы эти примѣняются ко всѣмъ сдѣлкамъ, совершаемымъ въ данной странѣ ²⁾. Третья доктрина подчиняетъ законамъ о несостоятельности всѣхъ лицъ, domiciliрованныхъ въ данной странѣ ³⁾. Наконецъ, существуетъ ученіе, согласно которому договоры эти обязательны для всѣхъ исковъ, обсуждаемыхъ въ данной странѣ ⁴⁾.

62.—Я полагаю, что на этомъ можно остановиться.

Нѣтъ надобности продолжать тотъ анализъ публичныхъ нормъ, общій характеръ котораго достаточно очерченъ въ предыдущихъ параграфахъ. Я беру на себя смѣлость утверждать, что сомнѣнія, подобныя тѣмъ, которыя были изображены въ приведенныхъ мною примѣрахъ, должны возникать, въ видѣ общаго правила, по поводу всякой нормы публичнаго порядка, каково бы ни было ея содержаніе. Если они не всегда возникали въ литературѣ, то это объясняется не существомъ дѣла, а лишь случайными обстоятельствами: норма публичнаго порядка можетъ быть недостаточно разработанной; ея примѣненіе на практикѣ можетъ быть спорадическимъ; притомъ, случаи ея примѣненія на практикѣ могутъ — по особому совпаденію обстоя-

¹⁾ Bruxelles 14 апрѣля 1894, *Clunet*, 1895, стр. 169.

²⁾ Courtraï 3 января 1903 года, *Clunet*, 1904, стр. 203—204.

³⁾ *Implicite, Politis, De la faillite et de la liquidation judiciaire etc.*, *Clunet*, 1894, стр. 950.

⁴⁾ *Dien a, De la repression internationale etc.*, *Clunet*, 1905, стр. 551—552.

тельствъ — оказаться именно тѣми, когда никакого сомнѣнія о примѣнимости данной нормы публичнаго порядка къ данному дѣлу возбуждаться не можетъ. Но, по мѣрѣ того, какъ международное частное право будетъ развиваться, и какъ будутъ учащаться случаи примѣненія нормъ публичнаго порядка, — все яснѣе и яснѣе будетъ становиться предъ наукой вопросъ: да каковъ же, въ самомъ дѣлѣ, объемъ этихъ нормъ? И тогда мы придемъ къ необходимости сказать себѣ, что для разныхъ нормъ публичнаго порядка объемъ этотъ, во всякомъ случаѣ, долженъ быть не одинаковымъ. Публичныя нормы о ношеніи орденовъ, конечно, не могутъ примѣняться къ тому же самому объему, къ какому примѣняются публичныя нормы о чрезмѣрномъ ростѣ. Ибо умѣстительными признаками (Anknüpfungsbegriffe) для первыхъ нормъ, очевидно, будутъ понятія полученія и ношенія орденовъ, а для вторыхъ — различныя комбинаціи мѣста заключенія и мѣста исполненія договора.

Нормы публичнаго порядка не имѣютъ никакого специфическаго, имъ только свойственнаго, экстраординарнаго объема.

А это и значить, что пресловутая экстраординарность нормъ публичнаго порядка, во всякомъ случаѣ, не можетъ быть отыскиваема въ томъ элементѣ этихъ нормъ, который называется ихъ объемомъ.

V.

63.—Перехожу къ третьему и послѣднему изъ намѣченныхъ источниковъ оспариваемой мною экстраординарности. Какъ я уже указалъ выше, источникомъ этимъ являлись бы тѣ функціи, которыя свойственны публичному порядку.

А именно. Можно утверждать, что публичному порядку присущи такія особенности воздѣйствія на правовые казусы, которыя ни въ какихъ другихъ конфликтныхъ нормахъ не встрѣчаются. Подобная постановка вопроса *expressis verbis* въ литературѣ не дѣлается. Но она, несомнѣнно, и сознается, и—косвенно—защищается многими учеными. Лучшимъ аргументомъ въ пользу несомнѣннаго существованія подобной точки зрѣнія можетъ служить слѣдующее обстоятельство.

Относится ли публичный порядокъ къ области конфликтнаго, — или матеріальнаго права? Какъ ни естественъ такой вопросъ, онъ нигдѣ въ литературѣ не только не разрѣшается, но даже не ставится. Отчего?— Да именно оттого, что казусамъ публичнаго порядка присваивается совсѣмъ особая функція, не имѣющая ничего общаго ни съ матеріальнымъ, ни съ конфликтнымъ правомъ; — а затѣмъ дѣлается изъ сего и безсознательный выводъ: функція эта настолько специфична, что она, по необходимости, отрѣзаетъ всякую возможность дальнѣйшихъ систематическихъ разсужденій.

Вотъ, какъ разсуждаютъ авторы этой категоріи. Конфликтная норма указываетъ, какое матеріальное право должно быть примѣнено къ данному случаю. Матеріальная норма указываетъ, какъ разрѣшать существо вопроса. А норма публичнаго порядка?—Норма публичнаго порядка не есть ни то, ни се: она не регулируетъ матеріально-правовыхъ контроверзъ, но она и не разрѣшаетъ конфликтовъ, въ обыденномъ смыслѣ этого слова. Она двигается какъ-то внѣ двухъ проторенныхъ дорогъ; она — какъ говоритъ Школа — только останавливаетъ дѣйствіе иностраннаго закона. И въ этомъ «останавливаніи» она приобщается какъ матеріальныхъ моментовъ (ибо приостанавливаніе происходитъ по соображеніямъ, проистекающимъ изъ существа нормы), такъ и моментовъ конфликтныхъ (ибо приостанавливаетъ-то она все-таки дѣйствіе конфликтной нормы).

Дальнѣйшее изложеніе, слѣдовательно, должно свестись къ анализу двухъ вопросовъ: 1) въ чемъ заключается экстраординарность указанной «приостанавливающей» функціи? и 2) дѣйствительно ли публичный порядокъ имѣетъ только «приостанавливающую» функцію? Послѣ того, какъ мы разберемъ оба эти вопроса, мы будемъ въ состояніи дать отвѣтъ на интересующую насъ проблему: дѣйствительно ли публичный порядокъ имѣетъ характеръ чего-то экстраординарнаго по функціи?

64. — По первому вопросу отвѣтъ представляется простымъ. Трафаретное школьное опредѣленіе публичнаго порядка въ томъ и заключается, что судья-де запрещаетъ осуществлять полномочія, на основаніи иностраннаго закона возникшія, но въ данной странѣ недопустимыя. Швейцарецъ желаетъ жениться на пятнадцатилѣтней итальянкѣ; Федеральныи совѣтъ отказываетъ ему въ исполненіи предбрачныхъ формальностей, находя, что запретъ швейцарскаго закона (= недееспособность пятнадцатилѣтней женщины), такъ

сказать, «пересиливаетъ» разрѣшеніе закона итальянскаго¹⁾.

Эта приостанавливающая функція публичнаго порядка, на первый взглядъ, дѣйствительно можетъ показаться экстраординарною. Передъ нашими глазами развертывается какое-то необычное юридическое явленіе: парализуется чужой нормы. Чужая норма уже входила въ нашъ судъ, бодрая и живая; но ей впрыснули идею публичнаго порядка, и она падаетъ бездыханною. Необычность заключается именно въ умираніи нормы: на мѣсто ея не подставляется какое-нибудь другое правило; происходитъ не замѣна нормы, а именно лишь остановка ея дѣйствія. Если взять другое сравненіе и сказать, что норма вносится въ судъ какъ дѣтскій воздушный шаръ, то публичный порядокъ представится намъ въ роли прокалывающей иглы: публичный порядокъ разрываетъ

¹⁾ Ср. Journal Clunet, XXVII, стр. 445—446: «Un Tessinois voulait épouser, en Suisse, une Italienne âgée de 15 ans. Nous résolûmes affirmativement la question de savoir si l'officier d'état civil suisse devait refuser la publication de promesse de mariage, car la disposition de l'art. 27 de la loi sur l'état civil, suivant laquelle, pour contracter mariage, la femme doit être âgée de seize ans révolus, est une prescription d'ordre public et s'applique, par conséquent aussi, à une fiancée italienne. (Rapport présenté à l'Assemblée fédérale par le Conseil fédéral sur sa gestion, en 1898, département de justice et de police)». — Ср. Martin, Du mariage et du divorce (Clunet, 1897, стр. 753—754)—«séparation illimitée». Примѣръ изъ нѣмецкой практики (о запрещеніи наслѣдованія для лицъ монашескаго сана), см. Reichsgericht, 5 мая 1898 года, по переводу Journal Clunet, XXVII, стр. 164: «C'est là une disposition d'intérêt économique et d'ordre public qui, par conséquent, doit être applicable même aux religieux domiciliés dans un pays étranger dont la loi ne les frappe pas de l'incapacité de succéder». — Ср. о séparation perpétuelle, Clunet, 1904, стр. 963.—Reichsgericht, 1 апрѣля 1896, Clunet, 1898, стр. 936. Примѣры изъ французской практики, Seine 26 ноября 1896, Clunet, 1897, стр. 137: «La loi française interdit en France la recherche de la paternité naturelle, alors même que cette recherche est autorisée par la législation qui régit le statut personnel de celui qui prétend établir sa filiation naturelle». — Ср. Aix 19 декабря 1892 и Cass. 29 мая 1894, Clunet, 1894, стр. 135 и 862 (банковая монополія). — Marseille (21 февраля 1902), Clunet, 1904, стр. 186 (разводъ по взаимному согласію).

оболочку, газъ выходитъ: — нѣтъ больше шара, есть только сморщенный клочокъ резинки. Ordre public не замѣнилъ испорченнаго шара никакой другой игрушкой. Онъ только испортилъ дѣло.

Само собой разумѣется, что подобная постановка вопроса неправильна. Только юридическая наивность можетъ говорить о параличѣ нормы, объ остановкѣ нормы, не замѣняемой ничѣмъ противоположнымъ. Если итальянкѣ запрещаютъ вѣнчаться до пятнадцати лѣтъ, то это не обозначаетъ простаго непримѣненія итальянской нормы: швейцарское постановленіе, запрещающее бракъ, есть такая же норма, какъ и итальянское разрѣшеніе; въ тотъ моментъ, когда отказываютъ въ примѣненіи итальянской нормы, тѣмъ самымъ вводятъ въ дѣйствіе норму швейцарскую. Слѣдовательно, дѣло идетъ именно не о параличѣ, а о простой замѣнѣ одной матеріальной нормы — другою.

Эти разсужденія — не схоластика. Они имѣютъ большое практическое значеніе. Ибо, если бы мы имѣли дѣло только съ «параличомъ», то мы не могли бы объяснить себѣ того, — очень частаго — случая, когда мѣстный публичный порядокъ производитъ свое дѣйствіе за границей. Представимъ себѣ, на примѣръ, что язычникъ не можетъ вѣнчаться въ Германіи по своимъ экзотическимъ обычаямъ; этому препятствуетъ нѣмецкій публичный порядокъ. Но оказывается, что серьезные нѣмецкіе юристы отрицаютъ — также по соображеніямъ публичнаго порядка — и за нѣмцемъ право вѣнчаться на основаніи языческихъ законовъ (о формѣ) въ какомъ-нибудь экзотическомъ государствѣ¹⁾. Этотъ ка-

¹⁾ A. Meyerowitz, Die Eheschliessung von Ausländern im Deutschen Reiche und von Deutschen im Auslande etc., Zeitschrift Böhm, X, стр 14: «Selbstverständlich kann ein Europäer sich nicht heidnischer Formen bedienen. Ebensovienig können die islamitischen Formen für ausreichend angesehen werden. Die tiefen und grundsätzlichen Verschiedenheiten, die zwischen christlicher und islamitischer Auffassung in Bezug auf die Ehe, deren

зусъ совершенно необъяснимъ съ точки зрѣнія «паралича»: ибо онъ заключается въ примѣненіи къ нѣмцу именно нѣмецкихъ нормъ о формѣ брака. Совершенно таково же положеніе и вопроса о бракахъ съ *belle-soeur* въ Англіи: британскіе ученые запрещаютъ иностранцамъ вступать въ такіе браки на территоріи Соединеннаго Королевства; но, кромѣ того, они требуютъ, чтобы и англичане, брачующіеся за границей, подчинялись такому же постановленію¹⁾.

65. — Мы пришли, такимъ образомъ, къ существенному выводу. Даже «останавливающая» функція публичнаго порядка не представляетъ собой ничего экстраординарнаго. Все дѣло сводится къ тому, что конфликтная норма, скрыто заключенная въ понятіи публичнаго порядка, принуждаетъ судью примѣнить къ данному казусу не иностранное, а мѣстное матеріальное право. Явленіе это—совершенно обыденно.

Но этимъ дѣло не ограничивается. Можно пойти дальше (второй вопросъ) и доказывать, что «останавливающая» функція не исчерпываетъ собой содержания идеи публичнаго порядка; — что у публичнаго порядка

öffentlich-und privatrechtliche, religiöse, sittliche und sociale Bedeutung unüberdrückbar bestehen und ihre festen und deshalb unabänderlichen Wurzeln in der Geschichte, Religion, Heimat und Organismus des Mohammedaners haben, verbieten dem Europäer auch jene Formen anzuwenden. Замѣчу, что въ этомъ случаѣ мотивировка непримѣненія иностраннаго закона страдаетъ явнымъ противорѣчіемъ съ основными послыжками публичнаго порядка. Ибо она сводится къ утвержденію: «этотъ институтъ глубоко связанъ съ мѣстной моралью, и поэтому онъ въ данномъ государствѣ нами не признается».

¹⁾ A. Méringhac, *La question des mariages entre beau-frère et belle-soeur en Angleterre etc.*, Clunet, XXIX, стр. 20—21: «l'ordre public britannique voudrait non seulement que le mariage des étrangers entre beau-frère et belle-soeur ne sort pas accepté en Angleterre, ce qui est l'application du principe normal d'ordre public, que chacun, sur son territoire, envisage comme il l'entend; mais, de plus, il exigerait que les Anglais à l'étranger soient suivis par la loi anglaise et soumis à un empêchement qui leur aurait été sûrement opposable s'ils s'étaient mariés en Angleterre».

существуютъ другія, не менѣ существенныя функціи;— и что всѣ эти остальные функціи тоже сводятся къ совершенно обыденной подстановкѣ одной матеріальной нормы на мѣсто другой. Каковы же эти другія функціи?

66.—Существуютъ ученые, которые утверждаютъ, что никакихъ другихъ функцій, кромѣ «останавливающихъ», публичный порядокъ имѣть не можетъ. Напримѣръ, Lainé¹⁾ высказывается весьма рѣшительно: «если ст. ст. 1 и 2 гаагскаго протокола о разводѣ предоставляютъ извѣстное вліяніе территоріальному закону,—то только въ смыслѣ парализованія въ каждомъ государствѣ тѣхъ нормъ національнаго закона, которыя противорѣчили бы публичному порядку²⁾). Нѣтъ никакого сомнѣнія, что Lainé ошибается. И можно а ргіогі выяснитъ себѣ, въ какихъ именно случаяхъ онъ ошибается наиболѣе грубымъ образомъ. Выше мы видѣли, что «парализующая» сила публичнаго порядка проявляется каждый разъ, какъ иностранный законъ говоритъ «можно», а свой— «нельзя». Уже и по отношенію къ этимъ случаямъ мы установили, что дѣло сводится вовсе не къ парализу нормы «можно»,—а къ подстановкѣ нормы «нельзя». При такихъ условіяхъ, иныя функціи публичнаго порядка должны проявиться наиболѣе ярко, очевидно, въ тѣхъ случаяхъ, когда чужой законъ говоритъ «нельзя», а свой—«можно».

67.—Мыслимы ли такіе случаи?—Они не только мыслимы, но и чрезвычайно многочисленны. Иностранецъ, не имѣющій, по національному закону, никакого правомочія, является въ чужое для него государство и требуетъ, чтобы указанное правомочіе было для него со-

¹⁾ Conférence de la Haye, Clanet, 1901, стр. 239.

²⁾ Въ томъ же, приблизительно, смыслѣ Pillet (Principes, стр. 371, прим. 1), утверждающій: «On trouve aussi, quoique très rarement, des lois d'ordre public à forme positive».

здано. Мотивъ: такъ какъ мѣстные граждане въ данномъ государствѣ имѣютъ это правомочіе и такъ какъ представленіе этого правомочія диктуется соображеніями публичнаго порядка, то...»¹⁾. Луизианецъ, который, по своему національному закону, не имѣетъ права жениться на цвѣтной женщинѣ—является въ Румынію и проситъ о томъ, чтобы отсутствующее у него правомочіе было для него специально создано. Ему не можетъ быть отказано²⁾.

Въ этотъ второмъ видѣ, слѣдовательно, публичный порядокъ является всецѣло созидательной силой³⁾: и

¹⁾ Для правильнаго пониманія этого случая необходимо имѣть въ виду, что иностранецъ проситъ такого правомочія, которое, по общимъ началамъ частнаго международнаго права, должно быть регулируемо не мѣстнымъ, а его, національнымъ, закономъ.

²⁾ C. Busdugan, Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie, Journal Clunet, XXVII, стр. 757: «Ainsi doivent être considérés comme contraires à notre ordre public, et, par conséquent, non applicables sur notre territoire, les empêchements fondés sur la différence de religion, dans le sens qu'un chrétien ne peut épouser une personne non chrétienne (législations autrichienne, russe et serbe), sur l'impuissance physique (lois autrichienne, espagnole et chilienne) et sur la différence de race ou de couleur (législations de la Louisiane, de la Virginie et de l'État du Texas).

³⁾ Примѣръ изъ нѣмецкой судебной практики, см. Reichsgericht 28 апрѣля 1900 г., Zeitschrift Böhm, XI, стр. 422—423: «Denn dass sich der Verkäufer im Falle eines Betruges mit der Versäumung einer rechtzeitigen Mängelanzeige nicht verteidigen kann, ist ein absolut gebietender, mit den bei uns herrschenden sittlichen Grundsätzen in engem Zusammenhang stehender Rechtssatz, der von dem deutschen Prozessrichter immer anzuwenden ist, also auch dann, wenn das ausländische Recht, das sonst für den Kontrakt massgebend ist, den gleichen Rechtssatz nicht enthalten sollte».—Ср. L. Fuld, Ausländische Urtheile und die deutsche Civilprozessordnung, Böhm, 1898, стр. 380.—Примѣръ изъ французской практики, Cass. 26 декабря 1905, Clunet, 1906, стр. 449: «une société étrangère, pour user de la faculté de commercer en France, doit nécessairement pouvoir faire connaitre son objet pas sa dénomination et ne peut y arriver qu'en traduisant cette dénomination en langue française. Aucune loi n'oblige d'ailleurs les juges du fait à rechercher si la législation anglaise permet à la société anglaise une semblable additon à sa firme».—Ср. Clunet, 1893, стр. 360 (легитимация дѣтей англичанъ, брачующихся во Франціи)—цитированы рѣшенія.—Примѣръ изъ итальянской практики, Livorno 5 мая 1898, Clunet, стр. 415:

сдѣлаться таковой онъ можетъ только потому, что на мѣсто запретительной иностранной нормы—онъ ставитъ свою, дозволительную. Соответственно этому, совершенно правъ былъ апелляціонный судъ въ Douai¹⁾, когда онъ принудилъ отвѣтчика англичанина выдать алименты своему сыну, несмотря на то, что, по національному закону сторонъ, обязанности производить подобную уплату не устанавливалось²⁾. Значитъ, норма объ алиментахъ была примѣнена къ англичанину въ смыслѣ созданія для него обязанностей, неизвѣстныхъ личному закону³⁾.

Этимъ путемъ мы приходимъ къ тому выводу, что въ предѣлахъ государства, примѣняющаго публичный порядокъ, функціи нормъ этого рода не представляютъ собой ничего экстраординарнаго.

68.—До сихъ поръ мы рассматривали только тѣ функціи публичнаго порядка, которыя проявляются на данной территоріи. Для того, чтобы изложеніе мое было законченнымъ, т. е. для того, чтобы параллелизмъ публичнаго порядка съ остальными конфликтными нормами былъ доказанъ въ полной мѣрѣ,—мнѣ необходимо рассмотретьъ вопросъ еще съ одной стороны: мнѣ нужно доказать, что *ordre public* можетъ проявлять свое дѣйствіе и внѣ территоріи: я уже намекалъ на такіе случаи въ концѣ § 64-го.

«La disposition de la loi du Talmud, loi personnelle des Israélites tunisiens, déclarant absolument nulle leur union avec toute personne professant une religion autre que la religion mosaïque, est directement contraire à cet ordre public italien. Par suite, un pareil mariage doit être considéré comme valable en Italie».—Ср. ссылки, приведенныя у G. Diena, De l'influence que peut exercer sur la validité d'une substitution etc., Clunet, 1894, стр. 260, прим. 2.—Швейцарская практика, см. Clunet, 1893, стр. 665.—Шведская практика, Stockholm 21 февраля 1902 года, Clunet, 1904, стр. 457.—Монахская практика, Монако 22 марта 1901 года, Clunet, 1904, стр. 453.

¹⁾ 26 марта 1902, Clunet, 1903, стр. 599—601.

²⁾ Ср. Fiore, trad. Pradier-Fodéré, стр. 205.—Contra Brocher, op. cit., I, стр. 297; Laurent, V, стр. 185; Clunet, 1906, стр. 136.

³⁾ Ср. Seine 17 мая 1884, Clunet, 1884, стр. 617.

Разсуждая априорно, мы должны придти къ тому выводу, что дѣйствіе публичнаго порядка на чужой территоріи можетъ быть или отрицательнымъ, или положительнымъ. Въ первомъ случаѣ мы получимъ такую схему: «данная норма есть публичный порядокъ; именно поэтому она непримѣнима за границей». Во второмъ случаѣ схема измѣняется такъ: «данная норма есть публичный порядокъ; именно потому, что она есть публичный порядокъ, она примѣняется за границей». Проверимъ а posteriori.

Первый случай чрезвычайно обыденный. Иностранецъ у себя на родинѣ ограниченъ въ своемъ правомочіи. Ограниченіе это основано на соображеніяхъ публичнаго порядка. Такъ какъ охраненіе публичнаго порядка важно только для даннаго государства,—то указанный иностранецъ, являясь въ чужое государство, освобождается отъ ограниченія и вступаетъ въ пользование правомочіемъ въ полномъ объемѣ¹⁾. Напри-

¹⁾ Та же форма публичнаго порядка, но рассматриваемая съ точки зрѣнія государства, соглашающагося на непримѣненіе за границей тѣхъ изъ его законовъ, которые изданы имъ во имя *ordre public*;—см. A. Pillet, *Le droit international privé, Essai etc.*, Journal Clunet, XXII, стр. 516: «que, pour tout ce qui concerne l'ordre public et les garanties dues à la société, les divers États vivent sous un régime d'une séparation nettement tranchée, qu'ils imposent les lois de cet ordre aux étrangers habitant leur territoire et renoncent à en invoquer l'autorité au profit de ceux de leurs sujets qui résident à l'étranger, tout cela peut se faire sans que leur souveraineté respective soit le moins du monde blessée». Та же мысль въ *Rapport du Conseil fédéral etc.*, по вопросу о запрещеніи убивать скотъ по еврейскому обычаю, см. Journal Clunet, XXVII, стр. 221: «De sa nature l'art. 25bis de la Constitution fédérale est une prescription de police dont le domaine d'application ne dépasse point ses frontières de la Suisse... car l'interdiction de l'abatage israélite n'a pas été prononcée pour des motifs de police sanitaire». Та же мысль у J. Aubry, De la notion de la territorialité en droit international privé, Journal Clunet, XXIX, стр. 213: «Comment donc appellera-t-on les lois, tout en obligeant les étrangers comme les nationaux, ne les obligent, les uns et les autres, qu'en tant qu'il s'agit de faits s'accomplissant sur leur propre territoire? Voici, par exemple, la loi française qui limite le taux de l'intérêt à 5%, en matière civile. Elle oblige sans doute les étrangers comme les Français; mais, d'après la doctrine qui

мѣръ, нѣмецкая подданная не можетъ выйти замужъ за соучастника въ томъ прелюбодѣяннн, вслѣдствіе котораго ея предыдущій бракъ былъ расторгнутъ нѣмецкимъ судомъ. Но та же нѣмка можетъ выйти за того же прелюбодѣя,—если она отправится за границу. Запретъ, наложенный на нее, есть запретъ публичнаго порядка, запретъ, имѣющій своею цѣлью избѣгать скандала ¹⁾. Скандалъ же уменьшается, если бракъ былъ заключенъ за границей хотя бы и съ «соучастникомъ» ²⁾.

Второй случай—тотъ, который насъ теперь именно интересуесть—также весьма часто встрѣчается въ судебной практикѣ ³⁾. Напримѣръ, нѣкоторые авторы вы-

prévaut, elle ne concerne que les prêts effectués en France.—Ср. M. Bernard, Principes de droit international privé, Clunet, 1906, стр. 664: «Les autres, au contraire, sont d'application exclusivement territoriale. Elles s'appliqueront seulement dans les limites du territoire, mais elles s'y appliqueront à tout le monde. Leur application au dehors est inconcevable».

¹⁾ J. Baisini, Widerverheiratung einer in Deutschland wegen Ehebruchs geschiedenen Ehefrau mit ihrem Mitschuldigen im Auslande, Zeitschrift Böhm, XI, стр. 181: «Andererseits ist das Verbot,... weniger für die juristische Konsequenz eines modifizierten persönlichen Zustandes der Betroffenen zu halten, die doch im übrigen frei sind, zu heiraten, wen sie wollen, und rechtmässige Kinder zu erzeugen, als für eine polizeiliche Bestimmung, durch die der Gesetzgeber der alten Überlieferung und einer teils wirklich bestehenden, teils konvenienzmässigen moralischen Anschauung Rechnung trägt. So aufgefasst sinkt die Verbotsnorm auf das Niveau einer von Land zu Land verschieden regulierbaren Massregel der inneren Staatsordnung einer Massregel, die die Grenzen des Landes, für das sie gilt, nicht überschreiten kann».

²⁾ Къ тому же результату, но другими путями, приходитъ Savigny (System, VIII, стр. 277) по вопросу о ростовщичествѣ. Онъ считаесть, что иностранный законъ, запрещающій взыскивать данную сумму процентовъ—не можетъ быть примѣнимъ въ государствѣ, не стоящемъ на такой же точкѣ зрѣннн. Аргументація сдѣлана слабая, съ автономіей сторонъ въ качествѣ исходнаго пункта.

³⁾ «Les lois qui déterminent les conséquences civiles ou pénales des délits sont territoriales. Ces lois doivent être appliquées comme telles par la juridiction même étrangère devant laquelle le conflit peut s'élever». H. Donnedieu de Vabres, L'évolution de la jurisprudence française etc., Paris, 1905, стр. 456.—Та же мысль проскальзывала еще у Brocher, op. cit., I, стр. 145: «Nous n'avons pas eu de peine à nous convaincre que

сказываются за ограниченіе въ правахъ иностранца, лишеннаго за границей даннаго правомочія:— въ тѣхъ случаяхъ, когда ограниченіе это произведено за границей по мотивамъ «абсолютной, всеобщей морали», дѣлающей данное ограниченіе особенно важнымъ даже и въ глазахъ иностраннаго судьи¹⁾. Напримѣръ, если русскій монахъ лишенъ права вступать въ бракъ по соображеніямъ публичнаго порядка, то это ограниченіе

l'ordre public ne peut pas être renfermé dans une action purement restrictive; il tend, bien souvent, à réclamer une influence extraterritoriale pour certaines règles.

¹⁾ Въ данномъ случаѣ я имѣю въ виду только тотъ специфическій случай, когда мотивы публичнаго порядка являются—въ силу своей особой существенности—обязательными на иностранной территоріи даже для иностраннаго судьи. Само собой разумѣется, что гораздо болѣе многочисленны тѣ (болѣе скромные) случаи, когда *ordre public* даннаго государства заставляетъ судью этого государства признавать экстерриториальную силу своего собственнаго закона. Ср. напр. ст. 7 С. I. Cr.: «*Tout étranger qui, hors du territoire de la France, se sera rendu coupable d'un crime attentatoire à la sûreté de l'Etat ou de contrefaçon du sceau de l'Etat... pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises...*». Ср. рѣшеніе Charlevoix 3 января 1901, Clunet, 1903, стр. 898: запрещеніе удерживать часть заработной платы рабочаго «*procède essentiellement de considération d'ordre public*» и потому должно быть примѣнено бельгійскимъ судомъ въ русскимъ договорамъ.—Обязательность церковнаго вѣнчанія для грековъ, установленная по греческому *ordre public*, признается дѣйствующей и для иностранныхъ судей: G. Diobouniotis, Die Ehescheidung zwischen Inländern und Ausländern nach griechischem Recht, Böhln, 1898, стр. 20.—Запрещеніе сдѣлокъ на разность, существующее въ Бельгіи, должно производиться свое дѣйствіе во Франціи и Италіи, не знающихъ такого запрещенія. Ср. J. Diena, Quelques mots encore sur les jeux de bourse etc., Clunet, 1899, стр. 328. (Ср. онъ же, Clunet, 1896, стр. 72): «*Ainsi, tandis que pour M. Wahl on peut reconnaître la validité, en France, d'un marché par différences, passé en Belgique par exemple, pays où les marchés de cette espèce sont regardés comme nuls pour des raisons d'ordre public, nous estimons, au contraire, qu'en France, en Italie et n'importe en quel pays, on doit considérer comme nul un marché qui n'a pu, au moment où il était stipulé, acquérir validité en droit, à raison des dispositions d'ordre public en vigueur dans le pays où la stipulation a eu lieu.*».—Дозволеніе фиденкомиссовъ, существующее въ иностранномъ государствѣ, продиктовано соображеніями *ordre public*, и поэтому оно должно признаваться въ Италіи: Cass Palerme 23 августа 1894 Clunet, 1896, стр. 432.

послѣдуетъ за нимъ и въ Румынію¹⁾, несмотря на то, что въ этой послѣдней соотвѣтственнаго запрещенія²⁾ для мѣстныхъ монаховъ не имѣется³⁾.

Приведенные примѣры доказываютъ, насколько ошибочно то мнѣніе, согласно которому иностранный *ordre public* будто бы никогда не примѣняется судами⁴⁾. Какъ

¹⁾ С. Busdugan, loc. cit., стр. 757: «Nous avons déjà parlé de l'incapacité résultant des vœux religieux, qui existent dans les législations de certains pays. Cette prohibition, étant considérée comme motivée par une raison de morale universelle, et constituant, d'après la législation qui l'édicté, un empêchement dirimant, quoique non prévue par notre loi, devra être respectée en Roumanie».

²⁾ Та же мотивация по вопросу о необходимости признавать иностранное запрещеніе брака съ убійцей предшествовавшего супруга, у того же Busdugan, loc. cit., стр. 758: «Des considérations de moralité universelle font de cette prohibition une incapacité au mariage qui doit être observée dans tous les pays».

³⁾ Примѣръ той же формулировки *ordre public*, но съ обратной точки зрѣнія, т. е. съ точки зрѣнія государства, издавашаго норму во имя публичнаго порядка и потому требующаго, чтобы эта норма соблюдалась и за границей,—см. А. Meyerowitz, Die Eheschliessung von Ausländern im Deutschen Reiche und von Deutschen im Auslande etc., Zeitschrift Böhm, V, стр. 28: «Die Vorschriften, welche die Eingehung einer Ehe verbieten, sind ein Bestandteil der öffentlichen Rechtsordnung, welcher sich der Landesangehörige nicht nach Belieben durch eine Reise ins Ausland entziehen darf. Sie müssen daher von dem jeweilig wechselnden Aufenthalte der Person unabhängig sein».

⁴⁾ См., напримѣръ, разсужденія J. Aubry, De la notion de la territorialité en droit international privé, Clunet, XXVIII, стр. 267: «Que fera donc le juge, quand l'ordre public de son pays se trouvera en contradiction avec celui d'un autre pays également en jeu dans le conflit? Évidemment, c'est toujours au premier qu'il devra donner la préférence. Mais, en pareille matière, il y aura toujours contradiction, dès qu'il cessera d'y avoir identité, et, dès lors, ne sommes-nous pas réduits à constater que le juge ne pourra jamais appliquer une loi d'ordre public étrangère?» Та же мысль развивается и у P. Fiore, De la loi qui, d'après les principes du droit international privé, doit régir les engagements qui se forment sans convention, Journal Clunet, XXVII, стр. 721: «les lois de police ont toujours une autorité territoriale, et l'action qui en dérive ne peut pas être exercée en pays étranger». Та же мысль положена въ основаніе цѣлой юридической конструкции (1) о заграничныхъ бракахъ англичанъ (съ belle-soeur) у А. Meringhac, loc. cit., стр. 21: «En l'état actuel des doctrines anglaises, la solution paraît impossible à admettre, car ce serait au nom de l'ordre public anglais, que les magistrats étrangers accepteraient la prohibi-

ни очевидна ошибочность подобной точки зрѣнія, все-таки ученые, категорически отстаивающіе необходимость примѣнять въ нѣкоторыхъ случаяхъ иностранный *ordre public* — и по сіе время считаются единицами¹⁾. Происходитъ это оттого, что Школа весьма легко переходитъ отъ понятія публичнаго порядка къ личному статуту. Та самая норма, которая рассматривается какъ публичный порядокъ въ данномъ государствѣ, переносится, затѣмъ, на территорію другого государства и тамъ дѣйствуетъ уже какъ персональный статутъ. Это, конечно, возможно только въ такомъ случаѣ, если у законовъ публичнаго порядка нѣтъ никакихъ специфическихъ, экстраординарныхъ функций.

69. — Резюмирую сказанное.

Функции публичнаго порядка оказались весьма разнообразными. Мы выяснили, что *ordre public* можетъ оправдать:

- 1) необходимость примѣненія судьей своего закона, вмѣсто иностраннаго (см. § 67);
- 2) необходимость примѣненія судьей иностраннаго закона, вмѣсто своего (см. § 68, *in fine*);
- 3) необходимость непримѣненія чужого закона (см. § 64);

tion du mariage entre beau-frère et belle-soeur. Or, ils excéderaient leur mission s'ils appliquaient leurs soins à la conservation d'un ordre public étranger... Le juge national ne saurait s'occuper utilement de l'ordre public étranger, car il n'a capacité ni pour l'apprécier ni pour le défendre, pas plus qu'il n'a qualité pour défendre la souveraineté étrangère et apprécier les cas où elle serait intéressée». Ср. редакционную замѣтку, *Clunet*, 1906, стр. 1141: «La notion d'ordre public est essentiellement territoriale, et les tribunaux français n'ont à s'occuper que de faire régner l'ordre public dans leur propre pays».

¹⁾ Напримеръ, J. Diena, Quelques mots encore sur les jeux de bourse en droit international, *Journal Clunet*, XXVI, стр. 331: «Si un tribunal d'un État où les substitutions fidéicommissaires sont permises était appelé à statuer sur la validité d'une substitution de cette espèce, grevant des immeubles situés dans un pays où les substitutions fidéicommissaires sont défendues il devrait annuler la substitution comme contraire aux dispositions d'ordre public de la *lex rei sitae*».

и 4) необходимость непримѣненія судьей своего закона (см. §§ 42—62).

Эта таблица исчерпываетъ всѣ возможныя функціи понятія публичнаго порядка. Она указываетъ, что на публичный порядокъ ссылаются и для того, чтобы допускать, и для того, чтобы не допускать дѣйствія обоихъ видовъ нормъ: и своихъ, и чужихъ. При такихъ условіяхъ, конечно, мы можемъ сказать, что функціи публичнаго порядка не имѣютъ никакого экстраординарнаго характера.

СПбГУ

VI.

70.—Послѣ всего того, что сказано въ предыдущемъ изложеніи, я считаю доказаннымъ слѣдующій тезисъ: нормы публичнаго порядка не имѣютъ экстраординарнаго характера ни въ своемъ происхожденіи, ни въ объемѣ, ни въ функціяхъ. Изъ этого вытекаетъ простой выводъ: значить, эти нормы суть обычные коллизіонныя нормы. Въ настоящемъ отдѣлѣ я постараюсь обосновать этотъ выводъ уже не отрицательными, какъ доселѣ, — а положительными аргументами. Я буду разсуждать, значить, не съ точки зрѣнія критическаго отношенія къ тѣмъ авторамъ, которые доказываютъ экстраординарность идеи публичнаго порядка, а съ точки зрѣнія положительнаго выясненія сходствъ, существующихъ между обычными конфликтными нормами и публичнымъ порядкомъ.

Возьмемъ конкретный примѣръ. Въ ст. 14 бельгійскаго проекта пересмотра гражданскаго уложенія¹⁾ понятіе публичнаго порядка изображено въ такой формѣ:

«Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du

¹⁾ Комиссія, работавшая надъ этимъ проектомъ, находилась подъ столь очевиднымъ влияніемъ Laurent'a, что ея правотворность въ вопросахъ *ordre public* не можетъ быть оспариваема.

royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social».

Достаточно бросить бѣглый взглядъ на эту формулу для того, чтобы признать ея полное соответствіе съ ученіемъ романской школы. Въ этой статьѣ говорится именно о тѣхъ исключеніяхъ, которыя дѣлаются во имя публичнаго порядка. Существуетъ, однако, случайное и очень курьезное обстоятельство, которое вноситъ въ постановку вопроса, какъ она дана бельгійскимъ проектомъ, характерныя осложненія. «Несмотря на предшествующія статьи...»,—говоритъ ст. 14. Если же мы прочитаемъ эти «предшествующія статьи», то намъ тотчасъ же бросится въ глаза ст. 3, гласящая:

«Les lois pénales, les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume».

Эта статья извѣстна всякому международнику:—но изъ другого кодекса и въ другой юридической конъюнктурѣ. Въ самомъ дѣлѣ. Отбросимъ изъ приведеннаго текста слова: «les lois pénales»¹⁾. Тогда мы получимъ «lois de police et de sûreté», т. е. буквальное воспроизведеніе тоже статьи 3-й, но Наполеонова кодекса²⁾.

И въ этомъ случаѣ для насъ станетъ яснымъ, въ чемъ заключается курьезность положенія. Въ бельгій-

¹⁾ Какимъ образомъ во вступительную главу къ гражданскому кодексу попали указанія на предѣлы дѣйствія уголовныхъ законовъ?—Странная и непонятная ошибка, подумали бы мы въ первый моментъ. Но если вдуматься въ дѣло глубоко, то объясненіе этой кажущейся грубой непослѣдовательности представляется намъ вполне очевиднымъ. Въ данномъ мѣстѣ я не считаю возможнымъ излагать это объясненіе, такъ какъ боюсь быть отвлеченнымъ слишкомъ далеко въ сторону. Во всякомъ случаѣ, тому, кто внимательно прочитаетъ слѣдующее изложеніе,—объясненіе это подскажется само собой.

²⁾ Статья 3-я Code Civil гласитъ: «les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire». Какъ извѣстно, французская доктрина обосновываетъ на этомъ абзацѣ (и только на этомъ абзацѣ!) все ученіе объ ordre public.

скомъ проектѣ, ст. 3—и по формѣ, и по мѣсту въ обще системѣ изложенія—является очевидно коллизіонной нормой, устанавливающей предѣлы примѣненія тѣхъ гражданскихъ законовъ, которые имѣютъ, такъ сказать, полицейское и охранительное содержаніе. Именно въ качествѣ коллизіонной нормы она и поставлена отдѣльно отъ ст. 14, т. е. отъ того всеобъемлющаго параграфа, который угнетаетъ своимъ авторитетомъ всѣ остальные коллизіонныя нормы, независимо отъ ихъ содержанія.

Наоборотъ, въ кодексѣ французскомъ тѣ же самыя слова представляютъ собой формулировку не для коллизіонной нормы, а именно для пресловутаго публичнаго порядка. Я оставляю открытымъ вопросъ: которая формулировка (бельгійская, или французская) правильнѣе? Для меня важно въ данный моментъ установить лишь одно обстоятельство: та коллизіонная норма (въ строго техническомъ смыслѣ), которая изображена въ ст. 3 бельгійскаго проекта, несомнѣнно существуетъ и во Франціи; ибо нельзя допустить мысли, что французскій законодатель считаетъ законы съ полицейскимъ и охранительнымъ содержаніемъ обязательными не для всѣхъ лицъ, находящихся на французской территоріи. Коллизіонная норма эта, несомнѣнно, существуетъ во Франціи;—а, между тѣмъ, она нигдѣ не выражена въ коллизіонной формулировкѣ; она проскальзываетъ въ практику въ общей, недифференцированной массѣ нормъ публичнаго порядка.

Получается выводъ: очевидная коллизіонная норма можетъ быть выражена законодателемъ въ такой формулѣ, которую принято называть публичнымъ порядкомъ.

Этотъ выводъ имѣетъ нѣкоторый вѣсъ. Но онъ еще далеко недостаточенъ для того, чтобы доказать тотъ тезисъ, который былъ поставленъ мною въ началѣ настоящаго отдѣла: ибо утвержденіе «нѣкоторыя колли-

зiонныя нормы иногда принимаютъ форму публичнаго порядка» — очевидно представляется неизмѣримо менѣе широкимъ, чѣмъ обѣщанный мною тезисъ: «всякій *ordre public* есть коллизiонная норма».

Въ виду этого обстоятельства, выходя изъ полученнаго вывода какъ изъ пропедевтическаго приѣма, я перехожу теперь къ разсмотрѣнiю вопроса во всей его широтѣ.

71. — Первый мой аргументъ будетъ гласить такъ: *ordre public* можетъ принимать коллизiонную форму.

Я долженъ сказать, что явленiе это чрезвычайно распространено въ международномъ частномъ правѣ. Если на него не обращали до сихъ поръ вниманiя, то только потому, что происхожденiе конфликтныхъ нормъ недостаточно интересовало изслѣдователей. А между тѣмъ, если можно доказать, что публичный порядокъ — сплошь и рядомъ! — перевоплощается въ конфликтную норму, и что при такомъ перевоплощенiи (это обстоятельство имѣетъ центральное значенiе) не измѣняется ни смыслъ, ни содержанiе юридическаго правила, — то очевидно, что систематическая близость двухъ понятiй будетъ доказана съ большой несомнѣнностью.

Итакъ, мнѣ нужно установить, что публичный порядокъ легко можетъ переходить въ конфликтныя формы. Другими словами: — что публичный порядокъ, не измѣняясь по существу, можетъ выразить свое содержанiе въ такихъ формахъ, которыя уже не возбуждаютъ никакого сомнѣнiя относительно своей коллизiонности.

Представимъ себѣ, что мы разбираемъ нормы, касающiяся внутреннихъ условiй брака. Всѣмъ извѣстно, что эти внутреннiя условiя опредѣляются по личному закону каждаго изъ брачующихся и что единственное исключенiе дѣлается для *lex fori*, запрещающей бракъ въ слишкомъ близкой степени родства, или бракъ бигамическiй, или бракъ съ убийцей бывшаго супруга дру-

гой брачущейся стороны. Эти послѣднія постановленія всѣми авторами признаются за публичный порядокъ. (Спора по этому вопросу быть не можетъ, такъ что цитаты были бы излишни). Эти постановленія считались публичнымъ порядкомъ — очевидно — также и въ Венгріи, въ частности, скажемъ, въ 1895 году. Но 1 октября означеннаго года вступилъ въ силу такъ называемый *Gesetzesartikel XXXI*, 1894 года. Въ ст. 111-й этого закона развиваются слѣдующія начала¹⁾: браки, заключаемые иностранцами на венгерской территоріи, подчиняются ст. ст. 11, 12 и 13 закона XXXI; «въ остальномъ же примѣняются постановленія ст. ст. 108 и 109». Если обратиться къ ст. ст. 108 и 109, то оказывается, что онѣ опредѣляютъ дѣеспособность брачущихся по національному закону. Что же касается ст. ст. 11, 12 и 13, то онѣ запрещаютъ браки въ опредѣленныхъ близкихъ степеняхъ родства, бигамическіе и съ убійцей.

Изъ этого фактическаго положенія дѣла получаются, для Венгріи, слѣдующіе выводы: съ 1895 года въ этомъ государствѣ существуютъ двѣ конфликтныхъ нормы: одна касается общей дѣеспособности, а другая — трехъ запрещеній: первая конфликтная норма гласитъ: «... по *lex originis*», а вторая: «... по *lex loci celebrationis*». Вторая конфликтная норма дѣйствуетъ въ Венгріи совершенно такъ же, какъ, напримѣръ, ст. 30 того же закона, гласящая, что исполненіе гражданскаго брака обязательно для всѣхъ лицъ, вступающихъ въ бракъ на венгерской территоріи. Въ самомъ дѣлѣ. Если мы поставимъ рядомъ двѣ нормы:

А) форма брака опредѣляется по *lex loci celebrationis*;

Б) три препятствія брака опредѣляются по *lex loci celebrationis*, —

¹⁾ См. L. Schmitz und A. Wichmann, *Das internationale Eheschließungsrecht*, II, 1905, стр. 243.

то необходимо имѣть особенно нездоровый, романскою школою развращенный, складъ ума для того, чтобы найти въ этихъ двухъ нормахъ какое-либо различіе съ точки зрѣнія системы.

И до, и послѣ 1895 года въ Венгріи существовали три препятствія къ браку иностранцевъ, независимо отъ постановленій національнаго закона этихъ иностранцевъ. Но эти три препятствія конструировались до 1895 года какъ *ordre public*, а послѣ 1895 года они сдѣлались обычною коллизіонною нормою. Содержаніе юридическаго правила не измѣнилось; измѣнилась лишь форма его выраженія. Отчего она измѣнилась?—Оттого, что венгерское министерство юстиціи, спохватившись, издало соотвѣтственную конфликтную норму, заполнивъ существовавшій дотолѣ пробѣлъ.

72.— Возьмемъ другой примѣръ. Какимъ закономъ регулируется пріобрѣтеніе по давности? Открываю нѣсколько устарѣвшаго Laurent и читаю¹⁾: «*usucapio* регулируется общественнымъ интересомъ; а мы знаемъ, что всякій законъ публичнаго порядка доминируетъ надъ личными статутами, противопоставленными ему... Поэтому пріобрѣтеніе по давности должно быть регулируемо территориальнымъ закономъ». Постановка вопроса, значитъ, совершенно ясна: пріобрѣтеніе по давности затрагиваетъ интересы общественнаго порядка (вполнѣ понятно почему!..); слѣдовательно, каковъ бы ни былъ личный статутъ заинтересованныхъ сторонъ, *usucapio*, какъ институтъ *ordre public*, всегда производится по закону мѣста нахождения вещи.

Я открываю извѣстный проектъ бельгійскаго кодекса, выработанный тѣмъ же Laurent²⁾, и читаю въ ст. 26, п. 4 слѣдующее правило: «пріобрѣтеніе по давности регулируется закономъ мѣста нахождения имущества».

¹⁾ Droit civil international, volume VIII, стр. 332.

²⁾ Neumann, Internationales Privatrecht, стр. 161.

Эта норма, очевидно, является обычной конфликтной нормой, могущей занять мѣсто на ряду съ любымъ инымъ постановленіемъ частнаго международнаго права. Опять-таки, только предубѣжденный умъ можетъ найти въ ст. 26 бельгійскаго проекта что-то, отличающее ее отъ остальныхъ конфликтныхъ нормъ. Но если ст. 26, п. 4 не содержитъ въ себѣ рѣшительно ничего экстраординарнаго, то спрашивается: почему тѣ же самыя слова Laurent'a, формулирующія ту же самую мысль, должны быть признаны за какой-то экстраординарный публичный порядокъ, — только потому, что они написаны не въ проектѣ, а въ томъ VIII извѣстнаго изслѣдованія? Подобное противоположеніе кажется намъшкой надъ здравымъ смысломъ. Я докажу ниже, что романская школа, силою допущенныхъ ею систематическихъ ошибокъ, — дѣйствительно принуждена говорить: если Laurent написалъ это въ учебникѣ, то мы имѣемъ дѣло съ публичнымъ порядкомъ; а если онъ изложилъ ту же самую мысль въ проектѣ кодекса, то никакого публичнаго порядка не имѣется.

Я бы могъ произвольно увеличить число примѣровъ въ томъ же смыслѣ¹⁾. Я думаю, что и двухъ — совершенно достаточно для того, чтобы доказать мою мысль, тѣмъ болѣе, что ниже я выясню законмѣрность изображеннаго курьезнаго противорѣчія и установлю, при какихъ именно обстоятельствахъ его можно искать навѣрняка.

¹⁾ Напримѣръ, существуютъ юристы, утверждающіе, что иностранецъ, недѣеспособный для вчинанія иска (по національному закону), можетъ быть снабженъ такою дѣеспособностью по *lex fori*, въ виду соображеній *ordre public*. Тотъ же самыя принципъ выраженъ, напримѣръ, въ ст. 3 австрійскаго закона 1895 г., но уже не какъ ссылка на *ordre public*, а какъ нормальное конфликтное постановленіе (Meili, *Das internationale Civilprozessrecht*, I, 1904, стр. 84): «Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozessfähigkeit mangelt, ist vor den inländischen Gerichten als prozessfähig zu behandeln, wenn ihm nach den im Inlande geltenden gesetzlichen Bestimmungen die Prozessfähigkeit zukommt».

73.— Мой второй аргументъ будетъ противоположенъ первому: коллизіонныя нормы могутъ переходить въ ту формулировку, которая называется *ordre public*.

Дѣйствительно. Если между публичнымъ порядкомъ и коллизіонными нормами не существуетъ никакого органическаго противорѣчія, то вполне очевидно, что всякая коллизіонная норма можетъ быть изложена въ видѣ публичнаго порядка. Опять-таки, — тезисъ этотъ является для правовѣрной Школы очевидною ересью; но онъ можетъ быть доказанъ съ математическою точностью.

Всякая конфликтная норма можетъ быть изображена въ видѣ публичнаго порядка. Относительно реального статута даже и сомнѣній не возникаетъ. Я излагалъ этотъ вопросъ въ подробностяхъ выше. Существуетъ цѣлая плеяда ученыхъ (напримѣръ, тотъ же Laurent), для которыхъ понятія *statut réel* и *ordre public* являются синонимами. «Рѣшенія, — говоритъ Milhaud ¹⁾, — въ коихъ устанавливается, что владѣніе, привилегіи и способы реализаціи движимости основываются на французскомъ законѣ, ссылаются на понятіе публичнаго порядка». Такимъ образомъ, перечисленные институты могутъ быть безразлично конструируемы и какъ реальный статутъ, и какъ публичный порядокъ. Совершенно тотъ же смыслъ имѣетъ и выводъ Despagnet по вопросу о томъ, гдѣ именно обрѣтался публичный порядокъ въ старой статутной теоріи. Этотъ ученый категорически доказываетъ ²⁾, что весь теперешній публичный порядокъ ютился въ тогдашнемъ реальномъ [статутѣ ³⁾. А

¹⁾ M. Milhaud, *Principes de droit international privé dans les applications aux privilèges et hypothèques*, Thèse, Paris, стр. 50.

²⁾ F. Despagnet, *L'ordre public en droit international privé*, Clunet, 1889, стр. 9.

³⁾ Ibidem: «En réalité, et bien que les explications des jurisconsultes anciens sur ce point ne soient pas très nettes, il n'est pas douteux que,

это, конечно, обозначаетъ, что часть тогдашняго реального статута должна быть понимаема какъ публичный порядокъ. А это—и было *quod probandum*.

Нѣсколько труднѣе доказать, что и смѣшанные статуты (по традиціонной терминологіи) могутъ быть изображаемы какъ публичный порядокъ. Возьмемъ, напри- мѣръ, формулу *locus regit actum*. Несомнѣнно, что до- статочно незначительнаго напряженія юридической мысли для того, чтобы понять, при какомъ именно по- воротѣ дѣла формула эта приметъ видъ публичнаго порядка. Представимъ себѣ, что мы подчиняемъ дого- вору—закону домициля дебитора. Однако, мы не можемъ проводить такую конфликтную норму до конца; мы го- воримъ: «но необходимо сдѣлать исключеніе для внѣш- ней формы договора, особенно нотаріальной; если дого- воръ, заключенный въ Россіи, не соответствуетъ поста- новленіямъ *legis loci contractus*, то мы его считаемъ не- дѣйствительнымъ;—ибо нормы, касающіяся организациі нотаріата, настолько затрагиваютъ публичное право, публичный порядокъ въ Россіи, что допущеніе ино- страннаго закона въ эту область нарушило бы русскій суверенитетъ». Этимъ путемъ формула *locus legit actum* превратится въ законъ публичнаго порядка. Впрочемъ,— она превратится только на словахъ; реальное значеніе юридическаго правила останется тѣмъ же самымъ. Для того, чтобы показать, что я двигаюсь въ предѣлахъ современной Школы и ничего отъ себя не выдумываю, укажу, что, напри- мѣръ, апелляціонный судъ въ Орлеанѣ, обсуждая вопросъ о формахъ завѣщанія¹⁾, высказалъ слѣдующее постановленіе, которое я цитирую буквально: «согласно основнымъ принципамъ французскаго гра- жданскаго права, форма завѣщанія безусловно подчи-

parmi les règles qui étaient exclusivement fixées par la loi territoriale, les partisans de la distinction des statuts comprenaient toutes celles qui intéressaient l'ordre public».

¹⁾ Рѣшеніе 9 марта 1904 года, *Clunet*, 1904, стр. 680.

няется законамъ того мѣста, гдѣ завѣщаніе совершено; право- и дѣеспособность завѣщателя, дѣйствительно, регулируется личнымъ статутомъ; но формальныя условія не подчиняются такому принципу и остаются подъ дѣйствіемъ правила *locus regit actum*; хотя это правило не было сформулировано въ Гражданскомъ Кодексѣ, однако, оно не было и отмѣнено, какъ это явствуетъ изъ предварительныхъ работъ; слѣдовательно, правило это не представляется факультативнымъ для французскихъ судовъ, а, наоборотъ, должно быть разсматриваемо какъ законъ публичнаго порядка». Совершенно въ томъ же смыслѣ высказывается и литература. Такъ, Buzzati относитъ¹⁾ формулу *locus regit actum* именно къ законамъ публичнаго порядка. Мнѣ не важно знать: правъ ли онъ или нѣтъ? Для меня достаточно показать, что подобное утвержденіе не оскорбляетъ уха и не представляется юридической невозможностью.

Еще труднѣе доказать, что и личный статутъ допускаетъ перелицовываніе въ публичный порядокъ. Готовыхъ случаевъ подобнаго сорта я въ литературѣ не встрѣчалъ. Однако, сочинить соответственный кауусъ весьма легко. Напримѣръ, ст. 10 венгерской инструкции министра юстиціи 8 марта 1896 года²⁾ гласитъ такъ: «особы женскаго пола, которыя были венгерскими подданными непосредственно передъ заключеніемъ брака съ иностранцемъ, могутъ искать ничтожности ихъ брака въ венгерскомъ судѣ, если онѣ не послѣдовали за своимъ мужемъ за границу». Очевидно, что эту конфликтную норму личнаго статута легко изобразить въ видѣ *ordre public*. Для этого стоитъ только сказать: «право искать развода опредѣляется по личному закону; однако, въ тѣхъ случаяхъ, когда венгерка, вступивъ въ бракъ съ

¹⁾ См. ссылку у Fedozzi, *Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international*, Clunet, 1897, стр. 75, прим. 1.

²⁾ Böhm, 1896, стр. 284.

иностранцемъ» и т. д... (повторить буквально ст. 10) «...не послѣдуетъ за границу, — то общественный венгерскій порядокъ заинтересованъ въ томъ, чтобы она не лишена была возможности искать развода по венгерскому закону». Мы получимъ личный законъ, формулированный въ видѣ публичнаго порядка¹⁾.

Послѣ всего приведеннаго, я считаю доказаннымъ, что любая конфликтная норма можетъ быть превращена въ публичный порядокъ. Для этого нужно только окружить ее совокупностью нѣкоторыхъ опредѣленныхъ условий. Какихъ?—Это будетъ указано ниже.

74.—Наконецъ, мой третій аргументъ будетъ гласить такъ: нормы публичнаго порядка происходятъ изъ того же юридическаго источника, что и нормы коллизіонныя.

Почему наследованіе въ недвижимостяхъ опредѣляется въ Россіи по мѣстному закону?—Потому, что это установлено въ ст. 835 Зак. о сост. Другими словами: потому, что такова воля русскаго законодателя. Юридическимъ источникомъ русскіхъ коллизіонныхъ нормъ является воля русскаго законодателя. То же

¹⁾ Мы можемъ сказать, что въ приведенномъ случаѣ венгерскій законъ будетъ примѣненъ не въ качествѣ личнаго закона, а какъ *lex fori*, и что, слѣдовательно, я изобразилъ, какъ *ordre public*, не личный статутъ, а именно нарушеніе личнаго статута. Подробное объясненіе этой кажущейся неточности моей аргументаціи я даю ниже (см. гл. IV). Здѣсь же ограничусь указаніемъ на невозбуждающій сомнѣній личный статутъ, изображаемый въ литературѣ какъ *ordre public*. См. M. Bernard, *Principes de droit international privé*, Clunet, 1906, стр. 664—665: «On peut très bien concevoir une catégorie de lois, ayant également en vue l'intérêt de la communauté, visant aussi comme but le maintien d'un certain ordre social, mais une communauté considérée en tant que formant une nation déterminée, mais un ordre social non plus territorial, mais national. Edictées dans l'intérêt de la communauté, du groupement national, elles s'appliqueront à tous les nationaux, et à eux seulement, mais partout où ils se trouveront. Voici l'exemple qu'on en peut donner. Supposons que dans un pays les lois successorales prennent un aspect nettement politique, soient conçues dans l'intérêt de l'organisation sociale de l'Etat où elles doivent s'appliquer».

самое можно сказать и относительно русскаго *ordre public*. На первый взгляд могло бы дѣйствительно показаться, что публичный порядокъ отличаетъ, въ смыслѣ источника, отъ коллизіонныхъ нормъ: нѣкоторые изъ ученыхъ, повидимому, допускаютъ¹⁾, что публичный порядокъ дѣйствуетъ какъ-то самъ по себѣ, помимо и поверхъ воли законодателя²⁾; другіе дѣлаютъ уступку здравому юридическому смыслу и склоняются къ тому, что правотворящей силой, при публичномъ порядкѣ, является воля судьи, дополняющая и исправляющая волю законодателя. Объ ученыхъ этой категории и я уже говорилъ выше въ § 40-мъ.

Само собой разумѣется, что объ эти точки зрѣнія наивно неправильны: *ordre public* не дѣйствуетъ ни самъ по себѣ, ни черезъ волю судьи³⁾. Единственнымъ его источникомъ является та же воля законодателя, которая воплощается и въ обыкновенныхъ коллизіонныхъ нормахъ.

Это можно доказать двумя sub-аргументами, изъ коихъ первый будетъ гласить такъ: «если — какими бы то ни было путями — можно установить, что законодатель не считаетъ данную *lex fori* примѣнимою къ данному казусу, то, на какіе бы мы абсолютные и абсолютнѣйшіе *ordre public* ни ссылались, — эта *lex fori* останется непримѣнной». Примѣръ привести нетрудно. Я возьму его изъ области того «внутренняго» публичнаго порядка,

¹⁾ Всѣ эти тенденціи (миѣнями ихъ назвать нельзя), конечно, нигдѣ не формулированы съ надлежащей ясностью; поэтому приходится говорить о нихъ въ условной формѣ.

²⁾ Напримѣръ, F. Despagnet (*Précis*, 2-me éd., стр. 168) говорить, что *lex fori* примѣняется въ двухъ явно противоположаемыхъ имъ случаяхъ: «1° Quand elle est formelle en ce sens; 2° quand il s'agit de question qui intéressent l'ordre public». Получается впечатлѣніе, что въ первомъ случаѣ законъ самъ объявляетъ себя компетентнымъ, а во второмъ — компетентность эта устанавливается какъ-то попутно, приводящими обстоятельствами.

³⁾ Кромѣ тѣхъ государствъ, конечно, гдѣ судьи, по самымъ условіямъ процессуальнаго уклада, являются маленькими законодателями.

о которомъ я говорилъ выше. Постановление о срокѣ совершеннолѣтія, очевидно, носитъ общественный характеръ. Государство въ высшей степени заинтересовано въ томъ, чтобы несозрѣвшія лица не вступали въ договоры и этимъ путемъ не подвергались соблазну и обману. А, между тѣмъ, эти постановления не примѣняются къ иностранцамъ. Никакого другого объясненія для подобнаго ограниченнаго примѣненія законовъ о дѣеспособности не можетъ быть, кромѣ слѣдующаго:— потому что такъ хочетъ законодатель. Какими бы основными принципами ни диктовалось данное постановление, но если въ данномъ законодательствѣ ясно выражена воля о томъ, чтобы данное постановление не примѣнялось къ иностранцамъ¹⁾, то разбираемое поста-

¹⁾ Строго говоря, всѣ разсужденія объ *ordre public* сводятся въ литературѣ къ тому, что изслѣдователи отвѣчаютъ на вопросъ: есть ли основанія къ тому, чтобы законодатель подчинилъ своему вѣдѣнію данный комплексъ фактовъ? Напримѣръ, относится ли бельгійскіе законы о профессиональных союзахъ къ категоріи *ordre public*?—Разсматривая этотъ вопросъ, P. Pouillet (*La condition des personnes morales étrangères d'après la jurisprudence belge*, Clunet, 1904, стр. 831), поворачиваетъ его такъ: существуютъ причины, соответственно которымъ нормы эти должны считаться примѣнимыми къ иностранцамъ. «Il ne nous paraît pas douteux que la jurisprudence belge n'appliquât, le cas échéant, aux syndicats professionnels étrangers l'interdiction de faire le commerce qui frappe les unions professionnelles en Belgique en vertu de la loi du 31 mars 1898. Cette interdiction ne s'inspire pas seulement de l'intérêt des unions elles-mêmes—intérêt dont la protection incombe au législateur national,—mais encore de motifs d'intérêt général qui, par leur nature, s'appliquent aux syndicats étrangers comme aux nôtres». Совершенно въ томъ же смыслѣ разсуждаетъ и P. Pic («De la condition juridique des travailleurs étrangers en France», Clunet, 1905, стр. 279—280). Онъ признаетъ, что законы, касающіеся защиты рабочихъ, имѣютъ характеръ публичнаго порядка. Но, при всемъ томъ, онъ не можетъ скрыть отъ себя слѣдующаго: нѣкоторые изъ этихъ нормъ имѣютъ въ виду только французскихъ рабочихъ. Такова воля французскаго законодателя. И передъ ней приходится преклониться. «De ces lois les unes sont manifestement dictées par des considérations déduites de la sûreté de l'État, abstraction faite de toute idée de protection pour le travail national... les autres, au contraire, tout en se rattachant à des préoccupations d'ordre public, répondent à une arrière-pensée de protection indirecte pour les travailleurs français». Воля законодателя, оче-

новленіе тотчасъ же съезживается и принимаетъ скромную форму внутренняго публичнаго порядка. Рѣшающимъ моментомъ, значить, являются не соображенія публичнаго порядка, а именно воля законодателя.

Второй (и обратный) sub-тезисъ будетъ гласить такъ: иностранный законъ, противорѣчащій нашему публичному порядку¹⁾, тѣмъ не менѣе можетъ быть примѣняемъ нашими судами, если существуетъ воля законодателя, предписывающая такое примѣненіе. Въ этомъ отношеніи я совершенно согласенъ съ формулировкой, данной однимъ французскимъ ученымъ по вопросу, прямо къ публичному порядку не относящемуся, и потому проскользнувшей незамѣченной. «Мы признаемъ—говорить Beauchet²⁾,—что иностранный законъ можетъ иногда быть примѣняемъ (въ специальныхъ комбинаціяхъ) даже въ томъ случаѣ, если онъ противорѣчитъ нашимъ постановленіямъ публичнаго порядка». Въ чемъ же заключаются эти specialныя комбинаціи?—Въ томъ, что нашъ законъ именно разрѣшаетъ примѣненіе иностранной нормы.

Въ этомъ смыслѣ можно процитировать слѣдующее итальянское рѣшеніе. Рѣчь шла о дарованіи *exequatur*'а иностранному судебному рѣшенію, разводившему двухъ иностранцевъ. Одна изъ сторонъ, ссылаясь на ст. 12

видно, является рѣшающимъ элементомъ. Словомъ, совершенно правъ De Vareilles Sommières (*La synthèse du droit international privé*, Clunet, 1900, стр. 271—272), когда онъ пишетъ: «La règle que leurs statuts personnels sont appliqués aux étrangers, posée par le Législateur, est écartée toutes les fois que le Législateur le veut. Il ne le doit vouloir et ne le veut que pour de bonnes raisons ou pour des raisons qui lui semblent bonnes, et ces raisons, il est presque naïf de le dire, reviennent toutes à celle-ci: que l'application de la loi étrangère aurait, dans le cas donné, plus d'inconvénients que d'avantages et serait, par conséquent, contraire au bien public, à l'ordre public». Въ томъ же смыслѣ, M. Klein, *Örtliches Recht in Ehescheidungssachen*, Böhm, 1897, стр. 492.

¹⁾ Разумѣя въ данномъ случаѣ именно *ordre public international*.

²⁾ L. Beauchet, *Du conflit des lois françaises et étrangères en matière de preuve testimoniale*, Clunet, 1892, стр. 364—365.

итальянскаго гражданскаго кодекса¹⁾, доказывала, что разводъ противорѣчитъ итальянскому публичному порядку и потому не можетъ получить ехеquatur'a. Римская судебная палата не присоединилась къ такой точкѣ зрѣнія. По ея мнѣнію, ст. 12 содержитъ въ себѣ такое правило, которое примѣнимо только въ томъ случаѣ, если въ законѣ не существуетъ специальной коллизіонной нормы, отказывающей въ примѣненіи итальянскаго закона²⁾ (и слѣдовательно, требующей примѣненія именно иностраннаго закона).

Укажу въ томъ же смыслѣ на люксембургское рѣшеніе 4 іюля 1892 года³⁾. Дѣло шло объ отвѣтственности предпринимателя-француза за увѣчья, причиненныя люксембургцу-рабочему. Увѣчья эти были причинены на французской территоріи, а искъ былъ вчиненъ въ Люксембургъ. Судъ призналъ, что дѣло должно разбираться по французскимъ законамъ. Французскій законъ 9 апрѣля 1898 года, въ данномъ случаѣ, отказываетъ въ искахъ иностранцамъ. Истецъ доказывалъ, что подобное постановленіе французскаго права противорѣчитъ люксембургскому публичному порядку. Судъ съ этимъ согласился. Но иска рабочій все-таки не выигралъ. Не выигралъ—потому, что судъ, не отрицая института *ordre public*, нашелъ въ люксембургскомъ законѣ такую норму, которую онъ истолковалъ какъ коллизіонное предпи-

1) «Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi proibitive del regno... ne alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine publico ed il buon costume».

2) Я пользуюсь тѣми выдержками, которыя приведены въ статьѣ Vittorio de Rossi, Des effets en Italie des jugemens étrangers de divorce, Clunet, 1903, стр. 265: «il faut considérer que l'art. 12 contient une disposition générale, et qu'en conséquence on ne peut pas l'appliquer aux cas pour lesquels il existe une disposition spéciale du législateur; en effet, la science nous apprend que id potissimum habetur, quod per speciem deductum est».

3) Clunet, 1905, стр. 449.

саніе примѣнить въ данномъ случаѣ именно Французскій законъ. Такимъ образомъ, иностранная норма положена была въ основаніе судебного рѣшенія, согласно волѣ законодателя и вопреки идеѣ публичнаго порядка.

Другимъ примѣромъ въ томъ же отношеніи можетъ служить рѣшеніе Федерального суда 24 января 1895 года¹⁾. Дѣло заключалось въ томъ, что во Франціи была объявлена, по дѣламъ фирмы «Швобъ и братья», такъ называемая судебная ликвидація. Кредиторы передали ответственное рѣшеніе въ Швейцарію и просили, чтобы это рѣшеніе было примѣнено къ тѣмъ движимымъ и недвижимымъ имуществамъ, которыя имѣла фирма на швейцарской территоріи. Федеральный судъ призналъ, что какъ институтъ несостоятельности, такъ и родственное ему понятіе судебной ликвидаціи—взятые сами по себѣ—«противорѣчатъ публичному праву и интересамъ публичнаго порядка» Швейцаріи. Несмотря на это, федеральный судъ позволилъ привести французское судебное рѣшеніе въ исполненіе. Мотивировка заключалась въ томъ, что между Франціей и Швейцаріей «состоялось соглашеніе 1869 года, по которому несостоятельность должна опредѣляться по законамъ того мѣста, гдѣ находится главное торговое заведеніе лица несостоятельнаго». Эта конвенція, по мнѣнію федерального суда, представляетъ собой юридическія нормы, стоящія «выше обыкновеннаго института публичнаго порядка». Такимъ образомъ, и въ этомъ случаѣ мы имѣемъ такой публичный порядокъ, который не примѣняется къ разбираемому дѣлу только потому, что воля законодателя направлена именно въ противоположномъ смыслѣ.

Въ результатъ получается слѣдующее. Мѣстныя нормы, диктуемыя публичнымъ порядкомъ, не примѣняются—и иностранныя нормы, противорѣчащія пу-

¹⁾ Clunet, 1895, стр. 1109.

бличному порядку—примѣняются въ одномъ и томъ же случаѣ: если такова воля законодателя¹⁾. Этими двумя sub-аргументами, по моему мнѣнію, доказывается основной тезисъ: первичнымъ и рѣшающимъ моментомъ является воля законодателя; *ordre public* или воплощаетъ ее, или подчиняется ей—точно такъ же, какъ и обычныя коллизіонныя нормы. Юридическій источникъ, значить, остается однимъ и тѣмъ же.

75.—Итакъ, тремя способами мы доказали, что нормы такъ называемаго публичнаго порядка суть обычныя коллизіонныя нормы²⁾. *Ordre public* есть совокупность такихъ конфликтныхъ нормъ, которыя еще не сформир-

¹⁾ Эту мысль можно выразить еще въ видѣ слѣдующаго общаго мѣста: исключеніе, по *ordre public* конструируемое, дѣйствуетъ лишь въ тѣхъ предѣлахъ, какіе ему указаны нашимъ законодателемъ. Романскіе авторы выражаютъ это общее мѣсто въ видѣ «философскихъ» соображеній: «Il ne suffit pas de constater qu'une loi donnée importe essentiellement au maintien de quelque garantie sociale. Il faut encore déterminer le but de cette loi avec la dernière rigueur, et, partant de là, tracer exactement la limite du domaine qui est nécessaire de lui reconnaître pour que ce but soit atteint». (A. Pillet, *Le droit international privé, Essai etc.*, 1895, стр. 256). Эта глубокомысленность сводится къ слѣдующему: законы *ordre public* дѣйствуютъ тамъ, гдѣ они дѣйствуютъ.—Ср. *Reichsgericht* 13 февраля 1900 г., *Böhm*, 1900, стр. 469. Возникалъ вопросъ, имѣетъ ли характеръ общественнаго порядка постановленіе, согласно которому добрачный обманъ (о беременности) не является поводомъ къ разводу. Имперскій судъ свелъ вопросъ *ordre public*—къ другому, болѣе простому: обязательны ли постановленія *legis fori*, касающіяся беременности,—для иностранцевъ? Отвѣтъ гласилъ: «Es liegt aber kein genügender Grund für die Annahme vor, der badische Gesetzgeber habe das Heimatrecht, welches er für massgebend erklärt, gerade bei der Anfechtbarkeit einer Eheschliessung wegen Willensmängeln zu Gunsten des inländischen Rechts ausschliessen und seinen die Anfechtung beschränkenden Vorschriften zwingende Natur beilegen wollen». Но формулировка, опять-таки, сводится къ триумфу: законы *ordre public*, законы *zwingender Natur* суть тѣ, которые обязательны для иностранцевъ.

²⁾ «Was man unter den «Gesetzen der öffentlichen Ordnung»... zusammenzufassen pflegt, ist im Allgemeinen der noch unerkannte und der noch unfertige Theil des internationalen Privatrechts. Jede Ausnahme von einer sonst geltenden Regel, jede speziellere, neu sich bildende Kollisionsnorm, jede Abänderung, Umformung einer bestehenden—pflegt eingeführt zu werden mit jenem *passe-partout des ordre public*». Kahn, *Abhandlungen*, § 24.

ровались окончательно въ обычные коллизіонныя нормы. *Ordre public* есть понятіе коллизіоннаго эмбриона ¹⁾). Онъ оттого такъ и трудно опредѣлимъ, что всякій эмбрионъ вообще имѣетъ неустановившіяся, потенціальныя очертанія ²⁾).

Насколько несомнѣнно единство идеи, заложенной и въ публичный порядокъ, и въ коллизіонныя нормы — можно судить по слѣдующему факту. Даже самые рьяные

¹⁾ Ср. Kahn, *Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht*, Böhm, 1900, стр. 102—103: «Dabei ist unschwer zu erkennen, dass diesem Gedanken eine ganz wunderbare rechtsbildende und schöpferische Kraft innewohnt. Wo immer eine bisher anerkannte Kollisionsnorm sich als unzweckmässig, als einem neuen, feineren Rechtsbewusstsein nicht mehr genügend erweist, da wird sie nach und nach unterminiert und schliesslich umgestossen mit Hilfe jenes Principes des «*ordre public*»; wo eine geltende Kollisionsnorm zu allgemein gefasst erscheint, da führt man die erwünschten und erforderlichen Ausnahmen ein an der Hand des «*ordre public*», wo auf dem alten Boden neue Rechtsinstitute erstehen, für welche auch neue Kollisionsnormen nötig werden, da verhilft man ihnen zum Durchbruch mit Hilfe des «*ordre public*». Jener «rote Faden» hat also in Wahrheit noch eine ganz besondere Funktion: an ihm hängen die werdenden Rechtsideen».

²⁾ Укажу на конкретномъ литературномъ примѣрѣ, какъ происходитъ зарожденіе новой коллизіонной нормы. Можно ли признавать лишеніе правъ въ силу приговора, состоявшагося въ иностранномъ государствѣ?—Обыкновенно указываютъ, что подобное лишеніе правъ равнялось бы частичному исполненію иностраннаго уголовнаго рѣшенія, что, какъ извѣстно, противорѣчитъ понятію публичнаго порядка. «Aber es geht nicht—говоритъ Fiore («Ueber fremde Strafverurtheilung und deren exterritoriale Geltung». Böhm, 1896, стр. 214 — 215) — gegen das Interesse der Staatssouveränität, wenn ausnahmsweise unter bestimmten Bedingungen die Strafverurteilung als eine rechtliche Thatsache mit rechtlichen Folgen angesehen wird». Поэтому Fiore считаетъ, что возможно допустить такое производство, подобно исполненію гражданскихъ рѣшеній, при которомъ устанавливалось бы: при наличіи какихъ именно условій (подеудности, публичности, конституціонности и т. д.) возможно было бы признавать состоявшееся лишеніе правъ.

Въ этомъ примѣрѣ мы именно имѣемъ развитіе формулированной коллизіонной нормы изъ неформулированнаго эмбриона. Сначала никакое лишеніе права не признается:—грубая недифференцированная коллизіонная норма.—Затѣмъ начинаютъ допускать возможность признанія при «нѣкоторыхъ» условіяхъ. Какихъ именно?—Вырабатывается вторая коллизіонная норма, ограничивающая первую, и т. д.

романисты не могутъ избавиться отъ того впечатлѣнія, что въ институтѣ публичнаго порядка разрабатываются проблемы объема нѣкоторыхъ специальныхъ нормъ: полицейскаго права, уголовного права, процессуальныхъ законовъ и т. д. Затѣмъ, эти романисты не могутъ не признать, что проблемы объема разрабатываются еще и въ конфликтномъ правѣ: вѣдь всякая коллизіонная норма только то и дѣлаетъ, что устанавливаетъ объемъ гражданскихъ, торговыхъ и т. д. нормъ. При такомъ условіи—для лицъ, не желающихъ считать публичный порядокъ за видъ коллизіонныхъ нормъ, не остается ничего другого, какъ признать коллизіонныя нормы за видъ публичнаго порядка. Какъ ни страненъ этотъ приемъ уподобленія установившагося и яснаго юридическаго института—той безформенной массѣ публичнаго порядка, передъ которою сами романисты стоятъ въ отчаяніи (*notum per ignotum*), но, напримѣръ, Bustamante и Laghi все-таки дѣлаютъ эту курьезную ошибку¹⁾. Они оба, классифицируя публичный порядокъ, заявляютъ, что первую группу нормъ публичнаго порядка представляетъ собой *todo el derecho international privado*. Особенно ярко выражена эта мысль у Tournade, который все свое разсужденіе строитъ на той основной мысли, что всѣ коллизіонныя нормы суть нормы публичнаго порядка²⁾.

¹⁾ Цит. у Kahn, *Adhandlungen*, стр. 58.

²⁾ P. Tournade, *De la dation d'un conseil judiciaire etc.*, Clunet, 1895, стр. 490: «Nous décidons qu'un Français est capable des actes de la vie civile à vingt-un ans, mais nous ne trouvons pas absurde que le législateur du pays voisin fixe la majorité à vingt ans ou à vingt-cinq ans; nous trouvons notre loi bonne pour nous, et celle de nos voisins bonne pour eux; ces lois peuvent être excellentes l'une et l'autre quoiqu'en contradiction absolue entre elles. Au contraire, quand nous disons que chaque homme est régi par sa loi nationale, qu'il a sa loi nationale, qu'il a sa loi dans le sang, ou bien que le pouvoir de la loi doit être exclusivement territorial, ou encore que l'homme doit être régi par la loi de son domicile, en un mot lorsque nous formulons sur cette matière un principe quelconque, quel qu'il soit, ce principe ne traduit pas une vérité relative puisée dans l'observation

Особенно курьезную форму принимаетъ эта ошибка въ одномъ французскомъ судебномъ рѣшеніи, рѣшеніи не случайномъ, а очень подробно мотивированномъ и вызвавшемъ рядъ одобрительныхъ статей въ литературѣ. Въ этомъ рѣшеніи ¹⁾ разбирается слѣдующій вопросъ: ст. 3,3^o Кодекса Наполеона, какъ извѣстно, гласить, что «законы регулирующіе право — и дѣеспособность, обязательны для французовъ даже въ томъ случаѣ, если они находятся за границей». Эта формула — по установившейся и безспорной традиціи — считается однимъ изъ наиболее яркихъ примѣровъ того, что называется персональнымъ статутомъ. Строго говоря, только на ней и основываются всѣ тѣ разсужденія о личномъ статутѣ, которыя мы находимъ въ романской литературѣ. Какъ формула, воплощающая въ себѣ личный статутъ, эта статья, очевидно, является выраженіемъ тѣхъ идей, которыя наиболее далеко отстоятъ отъ публичнаго порядка. Ибо, если публичный порядокъ есть экстраординарное отрицаніе личнаго статута, то очевидно, что личный статутъ не можетъ быть публичнымъ порядкомъ. А между тѣмъ, — въ силу одного спеціальнаго обстоятельства, выяснять которое въ настоящій моментъ я не имѣю возможности, — судъ пришелъ къ логической необходимости выставить слѣдующій тезисъ, выписываемый мною буквально: «Изъ общихъ принциповъ права и изъ постановленій ст. 3 Гражданскаго Кодекса явствуетъ, что иностранцы, про-

de faits contingents, il énonce une vérité philosophique tirée de la raison seule. Elle est vraie ou elle est fausse; mais le législateur qui la formule, ou le juge qui la met dans la bouche du législateur, la tient nécessairement pour vraie, d'une vérité absolue. Il ne statue pas en vue de certains hommes, il statue pour tous. Le principe qu'il adopte n'est pas spécial à une espèce déterminée, il ne s'applique pas à un peuple déterminé, il est la raison; et comme il n'y a qu'une raison, le législateur considère nécessairement comme faux tout principe autre que celui qu'il adopte, ce qui revient à dire que ce principe est forcément d'ordre public».

¹⁾ Laval 12 апрѣля 1902 г., Clunet, 1902, стр. 1044.

живающіе во Франціи, подчиняются своему національному закону во всѣхъ тѣхъ вопросахъ, которые касаются ихъ право- и дѣеспособности; подчиненіе лица своему личному статуту есть правило публичнаго порядка, обязательное для судьи». Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что именно ст. 3,3^о Кодекса Наполеона — обыкновенно отрицаемая и уничтожаемая публичнымъ порядкомъ — сама является не чѣмъ другимъ, какъ тѣмъ же самымъ публичнымъ порядкомъ. Дальше идти въ смѣшеніи понятій, конечно, нельзя ¹⁾).

Замѣчу при этомъ, что было бы неосновательно считать ошибку *Laghi—Tournade* схоластическими измышлениями, не имѣющими реального значенія. Наоборотъ, ошибка эта имѣетъ большую практическую важность. Я не имѣю возможности останавливаться здѣсь на данномъ вопросѣ во всей его полнотѣ. Ограничусь пока слѣдующими указаніями. Только потому, что *Tournade* считаетъ коллизіонныя нормы за публичный порядокъ, — онъ можетъ возражать противъ института отсылки. Слѣдовательно, указанная ошибка влечетъ за собой невѣрное освѣщеніе не одного, а двухъ институтовъ частнаго международнаго права. Впрочемъ, это является совершенно естественнымъ, если — какъ я буду доказывать въ главѣ IV — всѣ разбираемая «ирраціональныя величины» проистекаютъ изъ одной и той же основной методологической ошибки.

¹⁾ Въ томъ же смыслѣ *Paris* 7 апрѣля 1903 г., *Clunet*, 1903, стр. 865.

VII.

76.—Если нормы публичнаго порядка суть обычныя коллизіонныя нормы, то мнѣ остается рѣшить еще одинъ, послѣдній, вопросъ: откуда же происходитъ тотъ шумъ вокругъ «экстраординарнаго» института, который мною былъ съ достаточной подробностью изложенъ въ началъ настоящей главы? Какими именно причинами объясняется та нервность, которая проявляется романистами въ вопросъ публичнаго порядка? Почему эта категорія коллизіонныхъ нормъ заслужила столь особое положеніе въ трактатахъ по частному международному праву?

Разсуждая логически, никакихъ поводовъ къ выдѣленію публичнаго порядка въ «экстраординарную» группу мы не найдемъ. Законодатель желаетъ, чтобы, въ виду нѣкоторыхъ соображеній государственной пользы, — данный частный случай обсуждался не по иностранному, а по мѣстному закону. Значитъ, для даннаго частнаго случая устанавливается нѣкоторое исключеніе: общее правило ссылается на *lex originis*, а частное — на *lex fori*. Ничего экстраординарнаго въ этомъ усмотрѣть нельзя. Понятія правила и исключенія являются въ юриспруденціи обыденнымъ, ежедневнымъ, привычнымъ представленіемъ. Почему это исключеніе вызываетъ такой шумъ?

(Если я настаиваю на данномъ вопросѣ, то не потому, чтобы меня интересовала схоластическая сторона

дѣла. Читатель помнитъ, что изслѣдованіе идеи *comitas* я закончилъ именно ссылкой на понятія правила и исключенія. Для того, чтобы найти систематическое родство идей публичнаго порядка и *comitas*—а такой выводъ, конечно, не можетъ быть причисленъ къ схоластическимъ измышленіямъ—мнѣ именно нужно подробнѣе разобраться въ понятіяхъ правила и исключенія).

Итакъ, повторяю постановку вопроса. Вообще для брачной дѣеспособности въ Италіи дѣйствуетъ личный законъ—законъ національный; но для брачной дѣеспособности въ узкомъ вопросѣ полигаміи примѣняется, согласно спеціальной конфликтной нормѣ, *lex fori*. Кажалось бы, что мы имѣемъ дѣло съ азбучнымъ и тривиальнымъ казусомъ («platte Selbstverständlichkeit», какъ говоритъ Kahn, стр. 21): откуда же берутся цѣлые тома спеціальной литературы и сотни судебныхъ рѣшеній?

Я полагаю, что единственное возможное объясненіе—такое. Правило и исключеніе, дѣйствительно, являются обыденными понятіями юридическаго мышленія. Они, дѣйствительно, настолько близки другъ къ другу, что новѣйшая наука даже отказывается противопоставлять ихъ; по мнѣнію Dernburg'a, понятія общаго и сингулярнаго права представляютъ собой не юридическія, а историческія категоріи¹⁾; то, что вчера противопоставлялось правилу въ качествѣ исключенія, можетъ сдѣлаться завтра общимъ правиломъ, допускающимъ, въ свою очередь, въ видѣ «исключенія», примѣненіе нормъ прежняго общаго права. Все зависитъ отъ того, на сторонѣ правила ли, или исключенія находится наибольшее количество жизненныхъ явленій.

Но эти разсужденія о равноправности понятій правила и исключенія, о необходимости мирнаго между ними сосуществованія,—держатся на одной и не всегда ясно сознаваемой предпосылкѣ: и данное правило, и

¹⁾ Ср. мое Право изобрѣтателя, II, стр. 319 и сл.

данное исключеніе должны происходить, по крайней мѣрѣ, изъ равноцѣннаго юридическаго источника. Какъ только мы нарушимъ это основное условіе,—такъ тотчасъ же исчезнетъ и спокойное равновѣсіе, изображенное выше.

Вотъ что я подъ этимъ разумѣю. Правило и исключеніе могутъ мирно уживаться только въ одномъ случаѣ: если исключеніе не исходитъ изъ источника, подчиненнаго тому—который создалъ правило. Другими словами. Если сопоставить источникъ исключенія и источникъ правила, то первый по отношенію ко второму долженъ быть: 1) или независимымъ, 2) или идентичнымъ, 3) или болѣе высокимъ.

Ad 1) Въ странахъ, въ которыхъ судебныя рѣшенія творятъ право (напримѣръ, въ Англіи), одинъ судья можетъ установить правило, а другой—исключеніе изъ этого правила.

Ad 2) Наиболее часто встрѣчающійся случай: законодатель устанавливаетъ и правило, и исключеніе.

Ad 3) Судъ устанавливаетъ наказаніе за данное преступленіе, а монархъ даетъ помилованіе.

Ни одинъ изъ перечисленныхъ случаевъ не вызываетъ никакого протеста со стороны юридической мысли. Но совсѣмъ иначе, конечно, отнесемъ мы къ такому казусу, когда правило будетъ установлено закономъ, а исключеніе, напримѣръ, исправникомъ. Здѣсь будетъ почва для весьма серьезнаго волненія всѣхъ тѣхъ, кому дороги начала права.

На основаніи этихъ общихъ началъ приходится предположить, что если исключеніе по формулѣ публичнаго порядка тревожитъ юристовъ, то объясненія подобной «экстраординарности» нужно искать именно въ неравноцѣнности источниковъ. Передъ нами, слѣдовательно, встаетъ слѣдующаго рода проблема: можно ли доказать, что *ordre public* проистекаетъ изъ источника, подчиненнаго тому, который создаетъ правило? Я полагаю, что это доказать можно.

Ordre public есть несомнѣнное явленіе внутренняго права¹⁾: государство, устанавливая компетенцію своихъ нормъ о запретѣ полигаміи, заявляетъ, что этимъ его нормамъ подчинены всѣ браки, заключаемые на данной территории. Значитъ, то болѣе общее правило, которое отрицается даннымъ публичнымъ порядкомъ — если вѣрны мои предположенія — должно проистекать изъ источника, надъ государствомъ стоящаго: а надъ государствомъ стоитъ только международное право. Слѣдовательно, доказать, что публичный порядокъ проистекаетъ изъ подчиненнаго источника, можно только однимъ путемъ: для этого нужно доказать, что «общее правило» — при явленіяхъ публичнаго порядка — всегда черпается изъ международнаго права.

Нѣтъ ничего легче, какъ сдѣлать это по отношенію къ романской школѣ. Она вся основана на предполо-

¹⁾ Этотъ тезисъ, повидимому, не возбуждаетъ сомнѣній? — Миѣ известна въ литературѣ лишь одна попытка интернационализировать понятіе публичнаго порядка: Meili (Die Doctrin des internationalen Privatrechts, Böhm, I, стр. 167 и сл.). По его мнѣнію, формула публичнаго порядка дѣйствуетъ въ области международнаго права «geradezu verheerend», потому что она воплощаетъ въ себѣ ту территориальную тенденцію, противъ которой «mit aller Energie gekämpft werden muss». «Dieser territoriale Erdgout muss für die internationale Rechtsfragen verschwinden». Однако, какъ ни энергично высказывается Meili, идеи его нигдѣ не встрѣтили поддержки. И дѣйствительно, предлагаемая имъ формула не выдерживаетъ никакой критики. Онъ говоритъ (стр. 169): «Diejenigen Rechtsgeschäfte sind im internationalen Verkehre nicht zu schützen, welche entweder dem Völkerrecht (!) oder den guten im internationalen Privatrechtsleben geltenden Sitten widersprechen». Эта формула, очевидно, примыкаетъ къ такимъ устарѣлымъ воззрѣніямъ на сущность международнаго права, что я не считаю нужнымъ полемизировать съ нею.

Что касается воззрѣній Despagnet, подробно и схоластично изображающаго процессъ «унификаціи публичнаго порядка» (L'ordre public en droit international privé, Clunet, 1889, стр. 216—222), — то, считываясь въ его статью, мы замѣтимъ слѣдующее. Онъ не предлагаетъ интернационализациі публичнаго порядка; онъ понимаетъ, что ordre public имѣетъ своимъ источникомъ внутреннее право; онъ только выражаетъ пожеланіе, чтобы эти внутреннія нормы были все болѣе и болѣе похожи другъ на друга. Въ этомъ пожеланіи, конечно, нѣтъ ничего противорѣчающаго моему точнѣ зрѣнію.

женіи, что существуютъ «принципы» конфликтнаго права, обязательные для государствъ. Для меня безразлично: гдѣ и какъ черпаетъ эта школа указанные принципы (вѣрно или невѣрно она ихъ строить? и т. д.). Для меня достаточно установить, что «принципы» эти романская школа считаетъ правовыми началами, обязательными для всѣхъ государствъ, входящихъ въ международное общеніе, т. е.—международнымъ правомъ. Съ этой точки зрѣнія, «принципы», предписывающіе обсуждать брачную дѣеспособность по національному праву, оказываются международной нормой, а исключеніе, запрещающее полигамію въ Италіи,—итальянской внутренней нормой. Правовое волненіе, о которомъ я говорилъ выше, является вполне понятнымъ, такъ какъ подчиненное право дѣйствительно идетъ вразрѣзъ подчиняющему¹⁾. Дѣло представляется, значитъ, въ такой

¹⁾ Чтобы моя мысль о роли *ordre public* въ романской доктринѣ была совершенно ясна, приведу одинъ дополнительный примѣръ. Статья 14 французскаго гражданскаго кодекса устанавливаетъ подсудность французскимъ судамъ такихъ иностранцевъ, которые вступили въ договоры въ французамъ внѣ французской территоріи и тамъ же domiciliрованы. Обсуждая это, весьма стѣснительное, постановленіе, нѣкоторые авторы (напримѣръ, D. Astuni, De l'exécution en Italie des jugemens français rendus en vertu de l'art. 14 C. Civ., Clunet, 1904, стр. 529) становятся на такую точку зрѣнія: французская норма ст. 14-ой противна международному праву, а слѣдовательно, на основаніи ст. 12-ой итальянскаго кодекса (*ordre public*), она должна быть оставлена въ Италіи безъ примѣненія. Получается, слѣдовательно, такое впечатлѣніе, что основная норма устанавливается французскимъ правомъ, а исключеніе — международнымъ, т. е. какъ разъ наоборотъ тому, что сказано въ текстѣ. Впечатлѣніе это не соответствуетъ дѣйствительности. Истинное освѣщеніе дѣла должно быть изображаемо такъ. Существуетъ международная конфликтная норма, принуждающая итальянскаго судью, въ видѣ общаго правила, обсуждать компетенцію французскихъ судей по французскому закону. Но, примѣняя эту международную конфликтную норму, судья наталкивается на такое постановленіе французскаго матеріальнаго права, которое заставляетъ его нарушить только что упомянутую международную норму и, путемъ примѣненія субсидіарной итальянской конфликтной нормы, поставить на мѣсто ст. 14 С. С.—соответственное постановленіе итальянскаго кодекса. Это показываетъ, что предложенная мною схема оправдывается и въ данномъ случаѣ.

формѣ, что романисты сначала устанавливають безусловное правило международного права (безъ всякихъ исключеній),—затѣмъ оказываются въ необходимости нарушить, путемъ итальянской внутренней нормы, только что сдѣланное международное право,—и, въ заключеніе, волнуются по поводу въ высшей степени предосудительнаго юридическаго приѣма, ими допущеннаго.

77.—Но вѣрно ли указанное предположеніе и по отношенію къ другимъ доктринамъ, стоящимъ внѣ романской школы? Напримѣръ, въ ст. 7 нѣмецкаго Е. Г.¹⁾ говорится: «дѣеспособность лица опредѣляется по законамъ той страны, къ которой принадлежитъ это лицо». А ст. 30 того же Е. Г. дѣлаетъ исключеніе: «примѣненіе иностраннаго закона исключено, если это примѣненіе будетъ направлено противъ добрыхъ нравовъ или противъ цѣли, преслѣдуемой нѣмецкими законами». На первый взглядъ казалось бы, что приведенное положеніе дѣла не соотвѣтствуетъ выставленной мною основной предпосылкѣ: и правило, и исключеніе являются какъ бы равноцѣнными, такъ какъ они установлены въ одномъ и томъ же законѣ. Мнѣ надлежитъ, слѣдовательно, доказать, что и въ данномъ случаѣ «общее правило» стоитъ выше того исключенія, которое помѣщено въ ст. 30.

Несомнѣнно, что ст. 7 Е. Г. распадается на двѣ механически слитыя нормы: 1) нѣмецкій законъ опредѣляетъ дѣеспособность нѣмцевъ; 2) каждый иностранный законъ опредѣляетъ дѣеспособность своихъ подданныхъ. Первая норма является внутреннимъ нѣмецкимъ правомъ. Но нельзя сказать того же и про вторую. Въ самомъ дѣлѣ. Нѣмецкій законъ не можетъ устанавливать предѣлы компетенціи датскаго законодателя. Ибо, если бы компетенція датскаго законодателя опредѣлялась нѣмецкимъ закономъ, то Данія вообще не существовала бы какъ суверенное государство. Суверенная

¹⁾ Исторія развитія этой нормы, см. Kahn, Abhandlungen, стр. 22 и сл.

компетенція можетъ устанавливаться только автономно. Конечно, автономія датскаго законодателя иногда стремится двигаться по направленію, указанному ей извнѣ. Но сіе «извнѣ», очевидно, можетъ быть только международнымъ правомъ, а отнюдь не чѣмъ-либо правомъ внутреннимъ (я полагаю, что выписываю аксіому). Слѣдовательно, Германія, не становясь въ противорѣчіе со всей юридической логикой, не можетъ выставить даже и претензіи на то, чтобы ея внутреннее право подчиняло себя датскую законодательную автономію. А, между тѣмъ, ст. 7 существуетъ. И въ ней, *implicite*, сказано, что датскій законъ о дѣеспособности обязателенъ для всѣхъ датчанъ? Какъ же быть?

Отвѣтъ чрезвычайно простъ. Международное право не знаетъ, пока, точной дифференціаціи источниковъ. Весьма многочисленны случаи, когда государство беретъ на себя трудъ констатировать существующія международныя нормы. Въ этихъ случаяхъ извѣстна постановка вопроса, даваемая наукой: государство не создаетъ международную норму; оно только заявляетъ о томъ, какъ оно намѣрено понимать и примѣнять международныя нормы по данному вопросу (декларациі о нейтралитетѣ не допускаютъ иной конструкціи!). Заявленіе же можетъ соответствовать или не соответствовать дѣйствительному международному праву: свою международную силу это заявленіе черпаетъ не изъ факта декларированія, а изъ послѣдующаго (подразумѣваемаго или нарочито выраженнаго) присоединенія другихъ государствъ. Съ этой точки зрѣнія ст. 7, во второй своей части, должна быть понимаема какъ нѣмецкая декларациія о международно-правовой нормѣ. Другія государства могутъ оспаривать эту декларацию; и тогда она не будетъ создавать для нихъ международной нормы. Но сама Германія—и это единственное, что насъ въ данный моментъ интересуетъ!—не можетъ конструировать ст. 7 иначе, какъ международное право.

Статья же 30-ая, несомнѣнно, является правомъ внутреннимъ. Ибо она говоритъ исключительно о казусахъ примѣненія нѣмецкаго закона. Это внутреннее право ст. 30-ой не можетъ оказаться въ противорѣчii съ внутреннимъ же правомъ, установленнымъ первою частью ст. 7-ой, ибо и первая часть ст. 7-ой говоритъ только о примѣненіи нѣмецкаго закона. Ст. 30 можетъ придти въ конфликтъ лишь со второй частью ст. 7-ой: — той именно частью, которая, какъ мы только что указали, содержитъ въ себѣ международное право. Такимъ образомъ мы доказали, что и внѣ романской школы экстраординарность идеи публичнаго порядка объясняется именно неравноцѣнностью тѣхъ источниковъ, изъ которыхъ истекаютъ правило международной нормы и «исключенія» внутренняго права.

78. — Противъ выставленной мною гипотезы можетъ быть сдѣлано еще одно, послѣднее, возраженіе. Мнѣ могутъ сказать: какимъ образомъ возможно утверждать, что публичный порядокъ всегда проистекаетъ изъ источника подчиненнаго, — если извѣстно, что *ordre public* санкціонированъ въ общепризнанныхъ международныхъ договорахъ¹⁾? Напримѣръ, ст. V, 11 гаагскихъ протоколовъ категорически устанавливаетъ исключенія изъ конфликтныхъ нормъ наследственнаго права, формулируя эти исключенія въ обычномъ видѣ публичнаго порядка: «несмотря на предшествующія статьи, суды государства не будутъ принимать во вниманіе ино-

¹⁾ Надо отличать тотъ случай, когда нормы, установленныя въ международномъ актѣ, признаются за *ordre public* (напримѣръ, Paris 30 июня 1890 года, Clunet, стр. 846: «Les compétences fixées (en matière de succession) par une convention internationale ont un caractère d'ordre public qui ne permet pas aux particuliers d'y apporter aucune modification»). Въ этомъ случаѣ терминъ *ordre public*, очевидно, употребленъ судомъ не въ техническомъ смыслѣ, а въ томъ значеніи противоваща началу автономіи сторонъ, которое санкціонировано, напримѣръ, ст. 6-ю С. С. Въ текстѣ я говорю о тѣхъ случаяхъ, когда международный актъ устанавливаетъ *ordre public* въ техническомъ смыслѣ.

странные законы, если примѣненіе этихъ послѣднихъ будетъ нарушать или публичное право даннаго государства, или законы, касающіеся субституцій и фидеикомиссовъ, правоспособности юридическихъ лицъ, свободы и равенства индивидовъ, свободы наслѣдованія и т. д.». Казалось бы, что нельзя говорить о подчиненномъ источникѣ только что изображеннаго вида публичнаго порядка, разъ этотъ публичный порядокъ установленъ международнымъ актомъ. Международный актъ содержитъ въ себѣ, очевидно, международное право, а надъ международнымъ правомъ не стоитъ никакой болѣе высокой нормы.

Ближайшій анализъ показываетъ, что указанное возраженіе неправильно. Можно доказать, что и въ разбираемомъ случаѣ источники права и источники исключеній не равноцѣнны. Правило, несомнѣнно, установлено международнымъ актомъ, и оно сводится къ регулированію наслѣдованія—національнымъ закономъ *de cujus*. Но нельзя утверждать, что исключеніе установлено также международнымъ правомъ. Статья 11-я указаннаго выше протокола включена въ международный актъ; но международной нормы она въ себѣ не содержитъ, ибо самый характеръ ея таковъ, что рѣшающій голосъ при ея конкретизированіи долженъ принадлежать не международному общенію и не какому-либо органу этого общенія—а индивидуально взятымъ государствамъ, какъ таковымъ. Международную норму можно считать существующей только тогда, когда существуетъ единство тѣхъ правовыхъ воззрѣній, изъ коихъ она истекаетъ. Если же норма создана именно потому, что единства воззрѣній нѣтъ, и если она примѣняется именно такъ, что различіе правовыхъ воззрѣній представляется необходимымъ, — то нельзя говорить о международной нормѣ; можно говорить лишь о международныхъ «словахъ», предоставляющихъ государствамъ полную свободу дѣйствій. Я толкую, слѣдовательно, ст. 11-ю про-

токола не какъ международную норму, а какъ указаніе на то, что государства, въ цѣломъ рядѣ вопросовъ, свободны конструировать свое конфликтное право, какъ имъ заблагоразсудится. И если они, пользуясь этой свободой, установятъ территориальное примѣненіе, на-примѣръ, законовъ о фидеикомиссахъ, то эти законы—внутренніе законы!—будутъ идти вразрѣзъ основной международной нормѣ.

Если же кто-нибудь желаетъ считать ст. 11-ю международнымъ правомъ и полагаетъ, что въ ней содержится не дозволеніе сдѣлать ту или иную конфликтную норму, а самая конфликтная норма въ законченномъ видѣ,—то и такая точка зрѣнія не нарушитъ предложенной мною конструкціи: если въ ст. 11-й есть спеціальная конфликтная норма о фидеикомиссахъ, то это значитъ, что, рядомъ съ общимъ международнымъ конфликтнымъ правомъ о наслѣдованіи, существуетъ еще партикулярное международное конфликтное право о фидеикомиссахъ. И тогда окажется, что ст. 11,—трактуетъ о вопросѣ, обыкновенно излагаемомъ въ видѣ публичнаго порядка, содержитъ въ себѣ уже не экстраординарный *ordre public*, а совершенно нормальное, новое, ранѣе не существовавшее международное коллизіонное право.

79.—Итакъ, экстраординарность публичнаго порядка проистекаетъ изъ того, что институтъ этотъ заставляетъ юристовъ дѣлать изъ общаго правила, установленнаго международнымъ правомъ—исключенія, опредѣляемые правомъ подчиненнымъ, правомъ государственнымъ. Этотъ выводъ настолько важенъ для всѣхъ моихъ послѣдующихъ соображеній, что я принужденъ подвергнуть его дополнительной провѣркѣ.

Провѣрку эту я сдѣлаю слѣдующимъ образомъ. Допустимъ, что выставленный мною тезисъ правиленъ. Въ такомъ случаѣ должны быть правильны и всѣ выводы, вытекающіе изъ него. Я сосредоточу свое вниманіе на одномъ изъ нихъ.

Общее правило, устанавливаемое международнымъ правомъ. Исключеніе, санкціонуемое государственной нормой и принуждающее судей примѣнять не тотъ законъ, который указанъ въ международномъ правѣ.— Если мы вдумаемся въ эту комбинацію понятій, то мы тотчасъ же поймемъ, что она соотвѣтствуетъ не одному, а двумъ юридическимъ результатамъ, причемъ публичный порядокъ будетъ только однимъ изъ этихъ результатовъ. Юридическая логика подсказываетъ намъ, что рядомъ съ этимъ первымъ результатомъ долженъ существовать второй,—параллельный и, такъ сказать, родственный публичному порядку. Въ самомъ дѣлѣ. Мы говоримъ и говорили объ «общемъ правилѣ», ничѣмъ не ограничивая его содержанія. Между тѣмъ, очевидно, что «общее правило» можетъ предписывать или примѣненіе иностраннаго закона, или примѣненіе своего закона. Предположенное исключеніе (по государственной нормѣ), очевидно, приведетъ въ первомъ случаѣ къ примѣненію своей нормы, а во второмъ—къ примѣненію не своей, иностранной нормы. При этомъ, по силѣ юридической логики, второй случай, т. е. случай примѣненія чужой нормы, вопреки международному праву,—долженъ оказаться столь же экстраординарнымъ и столь же непонятнымъ для лицъ, не стоящихъ на предлагаемой мною точкѣ зрѣнія,—какъ и институтъ публичнаго порядка.

Двѣ эти гипотезы параллельны; онѣ взаимно другъ друга дополняютъ. Первая изъ нихъ (общее правило указываетъ на иностранный законъ; исключеніе возвращаетъ насъ къ *lex fori*) представляется именно институтомъ публичнаго порядка: она уже разобрана нами съ достаточной полнотой. Для того, чтобы доказать планомѣрность развитія конфликтной мысли, мы должны теперь конкретизировать вторую гипотезу. На дедуктивно полученную схему мы должны одѣть плоть и кровь ежедневныхъ реальныхъ отношеній. И если мы

при этомъ придемъ къ казусамъ общеизвѣстнымъ, то мы тѣмъ самымъ докажемъ правильность намѣчаемой нами системы.

Итакъ, мы будемъ разсуждать въ тѣхъ самыхъ модуляціяхъ, въ которыхъ движется публичный порядокъ. Но мы сдѣлаемъ одно измѣненіе въ постановкѣ вопроса: мы предположимъ, что «общая норма международнаго права» предписываетъ именно измѣненіе *legis fori*.

Разсужденіе получается такое. По установившимся конфликтнымъ понятіямъ слѣдуетъ примѣнить *lex fori*; существуютъ, однако, такія индивидуальныя особенности даннаго конкретнаго случая, которыя приводятъ судью къ мысли о необходимости отрѣшиться отъ «общаго правила» и, въ видѣ исключенія, примѣнить иностранный законъ. Въ чемъ могутъ заключаться «индивидуальныя особенности»?—Отвѣтить на этотъ вопросъ априорно невозможно. Все зависитъ отъ условій мѣста и времени; все сводится, въ конечномъ результатѣ, къ тому, что примѣненіе *legis fori* дастъ болѣе невыгодныхъ послѣдствій, чѣмъ примѣненіе закона иностраннаго.

Извѣстно ли только-что приведенное разсужденіе наукѣ частнаго международнаго права?—Конечно; мы всё на немъ выросли и воспитались.

Законы даннаго государства, — говоритъ Foelix ¹⁾;—обязываютъ всѣхъ лицъ, находящихся или ищущихъ судебной защиты на данной территоріи. Поэтому иностранные законы не имѣютъ силы въ предѣлахъ нашей территоріи. Таково общее правило: его обыкновенно называютъ строгой территоріальностью. Но,—продолжаетъ авторъ,—строгая территоріальность не можетъ быть безусловной. Существуютъ такіе случаи, когда судья—по обстоятельствамъ дѣла—долженъ допустить

¹⁾ M. Foelix, *Traité du droit international privé etc.*, 1843, стр. 12 и сл.

исключеніе. «Граждане каждаго государства имѣютъ многочисленныя сношенія съ гражданами другихъ государствъ; они заинтересованы въ сдѣлкахъ, заключаемыхъ за границей, и въ движимостяхъ, находящихся на иностранной территоріи. Въ результатъ получается необходимость для каждаго государства — въ интересахъ своихъ собственныхъ подданныхъ — признавать нѣкоторое значеніе за иностранными законами». Таково, значитъ, исключеніе, государственнымъ правомъ диктуемое, вопреки общимъ началамъ территоріальности, установленнымъ международной нормой. Читатель замѣтилъ, что мною изложено классическое понятіе идеи *comitas*.

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ весьма простому выводу. *Ordre public* и *comitas* суть явленія параллельныя, взаимно дополняющіяся. Если мы мыслимъ «общее правило» въ смыслѣ территоріальной системы, то исключеніе будетъ называться *comitas*; а если мы мыслимъ «общее правило» по схемѣ персональной, то исключеніе получитъ названіе *ordre public*. *Comitas* и *ordre public* суть двѣ стороны одной и той же медали. Оба эти явленія вызываютъ протестъ юридической мысли именно потому, что неправильная постановка основной посылки заставляеть авторовъ въ обоихъ этихъ случаяхъ нарушать международное право, ими самими признанное — путемъ исключеній, декретированныхъ правомъ внутреннимъ.

80.—Изъ этого основного результата можно извлечь и дальнѣйшія слѣдствія. Представимъ себѣ, что «исключеніе» отменяется: тогда мы должны получить «общее правило» въ абсолютномъ значеніи и при полномъ соблюденіи только что изображеннаго параллелизма. Уничтоженіе идеи *comitas* должно привести насъ къ территоріальности въ безусловной формѣ, а уничтоженіе идеи публичнаго порядка повлечетъ за собой появленіе абсолютно-персональной системы. Исторія частнаго

международнаго права не даетъ намъ конкретныхъ указаній на такой періодъ, когда законы примѣнялись бы исключительно по территоріальной схемѣ. Но если, гипотетически, предположить, что въ нѣкоторую, наиболѣе темную, эпоху первоначальнаго феодализма, дѣйствительно, проводилась въ жизнь идея *toutes les coutumes sont réelles*»,—то мы именно получимъ систему абсолютной территоріальности, признанной всѣмъ тогдашнимъ международнымъ общеніемъ и не смягчаемой никакимъ привхожденіемъ идеи *comitas*. Еще проще изобразить отпаденіе идеи публичнаго порядка. Теоретически, это должно обозначать собой переходъ къ абсолютной персональности. Такіе случаи извѣстны изъ исторіи частнаго международнаго права. Персональность, не ослабляемая никакой идеей публичнаго порядка, носитъ технически названіе системы *leges barbarorum*. Въ извѣстную часть среднихъ вѣковъ законы были безусловно персональны: выясняя отличіе этой системы отъ конструкціи Манцини и его послѣдователей, романскіе ученые кладутъ центръ тяжести своего изложенія именно на идею публичнаго порядка. Какъ указываетъ Weiss¹⁾, варвары «игнорировали,—по крайней мѣрѣ вначалѣ,—территоріальный характеръ законовъ». Отсутствие идеи публичнаго порядка и является тѣмъ критеріемъ, который отличаетъ систему варварскихъ законовъ отъ новѣйшей итальянской доктрины.

81.—Второе слѣдствіе можетъ быть сформулировано такъ. Если *comitas* и *ordre public* суть двѣ стороны одного и того же явленія, то можно априорно предположить, что у нихъ имѣется и общность ихъ недостатковъ и достоинствъ. При провѣркѣ *a posteriori* предположеніе это подтверждается. Извѣстно, что публичный порядокъ нарушаетъ ограниченность изложенія кон-

¹⁾ *Traité élémentaire*, 1885, стр. 513, прим. 1.—Ср. F. Despagne, *L'ordre public en droit international privé etc.*, Clunet, 1889, стр. 11, прим. 3.

фликтныхъ нормъ: вмѣсто того, чтобы излагать стройную послѣдовательность разсужденій, ученымъ приходится ежеминутно оговариваться относительно «исключений» публичнаго порядка; самый же публичный порядокъ, въ виду его измѣнчивости и логически-необходимой текучести,—никакому систематическому изученію не поддается. Въ результатъ получается нагроможденіе болѣе или менѣе тѣсно связанныхъ другъ съ другомъ прецедентовъ, не объединенныхъ никакою общою руководящею мыслью. Если мы возьмемъ соотвѣтственныя свойства идеи *comitas*, то мы тотчасъ же замѣтимъ, что недостатки этой идеи являются совершенно идентичными: отрывочность, случайность, текучесть. Читая, напримеръ, ту критику идеи *comitas*, которая имѣется у *Despagnet*¹⁾, мы замѣтимъ, что она—отъ слова и до слова—примѣнима къ идеѣ публичнаго порядка: нужно только соотвѣтственно замѣнить выраженіе «*loi étrangère*». Въ видѣ курьеза приведу подлинникъ. Какъ ни длинна будетъ эта цитата, но она является въ высшей степени поучительной.

«*Tout se borne alors à une compilation d'arrêts ou des dispositions des lois des différents pays sur les conflits de législations, chaque nation appréciant à son point de vue, essentiellement variable, l'intérêt qu'elle peut avoir à accepter ou non, dans tel cas déterminé, l'application de la loi étrangère. Si, maintenant, nous nous plaçons sur le terrain pratique, nous voyons que la conséquence du système..... ne peut être que de paralyser les relations internationales. L'étranger, en effet, n'étant jamais assuré de conserver le bénéfice de sa loi nationale dont l'application dépend de l'intérêt et par conséquent du caprice du pays où il se trouve, se gardera bien de se fixer d'une façon stable dans un territoire où une pareille théorie est consacrée ou d'y faire des opérations importantes. On en vient, en outre,*

¹⁾ Précis de droit international privé, 2 изд., стр. 24 и 25.

avec des idées semblables, à justifier par l'intérêt les rigueurs les plus excessives et les plus contraires à la raison à l'égard des étrangers... Chacun appréciant à son point de vue cette question très délicate de l'intérêt national, dans quelles contradictions ne va-t-on pas tomber? Où est le critérium qui donnera quelque unité aux décisions des tribunaux en ces matières?»

Я нарочно воспроизвелъ длинный подлинникъ: когда его читаешь, то по временамъ запутываешься и спрашиваешь себя: идетъ ли рѣчь собственно о *comitas*, или объ *ordre public*? Цитата не только во всемъ своемъ объемѣ, но и въ каждой отдѣльной фразѣ, содержащейся въ ней,—цѣликомъ примѣнима къ идеѣ публичнаго порядка.

Параллелизмъ упрековъ можно найти и у другихъ авторовъ ¹⁾.

Несомнѣнно, существуетъ, наконецъ, также и параллелизмъ метода. Ученые лагеря публичнаго порядка ставятъ своей задачей послѣдовательное анализированіе отдѣльныхъ казусовъ съ цѣлью выдѣленія тѣхъ изъ нихъ, которые требуютъ примѣненія территориальнаго закона ²⁾. Старые реалисты типа Foelix поступали не иначе ³⁾;—съ тою разницею, что въ своихъ перечисле-

¹⁾ Напр., у Mancini, De l'utilité de rendre obligatoire etc., Clunet, 1874, стр. 229. То, что онъ пишетъ объ ученыхъ школы *comitas*, всецѣло примѣнимо къ изслѣдователямъ теории *ordre public*: «ceux qui raisonnaient ainsi réduisaient cette science à une étude des textes positifs et des législations comparées, ou tout au plus à une appréciation expérimentale des résultats des différents codes».—Lainé употребляетъ, по адресу *comitas*, такія выраженія, которыя, какъ перчатка, подходятъ къ *ordre public* (цит. у Weiss, Traité, III, стр. 47): «Dans le conflit des lois, par conséquent, au régime du bon plaisir institué pour les juges, correspondra pour les particuliers le régime de l'incertitude».

²⁾ Напр., Laurent, Droit civil international, II, стр. 375: «En attendant qu'il y ait des traités qui déterminent les statuts réels, la science doit examiner la question jusque dans ses moindres détails. C'est ce que j'essaierai de faire dans la partie spéciale de ces Etudes».

³⁾ M. Foelix, Traité du droit international privé, 1843, стр. 17; «Dans

ніяхъ они искали не законовъ территоріальныхъ, а—
внѣземельныхъ. Техника, методъ были идентичны.

Любопытнымъ доказательствомъ того, насколько близки понятія *ordre public* и *comitas*, является слѣдующій казусъ. Оказывается, что если ученому романской школы дать судебное рѣшеніе американскаго суда и попросить его помѣстить это рѣшеніе въ общую систему его, романиста, разсужденій,—то можетъ случиться, что этотъ ученый, если онъ хорошенько не вдумается во всѣ обстоятельства дѣла, усмотритъ понятіе публичнаго порядка въ такихъ формулахъ, которыя абсолютно ничего, кромѣ *comitas*, не заключаютъ. Сошлось на рѣшеніе высшаго суда въ Нью-Гемпширѣ 2 марта 1887 года ¹⁾. Рѣшеніе это гласило такъ: «Правило международныхъ приличій (*convenance*) не можетъ принудить государство къ тому, чтобы оно санкціонировало въ своихъ судахъ договоры, противорѣчащіе его закону. Въ частности, лицо, которое въ Нью-Гемпширѣ получаетъ заказы на поставку спиртныхъ напитковъ, имѣющихъ быть переданными покупателями внѣ штата, — не можетъ искать выговоренной платы въ Нью-Гемпширскихъ судахъ, если оно знало, что самый транспортъ данныхъ спиртныхъ напитковъ будетъ совершаться съ нарушеніемъ законовъ штата». Мы имѣемъ, значитъ, не только *implicite*, но и *expressis verbis* ссылку на международную «въявливость» въ самомъ категорическомъ смыслѣ этого слова. Несмотря на это, оказывается, что данное рѣшеніе, въ журналѣ *Clunet*, помѣщено подѣ заголовкомъ публичнаго порядка. Редакціонная замѣтка, которая сопровождаетъ собой это рѣшеніе, всецѣло движется въ плоскости разсужденій о публичномъ по-

cet état de choses, la mission de l'écrivain, en cette matière, se borne à signaler d'une manière méthodique les cas dans lesquels la *comitas gentium* a été appliquée, à indiquer les cas analogues susceptibles d'être décidés de la même manière».

¹⁾ *Clunet*, 1890, стр. 736.

рядкѣ, совершенно не замѣчая того, что, по строгимъ правиламъ романской школы, рѣшенія, основывающіяся на вѣжливости, вообще не могутъ подлежать юридическому изученію и, въ частности, не могутъ дать никакого матеріала для развитія идеи публичнаго порядка. Ошибка могла произойти только потому, что явленія *comitas* и *ordre public* суть родственныя понятія, понятія легко переходящія одно въ другое.

82.—Мы пришли, такимъ образомъ, къ довольно важному выводу. Современная романская школа, если обсуждать ее съ точки зрѣнія методологической, совершенно напрасно противопоставляетъ себя старымъ англо-голландскимъ. По приѣмамъ работы, различія между этими школами не имѣется. Обѣ эти школы движутся по одной и той же схемѣ: общій принципъ;—исключеніе, апіорно неопредѣлимое и выясняемое въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судьей. Для каждой изъ этихъ школъ «исключеніе» диктуется одними и тѣми же исходными мотивами: соображеніями общественнаго блага, общественнаго интереса. Въ этомъ отношеніи Foelix¹⁾ и Weiss²⁾ совершенно солидарны. Разница—и совершенно несущественная съ точки зрѣнія метода—заключается только въ томъ, что голландцы говорятъ: «все черно, кромѣ бѣлыхъ исключеній»; а романисты возражаютъ: «все бѣло, кромѣ черныхъ исключеній».

1) Foelix, *ibidem*, стр. 14: «La nécessité du bien public et général des nations a fait accorder, dans chaque Etat, aux lois étrangères, des effets plus ou moins étendus».

2) Weiss, *Traité etc.*, стр. 95: «L'intérêt générale qui est la base d'ordre public international». Ср. *Ibidem*, стр. 86, прим. 2, аргументація противъ Despagnet.

VIII.

83.—Въ настоящій моментъ я могу дать окончательные выводы изъ слишкомъ затянувшейся главы.

Главнымъ заданіемъ этой главы было: выяснить, откуда происходитъ «экстраординарность» идеи публичнаго порядка. Изобразивъ цѣлымъ рядомъ аргументовъ (см. отдѣлы III—VI), что, по существу своему, нормы публичнаго порядка вполне совпадаютъ со всякими иными конфликтными нормами,—я перешелъ къ анализу понятій правила и исключенія. Я показалъ при этомъ (отдѣлъ VII), что понятіе исключенія, по *ordre public* построяемаго, не вызывало бы мысли объ экстраординарности, если бы это исключеніе не происходило изъ источника, подчиненнаго тому, изъ котораго исходитъ правило. При этомъ оказалось, что въ романской школѣ правило, дѣйствительно, конструируется по началамъ международнаго права, а исключеніе—по началамъ права государственнаго.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу. Всякій разъ, какъ мы — ошибочно — присвоимъ иностранной нормѣ такой объемъ дѣйствія, котораго мы во всѣхъ выводахъ сохранить ¹⁾ за этой нормой не можемъ ²⁾, —

¹⁾ J. Aubry, De la notion de la territorialité etc., Clunet, 1901, стр. 265: «il y a des cas où un législateur ne peut souffrir l'application d'une loi étrangère sur son territoire, bien que l'application de celle-ci se déduise logiquement de certaines règles qui lui servent à résoudre les conflits».

²⁾ Ошибка въ опредѣленіи объема чужого закона можетъ обнаружиться при юридическихъ фактахъ, происшедшихъ не на данной терри-

мы тотчасъ же должны выдвинуть на помощь «экстраординарный» публичный порядокъ. Съ этой точки зрѣнія публичный порядокъ есть сигналъ отбоя, свидѣтельствующій о ранѣ допущенной ошибкѣ ¹⁾. Избѣжать этого «экстраординарнаго» понятія можно только однимъ путемъ: съ самаго начала воздерживаясь отъ установленія такихъ широкихъ объемовъ чужихъ нормъ ²⁾, которые содержатъ въ себѣ захватъ части компетенціи нашего закона ³⁾.

теоріи, а за границей. Какъ тогда быть? Теорія *ordre public*, очевидно, не приемлема: ибо нельзя сказать, что французскій публичный порядокъ страдаетъ отъ заключенія французами брака въ Венгрію, по формѣ лишеннаго гласности. Если моя точка зрѣнія вѣрна, то въ коллизіонномъ правѣ долженъ существовать предохранительный клапанъ и для этихъ случаевъ. Ибо ошибка въ опредѣленіи объема чужого закона безнаказанно пройти не можетъ. Если мы осмотримся вкругомъ, то замѣтимъ, что искомый клапанъ существуетъ. Онъ называется: *in fraudem legis domesticae*. «On fait—говоритъ J. Aubry («Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé», *Clunet*, 1896, стр. 725)—un grand usage, en international privé, de cette théorie de la fraude qui, à raison de son élasticité même, est singulièrement commode. C'est une soupape de sûreté que l'on ne manque pas de faire jouer dans tous les cas où, après avoir reconnu en principe aux individus le droit de suivre une loi étrangère, on craint que l'exercice de cette faculté ne dégénère en abus... et ne menace certains intérêts nationaux, publics ou privés». Эта фраза удивительна по своей пронизательности: но, вѣдь, она буквально приемлема и къ публичному порядку!—Ср. H. Donnedieu de Vabres, *Evolution de la jurisprudence française*, 1905, стр. 545 и сл.

¹⁾ Fiore говоритъ (*Clunet*, 1908, стр. 368): «l'autorité des lois étrangères doit être limitée toutes les fois que l'application de la loi étrangère aurait pour résultat la dérogation à une loi de l'Etat d'ordre public». А я сказалъ бы такъ: «...toutes les fois que la *lex fori* se déclare applicable». Въ этомъ заключается вся разница между моей точкой зрѣнія и ученіемъ романской школы.

²⁾ Тамъ, гдѣ примѣненіе иностраннаго закона отрицается принципиально (напримѣръ, феодальная эпоха), тамъ не можетъ быть «предварительнаго» нарушенія *legis fori* и, значитъ, «послѣдующаго» восстановленія *legis fori* въ ея правахъ. Поэтому, включая понятіе *ordre public* въ изложеніе феодальной эпохи территориализма (*Despagnet, L'ordre public etc.*, *Clunet*, 1889, стр. 9) можно только въ видѣ явнаго недоразумѣнія.

³⁾ Возможна — теоретически — обратная комбинація: устанавливается такой широкой объемъ чужой нормы, который *ab initio* содержитъ въ

84.—Въ виду важности полученнаго результата, позволю себѣ еще одинъ разъ провѣрить его *a posteriori*.

Итакъ, *ordre public* есть понятіе ранѣе состоявшагося и въ тотъ моментъ незамѣннаго нарушенія компетенціи своего закона¹⁾. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда имѣется подобная комбинація, мы обязательно придемъ, рано или поздно, къ необходимости поправить допущенную ошибку путемъ ссылки на публичный порядокъ. Этотъ тезисъ имѣетъ универсальное значеніе. Я докажу, что онъ имѣетъ примѣненіе къ такимъ обла-

себѣ нарушеніе части объема этой самой чужой нормы, поскольку онъ установленъ *sua lege*. Brocher провидѣлъ этотъ казусъ. Онъ излагаетъ его въ довольно туманномъ абзацѣ (Cours, стр. 111 — 112): «L'ordre public international n'est pas le seul obstacle à l'extension extraterritoriale. Il y a des lois qui se rapportent à des intérêts purement locaux, tels que ceux qui naissent du voisinage et de la réglementation respective des droits de propriété et de servitude. Cette circonstance suffit à elle seule pour que ces lois ne soient pas appelées à prolonger leur autorité directe hors du territoire qu'elles doivent régir. On ne repousse pas dans ces cas l'application d'une loi étrangère parce qu'elle porterait atteinte à l'ordre sur le territoire; on ne fait que reconnaître les limites que cette loi s'est imposées elle même, ou qu'elle reçoit de la nature des choses». Въ настоящее время нѣтъ надобности специально опровергать эту точку зрѣнія, дѣлающую честь чуткости автора. Ибо для всякаго очевидно, что вопросъ, описываемый у Brocher, относится не въ категорію *ordre public*, а въ другую, не менѣе знаменитую, область такъ называемой отсылки. Но объ этомъ см. подробно ниже, глава III.

¹⁾ Въ тѣхъ случаяхъ, когда *lex fori* имѣетъ рѣзко сформулированный объемъ, возможность совершенія «предварительной» ошибки дѣлается минимальной—и, слѣдовательно, необходимость въ «публичномъ порядкѣ» отпадаетъ. Какіе законы имѣютъ наиболѣе рѣзко сформулированный объемъ?—Очевидно, законы о національности. И дѣйствительно, въ вопросахъ національности (а ужъ казалось бы, что эти вопросы наиболѣе тѣсно связаны съ публичнымъ порядкомъ и государственнымъ стремьемъ!) понятіе *ordre public* почти никогда не примѣняется. Правда, мы имѣемъ судебныя рѣшенія (Vannes 1 декабря 1892 г., Clunet, 1893, стр. 570), въ которыхъ говорится: «les lois réglant la nationalité sont par essence d'ordre public». Но очевидно, что здѣсь терминъ *ordre public* употребленъ не въ техническомъ смыслѣ; если вчитаться въ текстъ рѣшенія, то окажется, что судъ хотѣлъ выразить трузизмъ: французскіе законы о національности объемлютъ всѣхъ тѣхъ, кто, по мнѣнію этихъ законовъ, являются французами.

стямъ, въ которыхъ, обыкновенно, объ идеѣ публичнаго порядка не говорятъ.

Указанный тезисъ, прежде всего, примѣнимъ къ отношеніямъ внутригосударственнымъ, — примѣнимъ къ идеѣ партикулярнаго права. Если партикулярному праву — ошибочно — присваивается такая компетенція, такой объемъ, который, въ извѣстныхъ своихъ проявленіяхъ, заходитъ слишкомъ далеко и нарушаетъ, поэтому, объемъ общей нормы, — то всякій разъ, какъ эта ошибка будетъ обнаружена, судья будетъ исправлять ее путемъ примѣненія идеи публичнаго порядка. Возьмемъ конкретный примѣръ.

Алжирскіе туземцы (кабилы), согласно декрету 29 августа 1874 года, сохранили право пользоваться и своими законами, и своими обычаями. Истецъ-кабиль требуетъ у мирового судьи, чтобы — согласно кабийскимъ обычаямъ — жена его была силой водворена въ *domicile conjugal*. Отвѣтчица возражаетъ, что она бѣжала изъ мужняго дома только потому, что истецъ подвергалъ ее истязаніямъ. Рѣшеніе суда¹⁾: «если декретъ 29 августа 1874 года сохранилъ за кабилами ихъ законы и обычаи во всемъ томъ, что касается персональнаго статуса, — то французскій судья все-таки сохраняетъ право, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, отдать предпочтеніе французскому закону». Какъ объяснить подобное грубое нарушеніе закона, опубликованнаго декрета? — Очевидно, что объясненія нужно искать только въ одномъ: въ ошибкѣ, допущенной составителями декрета; они присвоили кабийскимъ обычаямъ слишкомъ широкій объемъ; они сказали, что всѣ эти обычаи, со всѣмъ ихъ варварскимъ характеромъ, будутъ обязательны для французскихъ судей; соблюсти такой широкій объемъ оказывается невозможнымъ; судья исправляетъ то, что сдѣлано было ошибочно авторами декрета — ссылкой на

¹⁾ Fort National 18 июня 1902 года, Clunet, 1904, стр. 808—809.

публичный порядокъ. Судья, въ качествѣ представителя юридической совѣсти французскаго народа, беретъ на себя смѣлость «экстраординарнымъ» путемъ исправить ошибку 1874 года.

Но нѣтъ спеціальной надобности обращаться къ обычаямъ полудикихъ племенъ для того, чтобы наблюдать разбираемое явленіе. Представимъ себѣ, что ¹⁾ къ Пьемонту присоединяется французская область, на которую — этимъ путемъ — распространяется дѣйствіе пьемонтскаго государственнаго права. Принципъ этотъ общепризнанъ. Однако, при примѣненіи его на практикѣ можетъ оказаться, что провести этотъ принципъ до всѣхъ самыхъ дальнихъ логическихъ послѣдствій — невозможно. «Переходъ отъ прежняго законодательства къ новому причиняетъ слишкомъ глубокія и общія потрясенія юридическаго строя». Соотвѣтственно этому, въ дѣло вмѣшивается судъ и — путемъ экстраординарныхъ исключеній, вполне соотвѣтствующихъ идеѣ *ordre public* — устраиваетъ для указаннаго выше общаго принципа нѣкоторыя разумныя рамки.

Очевидно, что аналогія между только что изображенными случаями и тѣмъ, что называется въ области частнаго международнаго права публичнымъ порядкомъ, — является полною.

85.—Можно доказать, во-вторыхъ, что *ordre public* долженъ являться и въ теоріи голландско-американской школы всякій разъ, какъ мы создадимъ комбинацію, соотвѣтствующую указанному выше тезису.

Выдумать эту комбинацію довольно трудно. Ибо основное начало голландской школы въ томъ именно и заключается, что она ставитъ во главѣ всей доктрины идею универсальнаго примѣненія своего собственнаго закона. Слѣдовательно, голландская доктрина находится какъ бы въ невозможности начать съ незамѣннаго

¹⁾ Cass. Turin 30 сентября 1875 года, Clunet, 1876, стр. 217.

нарушенія компетенці своего закона. Ибо какъ можетъ съузить компетенцію своего закона—общій тезисъ, гласящій: «тебѣ подвѣдомственны всѣ юридическія отношенія»?

Только что сдѣланныя указанія подсказываютъ и тотъ отвѣтъ, который намъ нужно дать. Всякій разъ, какъ представитель голландской школы забудетъ, что онъ принципиально примѣняетъ только свой законъ; всякій разъ, какъ онъ на основаніи *comitas* построитъ, по какому-нибудь частному вопросу, экстратерриториальное значеніе иностраннаго закона и возведетъ это экстратерриториальное значеніе въ принципъ:—всякій разъ, какъ представитель голландской школы попадетъ въ такое положеніе, онъ рискуетъ расширить этотъ принципъ нѣсколько дальше принадлежащихъ ему предѣловъ и, слѣдовательно, создать необходимость идеи публичнаго порядка. Оправдываются ли эти предположенія *a posteriori*? Если мы откроемъ книгу Story¹⁾ въ томъ мѣстѣ, гдѣ она касается экстратерриториальнаго дѣйствія иностранныхъ законовъ о существѣ договоровъ,—то мы найдемъ фразы, которыя кажутся взятыми у наиболѣе правовѣрнаго изъ романистовъ: «договоры, противорѣчащія добрымъ нравамъ, религии или публичному праву, а также договоры, несогласныя съ національною политикою и національными учрежденіями, считаются недѣйствительными... хотя бы они въ точности соответствовали законамъ того мѣста, гдѣ они были совершены»²⁾.

¹⁾ Story, Commentaires, 1857, стр. 373.

²⁾ Любопытную комбинацію публичнаго порядка съ правовѣрнѣшею *comitas* мы находимъ въ — очевидно непослѣдовательномъ — изложеніи Foelix'a (Traité du droit international privé, Paris, 1843, стр. 19—20): «Aucune... nation chrétienne ne tolère sur son territoire l'exercice de la polygamie, de l'inceste, l'exécution de conventions contraires à la morale, l'emploi de châtimens ou de cruautés qui se trouvent autorisés par les moeurs des infidèles. On ne reconnaît pas aux étrangers le droit d'amener des esclaves et de les traiter comme tels. De même toute nation refuse

Дальнѣйшее систематическое изученіе идей *ordre public* и *comitas* возможно только въ связи съ такими основными посылками, которыя будутъ изложены въ главѣ IV-ой.

d'appliquer dans son territoire les lois étrangères fondées sur un égoïsme étroit, et consacrant des faveurs ou privilèges au profit de leurs nationaux. Tels sont les principes généraux en matière d'application des lois étrangères. Cette application, nous le répétons, n'est jamais forcée, et elle ne peut résulter que de la bonne volonté de la nation dans le territoire de laquelle les lois étrangères sortiront leurs effets». Правильнѣе изображено соотношеніе двухъ идей у Bouhier (цит. Weiss, Traité théorique et pratique, I, стр. 49, прим. 1): «Les lois d'une nation n'ont aucune autorité hors leur territoire... Quoique ce principe soit certain à la rigueur, il semble que, par une espèce de droit des gens et par une courtoisie réciproque entre les peuples qui sont amis, et où chacun trouve son intérêt, la rigueur en ait été tempérée en plusieurs occasions, et surtout quand la police de la nation n'en est point blessée».

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Конфликтное право и отсылка.

I. Постановка вопроса. § 86. Отсылка и систематика частного международного права.

II. Историческій очеркъ. § 87. Первый періодъ. Французскія и бельгійскія судебныя рѣшенія, принимающія отсылку. § 88. Отношеніе доктрины къ этимъ судебнымъ рѣшеніямъ. Статьи Labbé и Laurent. § 89. Дальнѣйшія судебныя рѣшенія этого періода. § 90. Второй періодъ. Работы Lainé и Kahn'a. Принятіе отсылки позитивнымъ правомъ. § 91. Колебанія судебной практики. § 92. Третій періодъ. Связь отсылки съ основными проблемами частного международного права. § 93. Литературная разработка отсылки. § 94. Судебныя рѣшенія, начинающія отвергать отсылку. § 95. Выводы.

III. Отсылка, какъ случайное явленіе. § 96. Отсылка, какъ выводъ изъ теоріи *comitas*. § 97. Отсылка, какъ способъ достигнуть единства судебныхъ рѣшеній. § 98. Отсылка, какъ препятствіе для полученія какого бы то ни было судебного рѣшенія.

IV. Отсылка, какъ результатъ ошибокъ, допущенныхъ въ основныхъ проблемахъ конфликтнаго права. § 99. Отсылка и нарушеніе объема своего закона. § 100. *Lex fori* и объемъ иностраннаго закона. § 101. Объемъ своего закона и некомпетентность чужого закона. § 102. Некомпетентность своего закона и присвоеніе компетентности чужому закону. § 103. Абсолютизація конфликтныхъ нормъ. § 104. Отрицатели абсолютности. Fiore. § 105. Возраженія Lainé. § 106. Lainé и территориалисты. § 107. Lainé и идея международной въжливости. § 108. Выводы.

I.

86.—Третій вопросъ, съ которымъ не можетъ справиться Школа, есть отсылка. Въ литературѣ до сихъ поръ царствуетъ полная неопредѣленность даже въ слѣдующемъ отношеніи: является ли отсылка—результатъ

татомъ случайныхъ промаховъ, допущенныхъ въ плохо мотивированныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ,—или она есть естественное слѣдствіе коренныхъ ошибокъ, допущенныхъ въ принципiальной постановкѣ вопросовъ конфликтнаго права? Само собой разумѣется, что если отсылка является случайнымъ промахомъ недостаточно образованныхъ въ области конфликтнаго права судей,—то она, конечно, не подлежитъ никакому систематическому изученію: достаточно пояснить эту ошибку и, затѣмъ, отмахнуться отъ нея какъ отъ докучливой мухи. Но если, наоборотъ, отсылка есть результатъ неправильно конструированныхъ принциповъ, если она является тѣмъ уродливымъ абсурдомъ, который свидѣтельствуетъ о незамѣченномъ ранѣ искаженіи основныхъ проблемъ конфликтнаго права:—то тогда, съ точки зрѣнія систематики, встаетъ неотложная необходимость выяснить: какая именно Grundproblem была нарушена, и что нужно измѣнить въ постановкѣ дѣла для того, чтобы пропало изъ нашей науки и то непріятное слѣдствіе, которое мелькаетъ передъ нашими глазами какъ *reductio ad absurdum*? Если же—я докажу это ниже—въ Школѣ существуютъ ученые (первоклассные ученые!), позволяющіе себѣ утверждать и то, и другое—т. е. и случайность, и принципiальность отсылки,—то тогда систематикъ имѣетъ право сказать, что Школа именно не справилась съ этой послѣдней.

Наилучшимъ доказательствомъ того, что отсылка,—подобно публичному порядку и подобно идеѣ *comitas*,—существуетъ около системы, не сливаясь съ ней, можетъ служить тотъ фактъ, который я соотвѣтственно излагалъ и по поводу публичнаго порядка (см. § 21). Школа не дала и не можетъ дать опредѣленія отсылки. Школа можетъ дать только описаніе этого явленія: «отсылкой называется тотъ случай, когда иностранецъ, домицилированный въ странѣ, въ коей личный статутъ опредѣляется по національному закону, является подданнымъ

такого государства» и т. д. Вмѣсто этого описанія наука конфликтнаго права должна дать опредѣленіе. Она должна указать и *genus proximum*, и *differentia specifica* для понятія отсылки. Она должна—затѣмъ—указать, въ какое положеніе отсылка (указаннымъ образомъ опредѣленная) встанетъ къ другимъ понятіямъ частнаго междунагоднаго права. Какое, на примѣръ, отношеніе существуетъ между идеей *ordre public* и отсылкой? Этотъ вопросъ даже и не ставится въ Школѣ. А между тѣмъ, несмотря на нѣкоторую свою схоластичность, онъ можетъ освѣтить намъ, если мы правильно его разрѣшимъ, основныя проблемы частнаго междунагоднаго права.

Такимъ образомъ, дальнѣйшая работа намѣчается сама собой. Намъ нужно разсмотрѣть какъ литературу¹⁾,

¹⁾ Анонимный комментарий въ *Sirey*, 1881, I, стр. 41—43;—C. Brocher, *Etudes sur les principes généraux consacrés par le C.C. français etc.*, Clunet, 1881, стр. 13;—F. Laurent, Комментарій, *ibidem*;—J. E. Labbé, комментарий въ *Sirey*, 1882, I, стр. 393—394;—A. Martin, *De la capacité civile au point de vue du droit international privé selon la législation suisse*, Clunet, 1883, стр. 31;—J. E. Labbé, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, Clunet, 1885, стр. 5—16;—Chausse, *Examen doctrinal*, въ *Revue critique de législation etc.*, 1888, стр. 195—198; L. v. Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts Bd. I*, Hannover, 1889, стр. 278—281; C. de Boeck, комментарий въ *Dalloz*, 1889, II, стр. 97—103;—F. Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2 éd., 1891, стр. 173—174;—F. Kahn, *Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts*, *Iherings Jahrbücher*, 1891, стр. 1—143;—G. Diena, *Des droits de succession d'un enfant né d'un mariage etc.*, Clunet, 1893, стр. 790—793;—Анонимъ, *Succession; suisse mort en Egypte etc.*, Clunet, 1893, стр. 655;—A. Pillet, *Essai d'un système général de solution des conflits de lois*, Clunet, 1894, стр. 721—722;—A. Lainé, *La Conférence de la Haye relative au droit international privé*, Clunet, 1894, стр. 247 и сл.; Анонимъ, *Mariage célébré en Allemagne*, Clunet, 1894, стр. 986;—A. Lainé, *La Conférence de la Haye relative au droit international privé*, Clunet, 1895, стр. 470;—Th. Niemeyer, *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation etc.*, Leipzig, 1895, стр. 80—86;—J. Schnell, *Ueber die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnorm*, Böhm, 1895, стр. 337—343;—P. Tournade, *De la dation d'un conseil judiciaire à un étranger en France*, 1895, стр. 484—500;—A. Lainé, *De*

уже достаточно разросшюся въ послѣднее время, такъ

L'application des lois étrangères en France et en Belgique (étude critique de jurisprudence), Clunet, 1896, стр. 241—281 и 481—494;—F. Kahn, *Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen B. G. B. und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht*, Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 366—408;—H. Neumann, *Internationales Privatrecht in Form etc.*, Berlin, 1896, стр. 30—35;—De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, 1897, II, стр. 96 (?);—C. Barazetti, *Einzelne Fragen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete des Erbrechts nach dem B. G. B.*, Böhm, 1897, стр. 319;—E. Catellani, *Del confitto fra le norme di diritto internazionale privato*, Venezia, 1897;—De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, vol. II, 1897 (?), стр. 96;—E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Bd. I, 1897, стр. 238—248;—A. Rolin, *Principes du droit international privé*, vol. I, 1897, стр. 258;—D. Auzilotti, *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocco S. Casciano, 1898 («La questione di rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato», стр. 193—313);—C. Barazetti, *Die technischen Ausdrücke für die verschiedenen Kollisionsarten etc.*, Böhm, 1898, стр. 282—284;—F. Despagnet, *Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, Clunet, 1898, стр. 263;—J. Trigant Geneste, комментарий къ статьѣ Keidel, Clunet, 1898, стр. 881, прим. 1;—J. Keidel, *Le droit international privé dans le nouveau Code Civil allemand*, Clunet, 1898, стр. 881 и сл.;—G. C. Buzzati et A. Lainé, *Des conflits entre les dispositions législatives de droit international privé въ Rivista di diritto internazionale et di legislazione comparata*, 1898, стр. 49—67 (Довладъ Институту);—L. von Bar, *Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, Böhm, 1898, стр. 177—188;—J. C. Buzzati, *Nochmals die Rückverweisung im internationalen Privatrecht*, въ Böhm, 1898, стр. 448—456 (отвѣтъ на предыдущую статью);—E. Bartin, *Комментарій въ Dalloz*, 1898, II, стр. 281—285;—A. Weiss, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, vol. III, 1898, стр. 77—84;—P. Pic, *De l'état et de la capacité etc.*, Dalloz, 1899, II, стр. 410;—Анонимъ, *Régime matrimonial etc.*, Clunet, 1899, стр. 515;—*Questions et solutions pratiques*, Clunet, 1899, стр. 520—522;—J. Keidel, *Le droit international privé dans le nouveau Code civil allemand*, Clunet, 1899, стр. 18—19;—Th. Baty, *Current notes on international law*, *Law Magazine and Review*, 1899, стр. 100—103;—G. B. Guarini, *Applicabilità delle norme di diritto internazionale privato contenute in una legge straniera*, Roma, 1900;—E. Bartin, *Études de droit international privé*, Paris, 1899, стр. 83—187;—F. Surville, *La question du renvoi dans les litiges internationaux*, *Revue critique*, 1889, стр. 215—219;—De Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, Clunet, 1900, стр. 275;—C. Busdugan, *Du mariage des Roumains à l'étranger et des étrangers en Roumanie*, Clunet, 1900, стр. 750—752;—J. Westlake, *Note sur le renvoi*, *Annuaire de l'Institut*, 1900, стр. 35—40;—J. Keidel, *De la théorie du renvoi en droit international privé*,

и судебную практику ¹⁾ отсылки во всѣхъ тѣхъ ея эле-

selon le nouveau Code civil allemand, Clunet, 1901, стр. 82—96;—A. Lainé, La conférence de la Haye relative au Droit international privé, Clunet, 1901, стр. 14—16;—P. Fiore, Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé (théorie du renvoi), Clunet, 1901, стр. 424—442 и 681—704;—Juan de Dios Trias, De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols, Clunet, 1901, стр. 905—912;—W. Marcusen, Das internationale Privatrecht des Schweizerischen Entwurfs eines Zivilgesetzbuches, Böhm, 1901, стр. 48;—A. Lainé, La Conférence de la Haye etc., Clunet, 1901 стр. 13—16;—De Vareilles-Sommières, Un conflit sur les conflits, Revue critique, 1902, стр. 484—489;—G. C. Buzzati, La questione del rinvio davanti all'Instituto di diritto internazionale, вь Rivista di diritto internazionale et di legislazione comparata, 1901, стр. 2—15 (Ср. Böhm, 1901, стр. 3—15);—Исаак, Le renvoi en droit international privé, Thèse, Paris, 1901;—M. Ligeoix, La question du renvoi en droit international privé, Thèse, Périgneux, 1902;—Ligeoix, La théorie du renvoi et la nature juridique des règles de droit international privé, Clunet, 1903, стр. 481—497 и 1904, стр. 558—567 (отрывки II главы изъ диссертации);—Т. М. Е. Asser, Quelques observations concernant la théorie ou le système du renvoi, Clunet, 1905, стр. 40—43;—A. Lainé, La théorie du renvoi en droit international privé, вь Revue, 1906, стр. 605—643;—J. T. B. Sewell, Du renvoi d'après la jurisprudence anglaise en matière de succession mobilière, Revue Darras, 1907, стр. 507—524;—A. Mazas, De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat, Clunet, 1907, стр. 603—611;—F. N. da Veiga Beirao, La théorie du renvoi devant les tribunaux portugais, Clunet, 1908, стр. 367—375;—Бар. В. Нольде, Очеркъ частного международного права, при Курьѣ Листа, 1909, стр. 474—478.

¹⁾ Наиболее интересно является вь этомъ отношеніи французская судебная практика: Пари 14 марта 1874 (Clunet, 1875, стр. 357);—Cassation 4 мая 1875, Clunet, ibidem, стр. 358);—Bordeaux 24 мая 1876 (Sirey, 1877, II, стр. 209);—Cassation 24 июня 1878 (Clunet, 1879, стр. 284);—Toulouse 22 мая 1880 (Clunet, 1881, стр. 61);—Cassation 22 февраля 1882 (Clunet, 1882, стр. 64);—Paris 23 марта 1888 (Clunet, 1889, стр. 638);—Seine 17 апрѣля 1888 (Clunet, 1888, стр. 817);—Seine 19 мая 1888 (Clunet, 1888, стр. 792);—Seine 20 мая 1890 (Clunet, 1892, стр. 471);—Seine 8 января 1891 (Clunet, 1891, стр. 962);—Le Havre 9 ноября 1891 (Clunet, 1891, стр. 1141);—Seine 10 февраля 1893 (противъ отсылки) (Clunet, 1893, стр. 534);—Seine 6 апрѣля 1894 (Clunet, 1894, стр. 531);—Pontoise 11 июля 1894 (Clunet, 1895, стр. 105);—Seine 26 июня 1894 (Clunet, 1894, стр. 1007);—Paris 31 июня 1895 (противъ отсылки) (Clunet, 1896, стр. 148);—Dieppe 2 апрѣля 1896 (противъ отсылки) (Clunet, 1899, стр. 362);—Le Havre 26 июня 1896 (Clunet, 1897, стр. 153);—Rouen 30 июня 1897 (противъ отсылки) (Revue Darras, 1906, стр. 511);—Lyon 28 июня 1898 (Clunet, 1899, стр. 569);—Douai 2 февраля 1899 (Clunet, 1899, стр. 825);—Paris 15 марта 1899 (Clunet,

ментахъ, которые могутъ опредѣлить положеніе этой третьей «ирраціональной величины» въ системѣ частнаго междунагоднаго права. Для этого придется начать съ краткаго историческаго очерка, дабы показать, какимъ путемъ въ литературѣ и судебной практикѣ начали съ довольно легкомысленнаго отношенія къ институту отсылки, а кончили — признаніемъ, что этотъ институтъ связанъ съ наиболѣе основными проблемами нашей науки и, поэтому, долженъ вызвать чуть что не переоцѣнку всѣхъ конфликтныхъ цѣнностей. Послѣ этого намъ придется заняться тѣми аргументаціями, въ которыхъ наиболѣе яркимъ образомъ выразилась первоначальная, такъ сказать, легкомысленная постановка вопроса. Ликвидировавъ эти аргументаціи, я перейду къ существу дѣла и постараюсь показать, въ чемъ заключается та *prima fallacia*, изъ которой, по моему мнѣнію, проистекаетъ отсылка, какъ необходимое, но абсурдное слѣдствіе.

Соотвѣтственно такой постановкѣ вопроса, я буду обращать очень мало вниманія на догматическую разработку вопроса объ отсылкѣ:—ровно настолько, насколько это необходимо для моихъ систематическихъ выводовъ. Ибо для меня не важно выяснить тѣ или другія контроверзы изъ области примѣненія нѣмецкой отсылки или той отсылки, которая установлена гаагскими протоколами. Эти контроверзы должны войти въ изложеніе соотвѣтственныхъ частей конфликтнаго права: туда, гдѣ оно излагается догматически. Для меня является интересною только связь отсылки съ общими проблемами конфликтнаго права: эту связь я и постараюсь выяснить.

1899, стр. 795);—Seine 4 декабря 1899 (Clunet, 1900, стр. 368);—Pau 19 апрѣля 1901 (Clunet, 1902, стр. 858;—Laval 12 апрѣля 1902 (Clunet, 1902, стр. 1044);—Pau 19 апрѣля 1902 (Clunet, 1903, стр. 876; Seine 6 августа 1902) (Clunet, 1903, стр. 804);—Melun 27 марта 1903 (Revue Darras, 1906, стр. 607);—Pau 28 июня 1904 (Clunet, 1905, стр. 195);—Marseille 19 июня 1905 (Clunet, 1907, стр. 152);—Paris 1 августа 1905 (противъ отсылки) (Revue Darras, 1906, стр. 611); Pau 11 июня 1906 (противъ отсылки) (Clunet, 1907, стр. 156);—Aix 19 июня 1906 (Clunet, 1907, стр. 152).

II.

87.—Идея отсылки была выдвинута во Франціи, впервые, въ такомъ судебномъ рѣшеніи, которое показалось очень не важнымъ. Во Франціи умеръ баварскій подданный, домицилированный въ Парижѣ. Согласно ст. 3 С. С. его наслѣдованіе опредѣлялось по баварскимъ законамъ; но оказалось, что баварскій законъ, коему, такимъ образомъ, послано было разрѣшеніе вопроса, отослалъ конфликтъ обратно въ сферу дѣйствія французскаго законодательства. А именно, оказалось, что баварскій законъ опредѣляетъ наслѣдованіе баварскихъ подданныхъ по мѣсту ихъ жительства, т. е., въ данномъ случаѣ, по французскому закону. Какъ долженъ былъ поступить французскій судья?

Ни французскимъ закономъ, ни французскою практикою подобный казусъ не предусматривался. Въ другихъ странахъ были указанія на возможность отсылки ¹⁾).

¹⁾ Напримѣръ, гражданское уложеніе кантона Цюрихъ 1854 года, ст. 2: «ebenso wird den Kantonsfremden die Anwendung ihres heimatlichen Rechts hierorts gewährt wenn solches nach dem Rechte des Staates, dem sie angehören, vorgeschrieben ist». Аналогично постановленіе ст. 3-й. Neumann, Internationales Privatrecht, стр. 158. Аналогичны постановленія въ кодексахъ: Цугъ 1861, Граубюнденъ, 1862 и Шафгаузенъ, 1864. Ср. Ligeoix, Renvoi, стр. 141.—Ср. гражданскіе кодексы Италіи, 1865, ст. 7 и Канады, 1866, ст. 8—Neumann, стр. 156—157.—Что касается ст. 37 и 56 швейцарскаго закона 24 декабря 1874, то не всѣ авторы признають

Но французскіе судьи не обратили вниманія ни на эти единичныя нормы, ни на нѣкоторыя болѣе раннія иностранныя рѣшенія, также допускавшія отсылку: они не поставили проблемы во всей ея широтѣ, а усмотрѣли въ дѣлѣ Forgo лишь нѣкоторое неожиданное *Curiosum*, странное и случайное совпаденіе обстоятельствъ, дававшее удобную почву для болѣе или менѣе интересной игры юридическаго остроумія.

Изъ семи судебныхъ рѣшеній, послѣдовательно занимавшихся даннымъ дѣломъ ¹⁾, насъ могутъ интересовать только три послѣднія. Первое кассационное рѣшеніе (1875 года) говорило такъ: необходимо примѣнить законъ, такъ какъ покойный не имѣлъ официальнаго домициля ²⁾ во Франціи. Второе кассационное рѣшеніе впервые поднимаетъ вопросъ объ отсылкѣ: баварскій-де законъ «отказывается отъ своей компетенціи въ пользу французскаго закона»; слѣдовательно, примѣнить баварскій законъ можно только путемъ примѣненія закона французскаго ³⁾.

Третье рѣшеніе второй инстанціи и третье кассационное рѣшеніе приняли ту же самую точку зрѣнія: надо примѣнить французскій законъ, такъ какъ сіе предписано закономъ баварскимъ. Съ 1882 года, такимъ

въ нихъ наличность отсылки; контроверза въ подробностяхъ изложена, съ литературными ссылками, у *Bartin*, *Etudes*, стр. 137 и сл. Ср. *Ligeoix*, *Etudes*, стр. 142—145.

¹⁾ Дѣло *Forgo, Ditch v. Administration des domaines*. Три рѣшенія второй инстанціи (Пац, Bordeaux, Toulouse) и три кассационныхъ. См. *Clunet*, 1875, стр. 357 и 358; *Sirey*, 1877, II, стр. 209; *Clunet*, 1879, стр. 284; 1881, стр. 61; 1883, стр. 64.

²⁾ *Domicile légal; autorisation de fixer son domicile en France*. С. С., art. 13.

³⁾ Подлинный текстъ: «*Suivant le droit bavarois, les meubles, corporels où incorporels, sont régis par la loi de leur situation, combinée, en matière de succession, avec la loi du domicile de fait...; il suit de là que la dévolution héréditaire des biens meubles que Forgo possédait en France où il s'était fixé, doit être régie par la loi française*». Цит. у *Lainé*, *La théorie du renvoi etc.*, *Revue*, 1906, стр. 618.



образомъ, высшій французскій судъ усвоилъ себѣ теорію отсылки ¹⁾.

Почти одновременно аналогичный случай представился и передъ бельгійскими судами. Англичанка ²⁾ требовала развода по такимъ причинамъ, которыя допущены бельгійскимъ закономъ ³⁾, но не признаны въ качествѣ достаточныхъ мотивовъ для развода въ Англии. Окружный судъ—а затѣмъ и обѣ высшія инстанціи—призналъ, что причины развода опредѣляются по національному закону мужа; но что въ данномъ случаѣ самъ англійскій законъ отсылаетъ къ domicilio (въ Бельгии), и что «*appliquer la loi anglaise, c'est appliquer la loi belge*».

88.—Какъ отнеслась къ новому вопросу доктрина? Въ средѣ ея произошелъ нѣкоторый расколъ. Одни комментаторы одобрили систему отсылки, принятую въ приведенныхъ выше рѣшеніяхъ: два анонимныхъ автора, въ сборникахъ Dalloz и Sirey, пришли къ одному и тому же заключенію; въ первомъ напечатали краткую одобрительную замѣтку о рѣшеніи Forgo ⁴⁾; во вто-

¹⁾ Дѣло Forgo любопытно и еще въ одномъ отношеніи, ускользнувшемъ отъ всѣхъ его комментаторовъ. Дѣло въ томъ, что de sijus не имѣлъ ни domicilio во Франціи согласно французскому закону, ни domicile въ Баваріи по баварскому закону. Наоборотъ, онъ имѣлъ domicile въ Баваріи lege Франціи и domicile во Франціи lege Баваріи. Дѣло шло, если такъ можно выразиться, о понятіи *heimatlos* въ примѣненіи къ domicile. Это—разъ. Кромѣ того, несомнѣнно, что, примѣнивъ къ Forgo французскій законъ, какъ законъ domicile, судъ принужденъ былъ скомбинировать и слить въ органическое цѣлое два неадекватныхъ понятія: французскаго наследственнаго закона и противорѣчащаго ему понятія баварскаго domicile. Въ рѣшеніи 22 мая 1880 года такъ и говорится: «*S'il n'avait pas acquis en France le domicile régulier et légal défini par l'art. 13, il avait tout au moins le domicile de fait ou la résidence durable qui, d'après le statut bavarois équipolle (!) au domicile légal français et produit les mêmes (!) effets*». Оба эти чрезвычайно трудныхъ вопроса заслуживаютъ самостоятельнаго анализа.

²⁾ *Bingwood v. Bingwood*, Tribunal de Bruxelles, 19 февраля 1881 и Cour de Bruxelles 19 мая 1881, см. Sirey, 1881, IV, стр. 41—43.

³⁾ «*Séances et injures graves*».

⁴⁾ Dalloz, 1882, I, стр. 301—302.

ромъ — помѣстили статью, старавшуюся обосновать понятіе отсылки теоретически, но не пошедшую далѣе нѣсколькихъ довольно поверхностныхъ замѣчаній¹⁾. Наоборотъ, другіе—сразу же ополчились противъ неожиданнаго новшества²⁾: но и въ критикѣ своей не дали никакого серьезнаго теоретическаго обоснованія. Самъ Laurent, возражая противъ отсылки, прислалъ въ редакцію Sirey записку, которая и была помѣщена непосредственно послѣ редакціоннаго комментарія въ качествѣ altera pars³⁾. Затѣмъ въ журналѣ Clunet выступилъ со статьей Labbé⁴⁾, написавшій такимъ образомъ первое научное изслѣдованіе о принципѣ отсылки. Но, какъ видно будетъ изъ приводимаго ниже анализа этой статьи, все ея значеніе сводилось къ тому, что отсылка, въ рукахъ Labbé, становилась мелкимъ, незначительнымъ явленіемъ, почти что сводящимся къ спору о словахъ.

Что касается Laurent, то онъ изображаетъ свою точку зрѣнія слѣдующимъ образомъ. Французскій кодексъ—говоритъ онъ—признаетъ существованіе «персональнаго статута, зависящаго отъ національнаго закона». Англичане же не признаютъ за иностранцами права ссылаться на свой личный статутъ, хотя бы и опредѣляемый по domicilio: они допускаютъ ссылку на этотъ личный законъ только *ex comitate*, только «въ тѣхъ случаяхъ, если они считаютъ для себя выгоднымъ». Слѣдовательно, нельзя сказать, что «международное частное право англичанъ» отсылаетъ къ французскому

¹⁾ Sirey, 1881, IV, стр. 41—42.

²⁾ Впрочемъ не всѣ. См. Chausse, Examen doctrinal, Revue critique etc., 1888, стр. 195—198;—C. Brocher, Etude sur les principes généraux etc., Clunet, 1881, стр. 13;—A. Martin, De la capacité civile au point de vue du droit international etc., Clunet, 1888, стр. 31.

³⁾ Ibidem, стр. 42—41.

⁴⁾ J. E. Labbé, Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause, Clunet, 1885, стр. 5—17.

закону: у англичанъ нѣтъ комплекса нормъ, заслуживающихъ такого имени. Если указать, что приведеннымъ аргументомъ исчерпывается все юридическое содержаніе разбираемой замѣтки¹⁾, то мы, конечно, придемъ къ выводу, намѣченному выше. Споръ объ отсылкѣ низведенъ до степени мелкаго недоразумѣнія, къ тому же совершенно невѣрно обоснованнаго. Выше²⁾ я указалъ, насколько ошибаются тѣ, кто видитъ въ англо-голландской школѣ простой произволъ; но къ этому вопросу я еще вернусь (см. § 96).

Немногимъ болѣе интересна и статья Labbé. Сущность его разсужденій заключается въ слѣдующемъ. Старая доктрина, допускающая примѣненіе иностранныхъ законовъ *ex comitate*, конечно, съ восторгомъ подпишется подъ теоріей отсылки: примѣняя иностранные законы только для того, чтобы успокоить иностранцевъ и не подвергнуть своихъ подданныхъ репрессалиямъ,—эта доктрина, конечно, тотчасъ же возстановитъ нормальное дѣйствіе своихъ собственныхъ законовъ, какъ только окажется, что сами иностранцы въ данномъ случаѣ не требуютъ примѣненія своего (иностраннаго) закона³⁾. Наоборотъ, доктрина новая, опирающаяся не на переменчивыя соображенія международной вѣжливости, а на абсолютные принципы, выработанные наукой частнаго международнаго права и санкціонированные положительной нормой,—отвергнетъ отсылку. Ибо для этой доктрины не важно знать мнѣніе иностраннаго законодателя о данномъ казусѣ: ей необходимо и достаточно примѣнить свой собственный законъ⁴⁾. Думать же, что законода-

¹⁾ Далѣе идутъ аргументы, не укладывающіеся въ точную юридическую передачу: «C'est invoquer comme une règle du droit international privé en ce qui concerne le statut personnel, un principe qui nie le statut personnel».

²⁾ См. главу I, *passim*.

³⁾ *Op. cit.*, стр. 3.

⁴⁾ «Nous disons, comme c'est notre devoir: telle est la loi applicable. Notre juge a une voie certaine à suivre. La capacité de la personne... doit en raison, être régie par la loi que nous désignons. Peu importe que la

тель даетъ директивы только для тѣхъ случаевъ, когда противное не установлено иностранцами, — равняется признанію, что онъ «отказывается отъ разрѣшенія поставленныхъ ему задачъ и становится въ конфликтъ со своимъ собственнымъ суверенитетомъ». Соответственно этому, всякая конфликтная норма, предписывающая примѣнять иностранный законъ, должна быть толкуема въ томъ смыслѣ, что слово «законъ» имѣетъ въ виду матеріальную норму иностраннаго законодательства, а отнюдь не тѣ конфликтныя нормы, которыя существуютъ въ этомъ иностранномъ законодательствѣ относительно примѣненія этихъ матеріальныхъ нормъ. «Баварскій законъ подлежитъ примѣненію (въ дѣлѣ Forgo, см. выше стр. 216). Какой законъ? Законъ ли о наследованіи, — или законъ о статутахъ? Почему мы должны примѣнять законъ о статутахъ? Французскій законодатель... не спрашиваетъ у иностраннаго законодателя совѣтовъ по данному вопросу. Когда онъ требуетъ примѣненія баварскаго закона, онъ говоритъ о баварскомъ матеріальномъ правѣ, регулирующемъ наследованіе»¹⁾. Такимъ образомъ, точка зрѣнія Labbé выражается въ противоположеніи матеріальнаго и конфликтнаго иностраннаго права, причемъ самое противоположеніе это сдѣлано чисто вербальнымъ образомъ: оно не подтверждено рѣшительно никакими аргументами.

Какъ можно видѣть изъ предыдущаго, та литературная обработка, которая была дана отсылкѣ, при первомъ ея появленіи, дѣйствительно, представляется въ высшей степени поверхностною.

89.— Первый періодъ въ исторіи отсылки, начавшись, какъ я только что указалъ, въ 1882 году, заканчивается въ 1893 году, т.-е. въ тотъ моментъ, когда были под-

loi étrangère n'adopte pas le même principe sur la détermination de la loi compétente. Nous ne nous inclinons pas devant la loi étrangère pour accepter d'elle une théorie du droit des gens». Loc. cit., стр. 11.

¹⁾ Loc. cit., стр. 13—14.

писаны протоколы первой Гаагской конференции, признававшей отсылку въ тѣхъ формахъ, которыя были выработаны судебной практикой.

Періодъ этотъ отличается большимъ однообразіемъ. Отмѣчу въ самыхъ краткихъ словахъ состоявшіяся за это время рѣшенія¹⁾. Всѣ они принимаютъ отсылку какъ нѣчто само собой разумѣющееся, явно не отдавая себѣ отчета въ тѣхъ трудностяхъ, съ коими сопряженъ этотъ институтъ. Каждое изъ этихъ рѣшеній можетъ быть сведено къ формулѣ, употребленной Сенскимъ судомъ 19 мая 1888 года²⁾: «въ виду того, что англійскій законъ, ставящій личный статутъ въ зависимость отъ закона домиція къ вопросамъ попечительства, — необходимо примѣнить въ данномъ случаѣ именно французскій законъ»³⁾. Только въ одномъ рѣшеніи⁴⁾ мы встрѣчаемъ нѣсколько болѣе оригинальную мотивировку: такъ какъ англійское право не устанавливаетъ специально англійскаго режима для имущества супруговъ, имѣющихъ брачный домиціль за границей, — то, слѣдовательно, вмѣсто англійскаго закона приходится примѣнить законъ французскій, именно какъ *lex matrimonialis*. Къ этой мотивировкѣ мы еще вернемся.

¹⁾ Изъ теоритическихъ работъ этого періода мнѣ извѣстенъ только длинный, но ничѣмъ новымъ не выдающійся комментарий С. de Воеск, въ *Dalloz*, 1889, II, стр. 97—103;—А. Colin, близко подходившій къ вопросу объ отсылкѣ (въ статьѣ *Du recours en cassation pour violation d'une loi étrangère*, *Clunet*, 1890, стр. 806, прим. 1), совершенно уклоняется отъ разрѣшенія его въ томъ или иномъ смыслѣ;—очень кратко также замѣчания въ редакціонной замѣткѣ, *Questions et solutions pratiques*, *Clunet*, 1893, стр. 361.

²⁾ *Fenwick v. Fenwick*, *Clunet*, 1888, стр. 792.

³⁾ Ср. *Favier v. Favier et cons.*, *Trib. Seine*, 17 апрѣля 1888, *Clunet* 1888, стр. 817;—*O'Rorke v. Grados*, *Cour Paris*, 28 марта 1888, *Clunet*, 1889, стр. 638—640;—*Homans v. Homans*, *Trib. Seine*, 8 января 1891, *Clunet*, 1891, стр.—962—969;—*Adderley c. Langstaff*, *Trib. comm. Havre*, 9 ноября 1891, *Clunet*, стр. 1141—1143.

⁴⁾ *Johns v. Bourgoise*, *Trib. Seine* 20 мая 1890 года, *Clunet*, 1892, стр. 417.

Такимъ образомъ, резюмируя, можно сказать, что въ первомъ періодѣ теорія отсылки развивалась очень скромнымъ образомъ. Судебная практика защищала отсылку, а наиболѣе авторитетные научные изслѣдователи возражали противъ нея. Но обѣ стороны проявляли одинаковую неспособность развить вопросъ объ отсылкѣ во всей его широтѣ. Въ дальнѣйшемъ можно наблюдать то же взаимодѣйствіе доктрины и судебной практики, которое было изображено выше по вопросу о публичномъ порядкѣ. Разница заключается только въ томъ, что въ публичномъ порядкѣ доктрина принуждена была пойти навстрѣчу судебной практикѣ, въ виду того, что эта послѣдняя стояла на болѣе правильной точкѣ зрѣнія. Въ вопросѣ же объ отсылкѣ произошло явленіе обратное: судебная практика пошла навстрѣчу доктринѣ, но не выиграла при этомъ ни въ глубинѣ своихъ построений, ни въ умѣннн надлежащимъ образомъ освѣщать вопросъ.

90.—Второй періодъ начинается съ 1893 года и продолжается до 1900 года, т.-е. до того момента, когда отсылка была санкціонирована ст. 27 В. Г. В. Этотъ періодъ характеризуется возобновленіемъ атаки со стороны теоретиковъ, а также первыми серьезными колебаніями практики. Протагонистами атаки явился Kahn¹⁾ въ Германіи и Lainé²⁾ во Франціи, оба съ преимстvenною связью отъ Labbé (Lainé писалъ на пять лѣтъ позже Kahn'a, но, по свойственному французамъ незнанію иностранныхъ языковъ, не подозрѣвалъ совершенно совпадавшихъ съ его мнѣніями выводовъ Kahn'a). Работа Kahn'a, въ свое время, произвела въ Германіи громадное впечатлѣніе: въ ней впервые международное частное право было выведено изъ той узко-цивилисти-

¹⁾ F. Kahn, *Gesetzeskollisionen*, Ein Beitrag zur Lehre etc., *Iherings Jahrbücher*, 1891, стр. 9—36.

²⁾ A. Lainé, *De l'application des lois étrangères etc.*, Clunet, 1896, стр. 241—281.

ческой систематики, которой придерживается, по примеру Французовъ, даже v. Bar; впервые намѣчены были, въ строго логической связи, тѣ проблемы, которыя свойственны только конфликтному праву, потому что оно—именно конфликтное право. Поэтому, во многихъ своихъ частяхъ талантливѣйшая работа безвременно погибшаго мангеймскаго *Gerichtsassessor'a*—явилась откровениемъ. Но если разбираться по существу, то придется признать, что—въ частности—глава объ отсылкѣ имѣеть совершенно элементарный характеръ.

Основная аргументація была такова: отсылка не создаетъ однообразія разномѣстныхъ судебныхъ рѣшеній¹⁾, влечетъ за собой *circulus vitiosus*²⁾ и противорѣчитъ идейному существу международнаго частнаго права³⁾.

Что касается работы Lainé, то и она не вноситъ почти ничего новаго по сравненію съ тѣмъ, что писалъ Labbé въ 1885 году⁴⁾: отдельные аргументы развиты и дополнены. Разница—да и та не въ пользу Lainé—заключается въ томъ, что учитель, такъ сказать, старался трактовать вопросъ какъ серьезную проблему, а ученикъ уже *expressis verbis* низводитъ ее до уровня простого недоразумѣнія⁵⁾: конфликтная норма *fori* отсылала къ иностранному закону въ матеріальномъ смыслѣ, а судьи обратились къ иностраннымъ нормамъ

¹⁾ Ибо если оба судьи будутъ принимать отсылку, то каждый вернется къ своей *lex fori*, т.-е. къ двумъ законамъ. См. ниже, § 98.

²⁾ Ибо на отсылкѣ къ *lex fori*, строго говоря, остановиться нельзя: *lex fori* снова отсылаетъ къ *lex aliena*, а *lex aliena*—снова къ *lex fori*.

³⁾ Ибо, посылая къ *lex aliena*, *lex fori* имѣеть въ виду не ея конфликтное, а ея матеріальное право (и только...).

⁴⁾ «Sur le sujet principal de cette étude on ne saurait apporter quelque lumière nouvelle. ...La dissertation de M. Labbé ne laisse place à aucun doute et n'a besoin d'aucun réconfort». Lainé, *op. cit.*, стр. 251.

⁵⁾ «Les décisions judiciaires résultent d'une méprise» (стр. 253). «Ne suffirait-il pas d'avoir signalé l'équivoque?» (стр. 254). «Le malentendu cessant, elle [l'équivoque] ne saurait durer» (стр. 261).

въ смыслѣ коллизіонномъ. «Стоитъ только разсвѣять это недоразумѣніе, чтобы теорія отсылки отпала сама собой»¹⁾.

Не мудрено, при такихъ условіяхъ, что положительное законоизданіе этого періода весьма мало отразило на себѣ теоретическіе взгляды противниковъ отсылки. Несмотря на то, что Kahn'a поддержали въ Германіи Niemeyer²⁾ и Zitelmann³⁾, окончательная редакція вступительнаго закона В. Г. В. приняла отсылку⁴⁾.

Отсылка эта не безусловна⁵⁾ — но, тѣмъ не менѣе,

¹⁾ Появившаяся около этого времени работа Bartin («Les conflits entre dispositions etc., Etudes, 1899, стр. 83), несмотря на громадное количество цитируемыхъ судебныхъ рѣшеній, по моему мнѣнію, не вноситъ въ дѣло рѣшительно ничего новаго: тѣ соображенія о единствѣ судебныхъ рѣшеній, коими руководится авторъ, не находятся ни въ какой связи съ основными принципами конфликтнаго права. Осложненія же (напримѣръ, объ отсылкѣ при консульской юрисдикціи), коими Bartin заканчиваетъ свою статью, запутываютъ дѣло безъ всякой пользы для читателя.

²⁾ Th. Niemeyer, Vorschläge und Materialien etc., Leipzig, 1895, стр. 80—86.

³⁾ E. Zitelmann, Internationales Privatrecht, Bd. I, 1897, стр. 238—248.—Къ защитникамъ отсылки надо отнести Neumann'a (Internationales Privatrecht etc., Berlin, 1896, стр. 30—35) и Schnell'я (Ueber die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften etc., Böhm, 1895, стр. 337—343).

⁴⁾ Самъ Kahn, въ послѣдній моментъ, возобновилъ попытку убѣдить редакторовъ В. Г. В. въ необходимости вычеркнуть отсылку: «Der Grundsatz der Rückverweisung etc., Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 366—408.

⁵⁾ Въ мою задачу не входитъ догматическое истолкованіе конфликтныхъ нормъ. Поэтому я не буду вдаваться ни въ изложеніе генезиса ст. 27-ой, ни въ пересказъ тѣхъ контроверзь, которыя возникли вокругъ нея. Матеріалы для генезиса изложены у Neumann'a, Internationales Privatrecht, стр. 156, 158, 224, 242, 254 и, въ особенности, у Kahn, Rückverweisung, Iher. Jahrbücher, 1896, стр. 368 и сл.—Допускаетъ ли ст. 27 аналогичное примѣненіе? Keidel, Le droit international privé, Clunet, 1898, стр. 881 и 1899, стр. 18—19; Barazetti, Die technischen Ausdrücke, Böhm, 1898, стр. 122—123.—Признаетъ ли она Weiterverweisung? Barazetti, Einzelne Fragen etc., Böhm, 1897, стр. 319.—Ср. Kahn, Der Grundsatz der Rückverweisung, passim, Iherings Jahrbücher, стр. 366; Bartin, op. cit., стр. 115 и сл.; Guarini, Applicabilità, стр. 146 и сл.; Anzilotti, Studi critici, стр. 202 и сл.

самый фактъ ея появленія въ такомъ осторожномъ и солидномъ трудѣ, какъ нѣмецкое гражданское уложение,—доказываетъ, что были какія-то весьма глубоколежащіе аргументы въ пользу отсылки: ни ошибки, ни «méprise»—въ такой работѣ, конечно, не допустили бы. Чрезвычайно важно также и то обстоятельство, что вскорѣ подписанная послѣ этого гаагская конвенція «pour régler les conflits de lois en matière de mariage» (12 июня 1902 года)—содержитъ въ себѣ явную отсылку: этотъ документъ, результатъ многолѣтняго коллективнаго труда, тоже, конечно, трудно заподозрить въ опрометчивости. Все это, въ связи съ другими примѣрами законодательнаго признанія отсылки¹⁾, относящимися къ тому же времени,—позволяетъ мнѣ утверждать, что работы теоретиковъ, относящіяся ко второму періоду, не оказали ни малѣйшаго воздѣйствія на официальное нормоизданіе. Въ этомъ нѣтъ ничего удивительнаго, если мы вспомнимъ, насколько бѣдными были тѣ основныя посылки, путемъ которыхъ оперировали въ это время противники отсылки²⁾.

¹⁾ Упомяну: Швейцарскій законъ 29 июня 1891 года, ст. 28, 1^о («Sind diese [im Auslande domicilierte] Schweizer nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Rechte nicht unterworfen, so unterstehen sie dem Rechte und dem Gerichtstande des Heimat Kantons»); Niemeyer, Vorschläge, стр. 47.—Японскій законъ 15 июня 1898 года, ст. 29: «Wofern das Heimatrecht einer Person massgebend sein soll, die Bestimmungen desselben aber das japanische Recht für massgebend erklären, so findet das letztere Anwendung» (Böhm, 1901, стр. 202)—Ср. Венгерскій законъ 18 декабря 1894 года, ст. 108, у Neumann, Materialien, стр. 157.—Ср. также W. Marcusen, Das internationale Privatrecht des Schweizerischen Entwurfes eines Civilgesetzbuches, Böhm, 1901, стр. 38.

²⁾ Нѣкоторая, но очень скромная, побѣда была одержана ими только въ Институтѣ. Не касаясь подробно дебатовъ, происходившихъ въ Гаагѣ и Невшателѣ (они будутъ затронуты дальше, поскольку они нужны для систематическаго анализа),—отмѣчу, что ихъ внѣшняя исторія опредѣляется слѣдующими данными. Вопросъ объ отсылкѣ поставленъ на обсужденіе по инициативѣ Buzzati; Annuaire, 1895, стр. 294. —Предварительный докладъ Buzzati и Lainé (слѣдуетъ ли обсуждать de lege

91.—Нѣсколько болѣе счастливыми оказались противники отсылки въ области судебных рѣшеній. Въ періодъ 1893—1900 годовъ, рядомъ съ судебными рѣшеніями, допускающими отсылку, — начинаютъ появляться и такія, которыя отсылку отвергаютъ. Но аргументація этихъ послѣднихъ представляется въ высшей степени колеблющеюся и неустановившеюся: одни ссылаются на идею суверенитета, заложенную въ конфликтныя нормы¹⁾; другіе глухо указываютъ на ничего не объясняющее понятіе публичнаго порядка²⁾; третьи просто считаютъ конфликтную норму «строго императивной»³⁾ и этимъ удовлетворяются. Если прибавить къ такой характеристикѣ, что и противоположныя рѣшенія мотивированы въ высшей степени слабо, то мы придемъ къ конечному результату: въ разбираемомъ періодѣ контроверза остается—въ судахъ—незрѣлой и не приведенной ни къ какимъ безусловнымъ выводамъ.

92.—Третій періодъ идетъ отъ 1900 года и до нашихъ дней. Брошенная у Lainé мысль о томъ, что вся теорія отсылки основана на недоразумѣніи, на случайной и очевидной ошибкѣ—начинаетъ упрочиваться въ романской литературѣ. Самъ Lainé печатаетъ длинный-

lata, или de lege ferenda?), *Annuaire*, 1895, стр. 47 и 181.—Формула Rolin, *ibidem*, стр. 184.—Окончательный докладъ Buzzati и Lainé, *Annuaire* 1898, стр. 14; обсужденіе и отсрочка рѣшенія, *ibidem*, стр. 212.—Контръ-докладъ Westlake и формула v. Bar, *Annuaire*, 1900, стр. 35.—Окончательное обсужденіе, *ibidem*, стр. 145.—Высказались за отсылку: Rolin, Brusa, Weiss, v. Bar, Roguin. Противъ отсылки: Pierantoni, Bustamante, PiHet, Sieveking, Catellani. Принята формула (*ibidem*, стр. 179): «Quand la loi d'un État règle un conflit de lois en matière de droit privé, il est désirable qu'elle designe la disposition même qui doit être appliquée à chaque espèce et non la disposition étrangère sur le conflit dont il s'agit».—Ср. Isaac, стр. 193; Bartin, стр. 171.

¹⁾ Напримѣръ, Seine 10 февраля 1893 (Clunet, 1893, стр. 534—535);—Ср. Rouen 30 июня 1897 г. (Revue Darras, 1907, стр. 511).

²⁾ Напримѣръ, Paris 31 іюля 1895 (Clunet, 1896, стр. 148).

³⁾ Dièppe 2 апрѣля 1896 (Clunet, 1899, стр. 362).

шее изслѣдованіе ¹⁾, въ основу котораго положена именно эта мысль объ ошибкѣ. «Теорія отсылки имѣетъ совершенно вербальный характеръ; она сводится къ странному миражу, чтобъ не сказать: къ игрѣ словъ» ²⁾. Источникомъ этой теоріи является «недоразумѣніе, допущенное во время одного процесса» ³⁾. Достаточно было разъяснить это недоразумѣніе для того, чтобы «теорія отсылки даже и не появилась на свѣтъ».

Не обходится, однако, и безъ диссонансовъ, врѣзывающихся неожиданнымъ образомъ въ это легкомысленное и слишкомъ поспѣшное отрицаніе отсылки. Находятся романскіе же авторы, начинающіе видѣть въ отсылкѣ не случайное, вербальное недоразумѣніе, а громадную проблему,—чуть что не самую важную проблему во всемъ международномъ частномъ правѣ. «...Одинъ изъ наиболее знаменитыхъ вопросовъ, когда бы то ни было существовавшихъ въ нашей наукѣ», — вдругъ заявляетъ Pillet ⁴⁾. Совершенно такъ же, и въ высшей степени неожиданно, теорія отсылки оказывается у Ligeoix имѣющей связь съ самыми основными вопросами частнаго международного права ⁵⁾; «эта теорія затрагиваетъ самыя основы частнаго международного права; благодаря возникновенію вопроса объ отсылкѣ, нашей наукѣ приходится, послѣ первоначальныхъ быстрыхъ успѣховъ, возвращаться назадъ и провѣрять наиболее отдаленныя свои точки зрѣнія». Можно спросить себя, какимъ образомъ случайная интерпретаціон-

¹⁾ A. Lainé, La théorie du renvoi, Revue Darras, 1906, стр. 605—648 и т. д.

²⁾ Loc. cit., стр. 632.

³⁾ Loc. cit., стр. 627.

⁴⁾ Principes de droit international privé, 1903, стр. 155—156;—Ср. Pillet, въ Annuaire Institut, 1900, стр. 148;—Weiss, ibidem, стр. 150.

⁵⁾ Ligeoix, Le renvoi, стр. 5;—Ср. Buzzati, Nochmals die Rückverweisung etc., Böhm, 1898, стр. 449: «Die Theorie der Rückverweisung [ist] ein Grundirrtum, welcher die ganze Doktrin des internationalen Privatrechtes verkehrt».

ная ошибка (такъ изображаетъ отсылку Lainé) оказывается способной потрясти основы науки: вѣдь не погибнетъ же русское торговое право и не придется же ему возвращаться къ основнымъ своимъ исходнымъ точкамъ зрѣнія,—если я скажу, что оповѣщеніе по ст. 67-й Уст. Торг. имѣетъ не декларативное, а конститутивное значеніе? Между тѣмъ, именно таковъ приведенный выше аргументъ. И курьезно то обстоятельство, что аргументъ этотъ встрѣчается у Lainé одновременно въ обоихъ видахъ. Рядомъ съ многократными ссылками на «недоразумѣніе»,—этотъ авторъ, нисколько не смущаясь, пишетъ ¹⁾: «...эта ужасная доктрина, которая за послѣднее время революціонируетъ все частное международное право и которая, если она одержитъ верхъ, обречетъ нашу науку на эмпиризмъ и неопредѣленность;—которая, однимъ словомъ, можетъ уничтожить частное международное право».

Понятно, что при такихъ условіяхъ—т.-е. когда одни и тѣ же авторы утверждаютъ одновременно, что отсылка есть и недоразумѣніе, и Grundproblem—ясности въ спорѣ получиться не могло. Благодаря этому смѣшенію понятій, наука обогатилась, на примѣръ, тѣмъ смѣшнымъ инцидентомъ, который запечатлѣнъ въ анналахъ Института: послѣ ученаго доклада и двухдневныхъ дебатовъ объ отсылкѣ, г. Nagelup заявилъ, что—благодаря предыдущимъ рѣчамъ—онъ пересталъ понимать, о чемъ собственно идетъ рѣчь. «Я думаю, что здѣсь много членовъ, которые находятся въ томъ же положеніи; что и я» ²⁾. На слѣдующій годъ повторилось то же самое; докладчикъ наивно жаловался на то, что «его противники проходятъ, не опровергая, мимо всѣхъ тѣхъ аргументовъ, которые онъ нѣсколько разъ уже формули-

¹⁾ Loc. cit., стр. 614.

²⁾ Annuaire Institut, 1898, стр. 225.

роваль»¹⁾. Заключительнымъ аккордомъ къ этой симфоніи безпомощности нужно поставить слова Buzzati, который, не умѣя справиться съ вопросомъ, заканчиваетъ свою брошюру просто бранью по адресу отсылки²⁾: «теорія отсылки настолько нелогична, антиюридична, ошибочна и абсурдна, что если бы она не была широко воспринята судебной практикой и положительными законодательствами и если бы ее такъ упрямо не защищали нѣкоторые юристы,—то мнѣ казалось бы, что, выступая противъ нея, я уподобляюсь Донъ-Кихоту, сражавшемуся съ мельницами».

93.—Литературная разработка вопроса продолжаетъ двигаться въ этомъ періодѣ путемъ казуистичныхъ приѣмовъ. Характерными являются, однако, попытки внести въ разбираемый вопросъ именно теоретическія предпосылки. Такъ, мы имѣемъ въ пользу *renvoi* диссертацию Isaac'a³⁾ (кстати сказать, изъ рукъ вонъ плохую) и двѣ статьи въ журналъ *Clunet*, ставящія дѣло на теоретическую почву. Первая изъ этихъ статей принадлежит перу маститаго Fiore⁴⁾: онъ оригинальнымъ образомъ ставитъ отсылку въ связь съ основными проблемами Манчиніевской школы; если-де мы признали, что только національные законы способны надлежащимъ образомъ регулировать истинное положеніе иностранцевъ, то надо идти до конца и въ тѣхъ случаяхъ, когда эти національные законы передаютъ регулированіе вопроса какой-нибудь третьей нормѣ,—принимать, что и передача эта наиболѣе подходяще

1) *Annuaire Institut*, 1900, стр. 152.—Ср. Barazzetti, Böhm, 1898, стр. 284: «Es wäre sehr zu begrüßen wenn das Prinzip der Rückverweisung ...einmal recht klar und überzeugend dargelegt würde».

2) *Il rinvio*, § 15.

3) Isaac, *Le renvoi en droit international privé*, Thèse, Paris, 1901.

4) P. Fiore, *Du Conflit entre les dispositions législatives de droit international privé (théorie du renvoi)*, *Clunet*, 1901, стр. 424—442 и 681—704.

соотвѣтствуетъ расовымъ особенностямъ даннаго индивида; мы приходимъ, такимъ образомъ, къ отсылкѣ, какъ къ заключительному аккорду націоналистической доктрины ¹⁾. Аргументація второй статьи ²⁾ представляется болѣе скромной: Keidel основывается на томъ, что, при отсылкѣ, нѣмецкое законодательство примѣняется не въ силу отсылки чужого закона, а въ силу вѣлнія своего собственнаго законодателя, заполняющаго *Gesetzesvacuum* ³⁾ (отсылка чужого закона эквивалентна, по этой теоріи, простому отказу регулировать данный казусъ).

Соотвѣтственно этому новому повороту доктрины, ученые-романисты, возобновляя атаку противъ отсылки, оказываются принужденными расширить свою аргументацію: — не въ положительномъ, а, такъ сказать, въ отрицательномъ смыслѣ; ибо каждый аргументъ защитниковъ отсылки, по необходимости, вызываетъ у нихъ контръ-тезисъ. Наиболѣе яркое выраженіе нашло себѣ это видоизмѣненіе проблемы въ юношеской, но чрезвычайно талантливой работѣ Ligeoix ⁴⁾. Диссертация эта такъ и распадается на двѣ части, довольно наивно противопоставленныя: 1) отсылка, какъ «простой интерпретаціонный вопросъ второстепеннаго значенія»; 2) отсылка, какъ выводъ изъ «общихъ соображеній о роли законодателя и о юридической природѣ конфликтныхъ нормъ» ⁵⁾. Болѣе поздняя работа Lainé, его лебединая

¹⁾ Я еще вернусь ниже къ теоріи Fiore.

²⁾ J. Keidel, *La théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code civil allemand*, Clunet, 1901, стр. 82—96.

³⁾ Приблизительно аналогичныя мысли намѣчены были ранѣе у J. Schnell, *Ueber die Zuständigkeit zum Erlass von gesetzlichen Vorschriften über die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen*, Böhm, 1895, стр. 337—343.

⁴⁾ M. Ligeoix, *La question du renvoi en droit international privé*, Thèse, Perigneux, 1902; часть этой диссертации была перепечатана у Clunet, 1903, стр. 481—499 и 1904, стр. 551—567: «*La théorie du renvoi et la nature juridique des règles de droit international privé*».

⁵⁾ *Loc. cit.*, стр. 28—29.

пѣсьнъ ¹⁾, также дѣлаетъ попытку, подѣ принужденіемъ противниковъ, подвести подѣ свои воззрѣнія прочный теоретическій фундаментъ, изъ основныхъ идей конфликтнаго права заимствованный: — какъ и все другое «теоретическое», что писалъ покойный Lainé, попытка эта чрезвычайно слаба ²⁾.

94. — Судебная практика всегда отстаетъ отъ доктрины. Поэтому въ разбираемомъ переводѣ мы обнаруживаемъ рядъ судебныхъ рѣшеній, порывающихъ съ отсылкой и обосновывающихъ перемѣну фронта именно тѣми аргументами, которые были выдвинуты литературой въ предъидущемъ періодѣ. Наиболее характернымъ является въ этомъ отношеніи приговоръ Paris 1 августа 1905 года ³⁾: подробнѣйшая его мотивировка представляется какъ бы списанной со статей Lainé; видимо, судья глубоко проникся соображеніями объ абсолютномъ характерѣ коллизіонныхъ нормъ и ученически воспроизводитъ взгляды «учителя». Не мудрено поэтому, что Lainé напечаталъ приговору, въ полномъ смыслѣ слова, диэирамбъ; но если мы вспомнимъ, что въ 1905 году теоретическая разработка вопроса объ отсылкѣ получила толчокъ новыхъ и весьма знаменательныхъ вѣяній, а также что эти вѣянія ничѣмъ не отразились на приговорѣ Парижской судебной палаты, — то мы не присоединимся къ похваламъ. Наоборотъ, мы увидимъ въ цитированномъ судебномъ рѣшеніи яркій примѣръ того зла, который приносится судоговоренію неперевареннымъ усвоеніемъ теоретическихъ посылокъ.

Другія судебныя рѣшенія этого періода представляютъ меньше интереса. Отсылка отвергается, но съ нѣсколько менѣе подробной мотивировкой, еще въ од-

¹⁾ La théorie du renvoi, Revue Darras, 1906, стр. 605 — 643; 1907, 13—72, 313—339, 661—674; 1908, 729—758.

²⁾ См. ниже, § 105—107.

³⁾ Revue Darras, 1906, стр. 610.

номъ палатскомъ рѣшеніи¹⁾. Наоборотъ, она, по прежнему, принимается во всѣхъ остальныхъ извѣстныхъ мнѣ рѣшеніяхъ этого періода²⁾: мотивировка остается банальной. Такимъ образомъ, мы должны признать, что и третій періодъ не принесъ разрѣшенія для знаменитой проблемы: наоборотъ, она является въ настоящее время несравненно болѣе запутанной, чѣмъ въ восьми-десятихъ годахъ.

95.—Одно явствуетъ несомнѣнно изъ только что законченнаго историческаго очерка: явствуетъ, что отсылка дѣйствительно стоитъ въ связи съ основными проблемами конфликтнаго права. Воздѣйствіе этихъ основныхъ причинъ проявляется въ эволюціи положительнаго права (§ 90); оно чувствуется также и въ первомъ лепетѣ судебной практики (§ 87). Если въ последнее время судьи, подъ вліяніемъ увлеченій доктриной (§ 94), стали уклоняться отъ прежняго, нормальнаго направленія судебной мысли,—то, наоборотъ, литература, въ лицѣ наиболее передовыхъ своихъ представителей, уже начинаетъ отчетливо сознать указанную связь (§ 93).

Съ этой точки зрѣнія работа систематика намѣчается сама собой. Для того, чтобы сдѣлать что-нибудь полезное, систематикъ права долженъ, прежде всего, выяснитъ себѣ: дѣйствительно ли отсылка является только случайнымъ недоразумѣніемъ, возникшимъ вслѣдствіе неправильнаго пониманія нѣкоторыхъ деталей конфликтной науки? Для этой цѣли систематикъ долженъ расчистить поле своихъ разсужденій отъ всѣхъ случайныхъ, недоказательныхъ аргументовъ, дер-

¹⁾ Раи 11 іюня 1906 года, Clunet, 1907, стр. 156;—Ср. Trib. Laval 12 апрѣля 1902, Clunet, 1902, стр. 1044.

²⁾ Раи 19 апрѣля 1901 года, Clunet, 1902, стр. 358;—Seine 6 августа 1902 года, Clunet, 1903, стр. 804;—Melun 27 марта 1903, Revue Darras, 1906, стр. 607;—Раи 28 іюля 1904, Clunet, 1905, стр. 195;—Marseille 19 іюля 1905, Clunet, 1907, стр. 152;—Aix 19 іюня 1906 г., Clunet, 1907, стр. 152.

жащихся въ наукѣ лишь по инерціи, лишь потому, что въ первыхъ работахъ, посвященныхъ отсылкѣ, къ проблемѣ этой отнеслись слишкомъ поверхностно. Затѣмъ, когда нашъ горизонтъ не будетъ заслоняться никакими второстепенными соображеніями, мы должны указать, въ чемъ заключается та первоошибка, изъ которой отсылка проистекаетъ какъ необходимое слѣдствіе. Мы должны показать, при какой постановкѣ основныхъ конфликтныхъ приѣмовъ отсылка является неизбежной. А затѣмъ, въ видѣ вывода, мы будемъ въ состояніи дать опредѣленіе отсылки и указать ея мѣсто въ системѣ частнаго международнаго права. При этомъ, если окажется, что отсылка является результатомъ той же самой первоошибки, которая заложена и въ понятіи, напримѣръ, публичнаго порядка,—то очевидно, что мы будемъ въ состояніи выяснить и соотношеніе этихъ двухъ явленій, обыкновенно Школою не сближаемыхъ.

Въ виду того, что для ясности дальнѣйшаго изложенія въ высшей степени важна точная и недвусмысленная постановка вопроса, я позволю себѣ еще разъ формулировать ее. Я уже указалъ (§ 86), что меня не интересуетъ догматическій анализъ отдѣльныхъ законодательныхъ и договорныхъ постановленій объ отсылкѣ. Но этимъ еще не ограничивается совокупность тѣхъ деталей, которыя я хотѣлъ бы изъять изъ предѣловъ моего изложенія. Дѣло въ томъ, что есть еще одна многочисленная категорія такихъ вопросовъ, которые широко развиваются въ литературѣ, но которые не интересны для систематика. Эта категорія вопросовъ можетъ быть сведена къ одной общей формулѣ: нужно ли признать,—или отвергнуть отсылку? Въ этомъ противоположеніи двухъ возможныхъ отвѣтовъ на вопросъ объ отсылкѣ заключается сердцевина и сущность споровъ, также не подлежащихъ, по моему мнѣнію, изученію въ систематической работѣ. На первый

взглядъ казалось бы, что никто, занимающийся вопросомъ объ отсылкѣ, не можетъ обойтись безъ того, чтобы дать отвѣтъ на это основное недоумѣніе, возбуждаемое ею. Ибо дѣйствительно: какъ писать объ отсылкѣ,—и не сказать, принимаешь ли ее, или отвергаешь?

Между тѣмъ, я именно хочу, чтобы читатель не ожидалъ отъ дальнѣйшаго изложенія отвѣта на только что изображенный «основной» вопросъ. Вотъ какъ идетъ мое разсужденіе. Есть ученые, которые полагаютъ, что отсылка является случайнымъ недоразумѣніемъ, разрѣшаемымъ и случайными, изъ существа конфликтнаго права, изъ глубины конфликтнаго права не заимствованными аргументами. Моей первой задачей будетъ (§§ 96—98) выяснитъ неосновательность этого легкомысленнаго отношенія къ дѣлу. Затѣмъ я перейду къ выясненію отсылки съ точки зрѣнія основныхъ проблемъ конфликтнаго права (§§ 99—107). И въ этой области я буду стремиться—вотъ къ чему. Школа, схематически, говоритъ: «въ виду того, что мы принимаемъ такое-то и такое-то основное положеніе конфликтнаго права,—мы должны, разсуждая логически и послѣдовательно, придти къ отверженію (или: принятію) отсылки». Мой же ходъ мысли будетъ, такъ сказать, заходить Школѣ въ тылъ. Нѣтъ, скажу я, вы ошибаетесь. Отсылка получилась у васъ, какъ слѣдствіе не этого, а другого—болѣе отдаленнаго и вами незамѣченнаго принципа. При этомъ, принципъ вами сконструированъ неправильно. Я его отвергаю. И въ результатъ, я прихожу къ такому положенію дѣла, когда самое понятіе отсылки сдѣлается невозможнымъ: когда оно, такъ сказать, не потребуетъ разрѣшенія по той простой причинѣ, что оно не возникнетъ. Поставьте правильно вашъ исходный принципъ,—и у васъ не будетъ никакой отсылки. Говоря фигурально: больной жалуются на мельканіе пятенъ въ полѣ зрѣнія; два доктора

спорять,—надо ли впрыскивать въ глазъ мышьякъ, или iodъ; но приходитъ третій врачъ и указываетъ, что *mouches volantes* являются лишь симптомомъ такого нервнаго разстройства, въ которомъ глазное яблоко непосредственно не участвуетъ. Съ этой послѣдней точки зрѣнія споры о iodъ и мышьякъ сразу теряютъ всякій интересъ: нельзя заставлять третьяго доктора произвести выборъ и сказать, что онъ стоитъ или за iodъ, или за мышьякъ.

Такъ и для меня. Для меня отсылка не есть болѣзнь, подлежащая лѣченію. Съ моей точки зрѣнія отсылка—просто симптомъ, просто доказательство ранѣ допущенной первоошибки. Я ищу эту первоошибку и затѣмъ указываю: не сдѣлавшіе этой первоошибки не придутъ къ отсылкѣ. Зачѣмъ ломать голову надъ загадками сфинкса, если можно придти въ Фивы другой дорогой, спокойно миновавъ ущелье загадочнаго чудовища?—если даже слѣдуетъ и правильно идти не по этому ущелью?

Вотъ каковы соображенія, которыя позволяютъ мнѣ оставить, въ дальнѣйшемъ, совершенно безъ разсмотрѣнія вопросъ о томъ, слѣдуетъ ли принять, или отвергнуть отсылку. Все то, что многочисленные авторы пишутъ въ пользу или противъ каждаго изъ этихъ отвѣтовъ,—будетъ для меня лишь косвеннымъ матеріаломъ для умозаключеній, въ иной, болѣе высокой плоскости двигающихся:—причинную связь выясняющихъ.

Начну, слѣдовательно, съ соображеній о томъ, что отсылка не есть случайное недоразумѣніе,—что она не разрѣшается случайными аргументами.

III.

96.—Первымъ изъ «случайныхъ» поворотовъ аргументаціи является тотъ, который основывается на понятіи *comitas*. Существуютъ авторы, которые полагаютъ, что отсылка связана съ воззрѣніями старой голландской школы, и, въ частности, съ тѣмъ произволомъ, который эта школа-де проповѣдывала. Первый высказалъ такое мнѣніе анонимный комментаторъ въ сборникѣ Sirey по дѣлу Bingwood¹⁾. Разсужденіе велось такъ²⁾. Принципіально надо примѣнять *lex fori*; но въ нѣкоторыхъ случаяхъ допускаютъ, *ex comitate*, дѣйствіе иностранной нормы; и вотъ, если, въ видѣ исключенія, окажется, что сама иностранная норма въ разбирае-

¹⁾ «Il y a d'abord une raison de courtoisie internationale... Les tribunaux belges doivent appliquer aux étrangers la loi étrangère, comme leurs tribunaux la leur appliqueraient eux mêmes». Sirey 1881, IV, стр. 42. Ср. Labbé, *op. cit.*, стр. 9: «Les juristes qui se placent [au point de vue de la courtoisie], n'hésiteront pas à rendre à la loi territoriale, à la loi de la juridiction saisie, son omnipotence primordiale ou naturelle, dès que la loi étrangère ne retiendra pas ou ne revendiquera pas pour elle la décision du point litigieux». Та же мысль приводится у de Boeck, Dalloz, 1889, II, стр. 99;—Lainé, Clunet, 1896, стр. 258, Revue Darras, 1907, стр. 61 и Revue critique, 1900, стр. 88—89; Buzzati, Annuaire, 1898, стр. 26—27 и 1900, стр. 147.

²⁾ J. Keidel, Le droit international privé etc., Clunet, 1898, стр. 883: «...il s'agit là d'une concession gracieuse commandée par la *comitas gentium*... Mais il [le législateur] ne saurait évidemment accorder plus qu'on ne lui demande et prescrire à ses propres juges de se référer à ces règles quand le législateur étranger lui même les écarte explicitement et renvoie, etc.».

момъ случаѣ не желаетъ регулировать данный казусъ, то, конечно, *comitas* отпадетъ и возстановится нормальное дѣйствіе *legis fori*: нельзя вѣдь изъ вѣжливости быть болѣе роялистомъ, чѣмъ самъ король. Этотъ поворотъ аргументацій я отношу къ категоріи случайныхъ. Онъ ставитъ появленіе отсылки въ зависимость отъ такого пониманія конфликтныхъ вопросовъ, которое является преходящимъ и ненормальнымъ. Авторы этой категоріи относятся къ голландской школѣ съ нескрываемымъ осужденіемъ. Когда они говорятъ, что отсылка связана и согласована съ теоріей *comitas*,—то этимъ самымъ они устанавливаютъ, что при всякой иной постановкѣ конфликтнаго дѣла отсылка не можетъ не быть отвергнута. И такъ какъ указанная иная постановка конфликтнаго дѣла является для этихъ авторовъ неизбѣжной (они всѣ считаютъ голландскую школу уродливымъ недоразумѣніемъ), то, значить, является неизбѣжнымъ и отверженіе отсылки.

Въ этомъ мѣстѣ мнѣ необходимо открыть довольно большую скобку. Предыдущій абзацъ, на первый взглядъ, содержитъ въ себѣ противорѣчіе съ тѣмъ, что было сказано на страницѣ 212-й. Я началъ изложеніе настоящей главы съ утвержденія, что Школа не сдумѣла поставить отсылку въ соотношеніе съ другими понятіями конфликтнаго права и, въ частности, съ публичнымъ порядкомъ. Мнѣ, слѣдовательно, могутъ сказать: *comitas*, по вашему собственному изображенію, есть понятіе параллельное и аналогичное съ публичнымъ порядкомъ; въ настоящее время вы цитируете авторовъ, у которыхъ отсылка стоитъ въ причинной связи съ идеей *comitas*; слѣдовательно, ваше основное утверженіе невѣрно; если не со всѣми—то, по крайней мѣрѣ, съ однимъ понятіемъ (= *comitas*) отсылка уже приведена Школой въ связь; а дальнѣйшее могло бы быть выведено простымъ умозаключеніемъ.

По моему мнѣнію, изображенное противорѣчіе является кажущимся. Тѣ ученые, которые ставятъ отсылку въ связь съ *comitas*,—стоятъ на точкѣ зрѣнія отвергнутой мною теоріи произвола. Для нихъ *comitas* эквивалентна съ безконтрольной свободой судьи (или законодателя). Они, слѣдовательно, выкидываютъ отсылку за предѣлы научной системы—столь же энергично, какъ они выкидываютъ и *comitas*. Тамъ, гдѣ нѣтъ ни права, ни системы—есть мѣсто для обоихъ только что указанныхъ понятій. Вполнѣ понятно, что такое рѣшеніе систематической проблемы меня удовлетворить не можетъ. Ибо это рѣшеніе является именно отрицаніемъ всякой систематики.

Когда я говорю, что отсылка должна быть поставлена въ соотношеніе съ *comitas*,—то я разумѣю послѣднюю именно, какъ правовое понятіе, въ изображенномъ выше (см. глава I) пониманіи. Съ этой *comitas* Школа дѣйствительно не ставила и не ставитъ отсылку ни въ какое систематическое соотношеніе.

Закрываю открытую скобку и возвращаюсь къ только что изображеннымъ авторамъ.

Я не буду утверждать, какъ дѣлаютъ нѣкоторые изъ нихъ ¹⁾, что отсылка несовмѣстима даже съ теоріей

¹⁾ Ligeoix, *op. cit.*, стр. 34—35 доказываетъ эту мысль слѣдующимъ образомъ: «Dans la théorie de la *comitas*, du moment que le législateur étranger décline l'offre courtoise et intéressée qui lui est faite, la loi territoriale doit reprendre sa compétence exclusive. Ainsi, dans le cas où la loi étrangère déclarée applicable renvoie à une autre loi également étrangère et non à la loi territoriale, c'est cette dernière qui doit être appliquée: elle reprend son empire, car elle ne considère qu'une chose, le refus de l'offre qu'elle fait au législateur étranger. Or, la théorie du renvoi veut une tout autre chose: le renvoi fait à une troisième loi doit être accepté au même titre que celui fait à la loi territoriale. C'est un désaccord absolu avec la *comitas*». Я полагаю, что это разсужденіе не вполнѣ убѣдительно. Если я хочу *ex comitate* примѣнить иностранный законъ, то нѣкто не мѣшаетъ мнѣ—по соображеніямъ той же *comitas*—примѣнить и тотъ второй иностранный законъ, къ которому, въ формѣ переотсылки, склоняется первый иностранный законъ.

comitas, въ смыслѣ чистаго произвола. Если считать, что голландцы трактовали разрѣшеніе конфликтныхъ казусовъ именно съ точки зрѣнія безусловнаго произвола, — то, конечно, возможно предположить, что они принимали бы и отсылку. Прямыхъ указаній за или противъ отсылки въ сочиненіяхъ голландцевъ не имѣется. Вывести же логически, что голландцы должны были именно отвергать отсылку, а не принимать, — довольно трудно. Ибо произволь тѣмъ именно и вреденъ, что онъ не представляетъ собой никакого фундамента для дальнѣйшихъ юридическихъ выводовъ: произволь, какъ капризь, совмѣстимъ съ самыми противоположными послѣдствіями. Такимъ образомъ, я оставляю совершенно безъ разсмотрѣнія тезисъ: отсылка была невозможна даже въ теоріи comitas-произвола.

Дѣло въ томъ, что этотъ тезисъ для меня совершенно бесполезенъ. Если бы мы считали, что теорія comitas проповѣдуетъ произволь и, слѣдовательно, радикально отличается отъ всѣхъ остальныхъ ученій частнаго международнаго права, — то мы, доказавъ, что отсылка возможна въ голландской школѣ, еще ничего не доказали бы относительно возможности или невозможности отсылки въ этихъ другихъ ученіяхъ. Ибо, доказывая, что отсылка возможна въ голландской школѣ, мы еще не доказываемъ, что она возможна только въ голландской школѣ¹⁾. А между тѣмъ, всѣ перечисленные ученые стоятъ именно на подобной точкѣ зрѣнія. Они стремятся выяснить, что теорія произвола допускаетъ появленіе отсылки: и затѣмъ забываютъ разсмотрѣть вопросъ о томъ, не можетъ ли появиться отсылка и внѣ

¹⁾ «Observerò soltanto, che, esaminate le applicazioni della teorica del rinvio non più nel ristretto campo della giurisprudenza franco-belga ...ma in quello più vasto della legislazione et della giurisprudenza comparate, risulta encor più evidente l'impossibilità di ammettere qualsivoglia rapporto fra questa teorica et il sistema [di comitas]. Anzilotti, Studi critici. стр. 261;—Ср. Isaak, Renvoi, стр. 241.

всякой теории произвола. Получается именно то случайное решение случайного вопроса, о которомъ я говорилъ выше.

Мой первый выводъ будетъ гласить такъ: сказать, что *comitas*-произволь дозволяетъ отсылку, это значитъ ничего не сказать для систематика. «Вѣжливый» судья можетъ прибѣгать еще и не къ такимъ приемамъ, какъ отсылка. Связать же *comitas* (какъ правовое понятие)—и отсылку юридическою связью можно только тогда, когда будутъ сдѣланы обѣщанныя изслѣдованія въ области первоосновъ конфликтнаго права. Только тогда *comitas*, какъ одна изъ модуляцій конфликтной мысли, встанетъ въ ясное и совершенно простое отношеніе къ другой изъ этихъ модуляцій, называемой отсылкою. Эту часть моихъ разсужденій я переношу въ главу IV-ую.

97.—Лишены принципиальнаго значенія также и аргументы о такъ называемомъ единствѣ судебныхъ рѣшеній¹⁾. Разсужденіе ведется такъ. *Lex fori* А предписываетъ судить по закону Б. Б отсылаетъ обратно къ А. Если не принять отсылки, то въ странѣ А дѣло будетъ рѣшено по закону Б; въ странѣ же Б—по закону А. Если,

¹⁾ A. Chausse, *Du rôle international du domicile*, Clunet, 1897, стр. 23: «il y a intérêt à rendre une sentence identique à celle qu'aurait donnée le tribunal national s'il avait été appelé à statuer; de la sorte, on n'aura pas à redouter que l'exequatur soit refusé».—Та же мысль у Weiss, *Traité*, III, стр. 81 (Ср. Buzzati et Lainé, *Rapport*, *Annuaire Institut*, 1898, стр. 17)—Шире ставить вопросъ Asser, *Quelques observations etc.*, Clunet, 1905, стр. 41—42. По его мнѣнію, принятіе отсылки если не уничтожитъ, то ослабитъ не только конфликты судебныхъ рѣшеній, но еще и источникъ ихъ, т. е. конфликты конфликтныхъ нормъ: «le système du renvoi offre un excellent moyen d'étendre le droit conventionnel au plus grand nombre possible d'Etats et de faire disparaître pour ces Etats, les graves inconvénients qui résultent actuellement de la divergence des lois nationales par rapport à la solution des conflits». Специально противъ этого аргумента возражалъ, немногими годами раньше, F. Kahn, *Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht*, 1900, стр. 101: «Die Gesetzesharmonie, sonst unser Ziel und Ideal, wird hier zum Trugbild und Irrlicht bei Verschiedenheit der Kollisionsnormen verschiedener Länder ist die Gesetzeskollision die unabänderliche Konsequenz».

наоборотъ, судья страны А приметъ отсылку, то онъ будетъ судить по тому же самому закону А, по которому, эвентуально, сталъ бы судить и судья Б: получится, въ результатъ, единство судебныхъ рѣшеній.

Авторы этой категоріи разсуждаютъ, слѣдовательно, съ точки зрѣнія цѣлесообразности, а не права. Они не спрашиваютъ себя: откуда взялась отсылка? Они подходятъ къ отсылкѣ, какъ къ существующему, данному факту. Затѣмъ они выясняютъ, что имѣются такія-то и такія-то соображенія, въ силу которыхъ удобнѣе принять, чѣмъ отвергнуть, отсылку. Соображенія эти взяты цѣликомъ изъ послѣдствій, могущихъ получиться при сравненіи разномѣстныхъ судебныхъ рѣшеній.

Очевидно, что такая постановка вопроса не имѣетъ ничего общаго съ анализомъ конфликтныхъ первоосновъ. Для указанныхъ авторовъ отсылка есть случайное явленіе, случайными соображеніями разрѣшаемое.

При внимательномъ анализѣ оказывается, кромѣ того, что единство рѣшеній вовсе не является необходимымъ слѣдствіемъ принятія отсылки¹⁾. Въ самомъ дѣлѣ. Разсужденіе, приведенное выше, грѣшитъ однимъ основнымъ промахомъ. Судья А, въ силу отсылки, примѣняетъ-де законъ А; но вѣдь судья Б примѣнитъ законъ А только въ томъ случаѣ, если онъ съ своей стороны не будетъ признавать отсылки; если же онъ, подобно судья А, допуститъ отсылку, то его разсужденіе будетъ такое: *lex fori* Б посылаетъ къ закону А; но законъ А отсылаетъ къ Б; слѣдовательно, въ странѣ Б надо судить по закону Б. Соответственно этому, нѣкоторые

¹⁾ F. Kahn, *Gesetzeskollisionen*, Iherings Jahrbücher, 1890, стр. 22: «Ist die Argumentierung, mittelst welcher unser Richter zur Rückverweisung gelangt, richtig, so muss sie jeder Auslandsrichter ganz in gleicher Weise anstellen, und er wird in Folge dessen zur Ausschliessung unseres und zur Anwendung seines Rechts gelangen». Ср. Buzzati et Lainé, *op. cit.*, стр. 18—20. — Ligeoix, *op. cit.*, стр. 43—45. — Kahn, Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 393.

авторы указываютъ, что послѣдовательное проведеніе отсылки съ обѣихъ заинтересованныхъ сторонъ приведетъ не къ единству рѣшеній, а, просто, къ комически звучащему результату: два судьи примѣняютъ разные законы и, притомъ, каждый—именно не тотъ законъ, на который указываетъ конфликтная норма *fori* ¹⁾).

Указанный результатъ не является доктринальнымъ размысленіемъ. Рядъ судебныхъ рѣшеній доказываетъ, что: 1) французскіе и бельгійскіе суды, опредѣляя дѣеспособность англичанъ, домицилированныхъ во Франціи и Бельгіи, примѣняютъ не *lex originis*, а, въ силу *renvoi*, *lex domicilii*, т. е. *C. Civil*; 2) англійскіе суды, опредѣляя дѣеспособность тѣхъ же англичанъ, начинаютъ съ *lex domicilii* и затѣмъ, черезъ отсылку, фактически примѣняютъ *lex originis*, т. е. *common law* ²⁾). Слѣдовательно, дѣйствительно, отсылка приводитъ только къ тому, что судьи двухъ странъ, безъ всякой пользы для дѣла, нарушаютъ, каждый со своей стороны, конфликтныя нормы *fori*.

Но несмотря на очевидность теоретическаго хода мысли, приводящаго къ указанному результату, и несмотря на неопровержимость фактически существующихъ судебныхъ рѣшеній,—можно, все-таки, указать авторовъ (и очень серьезныхъ!), которые и по сіе время продолжаютъ настаивать на возможности уменьшить число противорѣчивыхъ судебныхъ рѣшеній—именно принятіемъ отсылки. Сюда относится, напримѣръ, Asser ³⁾), который утверждаетъ, что принятіе отсылки дало бы единство рѣшеній по вопросу о дѣеспособности: въ настоящее время Данія-де примѣняетъ *lex domicilii*, а Франція—*lex originis*; съ принятіемъ отсылки «положе-

¹⁾ Ligeoix, стр. 44—45.

²⁾ Westlake, *Revue Gand*, 1874, стр. 620;—Buzzati, *Il rinvio* стр. 40

³⁾ Asser, *Quelques observations etc.*, *Clunet*, 1905, стр. 42;—Ср. Issac, *Renvoi*, стр. 248.

ніе датчанина будетъ регулироваться закономъ домициля во всѣхъ государствахъ, положеніе же француза... — національнымъ закономъ. Конфликтъ между различными нормами частнаго международнаго права перестанетъ существовать».

Цитированное мнѣніе солиднаго ученаго содержитъ въ себѣ столь явную логическую ошибку, что представляется любопытнымъ намѣтить, хотя бы приблизительно, каковъ долженъ быть тотъ (полубезсознательный) базисъ, который необходимъ для возникновенія подобной концепціи. Датчанинъ домицилированъ во Франціи. Французскій судья, путемъ отсылки, отказывается отъ *lex originis* и примѣняетъ французскій законъ въ качествѣ *lex domicilii*. Казалось бы, что мы должны примѣнить аналогичное разсужденіе и къ датчанину: но мысль о необходимости аналогіи даже и не возникаетъ у Asser'a. Для этого автора представляется совершенно яснымъ, что датскій судья примѣнитъ къ датчанину французскій законъ, какъ *lex domicilii*; если же окажется, что во французскомъ законѣ имѣется отсылка къ закону датскому, то датскій судья на это обстоятельство не обратитъ ни малѣйшаго вниманія. Я полагаю, что подобную непослѣдовательность нельзя объяснить иначе, какъ существующими въ умѣ автора представленіями о неравноцѣнности двухъ принциповъ: національности и домициля. Отчего произошла эта неравноцѣнность? — безразлично. Вѣроятно, она связана съ тѣмъ, что принципъ домициля, какъ принципъ гораздо болѣе ранній, представляется нѣкоторымъ ученымъ — такою основою конфликтныхъ построеній, дойдя до которой, по необходимости, приходится остановиться ¹⁾. Во всякомъ случаѣ, съ такою неравноцѣн-

¹⁾ Von Bar (Die Rückverweisung etc., Böhm, 1898, стр. 185) объясняетъ это явленіе иначе. Но объясненіе его (датскій законъ не имѣетъ для датчана, домицилированныхъ во Франціи, никакого цивилистическаго под-

ностью нельзя плодотворно работать въ области конфликтнаго права. Ибо мы только тогда будемъ получать правильные тезисы, когда мы каждый изъ принимаемыхъ нами принциповъ будемъ доводить до одинаково отдаленныхъ логическихъ выводовъ.

Въ конечномъ результатѣ, я могу, значитъ, сказать, что аргументъ о единствѣ разномѣстныхъ судебныхъ рѣшеній не даетъ никакого правильнаго матеріала для сужденія объ отсылкѣ.

98.—Это положеніе настолько очевидно, что у нѣкоторыхъ авторовъ оно принимаетъ гипертрофированную форму. Не только не получится,—говорятъ они,—единства рѣшеній, но не будетъ даже и никакого рѣшенія вообще, если мы примемъ отсылку. Разсужденіе ведется слѣдующимъ образомъ. *Lex fori* А отсылаетъ къ закону В; но В отсылаетъ къ А. Слѣдуетъ ли судья остановиться на А и рѣшать казусъ на основаніи такихъ матеріальныхъ нормъ, которыя содержатся именно въ законѣ А? Разсуждая логически, судья не долженъ остановиться на законѣ А: ему извѣстно, что законъ А не желаетъ регулировать даннаго казуса и относить его къ вѣдѣнію закона В; слѣдовательно, судья А не можетъ остановиться на отсылкѣ къ закону А; онъ снова пошлетъ рѣшеніе дѣла въ область закона В; снова получится отсылка къ А и т. д. Эта фигура охарактеризована была Kahn'омъ, какъ *Spiegelkabinet* ¹⁾. Французы говорятъ

данства; поэтому французскій законъ не можетъ вторично отсылать къ датскому закону) — настолько вымучено и искусственно, что оно никѣмъ въ литературѣ не было воспринято.

¹⁾ Kahn, *lher. Jahrb.*, 1890, стр. 23: «Also: kraft ausländischen Rechts Anwendung des unsrigen in seiner Totalität, kraft dieses wiederum des ausländischen und so fort: ein logisches Spiegel-Kabinet».—Lainé, *De l'application etc.*, Clunet, 1896, стр. 257—258.—Ligeoix, *Renvoi*, стр. 69 и сл.; «C'est un circuit sans fin, aucune solution n'est possible, car le juge ne rencontrera jamais dans ces divers renvois ce qu'il cherche: un droit interne réglant matériellement et directement la question litigieuse».—Buzzati et Lainé, *Rapport, Annuaire Institut*, стр. 24.

въ аналогичныхъ случаяхъ о *serge vicieux*, а англичане о *lawn-tennis*. Аналогичную роль—въ смыслѣ уничтоженія какой-нибудь возможности достигнуть судебного рѣшенія—играетъ и *Weiterverweisung*, т. е. та комбинація, когда законъ А отсылаетъ къ закону Б, Б отсылаетъ къ закону В и т. д. «Переотсылка» была предложена въ ограниченной формѣ (не дальше третьяго государства) при первомъ чтеніи конфликтныхъ нормъ для нѣмецкаго гражданскаго кодекса ¹⁾. Переотсылка, несомнѣнно, является логическимъ выводомъ изъ отсылки ²⁾, и совершенно неправы тѣ авторы, которые считаютъ возможнымъ, принявъ отсылку, отвергать переотсылку.

И отсылка, и переотсылка создаютъ заколдованный кругъ ³⁾, какъ бы ни отвергали его нѣкоторые ученые ⁴⁾.

¹⁾ Kahn, Rückverweisung, Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 373—374.

²⁾ «Die Rückverweisung und die Weiterverweisung sind ja beide nur Erscheinungsformen einer und derselben Thatsache, der Thatsache nämlich, dass das durch die Kollisionsnorm als massgebend erklärte Recht seinerseits wieder ein anderes Recht (ein drittes oder das erste) zur Herrschaft beruft». (Zitelmann, Internationales Privatrecht, стр. 240). Ср. Н. Edelmann, Der grundsätzliche Standpunkt des deutschen B. G. B. etc., Böhm, 1898, стр. 308.

³⁾ Существованіе его признано въ рѣшеніи Reichsgericht'a 27 января 1888 года; цит. у Neumann, Internationales Privatrecht, стр. 31.

⁴⁾ Weiss, Traité, III, 80, даетъ по этому поводу весьма нехорошую аргументацію. «Lorsque la loi nationale de l'étranger, à laquelle il appartient de gouverner son état et sa capacité, délègue sa compétence à la loi du lieu où cet étranger a fixé son domicile, ce n'est pas en ce qui concerne les principes généraux applicables à la solution du conflit des lois, c'est uniquement au regard des dispositions du droit interne qui, en dehors de toute difficulté internationale, sont relatives à l'état, à la capacité... L'intention du législateur anglais, lorsqu'il manifeste sa préférence pour la *lex domicilii*, n'a pas été bien certainement de permettre à cette loi de lui renvoyer (!) la solution du conflit qu'il lui défère, de laisser en définitive à cette loi le choix du meilleur système de droit international privé; il a entendu que la loi du domicile ait le dernier mot, comme étant la plus appropriée que toute autre à cette solution; c'est à cette loi que le circuit doit s'arrêter». Эта аргументація поразительна тѣмъ, что она въ корнѣ подрываетъ всю систему *renvoi*, столь яро защищаемую Weiss'омъ. Ибо если англійскій

Если законъ А долженъ быть толкуемъ въ томъ смыслѣ, что его конфликтная норма посылаетъ судью и къ матеріальной нормѣ Б, и къ объемной нормѣ того же закона Б,—то отсылка А, полученная судьей на основаніи нормы Б, тоже должна быть толкуема, какъ посылающая и къ матеріальному, и къ объемному праву страны А. Объемное же право А снова отсылаетъ къ

законъ, посылая къ французскому закону, «имѣеть въ виду не французскіе конфликтные принципы», а конкретныя постановленія «внутренняго права»; если онъ «не предоставляетъ французскому закону права говорить послѣднее слово по вопросамъ конфликтнаго права»; если, наконецъ, какъ буквально сказано въ текстѣ—англійскій законъ не позволяетъ французской нормѣ «de lui renvoyer la solution du conflit»:—то спрашивается, почему всѣ эти разсужденія примѣнены авторомъ къ англійской домицилярной нормѣ, и совершенно отрицаются имъ по отношенію къ нормѣ націоналистической, французской? Между тѣмъ всякому ясно, что всѣ приведенные аргументы—вмѣстѣ и по отдѣльности—могутъ быть приложены къ С. Сивил'ю—и дадутъ именно то отрицаніе отсылки, противъ котораго борется Weiss. Я сказалъ бы даже больше: ни одинъ изъ противниковъ отсылки никогда не сказалъ, противъ нея, ничего такого, что не было бы воспроизведено въ указанной цитатѣ Weiss'a. Очевидно, что вся аргументація основана на какомъ-то странномъ недоразумѣніи.—Ср. Ligeoix, Renvoi, стр. 72—73.—Не могу я согласиться также и съ тѣмъ, что говорить противъ существованія *cercle vicieux Zitelmann* (*Internationales Privatrecht*, стр. 241—242), ибо онъ очевидно путаеть догматическое изученіе съ методически-принципіальнымъ анализомъ идеи отсылки: «Indes jede Auslegung muss—das ist ein bekannter Grundsatz—so geschehen, dass ein vernünftiges Resultat herauskommt. Ist also überhaupt einmal angenommen, dass die Kollisionsnorm die Rückverweisung zullasse, so muss weiter, weil allein vernünftig, auch als gewollt angenommen werden, dass eben nur die Rück- und nicht auch die Rück-Rückverweisung beachtlich sein solle. Und analog würde es bei der Weiterverweisung stehen... Es ist nicht richtig zu sagen: ebenso gut wie man die erste Rück- und Weiterverweisung, obwohl sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, doch als beachtlich, ansieht, muss man auch die Rück-Rück- und Weiter-Weiterverweisung, die ebenfalls nicht im Gesetz erwähnt ist, als zulässig ansehen. Denn der Gesetzgeber kann wohl Gründe haben, die erste Rück- und Weiterverweisung zuzulassen (wie ja wirklich vorkommende Kollisionsnormen dieses Inhalts beweisen); eine Rück- und Weiterverweisung fernerer Potenz aber zuzulassen, dafür kann nicht das leiseste gesetzgeberische Motiv gefunden werden, also ist sie jedenfalls nicht als gewollt anzunehmen».—Ср. v. Bar, *Annuaire Institut*, 1900, стр. 155.—Da Veiga Beirao, *La théorie du renvoi etc.*, Clunet, 1908, стр. 370.

Б и т. д. Мы можем остановиться, послѣ отсылки, на матеріальной нормѣ А только цѣной явной непослѣдовательности¹⁾:—признавъ, что вторая отсылка отъ Б къ А менѣе «энергична», чѣмъ первая отсылка отъ А къ Б. Конкретно: англичанинъ домицилированъ и судится во Франціи. *Lex fori* опредѣляетъ его дѣеспособность по английскому закону (разумѣя этотъ законъ въ смыслѣ матеріальной нормы плюсъ объемное постановленіе); объемное постановленіе отсылаетъ обратно къ французскому гражданскому кодексу, какъ къ закону домициля. Но въ гражданскомъ кодексѣ надо тоже взять не матеріальную норму ст. 388²⁾, а конфликтную норму ст. 3, п. 3. Слѣдовательно, въ конечномъ результатѣ надо примѣнить національный законъ англичанина. *Inde* безконечное перекидываніе отъ одного закона къ другому.

Тезисъ о *serciclé vicieux* настолько самоочевиденъ, что возникаетъ—какъ и выше—вопросъ: чѣмъ объяснить противоположныя утвержденья, выставляемыя солидными учеными? Именно потому, что ихъ аргументація изъ рукъ вонъ плоха³⁾,—представляется интереснымъ объяснить себѣ, въ чемъ именно заключается

¹⁾ «On ne peut obtenir logiquement une solution. Le juge enfemé dans un labyrinthe sans issue, se trouve dans la nécessité de recourir au bris de clôture». Ligeoix, La théorie du renvoi etc., Clunet, 1908, стр. 485.

²⁾ Le mineur est l'individu qui n'a point encore l'âge de 21 ans accomplis.

³⁾ См. стр. 258, прим. 1.—Еще слабѣе Weiss'a аргументируетъ Guarini, Applicabilità delle norme etc., стр. 247—248, оперирующій, вмѣсто юриспруденціи, съ какимъ-то наивнымъ «разговоромъ двухъ дамъ». Въ самомъ дѣлѣ. По его мнѣнію, судья той страны, которая находится въ положеніи отсылающей, говоритъ судья «fori: regolate colla vostra legislazione il rapporto di diritto; io, qui voi ne affidavate l'incarico, delego, disegno, per ragioni mie, voi a questo reggimento giuridico specifico». Or noi domandiamo, per qual ragione, per quale logica, per qual senso giuridico, il giudice adito, in cerca della norma specifica, deve ripetere il ritornello comico di ridire alle leggi straniere: «voi, cui io facero l'omaggio della direzione del litigio, come a legge naturale, delegate me, avendone il diritto; io, di rimando, incarico, ancora una volta, voi di designar la legge». Per quanto si cerchi e scruti, non se ne vede il perchè».

тотъ субстратъ безсознательныхъ ассоціацій, который заставилъ, на примѣръ, аккуратнѣйшаго Weiss'a не замѣтить столь грубой своей ошибки. Вдумываясь въ возможныя модуляціи этого полусознательнаго фундамента, я полагаю, что его слѣдуетъ искать въ прекло-
 нении передъ *lex fori*: французскій судья можетъ откинуть свой законъ и примѣнить иностранный; но если самъ иностранный законъ начинаетъ убѣждать французскаго судью въ необходимости примѣнить *Code Civil*, то твердость убѣжденій французскаго судьи ослабѣваетъ и онъ склоняется къ *lex fori*. Та же мысль можетъ быть выражена въ другой формѣ: нарушение ст. 3, п. 3 (о *lex originis*) не есть нарушение, ибо нельзя видѣть нарушение *Code Civil*'я—въ томъ, что примѣнять именно *Code Civil*. Я, конечно, не оправдываю такую точку зрѣнія. Я только объясняю, путемъ какой именно ошибки Weiss дошелъ до невѣрныхъ выводовъ. Этой ошибки, конечно, слѣдуетъ избѣгать: интернаціоналистъ долженъ привыкнуть къ мысли, что *lex fori* можетъ быть нарушена примѣненіемъ своихъ собственныхъ постановленій.

На этомъ мы можемъ остановиться. Мы пришли къ тому выводу, что случайныя соображенія, изъ цѣлесообразности почерпнутыя, не только не даютъ намъ никакого рѣшительнаго отвѣта на вопросъ объ отсылкѣ,—но еще и приводятъ насъ къ новымъ, совершенно неожиданнымъ, недоумѣннымъ вопросамъ. Возьмемъ ли мы постановку вопроса Asser'a, или ту болѣе сложную комбинацію, которую предлагаетъ Weiss:—у обоихъ этихъ авторовъ мы тотчасъ же обнаруживаемъ существованіе крупныхъ, ими незамѣчаемыхъ первоошибокъ. А это именно и значить, что отсылка не можетъ быть разбираема какъ случайное недоразумѣніе. Ибо, для того, чтобы дать на нее случайными соображеніями продиктованный отвѣтъ и успокоиться на этомъ отвѣтѣ,—необходимо, какъ оказывается, обнаружить глу-

бокое непониманіе нѣкоторыхъ весьма важныхъ конфликтныхъ положеній.

Сама сила вещей, слѣдовательно, толкаетъ насъ къ тому, чтобы мы поставили крестъ на возможности разрѣшить отсылку въ качествѣ мелкаго недоразумѣнія. Сама сила вещей подводитъ насъ вплотную къ Grundproblem'amъ нашей науки: внѣ этихъ основныхъ понятій справиться съ отсылкой, очевидно, невозможно. Перехожу, такимъ образомъ, ко второй части этой главы.

СПбГУ

IV.

99.—Каковы должны быть основы конфликтнаго міросозерцанія у того юриста, который принимаетъ отсылку?

Отсылка, установленная въ чужомъ законѣ и принятая нашимъ судьей, обозначаетъ собой, что нашъ законъ будетъ примѣняться не въ тѣхъ предѣлахъ, которые онъ самъ для себя установилъ, а въ другихъ,—формулированныхъ именно по чужому закону. Датчанинъ,—говорятъ противники отсылки,—живущій въ Парижѣ, не подлежитъ вѣдѣнію ст. 3, п. 3, С. С. Принявъ отсылку отъ датскаго закона къ французскому, мы именно опредѣлимъ дѣеспособность этого человѣка по французскому закону, вопреки французскимъ объемнымъ нормамъ. Противники отсылки добавляютъ: это совершенно недопустимо; нашъ законъ долженъ быть примѣняемъ только въ тѣхъ предѣлахъ, которые онъ самъ для себя установилъ. И они доказываютъ такую свою мысль весьма подробными аргументами.

Можно ли допустить, чтобы чужой законъ опредѣлялъ объемъ *legis fori*?—спрашиваетъ Bustamante¹⁾. Отвѣтъ, конечно, получается отрицательный: ибо компетенція даннаго закона не можетъ быть опредѣлена иначе, какъ имъ самимъ²⁾. Законодатель, который допустилъ бы

¹⁾ *Annuaire Institut*, 1898, стр. 220.

²⁾ *Pillet, Essai d'un système général etc.*, Clunet, 1894, стр. 721—722: «en décider autrement, c'est décider implicitement que sur la question de détermination du statut personnel la France est liée à la manière de voir d'un pays étranger».

иную постановку дѣла, отказался бы отъ своего суверенитета. Въ самомъ дѣлѣ,—говорить Pillet ¹⁾),—если государство «для того, чтобы опредѣлить свою законодательную компетенцію, не установитъ точныхъ принциповъ, а передастъ иностранному государству право устанавливать указанную компетенцію,—то оно откажется отъ основныхъ признаковъ суверенности» ²⁾). Слѣдовательно, говоритъ Ligeoix ³⁾), если законодатель извергъ изъ своей компетенціи какой-нибудь казусъ, то иностранное законодательство не можетъ навязать ему противоположнаго рѣшенія ⁴⁾). Съ этимъ, опять-таки, нельзя не согласиться.—Неужели же было бы ошибкой,—продолжаетъ Lainé ⁵⁾) нить разсужденій,—утверждать

¹⁾ Annuaire Institut, 1898, стр. 29.

²⁾ «... Attendu qu'il ne serait pas rationnel d'accepter le renvoi à la loi française, que le législateur a cru devoir précisément écarter». Trib. civ. Dieppe 2 апрѣля 1896 года, Clunet, 1899, стр. 362—Ср. разсужденія A. Pillet, Principes du droit international privé, 1903, стр. 165: «Il serait absurde de supposer que l'Etat français a pu abandonner à l'Angleterre ou à l'Allemagne le soin de lui indiquer jusqu'où va sa propre souveraineté».

³⁾ Ligeoix, Le renvoi, стр. 86—87.

⁴⁾ Этотъ аргументъ былъ приведенъ еще у de Boeck, Dalloz, 1889, II, стр. 100; «Comment [le législateur français] accepterait-il, de la part du législateur étranger, le renvoi à sa propre législation, qu'il a cru devoir écarter?—Что касается Ligeoix, то онъ прибѣгаетъ—къ длиннымъ и сложнымъ умозаключеніямъ для того, чтобы доказать этотъ элементарный тезисъ. Если lex fori—говоритъ онъ—присваиваетъ себѣ компетенцію, то она и примѣняется, несмотря ни на какія иначе гласящія иностранныя конфликтныя нормы. (Напримѣръ, дѣеспособность француза, domiciliрованного въ Дании, конечно, будетъ опредѣлена датскимъ судомъ по датскому закону, несмотря на ст. 3, п. 3, С. С.). Если, наоборотъ, lex fori отвергаетъ компетенцію,—то «aucune différence entre les deux [cas] ne peut être relevée. La solution doit donc être la même; pas plus dans ce cas que dans le premier, le juge n'a à se préoccuper de la règle de droit international privé étrangère».

⁵⁾ «Comprendrait-on que la loi d'un pays,—говоритъ Lainé (Clunet, 1896, стр. 260)—fût faite pour s'appliquer ou s'effacer tour à tour, au grès des législations étrangères? Une pareille loi ne serait pas une loi. Et telle n'est pas la nôtre. Les dispositions de notre droit international ...sont imperatives, constantes, immuables. Elles n'offrent pas seulement des facultés subordonnées à l'assentiment des législateurs étrangers; elles forment des règles. Ce sont

при такихъ обстоятельствахъ, что постановленіе относительно объема *legis fori* имѣетъ территориальный характеръ? ¹⁾.—Нѣтъ, это не было бы ошибкой: ибо понятіе территориальности ничего другого не обозначаетъ, какъ именно обязанность судьи примѣнять, для опредѣленія даннаго вопроса (объема *legis fori*), только своей, а не чужой объемъ ²⁾.

Но, можетъ быть, можно сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ? Можетъ быть, можно сказать, что нормы *legis fori* абсолютны въ наивысшей мѣрѣ, и что судья долженъ ихъ примѣнять—какъ велѣнія непререкаемаго разума—даже и къ опредѣленію объема *legis alienae*? Дойти до утвердительнаго отвѣта на этотъ послѣдній вопросъ, послѣ того какъ приняты всѣ предъидущіе—не трудно. Многіе авторы дѣлаютъ этотъ переходъ совсѣмъ неза-

des lois; dans toute la force du mot, comme des lois internes». Нѣсколько поднятъ тотъ же Lainé выразилъ только что изложенную мысль съ еще большей силой (Revue Darras, 1906, стр. 642): законодатель, установившій рядъ конфликтныхъ нормъ «ne saurait admettre le renvoi—que lui adresse ou semble lui adresser un autre législateur, dont les vues sont contraires aux siennes: ce serait renier son oeuvre, s'effacer, sur son propre territoire, devant cet autre législateur, se dessaisir d'un droit inhérent à sa souveraineté, manquer à son devoir; une telle abdication ne se conçoit pas, c'est une chose impossible». Въ послѣднее время аргументъ объ абсолютномъ значеніи конфликтныхъ нормъ сталъ появляться въ судебныхъ рѣшеніяхъ, отвергающихъ отсылку (Cour Rouen, 30 июня 1897, Revue Darras, 1906, стр. 511—512): «les tribunaux français ne peuvent s'incliner que devant les règles du Code Civil pour savoir quelle est la loi applicable aux étrangers». Въ другихъ рѣшеніяхъ говорится: «конфликтныя нормы суть нормы d'ordre public». Мысль, очевидно, та же самая.

¹⁾ «Les règles adoptées dans un état ont un caractère absolu et ne peuvent jamais fléchir devant des règles adoptés dans un autre Etat. On peut vraiment dire qu'elles sont de vraies règles de droit public, en ce que leur dérogation constitue une violation injustifiée de l'autonomie interne des Etats». Buzzati et Lainé, Annuaire Institut, 1897, стр. 29.

²⁾ Когда французскій законодатель—говоритъ Lainé въ другомъ мѣстѣ (Considérations sur le droit international privé, Revue critique etc., 1900 стр. 90),—опредѣляетъ объемъ своего закона, то «il le décide sans avoir à prendre d'autre avis que le sien; car c'est l'affaire de l'État français, non celle des États étrangers, d'administrer la justice en France».

мѣтно для себя. Большинство изъ нихъ двигается въ модуляціяхъ естественноправового мышленія и этимъ путемъ переходитъ отъ территоріальности къ абсолютности: нашъ-де законъ настолько обязателенъ для судьи, что эта обязательность, очевидно, проистекла изъ соотвѣтствія закона съ естественными вѣдѣніями разума; это обстоятельство влечетъ за собой абсолютность. Если мы возьмемъ, напримѣръ, работу Labbé, то мы увидимъ слѣдующее. Code Civil—говоритъ первый теоретикъ отсылки—содержитъ въ себѣ коллизіонную систему, построенную на началахъ абсолютнаго разума¹⁾; эта система является идеальной; желательно, чтобы она примѣнялась во всѣхъ странахъ. Поэтому, въ случаѣ столкновенія этой системы съ какой-нибудь другою—вторая, очевидно, должна уступить «высшему разуму». Указанная мысль развита до крайнихъ своихъ предѣловъ однимъ мало извѣстнымъ авторомъ, случайно выступившимъ со статьей по вопросу, непосредственно отсылки не касающемуся. Зовутъ этого автора Tournaде. Въ статьѣ объ англичанахъ—расточителяхъ онъ мечетъ²⁾ громъ и молніи для того, чтобы доказать и подчеркнуть именно естественноправовой характеръ кон-

¹⁾ J. E. Labbé, комментарий къ Cass., 22 февраля 1882 г., Sirey, 1882. I, стр. 393: «On conçoit deux théories. Dans l'une, la justice française doit en chaque matière juridique, construire le système idéal qui paraît le plus conforme à la raison, et qui devrait prévaloir chez tous les peuples... Эта система, конечно, поведетъ къ примѣненію національнаго закона во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда этого будетъ требовать французская абсолютная норма; т.-е., даже и въ тѣхъ—когда иностранный законъ будетъ требовать чего-либо другого. «En voici un autre [système]. De système idéal appelé à devenir universel, le juge français n'en construit pas. Il admet la diversité des législations. Il veut seulement avoir une loi quelconque applicable à chaque problème» (Labbé, *ibidem*). Въ этомъ второмъ случаѣ, отвергаемомъ авторомъ, французскій судья будетъ примѣнять безразлично: французскую, или иностранную конфликтную норму, «лишь бы прийти къ какому-нибудь результату».

²⁾ P. Tournaде, De la dation d'un conseil judiciaire à un étranger en France, Clunet, 1895, стр. 490.

фликтныхъ нормъ: конфликтная норма, предписывающая примѣнять національный законъ, «является принципомъ чистаго разума»; такая норма «передаетъ не относительную истину, выведенную изъ наблюденія случайныхъ обстоятельствъ, а истину философическую, извлеченную только изъ разума»; такая норма является «самой истиной»¹⁾. Ту же ссылку на высшія соображенія о разумѣ я нашелъ, къ сожалѣнію, и въ нѣкоторыхъ судебныхъ рѣшеніяхъ²⁾.

100.—Я нарочно воспроизвелъ всѣ модуляціи разбираемаго аргумента во всѣхъ его подробностяхъ — для того, чтобы выяснитъ пропасть, лежащую между исходной точкой разсужденій—и выводомъ. Въ самомъ дѣлѣ. Въдъ мы начали съ трюизма. «Законъ самъ опредѣляетъ свою компетенцію». Этотъ тезисъ настолько очевиденъ, что онъ нуждается не въ подтвержденіи, а только въ точной формулировкѣ. Отчего же такъ много усилій употребляютъ цитированные ученые въ развиваемой ими сложнѣйшей аргументаціи?—Я не могу найти другого отвѣта, кромѣ слѣдующаго. Простой тезисъ о самоопредѣляющейся компетенціи запутывается для того, чтобы «избытокъ несомнѣнности» помогъ вывести въ полноправные люди иное положеніе, съ остальнымъ тезисомъ ничего общаго не имѣющее. Мы начали съ трюизма, а

¹⁾ Аналогичны разсужденія у Т. М. Е. Asser, *Quelques observations concernant la théorie ou le système du renvoi*, Clunet, 1905, стр. 41: «La science en déclarant applicable la loi nationale ou la loi de la destination des biens ou telle autre loi, a été guidée par des considérations dérivant de la nature de rapport de droit dont il s'agit».—Ср. С. de Boeck, комментарий къ Cass. Bruxelles, 24 декабря 1887, Dalloz, 1889, II, стр. 99: отсылка должна быть отвергнута «si l'on croit que les règles du droit international dérivent des données de la raison et qu'en appliquant la loi étrangère, le juge compétent fait oeuvre de soumission nécessaire à un précepte de justice».

²⁾ «La loi [nationale] est mieux placée que tout autre pour apprécier les conditions d'où la règle juridique doit dériver, et qu'elle doit être observée pour des motifs supérieurs de raison et de justice». Trib. civil Seine 10 февр. 1893, Clunet, XX, стр. 535.

кончили такимъ утверждениемъ, которое не только въ высшей степени спорно, но даже, вѣрнѣе сказать, является отрицаниемъ этого самаго трузизма. Ибо тотъ, кто говоритъ: «законъ опредѣляетъ свою компетенцію», долженъ говорить: «чужой законъ не можетъ опредѣлять моей компетенціи», и не можетъ сказать: «мой законъ опредѣляетъ компетенцію чужого закона». А между тѣмъ, Tougnade именно говоритъ: абсолютныя велѣнія французскаго закона опредѣляютъ компетенцію всякаго закона (см. стр. 254).

Это приводитъ мой критическій анализъ къ первому положительному результату. Правы тѣ, кто настаиваетъ на самоопредѣленіи объема. Но неправы они, думая, что самоопредѣленіе объема можетъ создать отсылку. Если законъ говоритъ: «французскій законъ примѣняется (или не примѣняется) въ такихъ-то предѣлахъ, устанавливаемыхъ его же нормами»—то изъ этого тезиса, какъ его ни верти, никакой отсылки не получится. Какъ только судья подойдетъ къ тому мѣсту процесса, гдѣ ему придется примѣнить *lex fori* въ силу *aliena lex* и вопреки ¹⁾ *lex fori*, онъ, конечно, не примѣнитъ *lex fori* ²⁾. И, наоборотъ, какъ только судья установитъ не-

¹⁾ Ср. Lainé, *Revue Darras*, 1907, стр. 72: «L'incompétence est le revers de la compétence et la volonté du législateur, à ce point de vue, n'est pas moins absolue, souveraine. Conformément à ce double principe, notre législateur a posé ces deux règles, qui en sont l'une et l'autre des corollaires: d'une part, la loi française est compétente à l'effet de régler le statut personnel des Français résidant (ou même domiciliés) en pays étranger; et ce serait vainement qu'un législateur étranger prescrirait à ses juges d'y appliquer leurs propres lois... Par contre, la loi française est incompétente à l'effet de régler le statut personnel des étrangers résidant (ou même domiciliés) en France, et ce serait vainement qu'un législateur étranger en demanderait, de manière expresse ou tacite, à nos tribunaux l'application; les juges français devraient s'y refuser».

²⁾ По дѣлу Forgo, т. е. еще въ началѣ восьмидесятыхъ годовъ возникъ вопросъ: совместило ли съ понятіемъ французскаго суверенитета, чтобы французскій законъ примѣнялся *lege bavarica*, вопреки *lex gallica*? Докладчикъ кассационнаго суда отдѣлялся отъ этого серьезнаго вопроса поверхностнымъ замѣчаніемъ (Isaac, *Renvoi*, стр. 24): «Какъ можно,

обходимость примѣнить *lex fori* въ силу компетенціи *sua lege* и вопреки отказу въ компетенціи *aliena lege*, онъ, столь же несомнѣнно, примѣнитъ *lex fori*. Только очевиднымъ непониманіемъ ¹⁾ такого простого тезиса можно объяснить, что Buzzati возбуждаетъ вопросъ объ отсылкѣ въ слѣдующемъ случаѣ: итальянецъ, домицилированный въ Даніи, судится въ Италіи; почему бы въ силу отсылки (?) не примѣнить къ нему законъ датскаго домициля? ²⁾. Я полагаю, что послѣ всего сказаннаго, отвѣтъ на такое «почему» является излишнимъ ³⁾. Принятіе теоріи самоопредѣляющагося объема

вообще, нарушить французскій законъ путемъ примѣненія его собственнхъ постановленій?» То, что казалось г-ну Demangeat абсурдомъ, предметомъ для риторическаго вопроса,—является несомнѣнной истиной. Примѣненіе матеріальной нормы *fori* къ случаю, не входящему въ компетенцію, можетъ быть нарушеніемъ той же *lex fori*, но въ ея конфликтныхъ постановленіяхъ.

¹⁾ То же самое весьма грубое непониманіе вопроса заставляетъ F. Surville видѣть отрицаніе отсылки въ рѣшеніи Trib. Corbeil 4 августа 1897. «Dans ce jugement—говоритъ Surville (La question du renvoi etc., Revue critique etc., 1899, стр. 219)—la théorie du renvoi est donc à bon droit, à notre avis, nettement répuđiée». Между тѣмъ дѣло шло просто о томъ, что французскій судъ долженъ обсуждать французскія недвижимости по французскимъ законамъ, хотя бы итальянскій кодексъ и подчинялъ ихъ итальянскому закону.

²⁾ Buzzati et Lainé, Rapport, Annuaire Institut, 1898, стр. 20: «supposons qu'il s'agisse de juger de la capacité de tester d'un Italien domicilié en Danemark: le juge italien, qui doit juger selon la loi nationale du testateur, ne pourra faire autre chose qu'appliquer le droit civil italien; le juge danois, qui en doit juger selon la loi du domicile, appliquera le droit civil danois: pour ce cas, pas de renvoi et les deux jugements seront absolument inconciliables. En vérité, c'est une admirable théorie juridique cette théorie du renvoi qui, pour une même règle de droit international, dans une même hypothèse juridique, tantôt est appliquée, tantôt non».

³⁾ Нѣсколько труднѣе, чѣмъ въ только что приведенныхъ случаяхъ Buzzati и Surville (см. прим. 2 и 3)—выяснить себя отсутствіе отсылки въ случаяхъ въ родѣ слѣдующаго. Коносаментъ учиненъ за границей и содержитъ въ себѣ оговорку о подчиненіи сторонъ нѣмецкому закону. Разбирается дѣло въ нѣмецкомъ судѣ. Но нѣмецкій судъ, при толкованіи отдѣльныхъ словъ коносамента, «отсылаетъ» къ *lex loci contractus* (см. Hamburg 2 января 1903, Clunet, 1905, стр. 395): казалось бы, что мы имѣемъ случай компетентности *lex fori*, отсылающей, тѣмъ не менѣе, къ

дѣлаетъ какую бы то ни было отсылку въ данномъ случаѣ невозможной.

Для возникновенія отсылки нужна комбинація болѣе сложная: необходимо введеніе дополнительныхъ теоретическихъ предпосылокъ; въ частности, необходимо стремленіе опредѣлять по *lex fori* объемъ иностранныхъ законовъ. И именно это стремленіе и проводится контрабанднымъ путемъ въ цитированныхъ «модуляціяхъ». Проводится безсознательно.

Поэтому, для ясности изложенія, я не буду критиковать контрабандныхъ «прибавленій» здѣсь—а отложу возраженія противъ нихъ до того момента, когда мы встрѣтимся съ учеными, выставляющими «прибавленія» сознательно. Въ данный моментъ намъ достаточно зафиксировать одинъ результатъ. Теорія самоопредѣленія объема не вызываетъ возраженій. Но эта теорія не даетъ никакой почвы для возникновенія вопроса объ отсылкѣ.

101.—Перехожу къ работамъ ¹⁾, выставляющимъ тезисъ объ опредѣленіи компетенціи чужого закона по *lex fori*,—сознательно. Эти ученые распадаются на двѣ категоріи. Первая допускаетъ абсолютизацію ²⁾ конфликтныхъ нормъ *fori*, такъ сказать, *implicite*: уже тѣмъ самымъ,—говорятъ эти ученые,—что *lex fori* опредѣляетъ свою компетенцію, она затрогиваетъ, въ томъ или иномъ смыслѣ, и компетенцію *legis alienae*. Суще-

lex aliena.—На дѣлѣ оказывается, что указаніе коносамента на нѣмецкую компетентность не устанавливаетъ таковой, доколѣ самъ законъ ея себѣ не присвоить. Слѣдовательно, въ разбираемомъ случаѣ мы именно имѣемъ не случай самоопредѣленія объема,—а случай компетенціи чужого закона *lege germanica*. Ср. contra, Hamburg 21 іюня 1889, Clunet, 1892, стр. 1038.

¹⁾ Отмѣчу, что имена будутъ повторяться почти тѣ же самыя. Мнѣ важно установить эволюцію не профессоровъ, а идей.

²⁾ Подъ этимъ именемъ я буду разумѣть распространеніе *legis fori* на вопросъ объ объемѣ чужого закона. [Въ этомъ случаѣ конфликтная норма *fori* получаетъ абсолютное, на всѣ законы распространяемое, значеніе.

ствуется-де причинная связь между самоопредѣленіемъ объема и абсолютизаціей.

Эта теорія (причинной связи) можетъ проявляться въ двухъ формахъ: вѣрной и невѣрной. И, опять-таки, мы находимъ не мало теоретиковъ, которые, доказавъ правильность вѣрной половины теоріи, съ торжествомъ заявляютъ: слѣдовательно, доказана и другая половина (невѣрная!).

Вѣрная половина теоріи причинной связи можетъ быть формулирована такъ: если законодатель призналъ себя компетентнымъ для даннаго казуса, то онъ тѣмъ самымъ (причинная связь!) призналъ все остальные законы некомпетентными. Спорить противъ такого перехода отъ самоопредѣленія къ отрицательной абсолютности—нельзя.

Приведу примѣръ изъ практики. Представимъ себѣ столкновение ст. 8 итальянскаго С. С. ¹⁾ со статьей 3, п. 2 французскаго кодекса ²⁾. Конкретно: итальянецъ, умирая, оставляетъ недвижимое имущество во Франціи; дѣло разбирается въ Италіи и во Франціи. Спрашивается: какой законъ примѣнить каждый изъ судей? Въмѣсто отвѣта можно сослаться на два противорѣчивыхъ рѣшенія. Туринскій кассационный судъ, по аналогичному вопросу, постановилъ ³⁾ (мотивы для насъ не интересны): «*les immeubles étant situés dans un territoire... où le droit de succession à ces immeubles était considéré comme exclusivement territorial, il ne devait pas être fait application du principe posé par le législateur italien*». Наоборотъ, окружный судъ въ Corbeil призналъ ⁴⁾ нуж-

¹⁾ Le successioni legittime et testamentarie... sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino.

²⁾ Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française.

³⁾ 17 іюня 1874 года, Clunet, 1875, стр. 51.—Ср. D. Anzilotti, Stud critici стр. 242, 244.

⁴⁾ 4 августа 1897 года, Clunet, 1898, стр. 570.

нымъ примѣнить *lex fori* во всей его полнотѣ: «*la succession immobilière de la dame Tasca qui ne se compose que de propriétés situées sur le sol français, doit être régie par la législation française, sans aucune influence des lois italiennes*». Которое изъ этихъ рѣшеній болѣе правильно? Можетъ ли судъ, въ случаѣ подобнаго положительнаго конфликта (оба закона присваиваютъ себѣ компетенцію)—подчиниться нормамъ иностраннаго закона? Практика и теорія единогласно отвѣчаютъ отрицательно, такъ что Туринское рѣшеніе считается грубой ошибкой¹⁾.

102.—Такова вѣрная половина теоріи причинной связи. Невѣрно утвержденіе «перевернутое»; а именно, что отказъ *legis fori* отъ компетенціи обозначаетъ собой присвоеніе соответственнаго объема иностранному закону. Поясню, опять-таки, на конкретномъ примѣрѣ.

Статья 3, п. 3 С. С. гласитъ, какъ извѣстно: «*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*». Эта статья ничего не говоритъ о томъ, какъ опредѣляется личный статутъ иностранцевъ, проживающихъ за границей; она умалчиваетъ также объ иностранцахъ, пребывающихъ во Франціи; она оставляетъ открытымъ даже вопросъ о французахъ, домицилированныхъ за границей²⁾. Ст. 3 регулируетъ французскимъ закономъ личный статутъ французовъ, пребывающихъ во Франціи, и французовъ, имѣющихъ временную *résidence* за границей. Вся та остальная принципиальная широта, которая внослѣдствіи вложена была въ ст. 3-ю («всякій

¹⁾ Замѣчанія *Bartin* (op. cit., стр. 101) основаны на странномъ недоразумѣніи и, во всякомъ случаѣ, никѣмъ въ литературѣ не поддерживаются.

²⁾ При точности французской юридической терминологіи, представляется знаменательнымъ, что ст. 3 говоритъ «*même résidant en pays étranger*», а не «*même domiciliés en pays étranger*». Вопросъ этотъ не представляетъ сомнѣній для теперешнихъ французскихъ юристовъ: но только потому, что болѣе широкое толкованіе (не буквальное) соответствуетъ ихъ теоретическимъ *desiderata*. Для безпристрастнаго изслѣдователя первоначальный смыслъ *Code Civil*'я остается, по крайней мѣрѣ, спорнымъ.

законъ регулируетъ личный статутъ всѣхъ своихъ подданныхъ, гдѣ бы они ни пребывали или ни были домицилированы») является произвольной. Можетъ быть, нѣчто подобное мыслилось авторами Наполеонова творенія; но вѣрнѣе предположить, что новѣйшія теоріи послѣ-Манчиніевской школы вовсе не приходили въ голову такимъ людямъ, какъ Portalis. Въ особенности утверждаетъ меня въ этой мысли то обстоятельство, что самое понятіе національности, съ такимъ трудомъ пробившееся наружу во Франціи, было еще совершенно неизвѣстнымъ въ той космической пыли ничтожныхъ государствъ, которая окружала Францію. Трудно было регулировать національнымъ закономъ личный статутъ тѣхъ *glebae adscripti*, которыхъ мѣняли и продавали, какъ скотъ ¹⁾.

Повторяю. Очевидно въ ст. 3, п. 3, С. С. лишь одно: что французскіе законы обязательны для французовъ, пребывающихъ во Франціи и резидирующихъ за границей ²⁾. Нѣкоторая произвольность имѣется уже въ тезисѣ иностранцы не регулируются французскимъ закономъ ³⁾ Ибо этого въ законѣ не сказано; это выведено опаснымъ приѣмомъ «отъ противнаго» ⁴⁾. Въ воздухѣ виситъ

¹⁾ Cp. L. von Bar, Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht Böhm, VIII, стр. 186—187.

²⁾ «L'art. 3, 3^o de ce Code ne parle que des Français; il ne vise nullement les étrangers résidant en France ou ailleurs, et c'est par simple analogie qu'on a admis que ces étrangers seraient régis... par la loi de leur pays». Von Bar, Annuaire Institut, 1900, стр. 156.

³⁾ Какъ отнестись, на примѣръ, къ иностранцамъ, не потерявшимъ своей національности, но домицилированнымъ во Франціи *sans esprit de retour*?—Общія курсы не упоминаютъ о такомъ казусѣ, но авторы специальныхъ изслѣдованій склонны регулировать личный статутъ такихъ иностранцевъ—французскимъ закономъ, т.-е. въ разрѣзъ общему принципу Манчиніевской школы. Cp. P. Tournade, De la dation d'un conseil judiciaire à un étranger en France, Clunet, XXII, стр. 497. Совершенно правъ авторъ, подчеркивая, что компетенція французскаго закона устанавливается въ этомъ случаѣ «directement, et non par délégation de la loi étrangère».

⁴⁾ Я знаю, что правовѣрные французскіе догматики увидѣли бы въ этомъ моемъ утвержденіи ересь. Я сошлюсь, въ подтвержденіе моей мысли,

тезисъ: такъ какъ иностранцы не регулируются французскимъ закономъ¹⁾, то слѣдовательно²⁾ къ нимъ при-
мѣняется ихъ національный законъ³⁾.

на слѣдующій примѣръ изъ практики. Ст. 3,1° С.С. говоритъ, что французскія недвижимости регулируются французскимъ закономъ. Значить ли это, что недвижимости, находящіяся за границей, не регулируются французскимъ закономъ?—иногда значить, а иногда нѣтъ. Я имѣю, на примѣръ, любопытнѣйшее рѣшеніе Trib. Marseille 19 июля 1905 (Clunet, 1907, стр. 152), въ которомъ, въ силу особаго стеченія обстоятельствъ, пришлось сказать: «si la jurisprudence soumet les immeubles étrangers à la loi du lieu de leur situation, ce n'est pas en vertu d'une disposition légale impérative: d'où il suit que l'application [à de tels immeubles] de la loi française ne viole aucun texte». То, что вѣрно для абз. 1-го ст. 3-й, не можетъ быть невозможнымъ для абзаца 3-го.

¹⁾ «Sans doute la règle en vertu de laquelle l'étranger reste soumis en France à la loi étrangère qui gouverne son état et sa capacité n'est pas écrite en toutes lettres dans cet article. Peut-être y a-t-il là une lacune? Mais on ne sera pas surpris que le législateur de 1804 ait hésité à la combler, si l'on réfléchit que c'est à la loi dont l'étranger dépend par sa nationalité à décider si l'état et la capacité de ce dernier seront régis, en dehors des limites de sa compétence territoriale, par la loi locale, ou par la loi personnelle, et, dans ce dernier cas, si c'est la législation nationale ou celle du domicile qui jouira de l'extraterritorialité. A moins d'adopter une formule très vague, dans tous les cas difficilement satisfaisante, le Code Civil ne pouvait, sans méconnaître la souveraineté personnelle de la loi étrangère soumettre à telle règle la détermination de l'état et de la capacité des personnes étrangères sur le territoire français». Weiss, Traité, 1898, III, стр. 153—154.

²⁾ Cp. Brocher, Cours, 1882, I, стр. 97: «l'étranger n'est pas soumis au statut personnel français; or, comme il doit en avoir un, ce ne peut être que celui dont il est doué par sa loi nationale. Cette solution paraît généralement adoptée en principe. Mais une règle ainsi consacrée par voie d'exclusion d'une autre est-elle bien revêtue d'une autorité aussi absolue que si elle eût été formulée en termes exprès et directs? Cette voie détournée n'a-t-elle pas été choisie, pour laisser une plus grande liberté d'application? Par quels motifs a-t-on reculé devant une réglementation textuelle? a-t-on redouté de ne pas y tenir suffisamment compte de l'infinie variété des faits qu'elle devrait régir? est-ce l'intérêt des nationaux qu'on a craint de compromettre par une disposition expresse et, par conséquent, rigoureusement applicable, Cesont là des questions qui ont soulevé bien de controverses».

³⁾ Cp. F. Despagnet, 1891, стр. 157—158: «Il est du reste permis de penser que l'on ne se préoccupait guère, à cette époque, du conflit de la loi française avec celle des autres pays, car les relations internationales étaient alors bien loin du développement qu'elles ont atteint depuis, et, de plus, la

Это именно и есть невѣрная половина теоріи причинной связи¹⁾.

Если, — говорятъ ученые этой категоріи, — *lex fori* можетъ отнять у иностраннаго закона установленную имъ для себя компетенцію, то она можетъ ему и навязать компетенцію несуществующую (*sua lege*)²⁾.

«Можетъ навязать» еще не значитъ: «дѣйствительно навязываетъ». Поэтому, для того, чтобы доказать наличность ученыхъ, признающихъ *implicite*, что отказъ отъ собственнаго объема является тѣмъ самымъ актомъ, путемъ котораго компетенція навязывается чужому закону, — мнѣ необходимо сослаться на одного молодого изслѣдователя, у котораго цѣлая глава изслѣдованія основана именно на этой идеѣ, безсознательно усвоенной. Представимъ себѣ, говорить *Ligeoix*³⁾, — что датскій законъ отсылаетъ къ французскому закону такой казусъ, который, по французскому закону, является Франціи неподвѣдомственнымъ. Въ этомъ случаѣ, юридическая основа дѣла сводится къ тому, что «*il s'agit de rechercher si le juge français doit, ou non, se conformer à la manière de voir du législateur danois, en ce qui*

guerre générale dans laquelle la France était engagée n'était pas de nature à les favoriser. On peut remarquer, à l'appui de cette idée, que le législateur, dans l'art. 3, ne s'est préoccupé que des Français ou de la France. Il ne parle des étrangers que pour les assujétir à la loi française en ce qui concerne les lois de police et de sûreté et les règles de la propriété immobilière; à propos de l'état et de la capacité, le § 3 ne vise que le Français, alors qu'il eût été si naturel d'accorder aux étrangers, sur le même point et par juste réciprocité, l'application de leur loi nationale: il a fallu que la doctrine comblât à cet égard la lacune de la loi.

¹⁾ «Я оставляю безъ разсмотрѣнія аргументацію тѣхъ французскихъ авторовъ, которые выводятъ примѣненіе къ иностранцамъ національнаго закона изъ такъ называемыхъ историческихъ изслѣдованій (*Lainé* etc.). Этотъ вопросъ меня здѣсь не интересуетъ.

²⁾ Ср. ходъ мысли у *Buzzati*, *Annuaire Institut*, 1898, стр. 214: «*n'est il pas plus offensant pour les Etats de s'en [de la compétence] voir retirer que de s'en voir octroyer une à laquelle on n'avait pas songé*»; —отниманіе дѣляется очень часто; —слѣдовательно, можно и навязать.

³⁾ *Le renvoi* etc., стр. 58.

concerne ce conflit de lois». Господинъ фонъ-Баръ—продолжаетъ авторъ ¹⁾—утверждаетъ, что, нарушая волю датскаго законодателя (т. е., присваивая ему компетенцію вопреки его постановленіямъ), французы присваиваютъ ²⁾ себѣ супранациональную власть:—«*mais alors l'Etat, respectant la volonté qui contredit la sienne, reconnait cette superiorité, ce droit «supernational», à la législation étrangère!*» Другими словами: если не принять отсылки, то, дѣйствительно, французскій законъ будетъ поставленъ выше датскаго; но зато, если принять отсылку, датскій законъ будетъ поставленъ выше французскаго ³⁾.

Разсужденіе, на первый взглядъ, подкупаетъ своею убѣдительностью. Но оно именно содержитъ указанную выше ошибку. Въ самомъ дѣлѣ *Ligeoix* предполагаетъ, какъ аксіому, что непримѣненіе датскаго закона за предѣлами его объема (*sua lege*)—обозначаетъ по необходимости примѣненіе французскаго закона тоже за пре-

¹⁾ *Ibidem*, стр. 59.

²⁾ *Von Bar*, *Annuaire Institut*, 1900, стр. 155: «*Imposer une compétence à qui n'en veut pas, ce n'est pas le traiter en égal, c'est revendiquer un espèce de superiorité ou s'attribuer un droit «supernational»: c'est agir comme une cour supérieur qui ordonne à un Tribunal intérieur qui s'était déclaré incompetent pour statuer sur le fond.*»

³⁾ Мысль эта встрѣчается даже у самыхъ зрѣлыхъ и осторожныхъ исследователей. Напримѣръ, у *Bartin*, *Etudes*, стр. 152—153: «*C'est donc que les juges qui, ...acceptent le renvoi de la loi nationale du plaideur aux dispositions de droit interne d'une autre législation que la loi nationale du plaideur désigne, appliquent en réalité au plaideur une fiction d'extritorialité, grâce à laquelle les dispositions de conflit de l'Etat auquel ils appartiennent s'effacent devant celles de l'Etat auquel il appartient lui-même*»—Мысль эта была пущена въ ходъ еще *Laurent'омъ*, въ 1882 году (*Sirey*, 1882, IV, стр. 43): «*Que dit l'art. 3? ...L'état des Français... sera régi, à l'étranger, par la loi française, et non par la loi de leur domicile. Donc le divorce des étrangers, quoique domiciliés en France, y sera régi aussi par leur loi nationale, et non par la loi française. Que fait dire la Cour à l'art. 3? Le divorce des Français est régi, à l'étranger, par la loi de leur domicile, et non par la loi française. Donc le divorce des étrangers, domiciliés en France, y sera régi par la loi française et non par leur loi nationale. C'est faire dire au Code Civil à peu près le contraire de ce qu'il dit.*»

дѣлами его компетенціи *sua lege* (и наоборотъ). Мнѣ не важно въ данный моментъ знать, правъ ли *Ligeoix*, или нѣтъ. Для меня важно, съ методической точки зрѣнія, отмѣтить только одно: если бы онъ не считалъ за аксіому, что непринятіе одного объема влечетъ за собой съ логической необходимостью принятіе—другого, если бы онъ не думалъ по формулѣ *tertium non datur*,—то онъ, конечно, не употребилъ бы указаннаго аргумента. Въ самомъ дѣлѣ. Представимъ себѣ, что *tertium* существуетъ: все равно, какое. Некомпетенція французскаго закона не обозначаетъ собой компетенціи датскаго; некомпетенція датскаго не обозначаетъ компетенціи французскаго. Вся аргументація *Ligeoix* распадается въ этомъ случаѣ въ прахъ: ему нечего отвѣтить *v. Van'у*. Ибо французскій законъ не присвоить себѣ супранациональной власти и не предпишетъ примѣненіе датскаго закона; но—соответственно—и датскій законъ не присвоить себѣ никакой супранациональной власти и т. д. (Какъ именно это получится на практикѣ, я, пока, оставляю открытымъ).

Такова вторая, невѣрная половина теоріи о причинной связи между самоопредѣленіемъ объема и абсолютизаціей конфликтныхъ нормъ ¹⁾. Какъ доказать ея невѣрность? Она невѣрна прежде всего по формѣ: ибо если взять признанное нами за вѣрное положеніе «при-

¹⁾ Мысль эта, вообще, очень распространена. Въ дополненіе къ тому, что изложено въ текстѣ, приведу родственную аргументацію, встрѣченную мною у J. C. Barazetti, *Nochmals die Rückverweisung*, Böhm, 1898, стр. 450—451. При положительномъ конфликтѣ—говоритъ Barazetti—судья *fori* несомнѣнно нарушаетъ компетенцію иностраннаго закона, такъ какъ онъ отнимаетъ у него такой казусъ, который тотъ считаетъ своимъ. Никто не протестуетъ противъ такого нарушенія: всѣ соглашаются съ нимъ. И въ такомъ случаѣ, та же самая покорность должна быть проявлена и въ противоположномъ, но строго аналогичномъ случаѣ: когда *lex fori* навязетъ иностранному закону такую компетенцію, отъ которой тотъ отрещивается. Ибо, отнимая существующую компетенцію, мы нарушаемъ суверенитетъ иностраннаго законодателя—строго говоря—болѣе остро, чѣмъ когда мы приписываемъ ему компетенцію несуществующую.

своеіе объема своему закону обозначаетъ собой отрицаніе объема за всѣми остальными законами»—и «перевернуть» его, то получится: «отрицаніе объема за своимъ — обозначаетъ присвоеніе объема какому-нибудѣ иностранному закону». А очевидно, что этотъ послѣдній тезисъ не соотвѣтствуетъ критикуемой мною нынѣ второй половинѣ теоріи ¹⁾: онъ не имѣетъ той ея точности, которая составляетъ ея слабое мѣсто.

Мы, такимъ образомъ, снова приходимъ къ небольшому этапу. Изъ того, что *lex fori* автономно опредѣляетъ свой объемъ—еще не слѣдуетъ, что онъ *implicite* опредѣляетъ и объемы чужіе. Но, можетъ быть, онъ производитъ подобную абсолютизацію своихъ конкретныхъ нормъ *expressis verbis*?—Поставивъ этотъ вопросъ, мы переходимъ уже во вторую категорію разбираемыхъ аргументовъ. Теперь мы будемъ имѣть дѣло съ абсолютизаціей, не безсознательной и не попутной—а планомерной.

103.—Мы переходимъ, слѣдовательно, къ тѣмъ ученымъ, которые говорятъ: *lex fori* должна опредѣлять объемы иностранныхъ законовъ.

Довольно сложенъ тотъ ходъ мысли, путемъ котораго ученые этой категоріи приходятъ къ необходимости отстаивать абсолютный характеръ конфликтныхъ нормъ *fori*. Дѣло въ томъ, что къ отсылкѣ можно относиться слѣдующимъ образомъ. *Lex fori* объявляетъ себя некомпетентной. Судья исполняетъ это велѣніе. Но оказывается, что и иностранный законъ некомпетентенъ (*sua lege*). Такъ какъ-де конфликтная норма *fori* обозначала лишь отказъ отъ присвоенія компетенціи себѣ, то судья, который подчинится чужой конфликтной нормѣ и объявитъ: «данная *lex aliena* тоже не компе-

¹⁾ Сказать: есть «чья то» компетенція,—значить ничего не сказать о компетенціи, ибо компетенція можетъ быть только индивидуальной.

тентна» — не нарушить *lex fori* ¹⁾). Получится просто *Gesetzesvacuum* ²⁾)—но оба закона будут исполнены.

Ученые разбираемой категории возражаютъ противъ такой постановки вопроса. Нѣтъ, — говорятъ они, — вы должны примѣнить иностранный законъ; нѣтъ, непримѣненіе его нарушитъ *lex fori*; а почему нарушить? — потому что *lex fori* не только отказывается, но она еще и предписываетъ примѣненіе иностраннаго закона. Мы входимъ, такимъ образомъ, въ область категорическаго утвержденія абсолютности конфликтныхъ нормъ.

«Le droit international privé, говоритъ Ligeoix ³⁾) — comprend avec la détermination des limites locales de l'empire des lois internes, *lex fori*, l'indication, dans le cas où la *lex fori* n'est pas applicable, de la loi étrangère qui doit être appliquée. C'est de cette deuxième partie du rôle du législateur en notre matière que viennent précisément les théories du renvoi».

Какъ въ томъ случаѣ, — продолжаетъ онъ, — когда законодатель присваиваетъ себѣ компетенцію, такъ и въ томъ случаѣ, когда онъ ее отрицаетъ — приказъ всегда равенъ самому себѣ; разница заключается только въ томъ, что во второмъ случаѣ приказъ имѣетъ объектомъ иностранный законъ ⁴⁾). *Gesetzesvacuum*'а получиться не можетъ: съ точки зрѣнія судьи всегда окажется, что иностранный законъ запрещаетъ ему сдѣлать то, что предписано закономъ *fori*. Совершенно тѣ же мысли высказывалъ въ свое время Kahn ⁵⁾). Полемизируя про-

¹⁾ Отказъ въ компетенціи французскаго закона не противорѣчитъ тому, что *lex fori* (напр., въ Россіи) отвергаетъ русскую компетенцію.

²⁾ Какъ разрешить, въ свою очередь, *Gesetzesvacuum* — я пока не рассматриваю.

³⁾ Ligeoix, La question du renvoi, стр. 131.

⁴⁾ Ligeoix, Ibidem, стр. 131; «quelle que soit la solution donnée à un conflit, que le législateur décide d'appliquer la *lex fori*, qu'il déclare au contraire une loi étrangère applicable, il donne un ordre au juge, et l'ordre différent donné par un législateur étranger fait naître un conflit toujours positif entre les deux dispositions de droit international privé».

⁵⁾ Kahn, Rückverweisung, Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 380—381.—

тивъ доклада редакціонной комиссіи BGB по одному спеціальному вопросу, онъ категорически заявлялъ, что по его мнѣнію, при примѣненіи иностранныхъ матеріальныхъ нормъ «es kommt hier nicht auf das Wollen (иностранной конфликтной нормы), sondern allein auf das Sollen (устанавливаемое по *lex fori*)». Мысль, очевидно, та же самая¹⁾.

Нормы конфликтнаго права абсолютны²⁾. Въ этомъ отношеніи онѣ совершенно отличаются отъ нормъ матеріальнаго права³⁾. Въ то время, какъ матеріальныя нормы, гибкія и покладистыя, уступаютъ въ безчисленномъ количествѣ случаевъ чужому праву—нормы права конфликтнаго, какъ стальное копье, отражаютъ всякое посязновеніе иностранцевъ захватить часть сферы ихъ воздѣйствія. Въ этой области не можетъ быть ни ком-

Ср. Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung etc., цит. у Kahn, ibidem., стр. 377—378: «Wiederum wurde festgestellt, der Grundgedanke des Antrages widerspeche der von der Kommission angenommenen prinzipiellen Auffassung. Das Recht des ausländischen Staats komme zur Anwendung, nicht weil der ausländische Gesetzgeber das Verhältniss regeln wolle, sondern weil das inländische Gesetz vorschreibe, dass das Verhältniss nach diesem Recht beurtheilt werden solle».

¹⁾ Бар. Польде, Международное частное право, стр. 478: «совершенно безразлично, отказывается или нѣтъ иностранное коллизіонное право опредѣлять судьбу даннаго отношенія».

²⁾ Motive zum BGB (Entwurf Gebhard), цит. у Kahn, Rückverweisung Iherings Jahrbücher, 1896, стр. 369—370: «Die Entscheidung darüber, ob mit Rücksicht auf die internationale Beschaffenheit des Verhältnisses das Recht des Inlandes oder des Auslandes anwendbar ist, steht der inländischen Rechtsordnung zu. Desgleichen die Entscheidung darüber, welches der möglicherweise in Betracht kommenden fremden Rechte Platz greifen soll. Im souveränen Staate kann kein anderes Recht angewandt werden, als dasjenige, welches nach dem Willen seiner Rechtsordnung angewandt werden soll. In der Regel wird das hiernach massgebende fremde Recht auch seinerseits auf das Verhältniss angewandt werden wollen; Erforderniss seiner Heranziehung ist dies nicht».

³⁾ Ligeoix, Question etc., стр. 101: «Le principe [de Mr. Neumann] n'est pas justifié: il faudrait montrer préalablement que les règles de droit international privé n'ont pas dans chaque pays une valeur absolue, qu'elles ont la même nature que les lois internes et que, par suit, les conflits qui naissent de leur diversité doivent être résolus d'après les mêmes principes».

промиссовъ, ни уступокъ; всякое конфликтное право держится mordicus (Отмѣчу въ скобкахъ. Разсуждая априорно, мы должны были бы сказать себѣ, что нормы конфликтнаго права, какъ нормы частнаго международнаго права—именно и являются самой благодарной почвой для всякаго рода компромиссовъ и соглашеній. И что, какъ разъ наоборотъ, нормы матеріальнаго права, какъ права внутренняго, отъ международныхъ отношеній не зависящаго, являются абсолютными и строго территоріальными. У цитируемыхъ авторовъ эти, казалось бы, естественныя мысли переворачиваются upside down). Происходить такая абсолютность конфликтныхъ нормъ оттого, что онѣ составляютъ часть мѣстнаго публичнаго права ¹⁾ и стоять въ органической связи съ мѣстнымъ суверенитетомъ ²⁾. Это публичное право не можетъ не регулировать ³⁾ объемы иностранныхъ

¹⁾ «Le droit international privé est dominé par le droit public: le législateur, qui doit aux hommes de fixer le droit manquerait à son devoir, s'il refusait de déterminer lui même la loi matérielle qui doit être appliquée. Ce n'est pas à un autre législateur qu'il peut s'en remettre; sinon, il ne remplit plus ses fonctions, mais il les abdique». Pillet, Annuaire institut, 1900, стр. 149.—Bartin, op. cit., стр. 154: «Si le ressortissant d'un pays doit bénéficier sur le territoire d'un autre ..des règles de droit public et de conflit de son pays d'origine, pourquoi etc.».—

²⁾ «La règle générale, déduite de l'art. 3 du Code Civil et relative au statut personnel des étrangers, constitue, en effet, une règle de droit international privé, c'est à dire un acte de souveraineté purement territorial, auquel le législateur étranger ne peut, de son côté, porter atteinte». Pau 11 июня 1906 года, Clunet, 1907, стр. 159.

³⁾ Despagnet, Précis de droit international privé, 1891, стр. 174: «Ce serait supposer chez le législateur le désintéressement complet de la question qu'il entend régler: en effet, au lieu de se prononcer sur la législation applicable ..le législateur s'en rapporterait à la loi étrangère pour trancher cette difficulté»,—Pillet, Annuaire institut, 1900, стр. 149: «toutes les propositions sont rationnelles, sauf une, celle de s'en remettre à une autre loi, dont on ignore quelle sera la réponse».—Ср. Lainé, Revue Darras, 1907, стр. 47—48.—Вар. Нольде, Международное частное право, стр. 478: «Дѣло совсѣмъ не въ томъ, что данная система умываетъ, такъ сказать, руки и отдаетъ весь вопросъ на судъ чужого государства,—а въ томъ, что данная система считаетъ наилучшимъ, съ точки зрѣнія своего пониманія

законовъ ¹⁾),—а разъ прорегулировавъ, не можетъ отказаться отъ своей точки зрѣнія ²⁾).

104.—Всѣ изложенныя точки зрѣнія, взятыя мною у различныхъ ученыхъ, систематизированы были и сведены въ большой полемической статьѣ Lainé ³⁾. Поэтому, въ виду особой важности даннаго вопроса, я принужденъ обратиться къ подробному анализу того, что утверждаетъ этотъ ученый. Но такъ какъ онъ, утверждая, полемизируетъ съ главнымъ противникомъ абсолютности, Fiore,—то мнѣ приходится открыть большую скобку и сначала изложить доктрину этого послѣдняго: такимъ путемъ, *par le choc des idées*, вся проблема

международнаго частнаго права, то рѣшеніе, которое дается болѣе близко къ данному правоотношенію иностранной матеріальной нормою».—Эта мысль была высказана еще у de Voëck, Dalloz, 1889, II, стр. 99—100.

¹⁾ Любопытно то противорѣчіе, которое замѣчается, по данному вопросу, у противниковъ отсылки. Законъ «не можетъ не регулировать объема иностранныхъ законовъ»; слѣдовательно, не должно быть никакой рѣчи о такъ называемой «незанимательности» закона въ тѣхъ случаяхъ, по которымъ онъ объявляетъ самого себя некомпетентнымъ. Это утверждаютъ всѣ противники отсылки. Между тѣмъ, Buzzati, комментируя ст. 54 швейцарской конституціи, позволяющую опредѣлять законность брака или по швейцарскому закону, или, факультативно, по *lex loci celebrationis*,—прямо говорить: «dans les deux cas de l'art. 54 de la constitution [et de la loi de 1891], il n'y a pas de renvoi. La loi nationale délie simplement ses ressortissants à l'étranger: ce n'est pas un cas de renvoi».

²⁾ Подробная мотивировка у D. Anzilotti, *Studi critici etc.*, 1898, стр. 267: «Tutto ciò è, in pari tempo, conseguenza e riprova della diversità sostanziale che separa le leggi interne vere e proprie dalle leggi interne in materia internazionale. In quanto le prime risultano dai principi del diritto concepiti e formulati in relazione alle condizioni di un determinato paese, in tanto sussiste la ragione per cui i principi di diritto internazionale privato accolti in un altro stato ne riconoscono o no la espansione extra-territoriale relativamente a quella certa categoria di fatti. In quanto, invece, le seconde traggono dalle concrete necessità della vita sociale internazionale il fondamento e la misura dell'esser loro, ossia del criterio di competenza legislativa che stabiliscono, in tanto quella espansione diventa giuridicamente possibile et praticamente valevole. Come sono profondamente diversi i criteri da cui derivano, così e assolutamente impossibile ogni correlazione obiettiva fra le une e le altre».

³⁾ *Revue Darras*, 1906, стр. 605 и т. д.

изучена будетъ съ надлежащей детальностью. Перехожу, слѣдовательно, къ ученіямъ, отвергающимъ абсолютность конфликтныхъ нормъ.

Теорія, согласно которой конфликтное право абсолютно, должна была встрѣтить оппозицію на родинѣ Манчини. Ибо итальянская школа отстаиваетъ личный характеръ матеріальныхъ нормъ; и, слѣдовательно, самое небольшое усиліе юридической послѣдовательности должно было привести ее къ вопросу: а, можетъ быть, личный характеръ имѣютъ не только матеріальныя, но также и конфликтныя нормы? И дѣйствительно. Съ самаго же перваго появленія отсылки нашлись такіе авторы, которые, въ своихъ аргументахъ (въ защиту отсылки), добросовѣстно оперлись именно на основные принципы итальянской школы. Разсуждали они такъ ¹⁾. Наиболѣе «подходящимъ» для каждаго человѣка является его національный законъ; ибо только этотъ законъ находится въ точномъ соотвѣтствіи съ расовыми особенностями даннаго индивида. Но что надо разумѣть подъ названіемъ національнаго закона?—Если національный законъ, основываясь на быстрой приспособляемости, скажемъ, англичанъ, заявляетъ, что болѣе соотвѣтствуетъ ихъ физическимъ и моральнымъ особенностямъ опредѣленіе ихъ дѣеспособности по закону того мѣста, гдѣ они живутъ,—то неужели дозволено будетъ не-національному закону, т. е. закону, не соотвѣтствующему англійской природѣ, перерѣшить дѣло?—Вѣдь это было бы отрицаніемъ всей Манчиніевской доктрины! Если уже брать національный законъ, то брать его цѣ-
ликомъ, «*sans triage*» ²⁾.

¹⁾ Эта мысль была впервые высказана еще въ анонимномъ комментарий 1881 года, Sirey, 1882, IV, стр. 42: «L'anglais reçoit de la nationalité l'empreinte et comme la marque de la loi anglaise, d'après laquelle l'état et la capacité, le divorce et les causes du divorce sont régis par la loi du domicile. Il porte cette empreinte, cette marque à l'étranger, partout où il va, partout où il fixe son domicile».

²⁾ Та же мысль, позднѣе, выражена у de Vareilles Sommières

Послѣдовательное и подробное обоснованіе связи между расовыми особенностями и конфликтнымъ правомъ дано было гораздо позже, въ любопытной статьѣ Fiore ¹⁾. Основная мысль его работы заключается, какъ и слѣдовало ожидать, въ проведеніи аналогіи между матеріальнымъ и конфликтнымъ правами. Матеріальное право,—говоритъ онъ,—дѣйствуетъ неабсолютно, а лишь въ предѣлахъ той компетенціи, которая ему принадлежитъ и которая за нимъ признана. То же самое разсужденіе примѣнимо и къ конфликтному праву ²⁾: раньше, чѣмъ брать его, судья долженъ установить, какъ далеко простирается его дѣйствіе. Ибо судья не можетъ допустить мысли, что «le législateur ait pu entendre régler un rapport juridique au delà des limites de sa compétence» ³⁾. Принявъ эту основную точку зрѣнія, авторъ уже затѣмъ идетъ, въ отыскиваніи критерія ⁴⁾, по проторенной до-

Synthèse, II, стр. 97: «On oublie que le renvoi fait à la loi du domicile est précisément un de ces statuts personnels qu'on nous présente comme s'adoptant à la constitution physique et morale de ces ressortissants et comme devant être acceptés de confiance par le juge français. Si la loi étrangère juge que le naturel de ses sujets n'a pas de caractère très saillant et que leurs qualités moyennes peuvent s'harmoniser avec le milieu où ils s'établissent, de quel droit prétend-on que, sur ce point et sur ce point seul, elle est mauvais juge?»—Ср. G. B. Guarini, Della applicabilità delle norme etc., 1900, стр. 182: «Certo, nessun legislatore straniero può pretendere che le sue norme di diritto interno o di diritto internazionale privato abbiano applicazione necessaria in un altro territorio». Ср. также Pau 28 июля 1904, Clunet, 1905, стр. 195: «Les tribunaux français appelés à statuer sur une question intéressant l'état ou la capacité des étrangers domiciliés en France, doivent, pour déterminer le statut applicable au litige, se reporter aux principes admis, par la loi nationale de l'étranger intéressé, pour la solution des conflits de législation de préférence à ceux consacrés par la loi française».—Неразработанныя указанія на возможность подобной постановки вопроса встрѣчаются въ нѣкоторыхъ мѣстахъ у Bartin, Etudes: стр. 113, 123 и т. д.

¹⁾ P. Fiore, Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé. Clunet, 1901, стр. 424—442 и 681—704.

²⁾ Ibidem, стр. 438.

³⁾ Ibidem, стр. 439.

⁴⁾ Такую же роль критерія при локализациі конфликтныхъ нормъ

рожкѣ. Конфликтныя нормы, касающіяся недвижимостей, затрагиваютъ настолько непосредственно самыя основы государственной власти, что онѣ не могутъ не быть строго территоріальными¹⁾. Наоборотъ, конфликтныя нормы, касающіяся личнаго статута, издаются только для лицъ *naturellement soumisés a l'autorité du législateur*²⁾. А лицами этими, «естественно подчиненными» законодателю,—по извѣстнымъ мотивамъ—конечно, являются подданные. Слѣдовательно, конфликтныя нормы, касающіяся личнаго статута, издаются только для подданныхъ³⁾. Тѣ ученые, которые приписываютъ территоріальное значеніе всѣмъ вообще конфликтнымъ нормамъ — «явно нарушаютъ принципы итальянской школы»⁴⁾.

105. — Ученіе Fiore должно было, очевидно, вызвать протестъ Lainé, протестъ тѣмъ болѣе энергичный, чѣмъ знакомѣ для Lainé были основныя мотивы аргументаціи, употребленной у Fiore. Почти не реагируя на мало его сердцу говорившіе аргументаціонныя приемы нѣмецкой доктрины,—Lainé долженъ былъ остро почувствовать ударъ именно со стороны близкой ему итальянской школы. И дѣйствительно, онъ сразу же призналъ, что статья Fiore «est le plus grand effort qui ait été fait pour justi-

играетъ у Vartin (op. cit., стр. 100—113) позиція «*rays de la principale exécution*»: къ каждому отношенію примѣнимы-де конфликтныя нормы той страны, гдѣ имѣется наибольшее количество шансовъ на принудительное осуществленіе приговора. Исходная мысль, значить, такова: конфликтныя нормы не имѣютъ абсолютнаго значенія.—Ср. замѣчанія Ligeoix, *Question du renvoi*, стр. 52, прим. 1.

¹⁾ Ibidem, стр. 441.

²⁾ Ibidem, стр. 681.

³⁾ «De ce qu'en vertu de sa compétence législative à l'égard des Italiens, il (le législateur italien), a pu déclarer permanente, en ce qui les concerne, l'autorité de leur loi nationale, en tant quelle détermine leurs droits civils et les droits privés qui en résultent... peut on induire qu'il a voulu imposer la même règle à tous les Etats du monde?» Ibidem, стр. 687. Ср. стр. 692.

⁴⁾ Ibidem, стр. 691.

lier la théorie du renvoi de façon scientifique»¹). Онъ возсталъ противъ нея съ величайшей энергiей.

Возсталъ, но какъ?—Надо сказать, что положенiе Lainé въ данномъ вопросѣ было довольно щекотливымъ. Дѣло въ томъ, что въ 1894 году, очевидно, не продумавъ всѣхъ логическихъ выводовъ изъ итальянской доктрины, онъ просто отвергалъ связь между *lex originis* и конфликтнымъ правомъ. Говорятъ, — писалъ онъ по одному спеціальному вопросу²), — что нельзя защищать иностранцевъ (въ области конфликтнаго права) лучше, чѣмъ это дѣлаетъ ихъ національный законъ. «Pourquoi non, si elle les abandonne à une loi qui n'a pas été faite pour eux, qui ne convient ni à leur race, ni à leur religion, ni à leurs moeurs?» Это было въ 1894 году³). Послѣдующія занятія, очевидно, показали Lainé невозможность защищать подобную точку зрѣнiя. Ибо если «расъ, религiи и обычаямъ» лифляндца соответствуетъ статья лифляндскаго права о дѣеспособности, — то какъ доказать, что расъ лифляндца не соответствуетъ именно и только ст. 28-ая, регулирующая по принципу *domicil'я* конфликты дѣеспособности? ⁴).

¹) Lainé, La théorie du renvoi, Revue Darras, 1907, стр. 319.

²) Lainé, La conférence de la Haye relative au droit international privé, Clunet, 1894, стр. 251.

³) Позднѣе ту же мысль защищаль Ligeoix (Question du renvoi, стр. 134), по мнѣнiю котораго между конфликтнымъ правомъ и расовыми особенностями нѣтъ никакой связи: «Cette fonction (—la distribution des compétences) le législateur la remplit en se basant sur des principes absolument dégagés de la contingence de ceux de la loi interne. Ne s'attachant pas comme celle-ci à des raisons particulières à chaque peuple, à chaque climat, aux moeurs différentes, ces principes fondés en raison ont une valeur philosophique absolue: par leur nature même, ils s'appliquent à l'ensemble des nations».

⁴) Подобный тезисъ, выраженный *expressis verbis*, да и то не вполне отчетливо, — я нашелъ только въ одномъ судебномъ рѣшенiи (Trib. Seine 10 февраля 1893 г. Clunet, 1893, стр. 534): «en décidant que la loi applicable à l'état et à la capacité des étrangers en France est leur loi nationale, le législateur français a considéré que, l'état et la capacité des personnes étant une dépendance étroite de leur nationalité, cette loi est mieux placée que toute autre pour apprécier les conditions...».

Вслѣдствіе всего этого, въ 1907 году пришлось занять нѣсколько иную позицію. На этотъ разъ связь не отрицается, но приводятся мотивы, которые должны побороть значеніе такой связи. Теорія Fiore,—читаемъ мы на этотъ разъ ¹⁾,—представляетъ собой отрицаніе того основного принципа, на которомъ зиждется все международное право: территориальнаго характера суверенитета. По мнѣнію Fiore, есть-де два суверенитета, личный и территориальный. Я утверждаю,—говорить Lainé,—что никакого личного суверенитета не существуетъ. Этотъ личный суверенитетъ останавливается на границѣ соотвѣтственнаго государства, совершенно такъ же, какъ и «территориальный». Статья 3, п. 3, С. С. гласитъ, что дѣеспособность французовъ опредѣляется по французскому закону. «Mais où et de quels juges cette règle recevra-t-elle sa sanction? Sur le territoire étranger et de la part des tribunaux étrangers? Nullement. Ces derniers ne doivent obéissance qu'à leur propre législateur et si, dans leur pays, le système de droit international est différent, c'est lui qu'ils appliqueront, non pas le système français. C'est donc uniquement en France, lorsque les actes accomplis en pays étranger seront déferés à la justice française, que la règle dont il s'agit produira son effet» ²⁾. Если, слѣдовательно, «личный» суверенитетъ не имѣетъ никакого экстра-территориальнаго значенія—онъ долженъ быть поставленъ въ одну категорію съ суверенитетомъ «реальнымъ»: и въ результатъ получается, что всѣ конфликтныя нормы, какъ продуктъ одного и того же сорта суверенитета, представятся намъ строго территориальными. «A la théorie de M. Fiore j'oppose la suivante... Chaque Etat, sur son territoire, organise à son gré la justice. Il a ses juges et son droit. Ses juges ne peuvent observer que son droit: son droit international, de même

¹⁾ Revue Darras, 1907, стр. 326.

²⁾ Ibidem, стр. 327.

que son droit interne. Son droit international, entre autres objets, règle le conflit de ses lois internes avec les lois étrangères de même nature. Lorsque dans ce règlement il prescrit l'application des lois étrangères, ce n'est pas qu'il s'incline devant la souveraineté d'un Etat étranger, venant chez lui prendre sa place et donner des ordres à ses juges; c'est que lui-même, dans l'exercice de sa propre souveraineté, considérant que certaines lois étrangères conviennent, plutôt que les lois locales, à certaines personnes... les adopte et fait siennes» ¹⁾.

106. Нельзя не признать, что выражения Lainé формулированы ярко ²⁾; но въ нихъ имѣется одинъ недостатокъ. А именно, они являются, такъ сказать, плагиатомъ. Что, собственно, говоритъ Lainé? — Гдѣ, въ рукахъ какихъ судей получить реальное примѣненіе норма французскаго конфликтнаго права? — спрашиваетъ онъ. За границей? Отъ иностранныхъ судей? Нѣтъ; только во Франціи, ибо иностранные судьи обязаны примѣнять свое конфликтное право. Я открываю классическую работу Story и нахожу почти буквально тѣ же самыя мысли и тѣ же самыя выраженія. Сходство является настолько значительнымъ, что я не могу отказать себѣ въ удовольствіи привести параллельные тексты.

«Le pouvoir que l'on désigne sous le nom de souveraineté personnelle et extraterritoriale n'est pas, hors du territoire, une véritable souveraineté, parce qu'il y manque de toute force effective» (Lainé, Revue Darras, 1907, стр. 327).

«No nation is bound to respect the laws of other nation, made in regard to the subjects of the latter... The obligatory force of such laws of any nation cannot extend beyond its own territories» (Story, Commentaries, 5 изд., Boston., 1857, стр. 30).

¹⁾ Ibidem, стр. 331—332.

²⁾ То, что пишетъ по поводу Fiore и его теории Ligeoix (op. cit., стр. 102 и сл.), несравненно болѣе слабо.

«Mais où et de quels juges cette règle recevra-t-elle sa sanction? Sur le territoire étranger et de la part des tribunaux étrangers? Nullement. Ces derniers ne doivent obéissance qu'à leur propre législateur et si, dans leur pays, le système de droit international est différent, c'est lui qu'ils appliqueront, non pas le système français» (Lainé, *ibidem*, стр. 327).

«C'est donc uniquement en France, lorsque les actes accomplis en pays étrangers serot déferés à la justice française, que la règle dont il s'agit produira son effet. A la vérité, le jugement étranger qui...serait contraire à la loi de droit interne français, ne recevrait pas force exécutoire en France. Mais ce ne serait pas à raison d'une violation de droit international, aucun reproche ne pouvant lui être adressé, ce serait simplement etc.» (Lainé, *ibidem*, стр. 327).

«The obligatory force of such laws of any nation cannot extend beyond its own territoriers. And if such laws are incompatible with the laws of the country, where such subjects reside... they will be disregarded». (Story, *ibidem*, стр. 30).

«When therefore we speak of the right of a state to bind its own native subjects everywhere, we speak only of its own claim and exercise of sovereignty over them when they return within its own territorial jurisdiction, and not of its right to compel or require obedience to such laws on the part of other nations within their own territorial sovereignty. On the contrary, every nation has an exclusive right to regulate persons etc.» (Story, *ibidem*, стр. 31).

Если я позволилъ себѣ сдѣлать такія длинныя выписки, то, конечно, не потому, чтобъ я серьезно предполагалъ обвинять Lainé въ плагиатъ. Онъ писалъ совсѣмъ добросовѣстно то, что думалъ. Сдѣлалъ эти выписки я потому, что я отказываюсь видѣть въ нихъ

случайное совпаденіе. Между плагиаторами и самостоятельными творцами—лежитъ цѣлая категория такихъ ученыхъ, которые бессильно несутся по волѣ исторической волны, не оказывая ей никакого индивидуальнаго сопротивленія. Къ такимъ ученымъ принадлежалъ и въ высшей степени пассивный Lainé. Волна шла въ такомъ направленіи, что возникъ вопросъ о личномъ характерѣ извѣстнаго рода конфликтныхъ нормъ. Очевидно, что въ видѣ реакціи, въ этотъ самый моментъ должна была появиться и мысль о территориальномъ характерѣ этихъ самыхъ нормъ. А разъ должна была появиться мысль о территориальномъ характерѣ этихъ нормъ, долженъ былъ найтись и такой ученый, который сталъ бы ее защищать. Неблагодарную эту роль сыгралъ въ данномъ случаѣ Lainé: вотъ и все объясненіе параллелизма со Story. Story жилъ въ тотъ моментъ, когда считали нужнымъ доказывать территориальный характеръ матеріальныхъ нормъ о личной власти государства. Lainé, доказывая то же самое, но о конфликтныхъ нормахъ дѣеспособности,—долженъ былъ взять тѣ же аргументы, но съ подстановкой «конфликтная» норма во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда Story говоритъ о нормѣ «матеріальной». Читатель, который соблаговолитъ обратиться къ вышеприведеннымъ параллельнымъ текстамъ, убѣдится въ точности этого утвержденія.

107.—Приведенное объясненіе является для меня настолько важнымъ, что я принужденъ подтвердить его дополнительнымъ аргументомъ.

Если Lainé переживаетъ, по вопросу о конфликтныхъ нормахъ, ту самую стадію, въ предѣлахъ которой двигались, по вопросу о нормахъ матеріальнаго права, Foelix, Story и ихъ предшественники,—то очевидно, что первый долженъ, въ конечномъ результатѣ, прийти къ тому самому фіаско, которое постигло вторыхъ. Ибо извѣстно, что въ настоящее время ученіе

Story (его отношение къ матеріальнымъ нормамъ) уже сдано въ архивъ. Попробую доказать, что и Lainé грозитъ та же судьба.

Итакъ, для Lainé всѣ конфликтныя нормы строго территориальны (a): «Les lois de droit international privé sont strictement territoriales» ¹⁾. Онѣ примѣняются только французскимъ судомъ (b): «absolues dans les limites de leur territoire, elles demeurent, au delà, sans puissance» ²⁾. Территориальная сила этихъ нормъ вытекаетъ изъ самаго существа законодательной власти (c): «le caractère territorial des lois de droit international privé doit être reconnu, sans qu'il soit à cet égard besoin d'un texte exprès, parce que ce caractère est de l'essence des lois» ³⁾. Наконецъ, существо законодательной власти, создающее территориальную силу конфликтныхъ нормъ, состоитъ въ суверенитетѣ, не терпящемъ примѣненія иностранныхъ конфликтныхъ нормъ (d): «règle générale déduite de l'art. 3 du C. C. et relative au statut personnel des étrangers, constitue, en effet, une règle de droit international privé, c'est à dire un acte de souveraineté de caractère purement territorial, auquel le législateur étranger ne peut, de son côté, porter atteinte» ⁴⁾. Совершенно аналогично то, что писалъ Pillet въ 1894 году ⁵⁾: если допустить, что французскій судъ можетъ примѣнить чужую конфликтную норму, то это обозначало бы «que sur la question de détermination du statut personnel la France est liée à la manière de voir d'un pays étranger, l'Angleterre, quand

¹⁾ Lainé, Revue Darras, 1907, стр. 674.

²⁾ Ibidem.

³⁾ Ibidem, стр. 337.

⁴⁾ Рау 11 июня 1906, Clunet, 1907, стр. 159.—Ср. Trib. Seine 10 февраля 1893 года, Clunet, 1893, стр. 534:—535: «le législateur n'a pas en vue la règle de droit international admise en cette matière dans la législation étrangère, puisque lui-même, dans l'exercice de sa souveraineté, établit cette règle et donne la solution du conflit de la loi française avec les lois étrangères»,

⁵⁾ Pillet, Le droit international privé, Essai etc., Clunet, 1894, стр. 721.

bien même cela devrait contrarier les doctrines reçues en France sur la question... Cette idée est absolument contraire à l'égalité respectueuse, à l'indépendance des Etats dans la détermination des règles du droit international».

Въ этой своей конструкции Lainé и его послѣдователи совершенно согласны не только со Story, но и съ самыми отдаленными статутаріями. Привожу цитаты, буквально соответствующія каждому изъ утверждений Lainé.

ad a. «Leges cuiusque imperii vim habent intra terminos ejusdem Reipublicae omnesque ei subjectos obligant» ¹⁾.

ad b. «Nullum statutum... sese extendit ultra statuentis territorium» ²⁾.

ad c. «Vim et efficaciam statutorum quod attinet, ex summo jure et ratione naturali, regulam admittamus necesse est, quam Paulus tradit in l. ult. ff. de jurisd. etc.» ³⁾.

ad d. «Cum enim non plus virium habere statuta possint, quam a legislatore statuente acceperunt, et ipsius legislatoris potestas terminis sui territorii coarctata sit, ipsorum quoque statutorum vim omnem territorio statuentis conclusam ac circumscriptam esse, sponte potescit etc.» ⁴⁾. «It is difficult to conceive, upon what ground a claim can be rested, to give to any municipal law an extraterritorial effect... It would at once annihilate the sovereignty and equality of every nation» ⁵⁾.

Все это хорошо извѣстно. Но извѣстенъ также и тотъ камень, на которомъ споткнулась старая статутная теорія. Вѣдь что бы мы ни говорили о суверенитетѣ и объ абсолютной территоріальности матеріальныхъ нормъ,—

¹⁾ Ulricus Huberus, Praelectiones juris romani, цит. у Meili, Geschichte und System, стр. 34.

²⁾ Pauli Voet, De statutis eorumque concursu, Амстердамъ, 1661, стр. 138.

³⁾ Johannis Voet, Commentarii ad Pandectas, Col. Allobrogorum, 1678, стр. 31.

⁴⁾ Ibidem.

⁵⁾ Story, loc. cit., стр. 40.

одно остается неопровержимымъ: провести территориальность въ всемъ ея абсолютномъ значеніи ни одинъ судья не можетъ. Приходится дѣлать исключенія. Статутаріи говорили о *comitas*.

Если *Lainé* и его изслѣдователи—безсознательно — стоятъ на точкѣ зрѣнія старыхъ статутаріевъ, то и у нихъ должна проявиться, въ болѣе или менѣе полной формѣ, идея *comitas*, но уже во второй плоскости, т.-е. въ приложеніи не къ матеріальнымъ, а къ конфликтнымъ. Таковъ выводъ *a priori*. Онъ вполне подтверждается и *a posteriori*. Если мы откроемъ то, что писалъ *Lainé* о гаагской конференціи, то мы найдемъ слѣдующее въ высшей степени характерное мѣсто. Рѣчь идетъ о статьѣ 1-й конвенціи о бракѣ, позволяющей опредѣлять брачную дѣеспособность по закону, къ которому отсылаетъ *lex originis*. Принципіальный и ярый противникъ не скрываетъ отъ себя истиннаго значенія этой статьи: «*elle implique une concession à la théorie du renvoi*»¹⁾. Онъ ясно видитъ, что ст. 1-я заставляеть судью *fori* примѣнять не свое, а чужое конфликтное право,—что она нарушаетъ принципъ строгой территориальности конфликтныхъ нормъ. И несмотря на это, онъ, все-таки, одобряетъ статью какъ «*bienfaisante*»: «*elle consiste en ce qu'on défère au désir manifesté par d'autres Etats que le mariage de leur sujets à l'étranger ait toutes les chances possibles d'être valable*». Когда *Ulricus Huberus* опредѣлялъ, *ex comitate*, брачную дѣеспособность супруговъ не по *lex fori*, а по *lex loci celebrationis*, онъ, конечно, тоже заботился объ упроченіи существующихъ браковъ. Идея *comitas* проскальзываетъ у *Lainé* не случайно. Его соратникъ по бою въ институтъ, яростный противникъ отсылки, *Buzzati*, тоже допускаетъ отсылку, въ видѣ исключенія, по соображеніямъ справедливости, ничего общаго съ принципомъ территориальности не имѣющимъ:

¹⁾ *Lainé*, *La conférence de la Haye etc.*, Clunet, 1901, стр. 15—16.

«quant à la seconde des deux exceptions proposées par Mr. de Bar, M. Buzzati déclare qu'elle ne lui déplait pas (!) pour une raison d'équité»¹⁾. Нельзя болѣе опредѣленно стоять на точкѣ зрѣнія comitas²⁾.

108. — Приведенное длинное отступленіе позволить мнѣ установить критическую точку зрѣнія въ полемикѣ Lainé—Fiore.

Если вѣрно, что статутная доктрина началась съ акритическаго примѣненія иностранныхъ законовъ (*leges barbarorum* и послѣдующее); если она развилась въ принципiальный территориализмъ и, затѣмъ — черезъ постепенно расширяющуюся и укрѣпляющуюся *comitas* — закончилась статутнымъ критицизмомъ, т.-е. планомѣрнымъ примѣненіемъ иностранныхъ законовъ; если вѣрно, затѣмъ, что первый періодъ отсылки знаменуется именно акритическимъ примѣненіемъ иностранныхъ конфликтныхъ нормъ; что Lainé и Buzzati воплощаютъ собой въ области конфликтнаго права строгій территориализмъ³⁾, еле смягчаемый нарождающеюся *comitas* (второго порядка); — что, наконецъ, Fiore соответствуетъ, опять-таки, въ области конфликтнаго права, періоду статутнаго критицизма, т. е. планомѣрнаго примѣненія иностранныхъ конфликтныхъ нормъ: — то, въ такомъ случаѣ, методическое сопоставленіе и противоположеніе Lainé и Fiore, просто-напросто, невозможно. Они стоятъ не въ одной, а въ двухъ историческихъ плоскостяхъ. Каждый изъ нихъ правъ для специальной эпохи правового развитія. Можно, конечно, поставить себѣ вопросъ: который изъ двухъ ученыхъ вѣрнѣе угадалъ юридическій духъ нашей эпохи? ⁴⁾ Но противопоставлять ихъ внѣ времени и

¹⁾ *Annuaire Institut*, 1900, стр. 159.

²⁾ Та же мысль у Asser, *Annuaire Institut*, 1898, стр. 215.

³⁾ Ср. *Annuaire Institut*, 1900, стр. 154.

⁴⁾ Этотъ вопросъ меня не интересуетъ, въ виду того, что я, вообще, уклоняюсь отъ догматическихъ вопросовъ.

пространства—безцѣльно. Можно доказывать лишь одно. Развитие конфликтныхъ нормъ должно идти отъ анонимнаго автора 1882 года черезъ Lainé и къ Fiore. А когда Fiore восторжествуетъ, и когда для конфликтныхъ нормъ установлены будутъ такіе же предѣлы примѣненія, какіе нынѣ существуютъ для нормъ матеріальныхъ, т. е. когда выработается частное международное право второго порядка, такъ сказать, inter-конфликтное право:—тогда явится, долженъ явиться новый Lainé, имѣющій защищать строгую территоріальность inter-конфликтныхъ нормъ, долженъ явиться также и новый его противникъ, Fiore. И такъ далѣе. Логическаго предѣла для наслоенія все новыхъ и новыхъ inter-конфликтныхъ нормъ не имѣется.

Это приводитъ меня къ простому результату. Методическое изслѣдованіе отсылки не можетъ остановиться на выводахъ Lainé, такъ какъ совершенно очевидно, что онъ защищаетъ преходящую и отчасти уже прешедшую стадію идейнаго развитія: территоріальность конфликтныхъ нормъ должна отойти въ область юридическихъ пережитковъ точно такъ же, какъ и территоріальность матеріальныхъ нормъ, столь прославившая статутаріевъ, нынѣ копируемыхъ парижскимъ профессоромъ. Но методическое изслѣдованіе не можетъ удовольствоваться и выводами Fiore: ибо столь же очевидно, что его теорія не разрѣшаетъ вопроса объ отсылкѣ, а только откладываетъ его (при столкновеніи двухъ inter-конфликтныхъ нормъ ¹⁾ также вполне возможна своя отсылка).

¹⁾ На непониманіи этой очевидной истины основаны тѣ возраженія которыя дѣлаетъ противъ теоріи Fiore молодой и не всегда основательный Ligeoix (La question, стр. 109—110). Допустимъ,—говоритъ онъ,—что дѣйствительно конфликтныя нормы о дѣеспособности распространяются только на подданныхъ. Каково будетъ въ такомъ случаѣ положеніе итальянца, domiciliрованного въ Аргентинѣ (признающей, какъ извѣстно, опредѣленіе дѣеспособности по *lex domicilii*)? Очевидно, арген-

Мы подошли теперь вплотную къ той проблемѣ, во имя разрѣшенія которой намъ пришлось продѣлать столь долгій и сложный путь. Мы установили, что отсылка органически связана съ вопросомъ о территориальности конфликтныхъ нормъ. Только въ томъ случаѣ, если мы будемъ считать свою конфликтную норму дѣйствующею абсолютно, т. е. по отношенію не только къ нашему матеріальному праву, но и ко всякому иному,—только въ этомъ случаѣ мы придемъ къ конъюнктурѣ, именуемой отсылкою. Ибо только въ этомъ случаѣ мы присвоимъ иностранной матеріальной нормѣ ложный объемъ (ею самою для себя не принятый),—и, затѣмъ, получимъ тотъ результатъ, когда французскій судъ будетъ опредѣлять дѣеспособность датчанина по датскому закону, вопреки ясно выраженному желанію этого послѣдняго. Отсылка есть симптомъ, свидѣтельствующій о томъ, что мы допустили абсолютизацію своей конфликтной нормы, абсолютизацію, несоотвѣтствующую конфликтнымъ воззрѣніямъ другого затрагиваемаго въ дѣлѣ закона.

Изъ этого основного тезиса вытекаютъ всѣ дальнѣйшіе выводы. Абсолютизація влечетъ за собой отсылку. Но было бы ошибочно думать, что мы можемъ справиться съ отсылкой—просто отвергнувъ абсолютизацію. Предыдущее изложеніе даетъ отвѣтъ и на этотъ вопросъ. Ибо кто отвергъ абсолютизацію конфликтныхъ

тинцы—по теоріи Fiore—должны были бы сказать, что такой итальянецъ ихъ конфликтнымъ нормамъ не подвѣдомственъ и что къ нему должны быть примѣнены конфликтныя нормы *Codice Civile*, т. е., въ конечномъ результатѣ, національный законъ. Между тѣмъ,—съ торжествомъ заявляетъ авторъ,—аргентинскій судъ примѣняетъ *lex fori*.—Ligeoix забылъ, что причина подобнаго явленія очень проста: аргентинскій законодатель, съ точки зрѣнія Fiore, присваиваетъ компетенцію своихъ коллизіонныхъ нормъ не по отношенію къ подданнымъ, а именно по отношенію къ domiciliрованнымъ. Получается, слѣдовательно, новая отсылка:—кромя того случая, если мы признаемъ теорію Fiore за евангеліе и подчинимъ ей всѣхъ законодателей.

нормъ?—Fiore. Маститый итальянскій ученый сдѣлалъ весьма похвальную попытку откинуть абсолютизацію конфликтныхъ нормъ, подобно тому, какъ новая итальянская школа, въ свое время, откинула абсолютизацію нормъ матеріальныхъ. Онъ предложилъ,—какъ мы это видѣли выше,—установить конфликтные принципы для примѣненія конфликтныхъ нормъ. Съ его точки зрѣнія, судъ долженъ не *mordicus* примѣнять всегда конфликтныя нормы *fori*,—а выбирать тѣ изъ сталкивающихся конфликтныхъ нормъ (отсылка есть именно столкнове-ніе двухъ конфликтныхъ нормъ!), которыя наиболѣе соотвѣтствуютъ индивидуальнымъ особенностямъ даннаго казуса. Но мы видѣли, что и Fiore идетъ къ неминуемому фіаско. Если мы назовемъ конфликтныя нормы буквой *K*, то предложеніе Fiore сведется къ созданію нормъ *inter-K* или K^2 . Затѣмъ, такъ какъ нормы K^2 въ разныхъ государствахъ могутъ оказаться несовпадающими,—то между двумя K^2 можетъ создаться своя отсылка въ квадратъ. И это повлечетъ насъ къ необходимости построить нормы *inter-K²*, или K^4 . И такъ далѣе. Исхода, логически, не имѣется.

Это доказываетъ, что средство для уничтоженія отсылки нужно искать какимъ-то другимъ путемъ. Поскольку я могу изложить этотъ путь, не предвосхищая разсужденій главы IV,—ходъ моей мысли будетъ таковъ.

Отсылка есть слѣдствіе абсолютизаціи. Спросимъ себя: къ какой области права относится конфликтная норма, мыслимая—согласно ученію *Lainé*—въ абсолютной формѣ? Такая норма, очевидно, не есть внутреннее право, ибо она регулируетъ права и обязанности даннаго государства по вопросу, проистекающему изъ идеи международнаго общенія. Только потому, что существуетъ другое государство,—что мы признаемъ его за государство,—что мы считаемъ его право за право и его волю за законъ: только вслѣдствіе всего этого и возникаетъ необходимость въ конфликтной нормѣ. Го-

сударство, которое мыслило бы себя внѣ международнаго общенія, не нуждалось бы ни въ какихъ конфликтныхъ нормахъ — а въ особенности въ конфликтныхъ нормахъ абсолютныхъ. Ибо оно довольствовалось бы своимъ правомъ — и игнорировало бы законы иностранныхъ. Только потому, что оно не игнорируетъ эти законы — и возникаетъ потребность въ конфликтныхъ нормахъ.

Но конфликтная норма, понимаемая въ абсолютной модуляціи, — не можетъ быть признана, въ то же время, и международнымъ правомъ, если она приводитъ къ отсылкѣ. Ибо что обозначаетъ подобная конъюнктура, достаточно подробно мною описанная выше? Она обозначаетъ, что Франція присваиваетъ Даніи такія права и обязанности по регулированію и нерегулированію дѣеспособности датчанъ, — каковыхъ правъ и обязанностей Данія не признаетъ. Подобная фигура международникамъ хорошо извѣстна. Если Россія дѣлаетъ декларацию о вооруженномъ нейтралитетѣ, возлагая ея на воюющія державы опредѣленные права и обязанности, и если воюющія державы не соглашаются признать указанные права и обязанности, — то мы не можемъ говорить о дѣйствующемъ международномъ правѣ. По отношенію къ державамъ, опротестовавшимъ декларацию 1856 года — каперство не считается уничтоженнымъ. По отношенію къ Испаніи нѣтъ такого международнаго права, которое запрещало бы выдавать каперскія свидѣтельства. По отношенію къ Испаніи декларация 1856 г. содержитъ кажущееся, фиктивное международное право.

Совершенно тѣ же выводы примѣнимы и къ отсылкѣ. Если я абсолютизирую ст. 3 С. С., т. е. если я, французскій судья, заявляю, что Данія должна регулировать дѣеспособность датчанина, domiciliрованного въ Парижѣ, — то я именно навязываю Даніи такую обязанность, которой датскій законодатель не признаетъ. Можно

ссылаться на какое угодно естественное право. Но если Данія категорически и недвусмысленно заявляетъ, что она не желаетъ регулировать дѣеспособность датчанина, проживающаго въ Парижѣ, — то никакое постановленіе ст. 3-й С. С. не навязетъ Даніи отвергаемой ею компетенціи. Говоря кратко: международная обязанность не можетъ быть установлена одностороннимъ волеизъявленіемъ другого государства; для созданія международной обязанности нужно или совпаденіе двухъ воль, или, въ крайнемъ случаѣ, волеизъявленіе именно того государства, которое добровольно согласится исполнить данную обязанность.

Все это приводитъ насъ къ тому выводу, что конфликтное постановленіе, въ абсолютной модуляціи мыслимое, не можетъ быть признано международнымъ правомъ.

Мнѣ скажутъ: но вѣдь *tertium non datur*. Норма должна-де быть или внутреннимъ, или международнымъ правомъ.

По этому поводу нужно замѣтить слѣдующее. Если французскій законодатель во французскомъ кодексѣ уголовнаго судопроизводства установитъ, что Данія должна исполнять французскія судебныя рѣшенія, — то было бы ошибочно примѣнить къ такому постановленію формулу «*tertium non datur*». Въ изображенномъ случаѣ мы будемъ имѣть не международное право (ибо Данія не признаетъ подобной обязанности!), — но и не внутреннее право (ибо вопросъ о положеніи судебныхъ рѣшеній за границей не можетъ быть рѣшенъ внутреннимъ правомъ!). Что же это будетъ? Полагаю, что слѣдуетъ смотрѣть на дѣло просто и безъ самообмана. Если Франція установитъ такую норму, то это будетъ постановленіе, считаемое французскимъ законодателемъ за международное право, — но таковымъ, въ дѣйствительности, не являющееся. Фиктивное международное право; *quasi*-международное право.

Совершенно то же разсужденіе должно быть примѣнено и къ пресловутой статьѣ 3-й С. С. Если мы присвоили этой статьѣ такой смыслъ, въ силу котораго на датскій законъ и, слѣдовательно, на датское государство возлагается обязанность, этимъ государствомъ и этимъ закономъ не признанная,—то мы имѣемъ дѣло съ фиктивнымъ международнымъ правомъ. Конфликтное постановленіе, въ абсолютной модуляціи мыслимое, есть quasi-международное право.

Quasi-международное право отличается основнымъ порокомъ отъ истиннаго международнаго права: въ немъ нѣтъ соглашенія двухъ государственныхъ волей; въ немъ обязанность возлагается одною волею и притомъ—вопреки тому, что мы замѣчаемъ въ такъ называемомъ декларативномъ международномъ правѣ—не волею принимающаго обязанность государства, а волею иного государства. Соотвѣтственно этому, quasi-международное право, во всѣхъ своихъ проявленіяхъ, носитъ отпечатокъ своего первороднаго порока: всякій разъ, какъ мы забудемъ объ этомъ порокѣ и начнемъ оперировать съ quasi-международнымъ правомъ, какъ съ правомъ истинно-международнымъ,—мы натолкнемся на абсурды.

Отсылка является однимъ изъ такихъ абсурдовъ—но не единственнымъ. Отсылка есть тотъ изъ абсурдныхъ выводовъ, когда наше quasi-международное право присваиваетъ иностранному закону компетенцію, имъ самимъ отвергаемую. Эта формула даетъ намъ ключъ и ко всѣмъ остальнымъ возможнымъ абсурдамъ. Quasi-международное право, въ разбираемомъ казусѣ, устанавливаетъ обязанность для иностраннаго закона. Но мы, конечно, можемъ вообразить и такой случай, когда оно установитъ обязанность для нашего закона. Какъ это получится?—Очень просто: всякій разъ, какъ мы припишемъ международному праву такія нормы, которыя нашимъ собственнымъ закономъ не признаны—мы именно сконструируемъ quasi-международное право, находя-

шееся въ противорѣчїи съ *lex fori*. При этомъ, совершенно ясно, что указанное противорѣчіе можетъ быть двоякимъ. Или *quasi*-международное право припишетъ нашему закону такую компетенцію, которой онъ самъ не устанавливаетъ для себя,—или оно отниметъ у *lex fori* компетенцію, явно ему принадлежащую (по его собственнымъ постановленіямъ).

Оба эти случая намъ хорошо знакомы. Когда *quasi*-международное право отнимаетъ у *lex fori* компетенцію, принадлежащую ему по его постановленіямъ, мы говоримъ о публичномъ порядкѣ (см. глава II, *passim*). А когда *quasi*-международное право присваиваетъ закону *fori* разрѣшеніе такихъ казусовъ, коими онъ самъ заниматься не желаетъ,—приходится прибѣгать къ *comitas*. Можно пойти и еще дальше. Можно сказать, что теоретически мыслима четвертая—но и послѣдняя—комбинація: *quasi*-международное право отнимаетъ у иностраннаго закона такую компетенцію, которую онъ себѣ самъ присваиваетъ. Въ литературѣ есть намеки на этотъ казусъ. Kahn называетъ его принципомъ *Näherberechtigung*.

Во всякомъ случаѣ, мы получаемъ полный параллелизмъ, могущій быть изображеннымъ въ слѣдующей таблицѣ.

Quasi-международное право:	<i>legis fori</i>	<i>legis alienae</i>
уменьшаетъ компетенцію	<i>Ordre public</i>	<i>Näherberechtigung</i>
увеличиваетъ компетенцію	<i>Comitas</i>	<i>Renvoi</i>

Всѣ предыдущія соображенія основаны на противоположеніи международныхъ и *quasi*-международныхъ конфликтныхъ нормъ—съ тѣми нормами, коими каждый отдѣльный законъ устанавливаетъ свою собственную компетенцію, свой,—какъ я буду дальше говорить,—объемъ. Къ разсмотрѣнію этого понятія я перехожу, посвятивъ ему послѣднюю, четвертую главу моего изслѣдованія.

ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Конфликтное право и объемъ нормъ.

I. Понятіе объема. § 109. Явно-объемныя нормы. Суженіе и расширеніе объемовъ. § 110. Скрыто-объемныя нормы. Неправильно-объемныя нормы. § 111. Всякая норма должна быть объемною. § 112. Примѣры. § 113. Точное формулированіе объемовъ желательно.

II. Виды объемовъ. § 114. Классическая точка зрѣнія. § 115. Три формы объемовъ, касающихся подданныхъ: безусловный, территориальный и заграничный. § 116. Три формы объемовъ, касающихся иностранцевъ. § 117. Три формы объемовъ независимо отъ возраста. § 118. Несостоятельность классическаго дѣленія. § 119. Вліяніе отдѣльныхъ элементовъ нормы на объемъ. § 120. Личные элементы нормы и объемъ. § 121. Выводы.

III. Значеніе объема; его самоцѣльность. § 122. Самоцѣльность объема и конфликты національностей. § 123. Столкновеніе своей національности и національности чужой. § 124. Столкновеніе двухъ чужихъ національностей. § 125. Двуподданство съ точки зрѣнія конфликтнаго права. § 126. Опредѣленіе подданства по иностранному закону. § 127. Почему умѣстительные признаки при конфликтахъ подданства берутся внѣ соответственныхъ объемовъ? § 128. Выводы.

IV. Органичность объема. § 129. Органичность объема и его самоцѣльность. § 130. Органичность классической объемной нормы. § 131. Теорія, отрицающія органичность *implicite*. Ученіе о квалификаціяхъ. Теорія Kahn'a. § 132. Теорія Bartin'a. § 133. Теорія Despagnet. § 134. Теорія квалификацій и органичность объемовъ. § 135. Опредѣленіе умѣстительныхъ признаковъ внѣ какого бы то ни было права. § 136. Теорія, отрицающія органичность *expressis verbis*.

V. Выводы. § 137. Объемныя нормы. § 138. Международно-конфликтныя нормы. § 139. Опредѣленіе трехъ разобранныхъ понятій.

I.

109.—Представимъ себѣ совокупность юридическихъ нормъ, озаглавленныхъ такъ: «Положеніе о поземель-

номъ устройствѣ русскихъ арендаторовъ православнаго вѣроисповѣданія, водворенныхъ на владѣльческихъ земляхъ въ губерніяхъ сѣверо-западныхъ и бѣлорусскихъ до 19 февраля 1861 года» ¹⁾). Очевидно, что судья, примѣняющій это положеніе, никогда не будетъ затрудненъ при разрѣшеніи вопроса о томъ, на кого и гдѣ именно простирается дѣйствіе отдѣльныхъ нормъ этого законодательнаго акта. Всѣ элементы, необходимые для опредѣленія пространства дѣйствія, цитированнаго Положенія, приведены въ самомъ его заголовкѣ съ совершенною точностью. Указано, кто подлежитъ дѣйствію Положенія (арендаторъ, русскій подданный, православный, водворенный), гдѣ оно примѣняется (губерніи сѣверо-западнаыя и бѣлорусскія),—и съ какого времени (послѣ 19 февраля 1861 года).

Нормы, принадлежащія къ только что изображенной категоріи, являются нормами съ точно опредѣленнымъ объемомъ; онѣ редактированы настолько аккуратно, что въ нихъ *expressis verbis* и совершенно ясно указано, когда ихъ надо примѣнять. Подобныя объемныя нормы устраняютъ возможность всякаго рода сомнѣнія о пространствѣ ихъ дѣйствія ²⁾). Я буду въ дальнѣйшемъ называть ихъ нормами явно-объемными.

Явный объемъ нормы не всегда можетъ быть выведенъ изъ самаго текста того закона, о которомъ идетъ рѣчь. Гораздо болѣе многочисленны тѣ случаи, когда явный объемъ нормы устанавливается лишь изъ сопоставленія даннаго текста закона съ цѣлымъ рядомъ другихъ

¹⁾ Св. Зак. т. IX, XXVI.

²⁾ Другіе примѣры. «Правила объ обезпеченіи земельными надѣлами и помѣщеніями причтовъ православныхъ сельскихъ приходовъ въ губерніяхъ: Витебской, Могилевской и т. д.», Зак. Сост., Св. Зак., т. IX, прил. къ ст. 453.—«Временныя правила о приобрѣтеніи иностранцами въ собственность или въ срочное владѣніе и пользованіе недвижимыхъ имуществъ въ нѣкоторыхъ губерніяхъ западной полосы Россіи», Зак. Сост., Св. Зак., т. IX, прилож. къ ст. 830, прим. 2.—Примѣры эти могутъ быть умножаемы безгранично.

нормъ, непосредственно къ данному вопросу не относящихся, но, въ конечномъ своемъ результатъ, влияющихъ именно на пространство дѣйствія разбираемой нормы. Если мы представимъ себѣ, напримѣръ, что какой-нибудь законъ дѣйствуетъ только въ предѣлахъ данной территоріи,—то мы, конечно, должны отдать себѣ отчетъ относительно того, какое именно пространство земли считается территоріей даннаго государства. Бываютъ случаи, когда въ законодательствѣ существуетъ спеціальная норма, конструирующая это понятіе ¹⁾; но весьма часты также и такіе случаи, когда, какъ, напримѣръ, въ Россіи, для выясненія понятія территоріи (и территоріальнаго моря) придется производить анализъ чуть что не всѣхъ шестнадцати томовъ Свода Законовъ. Конечно, норма, которая примѣнима только на русской территоріи, есть норма съ явнымъ объемомъ; но выяснить этотъ объемъ можно только путемъ подробнаго ознакомленія съ цѣлымъ рядомъ параллельныхъ нормъ.

Явный объемъ можетъ опредѣляться въ параллельныхъ нормахъ не только одновременныхъ съ тою, о которой идетъ рѣчь,—но и въ нормахъ болѣе позднихъ. Въ этомъ случаѣ можно говорить о послѣдующемъ расширеніи или суженіи существующаго явнаго объема. Примѣромъ суженія существующаго объема можно привести приложеніе къ ст. 341 (прим.) Уст. Горнаго. Это приложеніе озаглавлено такъ: «Правила о примѣненіи къ иностранцамъ-горнопромышленникамъ въ губерніяхъ Царства Польскаго Именнаго Высочайшаго Указа 14 марта 1887 года». Существовалъ Именной

¹⁾ См., напримѣръ, F. Schumacher, Die internationalrechtlichen Bestimmungen der neuen österreichischen Civilprocessegesetze, Böhm, 1896, стр. 487: «Als Inland im Sinne der Jurisdiktionsnorm gilt das Gebiet der im Reichsrath vertretenen Königreiche und Länder. Personen, welche in diesem Gebiete das Staatsbürgerrecht nicht genießen, sind in Bezug auf die Vorschriften der Jurisdiktionsnorm als Ausländer anzusehen».

Указъ 1887 года, имѣвшій совершенно неоспоримый объемъ. Онъ примѣнялся ко всѣмъ лицамъ, ищущимъ горнопромышленныхъ концессій въ предѣлахъ Царства Польскаго. Но затѣмъ, позднѣе, было рѣшено ограничить дѣйствіе указа 1887 года, лишивъ преимуществъ, истекающихъ изъ этого указа,—всѣхъ иностранцевъ. Объемъ, слѣдовательно, сдѣлался болѣе узкимъ, но онъ не пересталъ быть недвусмысленнымъ. Примѣровъ такихъ нормъ, ограничивающихъ объемъ ранѣе изданныхъ законовъ,—можно привести очень много; онѣ разбросаны по всему Своду Законовъ. Напримѣръ, въ Уст. о воин. повинности (Св. Зак., т. IV, прил. къ ст. I, прим., ст. 6) сказано: «жители Лампарскаго уѣзда, а также общины Куолаярви, Кемискаго уѣзда, освобождаются, впредь до иного о томъ Высочайшаго повелѣнія, отъ отбыванія воинской повинности». Многочисленны примѣры подобнаго суженія объемовъ и за границей ¹⁾.

Нетрудно, конечно, привести и примѣры послѣдующаго расширенія разъ установленнаго объема. Ст. 841 Уст. Лѣсн. гласитъ такъ: «дѣйствіе общихъ законовъ о взысканіяхъ и наказаніяхъ за нарушеніе уставовъ о казенныхъ лѣсахъ распространяется на Прибалтійскія губерніи». Изъ иностранной практики приведу, на примѣръ, французскій декретъ 7 февраля 1897 года ²⁾, согласно которому статьи 7—10, 12 и 17—21 кодекса Наполеона распространены на всѣ французскія колоніи, кромѣ Гваделупы, Мартиники и острова Соединенія ³⁾.

¹⁾ W. Burry, Du droit pour les Français résidant en France à posséder ou recevoir par succession des immeubles aux Etats-Unis, Clunet, 1903, стр. 761: «... à partir de 1880, quelques Etats votèrent des lois décidant que les étrangers non résidants ne pouvaient ni acquérir, ni acheter, ni hériter des immeubles».

²⁾ Clunet, 1898, стр. 196—197.

³⁾ Ср. анонимную замѣтку, Clunet, 1893, стр. 523: «d'après une loi de 1843 (6 et 7 Vict., c. 94) S. M. la Reine d'Angleterre exerce, à l'égard de ses sujets, établis dans des pays non chrétiens, le même pouvoir et la

110.—Нетрудно доказать, что далеко не все нормы имѣютъ явный объемъ. Напримѣръ, ст. 974, Зак. Гражд., т. X ч. I, гласитъ такъ: «Если принявшій даръ учинить покушеніе на жизнь дарителя, причинить ему побои или угрозы, оклеветать его въ какомъ-либо преступленіи или вообще окажетъ ему явное непочтеніе, — то даритель имѣетъ право требовать возвращенія подареннаго». Достаточно бросить бѣглый взглядъ на приведенный текстъ для того, чтобы стало яснымъ, какая масса сложнѣйшихъ вопросовъ именно объемнаго характера скрывается за кажущеюся опредѣлительностью ст. 974-ой. Въ самомъ дѣлѣ. Намѣтимъ, схематически, тѣ сомнѣнія, которыя могутъ возникать съ точки зрѣнія объема. Спросимъ себя, напримѣръ, зависитъ ли примѣненіе ст. 974:

- 1) отъ подданства дарителя?
- 2) отъ подданства одареннаго?
- 3) отъ мѣста жительства того и другого?
- 4) отъ мѣста заключенія договора о дарѣ?
- 5) отъ мѣста нанесенія той обиды, на основаніи которой производится обратное требованіе дара?
- 6) отъ мѣста нахождения подаренной вещи въ моментъ одаренія? — въ моментъ нанесенія обиды? — въ моментъ обратнаго требованія?
- 7) отъ мѣста вчиненія иска о возвратѣ подаренной вещи?

Я намѣтилъ только семь объемныхъ вопросовъ. Но всякій, занимавшійся частнымъ международнымъ правомъ, легко представить себѣ и остальные, крайне многочисленныя, комбинаціи элементовъ мѣста и времени. Ни на одинъ изъ этихъ вопросовъ мы не найдемъ безспорнаго отвѣта ни въ ст. 974-ой, ни въ

même juridiction, d'une manière aussi égale et aussi complète que si Sa Majesté avait acquis un tel pouvoir et une telle juridiction par cession ou par conquête de territoire».

остальныхъ нормахъ Законовъ Гражданскихъ или даже всего вообще Свода Законовъ. Ст. 974 можетъ быть названа нормой скрыто-объемной, т. е. такой нормой, въ которой *expressis verbis* ни одинъ изъ объемныхъ вопросовъ не рѣшается.

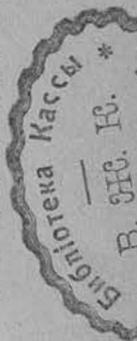
Скрыто-объемныя нормы, по самому существу дѣла, должны представлять собой, въ системѣ всякаго законодательства, подавляющее большинство. И совершенно ясны причины такого явленія. Всякій законодатель начинаетъ съ того, что высказывается о конкретныхъ правовыхъ казусахъ, попавшихъ въ его уголь зрѣнія. Законодатель заинтересованъ въ томъ, чтобы дать отвѣтъ на поставленный ему вопросъ. А такъ какъ вопросъ всегда ставится по дѣламъ, именно входящимъ въ компетенцію даннаго законодательства, — то требуется, слѣдовательно, произвести большую и трудную работу юридическаго абстрагирования, раньше чѣмъ законодатель станетъ думать не только о вопросахъ подвѣдомственныхъ ему, но еще и о параллельныхъ казусахъ, мѣстному суверенитету не подвластныхъ. Точное формулированіе объема можетъ, значитъ, начаться только тогда, когда законодатель, параллельно съ идеями матеріальнаго гражданскаго права, будетъ непрестанно проникаться еще и принципомъ международнаго общенія: — будетъ непрестанно думать о томъ, что существуютъ параллельныя государства, не отказывающіяся отъ разрѣшенія параллельныхъ вопросовъ. Всякое законодательствованіе должно начинаться не съ явно-, а со скрыто-объемныхъ нормъ. Соотвѣтственно этому, во всякомъ законодательствѣ скрыто-объемныя нормы должны представлять собой подавляющее большинство.

Къ числу скрыто-объемныхъ нормъ нужно несомнѣнно отнести также и тѣ, которыя имѣютъ явный объемъ, совершенно несоотвѣтствующій истиннымъ намѣреніямъ законодателя, и которыя можно было бы назвать ложно-

объемными нормами. Законъ 1830 года говоритъ: «Каждый сочинитель или переводчикъ книги имѣть исключительное право пользоваться изданіемъ, какъ имуществомъ благопріобрѣтеннымъ». «Каждый!..». Законодатель забываетъ, что имѣется 95⁰/₀ сочинителей, защита которыхъ не подвѣдомственна данному комплексу нормъ,—95 процентовъ такихъ сочинителей, о которыхъ самъ законъ не желаетъ, вообще, устанавливать рѣшительно никакого юридическаго правила. Ибо несомнѣнно, что тѣмъ цензорамъ, которые въ Николаевскую эпоху вѣдали защиту авторскаго права, и въ голову не приходило встать на либеральнѣйшую точку зрѣнія защиты всѣхъ авторовъ, независимо отъ ихъ національности, отъ мѣста изданія книги, отъ мѣста жительства и т. д. Законъ имѣлъ въ виду лишь нѣкоторое, весьма ограниченное, количество сочинителей; въ частности—тѣхъ, которые подчинялись условіямъ цензурнаго устава. Но законъ говорилъ: «каждый»,—потому что законодательная техника стояла на низкой ступени развитія. И лучшимъ доказательствомъ моей правоты является то обстоятельство, что въ 1845 году, при изданіи новеллы о защитѣ собственности музыкальной, элементы мѣста уже попали въ кругозоръ законодателя: но, отразившись на текстѣ (теперешней) ст. 48-ой, элементы эти приняли видъ спеціальнаго постановленія, не касающагося сочинителей книгъ. «Музыкальныя произведенія, которыя русскими сочинителями издаются за границей... ограждаются отъ перепечатыванія и публичнаго исполненія въ предѣлахъ Имперіи на основаніи постановленій сего Положенія. Тѣми же правами пользуются въ подобныхъ случаяхъ иностранные сочинители, доколѣ пребываютъ въ Россіи». Постановленія эти явно рудиментарны; въ нихъ, напримѣръ, ничего не говорится о томъ, какъ поступать съ произведеніями не опубликованными; затѣмъ они могутъ вызвать цѣлую массу сложнѣйшихъ юридическихъ проблемъ относи-

тельно иностранцевъ, періодически то прїѣзжающихъ въ Россію, то уѣзжающихъ за границу. Но, какъ бы плохи ни были эти постановленія,—они все-таки свидѣтельствуютъ о желаніи считаться съ фактомъ существованія иностранныхъ государствъ, а слѣдовательно, съ фактомъ появленія въ русскихъ судахъ иностранныхъ композиторовъ, иностранныхъ издателей, иностранныхъ изданій и т. д. Насколько не развита была законодательная техника по объемнымъ вопросамъ, можно судить по тому факту, что въ слѣдующемъ же, 1846 году, при изданіи второй новеллы, о собственности художественной, законодатель опять забылъ объ элементахъ мѣста. Ст. 28 (теперешняя) этой новеллы и по сіе время защищаетъ «живописца» всякаго, независимо отъ его національности. На практикѣ, конечно, универсальность этой статьи была фиктивной, словесной: новелла о художественной собственности столь же мало защищаетъ всякаго живописца, какъ и законъ 1830 года—всякаго сочинителя. Для меня было важно отмѣтить лишь то обстоятельство, что законодатель, издавая новеллу 1846 года, упустилъ изъ вида необходимость обработать тѣ элементы мѣста, о которыхъ въ 1845 году онъ все-таки сдѣлалъ нѣкоторое постановленіе.

Соответственно всему сказанному, мы должны считать, что старый законъ объ авторскомъ правѣ имѣлъ ложный объемъ, не соответствовавшій тому истинному объему, который былъ въ виду у законодателя. Если явная преувеличенность объемовъ, какъ они конструированы въ ст.ст. 1 и 58, никого до сихъ поръ не смущала, то это обстоятельство отнюдь не уменьшаетъ важнаго значенія объемныхъ вопросовъ. Оно свидѣтельствуетъ только о томъ, насколько заглубъла наша юридическая впечатлительность отъ постояннаго обращенія съ плохо редактированными, въ объемномъ отношеніи, законами. Проектъ новаго Положенія объ



авторскомъ правѣ (1909 года) посвящаетъ большую, сложную и серьезно продуманную статью (ст. 4 въ связи со ст. 30 и ст. 33) именно объемнымъ вопросамъ. Начинаніе это дѣлаетъ честь редакторамъ новаго Положенія: но одна ласточка весны еще не дѣлаетъ, и по отношенію къ подавляющему большинству цивилистическихъ законовъ остается правильнымъ выставленный мною тезисъ о томъ, что скрыто-объемныя нормы доминируютъ надъ нормами явно-объемными.

111.—Выяснивъ понятіе и взаимное отношеніе явно и скрыто-объемныхъ нормъ, мы можемъ перейти къ дальнѣйшему развитію этого понятія. Всякая норма должна быть объемной. Этотъ простой тезисъ, несмотря на кажущуюся его очевидность, встрѣчаетъ въ литературѣ возраженія. Напримѣръ Ligeoix¹⁾ стоитъ на той точкѣ зрѣнія, что существуетъ цѣлый рядъ цивилистическихъ нормъ, вовсе не нуждающихся въ опредѣленіи ихъ объема. «Такимъ образомъ мы доказали,—говоритъ этотъ авторъ,—что существуетъ цѣлый рядъ нормальныхъ юридическихъ казусовъ, не нуждающихся ни въ какомъ опредѣленіи пространства ихъ дѣйствія; эти казусы регулируются внутренними законами, въ точномъ смыслѣ этого слова, т. е. законами, опредѣляющими юридическое положеніе лицъ и вещей, нормально подчиненныхъ данному законодателю. Эти слова нужно понимать въ томъ смыслѣ, что существуетъ комплексъ лицъ и вещей, подчиненныхъ данному законодателю внѣ всякихъ возможныхъ колебаній, такъ какъ въ юридическомъ положеніи этихъ лицъ и вещей не играетъ рѣшительно никакой роли ни одинъ иностранный законодатель». Такимъ образомъ, Ligeoix выставляетъ, въ видѣ основного тезиса своей статьи, что существуютъ какія-то юридическія отношенія, нормально подчиненныя данному законодателю, подчинен-

¹⁾ М. Ligeoix. *Théorie du renvoi etc.*, Clunet, 1904, стр. 557.

ныя «безъ колебаній»,—и потому не нуждающіяся ни въ какомъ опредѣленіи объема.

Я долженъ самымъ рѣшительнымъ образомъ возражать противъ такой постановки вопроса. Я думаю, что ссылка на какое-то «нормальное» подчиненіе данному закону происходитъ изъ явнаго недоразумѣнія, являясь продуктомъ той именно несовершенной законодательной техники, о которой я только что говорилъ въ § 110-мъ.

Въ самомъ дѣлѣ. Возьмемъ, на примѣръ, ст. 14 нѣмецкаго Е. G., которая опредѣляетъ объемъ цѣлаго ряда нѣмецкихъ нормъ о личныхъ отношеніяхъ супруговъ. Статья эта гласитъ: «нѣмецкій законъ опредѣляетъ личныя отношенія супруговъ-нѣмцевъ». Представимъ себѣ, что эта статья, согласно совѣту Ligeoix, будетъ уничтожена и не замѣнена никакою другою. Мы получили бы тогда именно казусъ безъобъемности тѣхъ нормъ нѣмецкаго гражданскаго кодекса, которыя касаются личныхъ отношеній супруговъ. Я думаю, что въ этомъ случаѣ юридическое значеніе ст.ст. 1353—1361 В. G. В. сдѣлалось бы весьма страннымъ. По моему мнѣнію, ихъ вообще нельзя было бы, тогда, примѣнять ни къ одному конкретному случаю. Подобное утвержденіе кажется абсурднымъ. Но абсурдность его истекаетъ именно изъ ошибочныхъ, безсознательно врожденныхъ представленій о второстепенной роли объема.

Мнѣ могутъ сказать такъ: если уничтожить ст. 19 Е. G., то, на примѣръ, ст. 1360 В. G. В. будетъ примѣняться, въ зависимости отъ обстоятельствъ, или ко всѣмъ спорамъ, восходящимъ на разрѣшеніе нѣмецкихъ судовъ,—или ко всѣмъ супругамъ, живущимъ на нѣмецкой территоріи,—или, наконецъ, еще къ какой-нибудь комбинаціи лицъ. Ст. 1360 примѣнялась бы именно въ зависимости отъ обстоятельствъ, т. е. въ зависимости отъ того или иного толкованія общаго смысла нѣмецкаго закона и тѣхъ нормъ, которыя вхо-

дять въ его составъ. Не трудно, однако, замѣтить, что всѣ указанныя утвержденія основываются на безсознательномъ включеніи объемныхъ элементовъ въ такую проблему, изъ которой мы—по основной предпосылкѣ!—намѣренно исключили именно объемъ. Для меня безразлично, какъ мы разрѣшимъ вопросъ объ объемѣ ст. 1360: путемъ ли ссылки на ст. 14 E. G.—путемъ ли анализа другихъ нѣмецкихъ нормъ—или, наконецъ, путемъ изученія общаго духа закона? Для меня важно лишь одно: важно установить, что тотъ или иной объемъ ст. 1360 обязательно долженъ быть сконструированъ. Ибо, если бы мы даже сказали, что ст. 1360 примѣняется ко всѣмъ вообще супругамъ, сколько ихъ ни есть на земномъ шарѣ,—то и этотъ отвѣтъ все-таки былъ бы отвѣтомъ объемнымъ. Понятіе «всѣхъ супруговъ» является очень широкимъ объемомъ, но все-таки совершенно опредѣленнымъ объемомъ. Я же предполагалъ въ началѣ настоящаго абзаца такой казусъ, когда у ст. 1360 именно не будетъ никакого опредѣленнаго объема, ни широкаго, ни узкаго. И я полагаю, что въ настоящее время читателю уже ясно, насколько логически немыслима подобная юридическая конъюнктура. Если прибѣгнуть къ сравненію, то объемъ нормы можно изобразить въ видѣ сложной фигуры, нарисованной на плоскости. Фигура эта можетъ быть болѣе или менѣе крупною. Она можетъ быть ограничена ломаною или кривою линіею. Невозможно—логически невозможно!—лишь одно: чтобы линія, обрисовывающая эту фигуру, въ какомъ-то мѣстѣ прерывалась и не ограничивалась на нѣкоторомъ протяженіи данной фигуры отъ той плоскости вообще, на которой она начерчена. Законъ о личныхъ отношеніяхъ супруговъ можетъ имѣть въ виду всѣхъ супруговъ, всѣхъ нѣмецкихъ супруговъ, всѣхъ супруговъ, домицилированныхъ въ Германіи и т. д. Не можетъ онъ имѣть въ виду лишь одну комбинацію: ту,—когда самъ законодатель недвусмы-

сленно говорить, что онъ не знаетъ, къ какому именно супругамъ примѣняется данный законъ. А это именно и было бы искомымъ безъобъемнымъ закономъ.

Я утверждаю, слѣдовательно, что *Ligeoix* неправъ, когда онъ говоритъ, что существуютъ законы, не возбуждающіе никакихъ объемныхъ контроверзъ. Эти законы не возбуждаютъ объемныхъ контроверзъ только потому, что ихъ объемъ — въ извѣстномъ количествѣ случаевъ — совершенно безспоренъ. Мы приходимъ, слѣдовательно, къ тезису: всякій законъ долженъ имѣть опредѣленный объемъ. Но, какъ указано выше, этотъ объемъ можетъ быть или явнымъ, или скрытымъ.

112.—Всякая норма должна быть объемной. Этотъ тезисъ настолько важенъ для всѣхъ дальнѣйшихъ моихъ разсужденій, что я хочу подтвердить его еще двумя примѣрами изъ русскаго законодательства.

Ст. 60 Пол. о казенныхъ подрядахъ и поставкахъ гласитъ такъ: «...дома Брестъ-Литовска принимаются въ залогъ только по подрядамъ сей крѣпости, съ соблюденіемъ слѣдующихъ правилъ: 1) дома евреевъ Брестской крѣпости въ залогъ по производимымъ тамъ инженернымъ постройкамъ не должны быть принимаемы; 2) каменные дома христіанъ въ Брестской крѣпости и на форштадтахъ и каменные дома евреевъ на форштадтахъ слѣдуетъ принимать въ залогъ на основаніи и т. д...». Если всмотрѣться въ приведенную статью, то мы увидимъ, что она устанавливаетъ три категоріи недвижимостей: дома христіанъ,—дома евреевъ въ крѣпости,—дома евреевъ на форштадтахъ. Для каждой изъ этихъ категорій созданъ соответственный комплексъ юридическихъ нормъ. Отличить одну категорію домовъ отъ другой можно только въ томъ случаѣ, если мы примемъ въ соображеніе, съ одной стороны, вѣроисповѣданіе собственника, а съ другой—мѣстоположеніе дома и употребленный для постройки

матеріалъ (дерево или камень). Въ приведенной нормѣ понятія мѣста, вѣроисповѣданія и матеріала представляютъ собой три совершенно равноправныхъ и необходимыхъ элемента того, что нѣмцы называютъ *Thatbestand*’омъ нормы. Эти три понятія являются совокупностью тѣхъ фактическихъ предпосылокъ, при наличности которыхъ проявляетъ свою силу юридическое правило. Теперь,—спрашивается: можно ли изъять изъ данной нормы, на примѣръ, элементъ вѣроисповѣданія? Можно ли сдѣлать такъ, чтобы въ направленіи вѣроисповѣданія данная норма не имѣла опредѣленнаго объема? Было бы, конечно, совершенно неправильно, если бы мы дали утвердительный отвѣтъ и, въ видѣ доказательства, скомбинировали бы такую норму о залогѣ брестъ-литовскихъ домовъ, въ которой совершенно не упоминалось бы вѣроисповѣданіе собственника. Ибо очевидно, что эта новая, гипотетическая, норма была бы не нормой съ изъятымъ элементомъ вѣроисповѣданія, а, наоборотъ, именно нормой съ совершенно опредѣленнымъ объемомъ въ смыслѣ религіи: этотъ объемъ былъ бы очень широкимъ, такъ какъ онъ распространялъ бы дѣйствіе нормы на всѣ дома вообще (и христіанъ, и евреевъ, и даже мусульманъ). Произошло бы это потому, что во всѣхъ нашихъ герменевтическихъ разсужденіяхъ мы руководимся правиломъ: «*Quod lex non distinguit...*». Какъ только въ нормѣ не упоминается о религіи, такъ тотчасъ же мы позволяемъ себѣ умозаключать, что норма эта обнимаетъ собой всѣ религіи вообще.

Если мы хотимъ представить себѣ норму съ изъятымъ элементомъ религіи, то мы должны представить себѣ именно такую норму, въ которой законодатель — тѣмъ или другимъ способомъ — подчеркнулъ бы, что онъ не указываетъ: примѣняется ли эта норма ко всѣмъ вообще домамъ, или только къ домамъ евреевъ? Совершенно очевидно, что такую норму нельзя было бы

примѣнять. Ибо по отношенію къ каждому конкретному вопросу возникало бы сомнѣніе о томъ, примѣнима ли норма именно въ данномъ случаѣ. Дѣло идетъ, напримѣръ, о домѣ христіанина:—а можетъ быть, норма примѣняется только къ домамъ евреевъ?..

Совершенно аналогичнымъ будетъ нашъ выводъ и въ томъ случаѣ, если мы пожелаемъ разорвать линію объема данной нормы въ вопросахъ мѣста и оставить открытою контроверзу: примѣняется ли статья 60 Положенія ко всѣмъ домамъ вообще,—или только къ домамъ, расположеннымъ въ Брестъ-Литовскѣ? Если мы дадимъ утвердительный отвѣтъ на одинъ изъ поворотовъ только что изображенной дилеммы, то мы тѣмъ самымъ придадимъ нормѣ точно объемный характеръ. А если мы не будемъ въ состояніи рѣшить ни одного изъ двухъ поставленныхъ вопросовъ, то мы сдѣлаемъ самое примѣненіе нормы безусловно невозможнымъ.

Эту мысль я и выражаю въ видѣ тезиса: всякая норма объемна.

Совершенно тѣ же разсужденія можно примѣнить и къ ст. 1214 Зак. Гражд., т. X ч. I. Эта статья гласитъ такъ: «имѣнія, пожалованныя на правѣ маіоратовъ въ Западныхъ губерніяхъ, переходятъ въ наслѣдство въ мужескомъ колѣнѣ, поступая по смерти владѣльца всегда къ старшему сыну». Въ этой статьѣ мы имѣемъ дѣло съ партикулярной нормой, изданной для нѣкотораго количества недвижимостей. Если бы мы пожелали изъять изъ ст. 1214 элементъ мѣста («западный маіоратъ»),—то мы получили бы наборъ словъ, не имѣющихъ ровно никакого юридическаго содержанія. Статья гласила бы: «...переходятъ въ наслѣдство въ мужескомъ колѣнѣ». Но оставалось бы совершенно непонятнымъ: что именно «переходитъ»? Нельзя бы было сказать, что въ мужескомъ колѣнѣ переходятъ всѣ вообще имѣнія (ибо это противорѣчило бы ст. 1130 Зак. Гражд., т. X ч. I); но нельзя было бы сказать и наоборотъ, что переходятъ

только нѣкоторыя имѣнія: ибо нельзя было бы указать, какія именно нѣкоторыя имѣнія переходятъ.

Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ выводу: каждая норма обязательно должна имѣть точный объемъ. Объемъ этотъ можетъ быть скрытымъ. На выясненіе его можетъ уйти очень много юридическаго остроумія и знаній. Но, все-таки, объемъ этотъ долженъ существовать одновременно съ нормой. Если толкователь закона, въ какомъ бы то ни было направленіи, не можетъ установить объема нормы, то и норма эта не существуетъ.

113. — Разсуждаемъ дальше. Всякая норма должна быть объемной. Но многія нормы, вслѣдствіе неудовлетворительности законодательной техники, имѣютъ скрытый объемъ. Изученіе скрытыхъ объемовъ представляетъ большія трудности для всѣхъ тѣхъ, кто приходитъ въ соприкосновеніе съ закономъ и кто имѣетъ необходимость выяснять для себя точное содержаніе законодательной воли. Изъ этихъ предпосылокъ можно, безо всякаго труда, сдѣлать и выводъ: въ интересахъ развитія права желательно, чтобы законодатель усовершенствовалъ технику своей работы и обращалъ больше вниманія на приведеніе объемныхъ вопросовъ въ явную форму. Другими словами: разъ ужъ объемные вопросы неизбежны, желательно, чтобы законодатель рѣшалъ ихъ недвумысленными формулами.

Необходимость и желательность точной формулировки объемовъ можетъ быть подтверждена тремя соображеніями. О первомъ я уже говорилъ въ предыдущихъ параграфахъ. Законодатель, который не даетъ себѣ труда ясно обдумать объемные вопросы во всей ихъ широтѣ, — въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ излагаетъ законъ въ такомъ гипертрофированномъ видѣ, который налагаетъ власть даннаго государства на казусы, явно ему неподвѣдомственные. Мы видѣли выше примѣръ невѣрнаго, гипертрофированнаго объема въ пресловутой статьѣ о «всѣхъ сочинителяхъ». Очевидно, что ясность

юридической мысли можетъ только выиграть оттого, что законодатель уничтожить наивную всеобъемлемость своего закона и приведетъ этотъ законъ въ рамки, соответствующія его, законодателя, волѣ.

Второе соображеніе, которое можно привести въ пользу желательности точныхъ объемовъ, заключается въ слѣдующемъ. Если законодательная техника хромаетъ и если объемные вопросы разрѣшаются легкомысленнымъ образомъ, то, рядомъ съ бессознательнымъ расширеніемъ предѣловъ дѣйствія нашего закона, должны объѣвиться и случаи столь же бессознательнаго суженія, тоже не соответствующаго истинной волѣ законодателя. Въ этомъ отношеніи мы имѣемъ любопытный примѣръ въ новомъ греческомъ правѣ. Согласно указаніямъ компетентныхъ греческихъ юристовъ¹⁾, греческое брачное право содержитъ въ себѣ постановленіе только о бракахъ православныхъ между собой и православныхъ съ католиками и протестантами. Греческое право редактировано, въ смыслѣ объема, такъ плохо, что въ немъ нѣтъ совершенно никакихъ постановленій о бракахъ нехристіанъ или о бракахъ неправославныхъ между собой. Совершенно очевидно, что если бы греческій законодатель, въ моментъ изданія тѣхъ законовъ, о которыхъ идетъ рѣчь, ясно поставилъ передъ собой всѣ объемныя проблемы, то онъ, конечно, не допустилъ бы существованія подобнаго пробѣла. Такъ или иначе,—но онъ, конечно, регулировалъ бы и браки нехристіанъ, и браки католиковъ и протестантовъ.

Совершенно аналогичные вопросы возбуждаются и въ уголовномъ правѣ, въ которомъ получаютъ весьма печальные недосмотры всякій разъ, какъ законодатель упуститъ изъ виду точное развитіе объемныхъ проблемъ. Существуетъ, напримѣръ, много споровъ о томъ,

¹⁾ G. Diobouniotis, Die Eheschliessung zwischen Inländern und Ausländern nach griechischem Recht, Böhln, 1898, стр. 18 и 21.

кому подсудны столкновения судовъ, происшедшія въ открытомъ морѣ. Очевидно, что если бы законодатели въ моментъ изданія законовъ о неосторожности судоводителей, категорически разрѣшали вопросъ о деликтахъ, совершаемыхъ въ открытомъ морѣ,—то положеніе юристовъ, обсуждающихъ только что указанный вопросъ, сдѣлалось бы болѣе легкимъ. Pillet¹⁾ говоритъ о деликтахъ совершенныхъ на воздушномъ шарѣ: очевидно, что и этотъ вопросъ относится къ разряду объемныхъ. Заполненіе объемныхъ пробѣловъ всегда было бы чистымъ выигрышемъ для точной юриспруденціи.

Есть, наконецъ, еще и третье соображеніе, почему точная формулировка объемовъ представляется въ высшей степени желательною. Можно утверждать, что въ цѣломъ рядъ случаевъ постановка объемныхъ вопросовъ отозвалась бы плодотворнымъ образомъ на самомъ развитіи законодательной воли, углубивъ ее и, такъ сказать, «просвѣтливъ» ея детали. Вотъ, что я подѣ этимъ разумю. Законодатели вообще страдают самоувѣренностью. Очень многія задачи представляются законодателямъ неизмѣримо болѣе легкими, чѣмъ какими онѣ являются въ дѣйствительности. Для всѣхъ такихъ задачъ наилучшимъ пробнымъ камнемъ являются именно объемные вопросы.

Представимъ себѣ, что нужно издать законъ, запрещающій вывозъ произведеній искусства изъ Франціи²⁾. Мысль эта, конечно, представляется симпатичной:—но какъ ее осуществить? Какія, собственно, произведенія будутъ остановлены? Всѣ ли тѣ произведенія, которыя находятся на французской территоріи?—Конечно, нѣтъ. Ибо такой законъ совершенно безцѣльнымъ образомъ разорилъ бы цѣлый рядъ торговцевъ. Всѣ ли произведенія опредѣленной эпохи?—Опять-таки, нѣтъ: ибо если

¹⁾ A. Pillet, Principes etc., стр. 417.

²⁾ Clunet, 1903, стр. 757—758.

въ Парижъ попала гравюра Дюрера, то Франція, конечно, не заинтересована въ сохраненіи этой гравюры именно на французской территоріи. Будутъ ли, наконецъ, остановлены только произведенія, созданныя въ извѣстномъ періодѣ на французской территоріи? — Этотъ объемъ опять-таки будетъ не соответствовать истинной волѣ законодателя; Phillipe de Champagne былъ бельгійцемъ и для сохраненія его произведеній на французской территоріи нѣтъ надобности прибѣгать къ экстраординарнымъ мѣрамъ. Въ результатъ получится, что внимательная постановка всѣхъ объемныхъ вопросовъ уяснить самому законодателю, чего именно онъ въ точности хочетъ, — и будетъ, слѣдовательно, способствовать облегченію законодательной мысли въ надлежащую форму.

Другимъ примѣромъ могъ бы служить вопросъ о такъ называемыхъ совмѣстныхъ текущихъ счетахъ (comptes-joints) и совмѣстныхъ вкладахъ¹⁾. Дѣло представляется въ такомъ видѣ. Желая избѣжать платежа наслѣдственныхъ пошлинъ, нѣкоторые капиталисты, умудренные горькимъ опытомъ, устраиваютъ себѣ вклады совмѣстно со своими прямыми наслѣдниками: по условіямъ этихъ вкладовъ, получать ихъ изъ банка можетъ каждый изъ вкладчиковъ, независимо отъ другого. Какъ только умираетъ, скажемъ, мужъ, такъ тотчасъ же жена предъявляетъ свои притязанія на совмѣстный вкладъ и вынимаетъ процентныя бумаги, не платя наслѣдственныхъ пошлинъ. Само собой разумѣется, что подобная уловка не могла не обратить на себя вниманіе тѣхъ органовъ, коимъ поручено наблюденіе за фискальными интересами государства. Возникла мысль объ обложеніи наслѣдственными пошлинами если не полной совокупности, то, по крайней мѣрѣ, части тѣхъ капиталовъ, которые находятся въ банкахъ въ

¹⁾ Alb. Wahl, Des comptes-joints, particulièrement au point de vue fiscal international, Clunet, 1905, стр. 5—21.

видѣ совмѣстныхъ вкладовъ. Но какъ только подошли къ реальному осуществленію этой проблемы, такъ тотчасъ же замѣтили, съ какими величайшими трудностями сопряжена всякая попытка изобразить въ болѣе или менѣе точной формѣ, какіе именно капиталы желаетъ подчинить себѣ данный законодатель. Не нужно забывать, что совмѣстные вклады могутъ быть сдѣланы лицами, домицилированными не только во Франціи, но и за границей;—лицами разной національности и т. д. Затѣмъ, вклады эти могутъ быть сдѣланы за границей, но принадлежать цѣликомъ или въ части французамъ. Несомнѣнно, что надлежащая постановка и подробное изученіе объемныхъ вопросовъ—въ случаяхъ, подобныхъ только что изображенному—дастъ законодателю возможность надлежащимъ образомъ углубить свою мысль и отдать самому себѣ отчетъ: какія именно явленія слѣдуетъ подчинить дѣйствию даннаго закона? И, въ конечномъ результатѣ, если говорить парадоксально, можетъ оказаться, что законодатель, который совершенно ясно представить себѣ всю сложность объемныхъ вопросовъ, дойдетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ даже до признанія о невозможности подвергнуть ихъ точной формулировкѣ. И тогда окажется, что законъ не будетъ изданъ только потому, что желанію создать извѣстную матеріальную норму не будетъ соответствовать реальная возможность опредѣлить какой бы то ни было точный объемъ ея дѣйствія.

II.

114.—Опредѣливъ понятіе объема, мы должны теперь перейти къ уясненію внутренняго его содержанія. Мы должны, значить, рассмотретьъ вопросъ: на какія группы могутъ распадаться объемы нормъ?

Школа даетъ на этотъ вопросъ совершенно ясный и категорическій отвѣтъ, носящій почти что характеръ аксіомы. Никто въ Школѣ не сомнѣвается въ томъ, что всѣ законы или территоріальны, или экстратерриторіальны¹⁾. При этомъ, территоріальными законами считаются²⁾ тѣ, которые примѣняются ко всѣмъ отношеніямъ, возникающимъ на данной территоріи, независимо отъ подданства лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ. Наоборотъ: экстратерриторіальными законами являются тѣ, которые относятся только къ подданнымъ даннаго государства, но зато слѣдуютъ за ними повсюду, т. е. въ

¹⁾ Я оставляю безъ вниманія тѣ преувеличенія итальянской школы, согласно которымъ всѣ законы, будто бы, имѣютъ только личный характеръ. См. напримѣръ, ссылку на Mancini у Fiore, *Droit international privé*, 1875, стр. 48: «Les lois d'un Etat ne peuvent s'appliquer qu'aux sujets pour lesquels elles ont été spécialement faites».

²⁾ A. Pillet, *Le droit international privé, Essai etc.*, Clunet, 1894, стр. 712: «Un rapport de droit quelconque étant donné, on peut résoudre le conflit auquel il donne lieu en employant l'un ou l'autre de ces deux moyens, en considérant les lois qui le régissent ou comme territoriales ou comme extraterritoriales. Si on les répute territoriales, on leur assigne une sphère d'application toute locale dans les limites de laquelle une même loi s'applique aux étrangers comme aux nationaux; si l'on adopte la solution inverse, on assigne à chaque personne sa loi particulière, et cette loi la suit partout, en territoire étranger comme dans sa patrie...»

томъ числѣ и за предѣлы даннаго государства. Соответственно этому, нѣкоторые ученые говорятъ даже о двухъ суверенитетахъ закона¹⁾: о суверенитетѣ личномъ и о суверенитетѣ территориальномъ. Вообще, какъ я уже сказалъ, дѣленіе всѣхъ мыслимыхъ объемовъ именно на двѣ категоріи принадлежитъ къ числу наиболѣе основныхъ предпосылокъ нашей науки: цитаты въ этомъ отношеніи можно было бы умножить почти до безконечности.

А между тѣмъ несомнѣнно, что это противоположеніе двухъ объемовъ не исчерпываетъ дѣла. Когда статутаріи дѣлили всѣ статуты на двѣ категоріи и называли ихъ личными и вещными, то они были до извѣстной степени правы. Не нужно забывать, что они говорили именно о статутахъ, т. е. о юридическихъ нормахъ, изданныхъ отдѣльными провинціями, городами или учрежденіями. Эти статуты были весьма немногочисленны по количеству и очень однообразны по содержанію. Они, дѣйствительно, касались или вещей, или лицъ; про нихъ, дѣйствительно, можно было сказать, что они имѣютъ въ первомъ случаѣ территориальное, а во второмъ экстратерриториальное значеніе (понимая оба термина въ только что указанномъ смыслѣ). Но даже и у статутаріевъ, какъ мы помнимъ, весьма скоро возникла необходимость выдѣлить классъ смѣшанныхъ статутовъ: причемъ совершенно очевидно,—хотя объ этомъ обыкновенно не думаютъ!—что смѣшанные статуты имѣли объемъ спеціальнй, не подходящий подъ только что изображенныя двѣ категоріи²⁾.

¹⁾ G. Micard, *Le rôle du juge dans l'application des lois étrangères*, Paris, 1907, стр. 9: «Ce sont d'une part le territoire sur lequel s'exerce la domination de l'Etat, et de l'autre certains rapports personnelles qui réunissent sous son autorité un plus ou moins grand nombre d'individus. La loi a donc deux souverainetés différentes: une souveraineté territoriale et une souveraineté personnelle».

²⁾ Marquis de Vareille-Sommière, *La synthèse du droit international privé*, Clunet, 1900, стр. 6.

Въ настоящее время дѣленіе объемовъ на двѣ группы даже а ргіогі должно представляться бѣдноватымъ. Вѣдь мы теперь дѣлимъ объемы не нѣкотораго небольшого количества статутовъ, случайно привитыхъ на основную толщу общаго римскаго права,—а объемы всѣхъ вообще законовъ каждаго даннаго государства. Уже этого сопоставленія достаточно для того, чтобы мы могли понять, насколько болѣе сложна задача тепершняго юриста по сравненію съ тѣми,—которыя стояли передъ статутаріями.

115.—Несомнѣнно, что классическія формы территоріальнаго и экстратерриторіальнаго объемовъ хорошо извѣстны теперешней юриспруденціи. Если ст. 221 Зак. Гражд., т. X ч. I, гласитъ: «Право на полное распоряженіе имуществомъ... пріобрѣтается не прежде, какъ по достиженіи совершеннолѣтія, т.-е. двадцати лѣтъ съ годомъ отъ рожденія»,—то это постановленіе, конечно, касается всѣхъ русскихъ подданныхъ, независимо отъ мѣста пребыванія, и, слѣдовательно, представляетъ экстратерриторіальный статутъ въ указанномъ выше смыслѣ. Съ другой стороны, совершенно очевидно, что если ст. 103, прим. 1, Уст. о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій гласитъ: «Запрещается на биржахъ, клубахъ и трактирахъ говорить о дѣлахъ политическихъ и распоряженіяхъ военныхъ»,—то это постановленіе одинаково относится ко всѣмъ лицамъ, находящимся на русской территоріи, независимо отъ ихъ подданства. При этомъ можно предполагать, что оно не обязательно для русскихъ людей, находящихся за границей.

Таковы трафаретные объемы. Но тотчасъ же возникаетъ вопросъ: сколько существуетъ, параллельно съ ними, еще и другихъ объемовъ, не подходящихъ подъ только-что изображенныя конструкціи ¹⁾?

¹⁾ Въ дальнѣйшемъ я буду приводить примѣры не только изъ узкой области цивилистики, но и изъ другихъ областей юриспруденціи. Я буду

Въ Сводѣ Иностранныхъ Исповѣданій устанавливается рядъ правилъ объ епархіальныхъ властяхъ: указывается, кто ихъ назначаетъ, — съ соблюденіемъ какихъ формальностей, — каковы ихъ права и полномочія? Очевидно, что нормы эти примѣнимы только на русской территоріи. Но связываютъ ли онѣ всѣхъ лицъ, пребывающихъ въ Россіи (какъ это требовалось бы понятіемъ территоріальнаго объема), — или не всѣхъ? Отвѣтъ намъ дается въ ст. 52: «одни только російскіе подданные могутъ быть опредѣляемы епархіальными начальниками». Слѣдовательно, мы имѣемъ примѣръ нормы, дѣйствующей только на территоріи и только для русскихъ подданныхъ. Въ области чистой цивилистики можно указать, въ видѣ параллели, на тѣ нормы, которыя касаются пріобрѣтенія недвижимостей въ районахъ запретныхъ для иностранцевъ: эти нормы, очевидно, касаются только русской территоріи и только русскихъ подданныхъ.

Затѣмъ можно привести примѣры и такихъ законовъ, которые обязательны только для русскихъ подданныхъ, но только находящихся за границей. Напримѣръ, въ Сводѣ Уст. о службѣ гражданской имѣется статья 417-я, гласящая: «Время, проведенное домашними

дѣлать это потому, что именно въ области цивилистики объемы наименѣе разработаны и труднѣе всего допускаютъ послѣдовательную систематизацію (Самая работа моя вѣдь направлена къ тому, чтобы доказать необходимость введенія объемныхъ вопросовъ въ цивилистику). При теперешнемъ положеніи дѣла, когда объемы конструируются и выявляются цивилистами, такъ сказать, кустарнымъ образомъ, — именно цивилистика и не можетъ дать мнѣ надлежащаго богатства случаевъ для построеній. Но то обстоятельство, что я мѣстами прибѣгаю даже къ публичному праву, не должно смущать читателя. Я работаю не по догмѣ частнаго международнаго права, а лишь по систематикѣ. Для меня важно доказать, что опредѣленная форма объема мыслима, — что она встрѣчается въ такихъ-то и такихъ-то частяхъ Свода. Затѣмъ для меня важно доказать, что законодатель, когда онъ станетъ обращать надлежащее вниманіе на объемные вопросы, вѣроятно, не затруднится перенести нѣкоторыя изъ изображенныхъ ниже комбинацій мѣста и подданства — въ гражданскіе законы. Такимъ образомъ, все дальнѣйшее изложеніе должно быть разумѣемо лишь какъ гипотетическое.

наставниками и учителями, изъ русскихъ подданныхъ, за границую въ обученіи дѣтей въ домахъ тѣхъ русскихъ подданныхъ, которые по обязанностямъ службы проживаютъ въ чужихъ краяхъ, зачитывается въ дѣйствительную службу съ тѣмъ, чтобы...»—и дальше идетъ перечисленіе условій, исполненіе которыхъ необходимо. Явно, что этотъ законъ объ условіяхъ (присылка отчетовъ, составленіе отзывовъ о своей дѣятельности и т. д.) обязателенъ только для русскихъ подданныхъ, находящихся за границей¹⁾. Можно представить себѣ и еще болѣе дробный объемъ. Во Франціи былъ изданъ въ 1889 году законъ²⁾, освобождавшій отъ воинской повинности тѣхъ французовъ, которые проживаютъ за границей, если они обосновались тамъ до девятнадцатилѣтняго возраста, если они имѣютъ тамъ «опредѣленное положеніе» и если они не возвращаются на родину до того момента, когда имъ минетъ 30 лѣтъ. При примѣненіи этого закона было установлено, что онъ относится, конечно, къ французамъ, проживающимъ за границей—но не ко всемъ, а только къ тѣмъ, которые поселились внѣ Европы. Никто не мѣшаетъ, конечно, намъ вообразить такой цивилистическій законъ, который будетъ касаться только русскихъ подданныхъ, проживающихъ въ Китаѣ. Объемъ этого закона, конечно, не уложится ни въ одну изъ трафаретнымъ группъ, установленныхъ статутаріями³⁾.

¹⁾ Таковъ же объемъ французскаго закона 24 декабря 1896 года, Clunet, 1898, стр. 973: «(Art. 45) Les inscrits maritimes fixés dans les Colonies françaises ou à l'étranger doivent, aussitôt que l'avis de mobilisation parvient à leur connaissance ou leur est notifié par l'autorité maritime ou consulaire, dans le ressort de laquelle se trouve le lieu de leur résidence, se mettre à la disposition de la dite autorité. Ceux qui naviguent sous pavillon étranger doivent se présenter à l'autorité maritime ou consulaire du premier port où leur bâtiment fait escale».

²⁾ Clunet, 1905, стр. 776.

³⁾ Другіе примѣры: Уставъ о Пенсіяхъ, ст. 231; ст. 233; ст. 235; ст. 313; ст. 411, прим. 3.—Уставъ о воинской повинности, ст. 18; ст. 55, прим. 2; прилож. къ ст. 64, прим. 2; ст. 80 и т. д.

Итакъ, мы получили въ предѣлахъ классическаго личнаго статута три формы объема: лично-безусловный, лично-территориальный и лично-заграничный.

116.—Если перейти къ нормамъ, касающимся иностранцевъ, то мы констатируемъ не меньшее разнообразіе объемовъ. Въ первую группу встанутъ тѣ нормы, которыя имѣютъ въ виду иностранцевъ, но не всѣхъ, а только находящихся на русской территоріи. Напримеръ, ст. 154 Уст. Иностр. Исп. гласитъ: «Иностранные духовные римско-католическаго исповѣданія, прибывающіе въ Россію, могутъ быть опредѣляемы къ должностямъ, вступать въ монастыри и т. д. не иначе, какъ съ разрѣшенія епархіальнаго начальства и министра внутреннихъ дѣлъ». Въ ст. 70 Зак. о состояніяхъ говорится, что акты, удостоверяющіе иностранное дворянство, «не присвоивъ дворянства въ Россіи, освобождаютъ отъ тѣлеснаго наказанія по преступленіямъ уголовнымъ». Эта статья, очевидно, также примѣнима только къ иностранцамъ, находящимся на русской территоріи¹⁾.

Вторую категорію составляютъ тѣ нормы, которыя *expressis verbis* имѣютъ въ виду только иностранцевъ, проживающихъ за границей. Сюда относится, напримеръ, ст. 604 Уст. о Пенсіяхъ, гласящая: «Проживающимъ за границей семействамъ служившихъ въ Россіи иностранныхъ медиковъ пенсіи не назначаются, а вмѣсто того выдается имъ единовременное пособіе». Совершенно аналогичное объемное содержаніе имѣетъ прим. къ ст. 124 Учрежд. Орд. (по продолж. 1902 года): «Означенныя въ семь пунктѣ правила не распространяются на лицъ духовнаго сана и на иностранцевъ, не находящихся на службѣ въ Россіи».

Наконецъ, третью группу составляютъ тѣ нормы, которыя имѣютъ въ виду всѣхъ иностранцевъ, гдѣ бы

¹⁾ Другіе примѣры: Уставъ Таможенный, ст. 1533.—Уставъ о Службѣ Гражданской, ст. 144, 354 и 362.

они ни находились. Такова, напримѣръ, ст. 149 Зак. о состояніяхъ: «иностранцы изъ евреевъ не допускаются... ко вступленію въ російское подданство». Другимъ примѣромъ можно привести ст. 461 Свода Иностранныхъ Исповѣданій, гласящую: «иностранцы, не принадлежащіе ни къ какому евангелическо-лютеранскому приходу въ Россіи и не имѣющіе другихъ доказательствъ своего исповѣданія, обязаны представить и т. д.».

Такимъ образомъ, и по отношенію къ иностранцамъ можно наметить три объема, соответствующіе тѣмъ, которые мы выяснили для подданныхъ: абсолютный, территориальный и заграничный.

117. — Но указанными шестью группами не исчерпывается все разнообразіе объемовъ. Дѣло въ томъ, что перечисленныя основныя группы могутъ весьма легко комбинироваться попарно. Тогда мы получимъ дополнительныя группы объемовъ. Наиболѣе часто встрѣчается комбинація объема, распространяющагося и на подданныхъ, и на иностранцевъ, поскольку они находятся въ предѣлахъ Россіи. Такова, напримѣръ, ст. 785 Зак. о состояніяхъ, подчеркивающая именно такой объемъ: «Имѣніе недвижимое, ненаселенное, доставшееся евреямъ по наслѣдству внѣ тѣхъ мѣстъ, гдѣ имъ владѣніе таковымъ дозволяется, они обязаны продать въ теченіе шести мѣсяцевъ. Правило сіе распространяется и на иностранныхъ евреевъ, получившихъ въ Россіи недвижимыя имѣнія по наслѣдству». Аналогичныхъ постановленій можно было бы привести сотни: мы вѣдь говоримъ въ настоящей моментъ о классическомъ понятіи территориальнаго закона. Ст. 686 Учрежд. Губ. гласитъ: «Власть полиціи по наблюденію за исполненіемъ закона и постановленій распространяется и на пребывающихъ въ вѣдомствѣ оной иногороднихъ и иностранцевъ».

Возможна и обратная комбинація. Мы получимъ тогда объемъ, распространяющійся и на подданныхъ, и на

иностранцевъ,—но только тѣхъ, которые находятся за границей. Такова, напримѣръ, ст. 10 Угол. Улож., регулирующая положеніе всѣхъ лицъ, совершившихъ преступное дѣяніе за границей, но не обращающая никакого вниманія на подданство этихъ лицъ: «Учинившій преступное дѣяніе внѣ предѣловъ Россіи... не подлежитъ отвѣтственности по сему Положенію... 3) если осужденный полностью отбылъ наказаніе по приговору иностраннаго суда». Аналогично постановленіе ст. 171 Уст. Счетнаго (по прод. 1902 года): «Во время войны за границей за предметы, взимаемые въ союзной землѣ, выдаются квитанціи (для расчета послѣ войны) печатныя, на языкахъ русскомъ и той земли, въ которой дѣйствуетъ наша армія».

Наконецъ, возможно понятіе совершенно универсальнаго закона, т. е. такого, объемъ котораго простирается и на русскихъ, и на иностранцевъ, находящихся и внутри территоріи, и внѣ ея. Такими нормами являются у насъ въ Россіи, напримѣръ, всѣ статьи Уголовнаго Уложенія, карающія «тяжкое преступленіе или такое преступленіе, коимъ обвиняемый посягалъ на права російскихъ подданныхъ или на имущество, или доходы російской казны» (arg. ст. 9, абзацъ 2, Уголовное Уложеніе). Аналогично постановленіе, напримѣръ, ст. 7, прим. 2 (продолж. 1895 г.) Уст. Таможеннаго.

Такимъ образомъ и три дополнительныя группы объемовъ классифицируются по той же схемѣ: территориальная, заграничная и универсальная, но съ тою разницею, что каждая изъ этихъ группъ касается уже и иностранцевъ, и подданныхъ—безразлично.

118.—Итакъ, мы пришли къ выводу довольно существенному. Классическое дѣленіе объемовъ на территориальныя и экстратерриториальныя, на персональныя и реальныя не выдерживаетъ критики. И, притомъ, оно не выдерживаетъ критики не только по соображеніямъ невозможности провести демаркаціонную линію между

статутами о вещи и статутами о лицѣ, — но и еще по болѣе серьезнымъ причинамъ.

Извѣстна та *refutatio*, которая встрѣчается во всѣхъ учебникахъ о невозможности различать реальные и персональные статуты *quoad materiam*. Въ самыхъ элементарныхъ учебникахъ указывается, что всякій вообще законъ касается и вещи, и лица, такъ какъ онъ регулируетъ права субъекта, относительно объекта. Въ настоящее время я доказалъ невозможность различать реальные и персональные статуты такъ же и *quoad effectum*. Я доказалъ, что дѣйствительно существуютъ законы, обязательные для всѣхъ подданныхъ даннаго государства, гдѣ бы они ни находились (третья группа по моей классификаціи), и законы, обязательные для всѣхъ лицъ, проживающихъ на данной территоріи (седьмая группа по моей терминологіи). Но параллельно съ этимъ, я доказалъ, что возможны и иныя комбинаціи подданства и мѣста: возможны законы подданно-территориальные, иностранно-абсолютные и т. д. Возьмется ли кто-нибудь а priori утверждать, что невозможенъ такой законъ, такой цивилистическій законъ, который примѣнялся бы только къ русскимъ, находящимся за границей, и къ иностранцамъ, находящимся на территоріи? Или — такой законъ, который обнималъ бы всѣхъ русскихъ, независимо отъ мѣста, и иностранцевъ, не находящихся въ Россіи? Эти объемы будутъ причудливы. Но въ нихъ нѣтъ абсолютно ничего невозможнаго. По мѣрѣ того, какъ законодатели будутъ обращать все больше и больше вниманія на объемные вопросы, — указанные комбинаціи сдѣлаются не только обыденными, но и необходимыми.

Я могу привести законъ чисто цивилистическаго содержанія, который имѣетъ слѣдующій сложно-комбинированный, но по существу дѣла совершенно необходимый объемъ; русскіе и подданные на русской территоріи, всѣ русскіе за границей и иностранцы, на-

ходящіеся за границей, доколѣ они удовлетворяютъ нѣкоторому условію, въ законѣ указанному. Классическая доктрина не можетъ не встать втупикъ передъ такимъ объемомъ, ибо онъ не подходитъ ни подъ одну изъ извѣстныхъ группъ. Онъ не есть законъ территориальный, такъ какъ онъ примѣняется и къ событіямъ, происшедшимъ за границей; но онъ не есть и законъ экстратерриториальный, ибо въ нѣкоторыхъ случаяхъ онъ примѣнимъ къ иностранцамъ. Для тѣхъ, кто полюбываетъ узнать, о какомъ именно законѣ я говорю въ данный моментъ, я дамъ и ссылку: указанный объемъ изложенъ въ ст. 4 проекта новаго закона объ авторскомъ правѣ (какъ онъ былъ установленъ Государственной Думой).

119.—Но было бы ошибочно думать, что разнообразіе объемныхъ группъ исчерпывается приведенными девятью примѣрами. Можно пойти гораздо дальше и сказать, что объемы подлежатъ почти безконечному варьированію.

Въ самомъ дѣлѣ. Было бы наивно думать, что мы исчерпали объемную контрверзу, когда мы указали, что, скажемъ, данный законъ примѣняется ко всѣмъ отношеніямъ, возникающимъ на данной территоріи. Одна и та же норма можетъ затрагивать цѣлый рядъ отношеній и, притомъ, въ различныхъ юридическихъ модуляціяхъ. Вслѣдствіе этого почти всегда можетъ возникнуть дополнительный вопросъ: о какомъ собственно юридическомъ элементѣ идетъ рѣчь, когда говорятъ, что данный законъ дѣйствуетъ въ предѣлахъ территоріи?

Въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ территориальнымъ закономъ считается тотъ, который подчиняетъ себѣ субъектовъ права, находящихся на данной территоріи. Если субъектъ права попалъ на данную территорію, и если право его строится именно по территориальной формулѣ,—то юридическое отношеніе бу-

детъ регулироваться нашимъ закономъ. Напримѣръ, по французскому закону 9 апрѣля 1898 г. право требовать вознагражденіе за несчастный случай, происшедшій съ рабочимъ-иностранцемъ, имѣютъ только тѣ наслѣдники этого иностранца, которые проживаютъ на французской территоріи¹⁾. Очевидно, что примѣненіе или непримѣненіе этого закона зависитъ исключительно отъ того, находятся ли на данной территоріи субъекты даннаго правового притязанія.

Но вовсе не обязательно, чтобы «умѣстительнымъ» элементомъ для территоріальнаго закона былъ именно субъектъ правоотношенія. Если, напримѣръ, ст. 566 Уст. Там. говоритъ объ «иностранной соли», а ст. 613—объ «иностранномъ табакѣ», — то совершенно несомнѣнно, что эти нормы будутъ или не будутъ примѣняться въ зависимости отъ опредѣленнаго отношенія къ данной территоріи, существующаго не у субъекта, а у объекта. Для этихъ нормъ будетъ безразлично, находится ли субъектъ внутри предѣловъ Россійской Имперіи, или внѣ ея: для нихъ важно только одно, важно происхожденіе табака и соли, т.-е. то или иное отношеніе табака и соли къ данной русской территоріи.

Затѣмъ, конечно, территоріальный законъ можетъ перенести центръ тяжести умѣстительнаго процесса и на остальные элементы того, что нѣмецкая наука называетъ *Thatbestand*’омъ. Соотвѣтственно этому, мы можемъ представить себѣ такія нормы, которыя примѣняются къ данному отношенію не потому, что на нашей территоріи находится его субъектъ или его объектъ, — а потому, что на нашей территоріи произошло одно изъ тѣхъ условій, совокупность которыхъ порождаетъ данное субъективное право. Если, напримѣръ, законъ даетъ право требовать вознагражденіе за утеранный желѣзнодорожный грузъ, то очевидно, что право это будетъ возни-

¹⁾ Clunet, 1901, стр. 111.

каты во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда доказано будетъ, что грузъ пропалъ именно на данной территоріи. Возможны и дальнѣйшія усложненія. Возможно, на примѣръ, что законъ будетъ примѣняться въ территоріальной комбинаціи — въ зависимости отъ такихъ условій, которыя въ созданіе разбираемаго правомочія не входятъ, но которыя предшествовали этому правомочію и состоятъ съ нимъ въ болѣе или менѣе далекой связи. Если, на примѣръ, согласно нѣкоторымъ итальянскимъ судебнымъ рѣшеніямъ¹⁾, итальянскій судъ не можетъ давать *ex-quaturs* разводамъ, произнесеннымъ за границей во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда разводимый бракъ, въ свое время, былъ заключенъ на итальянской территоріи, — то мы, несомнѣнно, имѣемъ дѣйствіе итальянскаго закона, построенное по территоріальной концепціи, но съ перенесеніемъ центра тяжести «умѣстительнаго» процесса на событіе, предшествовавшее обсуждаемому юридическому отношенію. Параллельно, мы можемъ представить себѣ и такіе территоріальные законы, для которыхъ умѣстительнымъ элементомъ явится событіе послѣдующее обсуждаемому факту и — въ нѣкоторыхъ случаяхъ — стоящее съ нимъ лишь въ случайной связи. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда конфликтное право предписываетъ безусловное примѣненіе *legis fori*, это именно и означаетъ, что территоріальная норма примѣняется какъ территоріальный законъ: не потому, что на данной территоріи находится субъектъ обсуждаемаго права, или его объектъ; — не потому, что на данной территоріи произошло одно изъ тѣхъ обстоятельствъ, благодаря которому создано данное право; — а только потому, что, послѣ созданія разбираемаго права, на данной территоріи произошло нѣкоторое добавочное и до извѣстной степени случайное обстоятельство (вчиненіе иска), не имѣю-

¹⁾ V. De Rossi, *Des effets en Italie des jugemens étrangers de divorce*, Clunet, 1903, стр. 270—271.

шее непосредственной связи съ даннымъ правомъ. Совершенно такой же характеръ имѣеть, на примѣръ, французскій законъ 14 декабря 1897 года, измѣняющій постановленіе ст. 407 Ком. Код. Согласно этому закону, французскимъ судамъ подсудны всѣ дѣла о столкновенияхъ въ открытомъ морѣ, если одно изъ столкнувшихся судовъ, непосредственно послѣ столкновения, вошло во французскій портъ. И въ этомъ случаѣ мы, значитъ, имѣемъ территориальное умѣстненіе въ зависимости отъ такого событія, которое происходитъ послѣ осуществленія всего *Thatbestand'a* и которое не находится ни въ какой причинной связи съ разбираемымъ правомочіемъ.

Мы пришли, такимъ образомъ, къ выводу, существенно осложняющему наши расчеты. Указанныя выше территориальныя группы объемовъ представляются классификаціей грубою: въ предѣлахъ одной и той же группы фактическое дѣйствіе закона можетъ оказаться весьма разнообразнымъ именно потому, что одинъ законъ будетъ умѣстнять по субъекту, другой — по объекту, а третій и послѣдующіе — по ряду различныхъ фактическихъ предпосылокъ, входящихъ и даже не входящихъ въ составъ *Thatbestand'a*.

120.—Всѣ приведенныя соображенія примѣнимы не только къ территориальнымъ законамъ, но и къ законамъ личнымъ. Здѣсь также можно указать, что формула: «данному закону подчинены всѣ лица данной національности», — оставляетъ открытымъ вопросъ, о какихъ именно лицахъ идетъ рѣчь. Параллельно тому, что мы сказали въ предыдущемъ параграфѣ, можно замѣтить, что въ большинствѣ случаевъ умѣстненіе закона производится по личнымъ признакамъ того, кто является субъектомъ даннаго правоотношенія. Въ эту группу встанутъ, на примѣръ, законы о дѣеспособности.

Но не нужно забывать, что въ одномъ и томъ же юридическомъ отношеніи можетъ участвовать нѣсколько субъектовъ: и тогда возникнетъ вопросъ, по которому

изъ этихъ субъектовъ должно производиться умѣстныя объемы. Представимъ себѣ, напримѣръ, что дѣло идетъ объ отысканіи отцовства. Юридическое отношеніе развивается между предполагаемымъ отцомъ и тѣмъ, кто считаетъ себя его сыномъ. Интересъ этихъ двухъ лицъ коллидируетъ, но они, конечно, являются въ главахъ закона одинаково священными, поскольку они этимъ закономъ защищены. Если ребенокъ долженъ отыскивать свои личныя права по личному статуту, то, въ равной мѣрѣ, отецъ долженъ быть защищенъ отъ вторженія въ его семью—также по своему личному закону. Если предположить, что у двухъ субъектовъ личные законы не совпадаютъ¹⁾—то возникнетъ вопросъ: по личному закону котораго изъ субъектовъ будетъ производиться умѣстныя? Совершенно аналогичными являются отношенія опекуна и опекаемаго. Опекаемый имѣетъ право на ту защиту, которая ему предоставлена его личнымъ закономъ²⁾. Но опекунъ, со своей стороны, имѣетъ право на то, чтобы его личные интересы были ограждены его личнымъ закономъ; поэтому, казалось бы, что причины отказа отъ званія опекуна должны были бы регулироваться по личному закону этого послѣдняго. Я не высказываюсь по существу данной проблемы; для меня достаточно указать,

¹⁾ Въ этомъ смыслѣ Oberlandsgericht Karlsruhe, 26 іюня 1900 г. Böhm, 1900, стр. 374: «die Mutter des Klägers und demgemäss der Kläger (§ 3 des R. Ges. vom 1. Juni 1870) sind bayerische Staatsangehörige, der Beklagte ist Württemberger. Es ist deshalb darüber zu entscheiden, welchem der beiden Rechte der Vorrang zukomme. Bei dem Fehlen positiver Gesetzesbestimmungen gehen die Ansichten darüber, ob das Recht des Kindes oder das des Vaters anzuwenden sei, sehr auseinander. Während einerseits geltend gemacht wird, dass das uneheliche Kind allgemein dem Rechte der Mutter folge (vergl. auch Art. 21 Einf. Ges. z. B. G. B.), weist man andererseits darauf hin, dass es angemessen sei, das Recht desjenigen zur Anwendung zu bringen, in dessen Familie das Kind durch die Klage Zutritt erlangen will».

²⁾ Ср. А. Pillet. Le droit international privé, Essai etc., Clunet, 1895 стр. 505.—Ср. L. Borno, Etude sur la loi du 30 Octobre 1860, relative aux mariages entre haïtiens et étrangers, Clunet, 1893, стр. 777.

насколько труднымъ является умѣстненіе тѣхъ отношеній, въ которыхъ на равныхъ правахъ участвуетъ нѣсколько субъектовъ. Недаромъ нѣкоторые юристы прибѣгаютъ, при столкновеніи личныхъ законовъ нѣсколькихъ лицъ, къ совершенно искусственнымъ приемамъ, ставя дополнительные вопросы, напимѣръ, о томъ, «кому выгодно соблюденіе данной нормы», или вопросъ о томъ, «кому будетъ нанесенъ наибольшій ущербъ нарушеніемъ данной нормы» ¹⁾. Я полагаю, что возможность существованія нѣсколькихъ субъектовъ въ одномъ и томъ же отношеніи, во всякомъ случаѣ, свидѣтельствуетъ о возможности значительнаго осложненія объемныхъ вопросовъ.

Затѣмъ, необходимо признать, что возможны и такіе личные законы, въ которыхъ умѣстненіе производится по лицу, играющему роль не субъекта, а объекта. Напимѣръ, въ Италіи ²⁾ возможно подчиненіе итальянскому уголовному закону такихъ лицъ, которыя совершили дѣяніе противъ итальянскихъ подданныхъ, хотя бы и за границей. Центръ тяжести умѣстнительнаго процесса переносится, значить, съ субъекта на объектъ. Затѣмъ, несомнѣнно, что и самое понятіе личного подчиненія есть понятіе колеблющееся. Въ чемъ заключается сущность пресловутой контроверзы объ опредѣленіи личного закона по закону національному или по закону мѣстожителства?—Да именно въ томъ, что существуютъ двѣ школы, соглашающіяся въ томъ отношеніи, что извѣстная категорія законовъ должна быть построена по формулѣ личного объема,—но расходящіяся по дополнительному вопросу: а что именно считать личнымъ закономъ? Для этихъ двухъ школъ указанныя выше категоріи личныхъ объемовъ распадутся, очевидно, на

¹⁾ Pillet, Principes, стр. 295—296.

²⁾ A. Le Poittevin, De l'extradition des nationaux, Clunet, 1903, стр. 769, прим. 2.

дополнительныя подгруппы. Но и этими подгруппами дѣло исчерпываться не будетъ. Ибо очевидно, что, кромѣ національности и мѣста жительства, личный законъ можетъ опредѣляться еще и по другимъ признакамъ. Если въ Греціи существуетъ законъ, согласно которому бракъ можетъ быть совершаемъ священникомъ православнаго исповѣданія, то возникаетъ вопросъ: надлежитъ ли разумѣть подъ этимъ наименованіемъ только священниковъ греческаго подданства и одновременно православнаго исповѣданія, или всѣхъ священниковъ, принадлежащихъ къ данной церкви? Греческіе юристы¹⁾ указываютъ, что объемъ закона, только что изображеннаго, долженъ быть понимаемъ во второмъ смыслѣ. Они, значитъ, считаютъ его закономъ личнымъ, но умѣстненіе они производятъ по такому признаку (religion), который Школою обыкновенно во вниманіе не принимается. Затѣмъ, отмѣчу, что если въ ст. 645 Уст. Горн. говорится о «манзахъ», то весьма вѣроятно, что этотъ личный признакъ долженъ опредѣляться не по національности и не по религіи, а по этнографическимъ критеріямъ.

121.—Мы приходимъ, такимъ образомъ, къ существенному выводу. Объемы нормъ столь же разнообразны, какъ и самыя нормы. Та классификація на девять группъ, которая намѣчена въ §§ 115—117, представляется лишь приблизительнымъ и грубымъ обобщеніемъ такихъ юридическихъ явленій, которыя, по самому своему существу, могутъ варьироваться до безконечности.

Противоположеніе территоріальныхъ законовъ, примѣняемыхъ ко всѣмъ лицамъ, находящимся на данной территоріи,—и личныхъ законовъ, примѣняемыхъ только къ подданнымъ, но независимо отъ ихъ мѣста нахождения, должно быть признано совершенно несостоятельнымъ.

¹⁾ G. Diobouniotis, Die Eheschliessung zwischen Inländern und Ausländern nach griechischem Recht, Böhm, 1898, стр. 18.

III.

122.—Мы рассмотрѣли понятіе объема и установили главнѣйшіе изъ его видовъ. Въ настоящее время намъ надлежитъ установить юридическое значеніе, юридическую силу того элемента нормы, который мы назвали объемомъ.

Можетъ показаться тавтолизмомъ тотъ тезисъ, который я буду доказывать въ настоящемъ отдѣлѣ моей работы. Въ самомъ дѣлѣ. Въ конечномъ результатѣ теперешнихъ моихъ разсужденій долженъ получиться слѣдующій выводъ: судья долженъ въ точности примѣнять тѣ элементы нормы, которые называются объемомъ. Другими словами: опредѣленный объемъ, имѣющійся у данной нормы, не можетъ быть произвольно замѣняемъ судьей—другимъ объемомъ. Еще другими словами: объемъ нормы устанавливаетъ окончательное рѣшеніе объемныхъ вопросовъ; никакого другого, параллельнаго, рѣшенія быть не можетъ. Еще другими словами: объемъ нормы является самоцѣльной и самодовлѣющей величиной, содержащей въ себѣ исчерпывающій отвѣтъ на объемныя проблемы.

Мнѣ, дѣйствительно, могутъ сказать, что я выставяю рядъ очевиднѣйшихъ тавтолизмовъ. Ибо, конечно, все то, что сказано въ предыдущемъ абзацѣ, сводится къ утвержденію: норма есть норма. Или, выражаясь точнѣе: часть нормы столь же обязательна для судьи, какъ и вся

норма въ цѣломъ. Несмотря на это, я все-таки буду доказывать въ настоящемъ отдѣлѣ приведенные выше трузмы и даже, для того чтобы крѣпче ихъ обосновать, прибѣгну къ весьма сложнымъ и далеко заводящимъ разсужденіямъ. Почему я считаю нужнымъ доказывать трузмы,—видно будетъ изъ дальнѣйшаго. Въ настоящее же время я прошу принять на вѣру, что доказываніе это необходимо.

Итакъ, нашему разсмотрѣнію подлежитъ тезисъ: объемъ имѣетъ самодовлѣющее значеніе. Доказываніе я позволю себѣ построить на разсмотрѣніи одной довольно важной проблемы конфликтнаго права, обыкновенно излагаемой Школою въ видѣ случайнаго недоразумѣнія, тоже внѣ всякой принципиальной связи съ первоосновами частнаго международнаго права. Я имѣю въ виду вопросъ о такъ называемомъ столкновеніи національностей. Какъ извѣстно, Школа излагаетъ этотъ вопросъ въ слѣдующей систематической позиціи (цитаты изъ романскихъ авторовъ являлись бы бесполезными). Есть конфликты: большинство конфликтовъ разрѣшается на основаніи принципа національности; слѣдовательно, раньше чѣмъ разбирать конфликты, нужно въ точности выяснитъ себѣ понятіе національности; понятіе національности является въ разныхъ государствахъ несхожимъ; по этой причинѣ національности нѣсколькихъ государствъ могутъ сталкиваться въ отрицательной или положительной формѣ; положительная форма, т. е. тотъ казусъ, когда человекъ имѣетъ двѣ или нѣсколько національностей,—должна быть, такимъ образомъ, разсмотрѣна параллельно съ другими контроверзами, касающимися различныхъ деталей національности. И вотъ, мы видимъ, что параллельно съ проблемами экспатріаціи, возвращенія въ подданство, измѣненія подданства при несовершеннолѣтїи и т. д.,—излагается также и вопросъ о двойномъ подданствѣ. Излагается этотъ вопросъ именно какъ одна изъ дета-

лей, какъ одинъ изъ курьезовъ, обнаруженныхъ на практикѣ и заслуживающихъ попутнаго разрѣшенія.

Ни одному изъ авторовъ, писавшихъ о двойной национальности, никогда и въ голову не пришло, что конфликтъ двухъ законовъ о подданствѣ есть именно конфликтъ двухъ законовъ. Что, въ качествѣ такового, конфликтъ двухъ законовъ о подданствѣ можетъ и долженъ быть приведенъ въ систематическое соотвѣтствіе,—съ чѣмъ?—да, очевидно, со всѣми остальными конфликтами двухъ законовъ. Если у насъ есть принципы для разрѣшенія конфликтовъ гражданскихъ законовъ, процессуальныхъ законовъ и даже уголовныхъ законовъ, и если всѣ эти принципы въ значительной степени объединены единою мыслью и единымъ методомъ,—то спрашивается: какъ не поставить, рядомъ съ ними, и конфликтовъ двухъ законовъ о подданствѣ? Съ этой точки зрѣнія, двойное подданство сдѣлается проблемой, которую нужно излагать не въ «предварительныхъ замѣчаніяхъ», устанавливающихъ нѣкоторыя элементарныя понятія, необходимыя для разработки конфликтнаго права,—а именно въ самомъ конфликтномъ правѣ, въ самомъ сердцѣ той науки, которая касается столкновения разномѣстныхъ законовъ. Я, можетъ быть, пошелъ бы даже дальше. Можетъ быть, въ результатѣ дальнѣйшаго изложенія мы получимъ такое впечатлѣніе, что конфликты, возникающіе между законами о подданствѣ, суть—среди всѣхъ остальныхъ конфликтовъ—конфликты наиболѣе ясные, наиболѣе очищенные отъ всякихъ налетовъ, наиболѣе благородные;—я сказалъ бы: наиболѣе классическіе. Можетъ быть, мы дойдемъ до того, что конфликты подданства, какъ наиболѣе суровые и непокладистые, мы признаемъ наиболѣе точнымъ и типичнымъ матеріаломъ для систематическихъ разсужденій. Когда клиницистъ хочетъ изучать рожистое воспаленіе кожи, онъ не беретъ такого больного, у котораго, кромѣ рожи, есть еще проказа. Для строгаго

изученія нуженъ и строгій въ своихъ очертаніяхъ объектъ. Именно такимъ строгимъ объектомъ я и считаю конфликты подданства. И если — я теперь совершенно уже открываю свои карты — въ конечномъ результатѣ нашихъ разсужденій окажется, что конфликты подданства имѣютъ специфическую особенность, въ другихъ конфликтахъ не замѣчаемую, — то тогда мы будемъ имѣть право сказать: конфликты подданства суть конфликты классическіе; то, что вѣрно по отношенію къ нимъ, должно быть вѣрно по отношенію ко всѣмъ другимъ конфликтамъ; всѣ остальные выводы, полученные изъ остального, не классическаго, матеріала, должны склониться передъ выводомъ, полученнымъ изъ конфликтовъ подданства.

И въ этотъ моментъ, какъ я надѣюсь, читатель вспомнитъ о трюизмѣ самодовлѣющаго объема; въ трюизмѣ этомъ, можетъ быть, онъ найдетъ объясненіе для школьнаго различія между конфликтами подданства, — и всѣми остальными.

123. — Итакъ, мы ставимъ на свое разсмотрѣніе вопросъ о двойственной національности ¹⁾. Какъ извѣстно, казусы двойственной національности весьма многочисленны ²⁾; съ развитіемъ международныхъ сношеній,

¹⁾ I. G. Diena, Des conflits entre le code italien et la loi française du 20 Juin 1889 sur la nationalité, Clunet, 1891, стр. 434—440.—N. Fromageot, De la double nationalité des individus et des sociétés, Thèse, Paris, 1891.—В. Гессенъ, Подданство, его установленіе и прекращеніе, томъ I, Спб., 1909, стр. 148—164.—Ю. Саблеръ, О двойномъ подданствѣ, Журналъ международнаго и государственнаго права, 1897, II, стр. 46—65, 135—155 и 251—272.—F. Kahn, Gezeteskollisionen, Iherings Jahrbücher, XXX, 57—70.—A. Weiss, Rapport à la X-e Commission sur les conflits de lois en matière de nationalité, Annuaire de l'Institut, XIII, стр. 162—179.—V. Bar, Theorie und Praxis, 1, стр. 259—263.—E. Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1, стр. 174—177.

²⁾ Напримѣръ, швейцарка, вышедшая замужъ за француза, приобретаетъ французское подданство и не теряетъ швейцарскаго, — если она не отказывается отъ него при соблюденіи формальностей, указанныхъ въ законѣ 1876 года. Ср. Clunet, 1905, стр. 748.—Французъ, получившій въ

они не только не будутъ уменьшаться въ числѣ, но даже станутъ умножаться¹⁾. Можно представить себѣ, сколько случаевъ двойственнаго подданства создастъ, хотя бы, ст. 5-ая венецуальской конституціи 27 апрѣля 1871 года, присваивающая венецуальское подданство всѣмъ дѣтямъ, рождающимся на венецуальской терри-
торіи, независимо отъ подданства ихъ родителей²⁾.

Какимъ критеріемъ будетъ руководиться судъ, когда онъ встрѣтится съ двумя или нѣсколькими національ-
ностями, лежащими на одномъ и томъ же субъектѣ? Какъ извѣстно, литература строго разграничиваетъ двѣ конъюнктуры: одну — попроще, а другую — посложнѣе. Простою считается та конъюнктура, когда одно изъ двухъ (или нѣсколькихъ) подданствъ является поддан-

Испаніи натурализацию въ силу спеціальнаго закона, не перестаетъ быть французомъ, Clunet, 1904, стр. 943.—Ср. J. Degamme, Des dispositions de la nouvelle loi militaire etc., Clunet, 1905, стр. 615.—Особенно много затрудненій представляетъ натурализція мужа, въ воздѣйствіи своемъ на жену, см. Clunet, 1905, стр. 441—442.—О нѣмецкихъ Entlassung auf Antrag, см. Clunet, 1903, стр. 135.—Ср. C. Inhülser, Unser englischer Brief, Böhm, 1897, стр. 506—507.—Общая таблица приведена у A. Weiss, Annuaire de l'Institut, XIII, стр. 174 и сл.

¹⁾ I. Fromageot (op. cit., стр. 102—103) приводитъ рядъ цитатъ, въ которыхъ, будто бы, самая возможность двойнаго подданства отрицается: «La possibilité d'une semblable situation a cependant été niée». Но при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что цитируемые ученые отрицаютъ не возможность возникновенія двойнаго подданства, а лишь возможность пребыванія сразу въ двухъ подданствахъ, т. е., такъ сказать, они отрицаютъ возможность оставить возникшій конфликтъ безъ разрѣшенія въ томъ или иномъ смыслѣ.—То же замѣчаніе относится и къ работѣ В. Гессена. У него также встрѣчаются очень энергичныя фразы (стр. 152—153): «съ точки зрѣнія междунагоднаго права, состояніе двуподданства и безподданства вполнѣ и безусловно невозможно». Однако, если вчитаться въ соответственную главу, то мы увидимъ, что и Гессенъ считается съ возможностью возникновенія конфликтовъ подданства: онъ только не допускаетъ, чтобы судья или администраторъ отнеслись къ такому конфликту пассивно и дѣйствительно признали даннаго индивиду имѣющимъ одновременно два подданства. «Во всякомъ случаѣ, онъ будетъ признанъ подданнымъ опредѣленнаго—и только одного государства. Въ этомъ для насъ существо вопроса» (стр. 161).

²⁾ Trib. civil Caracas 26 февраля 1902 года, Clunet, 1903, стр. 221.

ствомъ мѣстнымъ. Второю — та, когда указанное случайное обстоятельство не приходитъ на помощь судью, и когда судья долженъ, слѣдовательно, разбирать конфликтъ нѣсколькихъ — все иностранныхъ — подданствъ.

Что касается перваго случая, то литература установила въ высшей степени элементарный способъ разрѣшенія конфликта. Подавляющее большинство юристовъ считаютъ, что если среди сталкивающихся подданствъ, имѣется, между прочимъ, также и подданство мѣстное, — то оно и должно одержать верхъ, независимо ни отъ какихъ постороннихъ соображеній. Романскіе юристы обыкновенно аргументируютъ ссылкой на публичный характеръ нормъ, касающихся подданства; они считаютъ эти нормы — постановленіями *ordre public* ¹⁾. Подобная аргументація — въ особенности въ связи съ тѣми выводами, къ которымъ мы пришли въ главѣ II, — для насъ неинтересна; намъ достаточно констатировать, что и литература ²⁾, и судебныя рѣше-

¹⁾ Ср., напримѣръ, у J. Valéry, *Des actes de naissance dressés par les autorités diplomatiques etc.*, Clunet, 1904, стр. 797: «Il est possible qu'un enfant auquel notre législation attribue ainsi la qualité de Français soit considéré, au contraire, par la loi du lieu où il est venu au monde comme un national de ce pays. Mais c'est là une circonstance dont les autorités françaises n'ont pas à tenir compte; à leurs yeux, les dispositions de la loi française en matière de nationalité doivent toujours l'emporter quand elles se trouvent en conflit avec celles d'une autre législation, car elles présentent au plus haut degré un caractère d'ordre public». Въ томъ же смыслѣ, A. Weiss, *Annuaire de l'Institut*, XIII, стр. 166.

²⁾ Анонимная замѣтка въ Clunet, 1898, стр. 702.—L. Bar, *Theorie und Praxis*, I, стр. 261.—R. Salem, *Des effets en Turquie de la naturalisation obtenue etc.*, Clunet, 1906, стр. 70—71: «En effet, la nationalité touche aux intérêts les plus essentiels de l'Etat, et aucun gouvernement ne peut admettre de faire régir cette question par des lois étrangères: les lois relatives à la nationalité sont considérées comme des lois d'ordre public, et à ce titre ne peuvent point être tenues en échec par les lois étrangères. Aussi, c'est un principe généralement reçu en droit international que lorsqu'il y a conflit entre deux nationalités dont l'une est celle des magistrats saisis du litige, ces derniers appliquent exclusivement la loi au nom de laquelle ils rendent

нія ¹⁾, и положительныя законодательства ²⁾ вполнѣ солидарны въ только что указанномъ направленіи. Если становится свой законъ съ закономъ чужимъ, то надо отдать предпочтеніе своему закону. Отчего?—Оттого,—что онъ свой законъ. Такой отвѣтъ, съ точки зрѣнія общихъ началъ конфликтнаго права, конечно, недопустимъ; онъ можетъ казаться удовлетворительнымъ только до тѣхъ поръ, пока мы будемъ закрывать глаза на то обстоятельство, что конфликтъ двухъ подданствъ есть только одинъ изъ подвидовъ родового понятія конфликта. Если же мы,—какъ указано выше,—ясно представимъ себѣ это

la justice». Ср. цитаты у Salem, стр. 71, прим. 1.—A. Weiss, Rapport à la X-me Commission, Annuaire de l'Institut, XIII, стр. 166: «Le conflit s'élève à propos d'une nationalité qui est précisément celle des magistrats saisis de la contestation, ou entre deux nationalités dont l'une est celle du pays où ils siègent; en ce cas, ils doivent tenir, dans l'appréciation du litige, un compte exclusif de la lex fori.»—Докладъ 7-го бюро палаты депутатовъ по дѣлу Lafargue: «la nationalité étrangère que lui a imposée la loi espagnole... ne peut prévaloir contre celle que lui a attribué notre droit français qui seul régit la matière». Clunet, 1892, стр. 147.—Та же точка зрѣнія для акціонерныхъ обществъ у G. von Streit, Die Rechtstellung der auswärtigen Aktiengesellschaften etc., Böhm, 1896, стр. 198. «Der positive Konflikt wird sich leichter lösen; es wird eben jeder Staat, der eine Gesellschaft als eigene in Anspruch nimmt, das Recht haben, diese als einheimische zu behandeln». Та же точка зрѣнія при выдачѣ ср. A. Le Poittevin, De l'extradition des nationaux, Clunet, 1903, стр. 40. Изъ наиболее новыхъ работъ: В. Гессенъ, Подданство, 1909, стр. 153 и сл.—Ср. W. Silberschmidt, Die Kollision zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht etc., Böhm., 1898, стр. 100.—C. Barazzetti, Erörterungen auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts etc., Böhm, 1898, стр. 130.—G. Diena, Des droits de succession d'un enfant né d'un mariage célébré en Italie etc., Clunet, 1893, стр. 785.

¹⁾ Douai 14 декабря 1881, Clunet, 1882, стр. 416: «Les dispositions de la loi belge d'après lesquelles l'individu, né en Belgique d'un étranger devient belge ...ne sauraient prévaloir contre le texte formel de l'art. 10 du Code Civil».—Genève 24 декабря 1904 года, Clunet, 1905, стр. 460: «Le plaideur ...est à la fois suisse et français; mais il sera traité comme suisse par les autorités de ce pays».—Ср. Tribunal fédéral 10 июня 1876 г., Clunet, 1876, стр. 231;—Toulouse 26 января 1876, Clunet, 1877, стр. 235.—Cass. belge 12 июня 1876, Clunet, 1878, стр. 522—523.—Trib. Bordeaux 29 ноября 1872, Clunet, 1883, стр. 297.

²⁾ Напримѣръ, японскій кодексъ, ст. 16.

соотношеніе понятій вида и рода, то мы тотчасъ же замѣтимъ, насколько неудовлетворителенъ, съ общей точки зрѣнія, указанный выше отвѣтъ. При столкновеніи своего закона съ чужимъ берется механически свой законъ. По этому поводу, вѣдь, во-первыхъ, можно сказать, что во всѣхъ другихъ конфликтахъ аналогичное механическое рѣшеніе вопроса уже давно оставлено: мы уже переросли ту точку зрѣнія, когда *lex fori* обожествлялась только потому, что она издана нашимъ законодателемъ. Затѣмъ, во-вторыхъ, можно указать, что, отдавая, слѣпымъ образомъ, предпочтеніе своему закону, мы отрываемъ разбираемые конфликты не только отъ всѣхъ конфликтовъ вообще, но даже и отъ конфликтовъ двуподданства въ частности. Ибо всякому очевидно, что механическое предпочтеніе, отдаваемое своему закону, оставляетъ насъ безъ всякаго отвѣта на вопросъ о столкновеніи двухъ иностранныхъ подданствъ. Мы выбрали свой законъ не потому, что онъ соответствуетъ какому-нибудь опредѣленному и нами облюбованному умѣстительному признаку (*Anknüpfungsbegriff*), а потому, что онъ — нашъ законъ. Какъ только мы переходимъ въ область конфликтовъ двухъ иностранныхъ подданствъ, понятіе «нашего» закона отпадаетъ, а умѣстительнаго признака не оказывается. Это обстоятельство недаромъ было подмѣчено такимъ тонкимъ юристомъ, какъ Kahn ¹⁾. Идя въ разрѣзъ всей остальной юриспруденціи, онъ смѣло заявилъ, что указанное выше рѣшеніе нелогично и непослѣдовательно. Непослѣдовательно,—ибо принципъ *legis fori* оставилъ бы насъ, какъ я только что сказалъ, въ безпомощномъ положеніи при исполнѣ аналогичномъ конфликтѣ двухъ иностранныхъ подданствъ; нелогичное,—ибо рѣшеніе это совершенно игнорируетъ иностранное подданство, между тѣмъ какъ подданство это несомнѣнно суще-

¹⁾ F. Kahn, *Gesetzeskollisionen*, *Iherings Jahrbücher*, XXX, стр. 68—69.

ствуеть въ силу соответственнаго иностраннаго закона, нами самими признаваемаго компетентнымъ.

Все, что сказано мною въ предыдущихъ абзацахъ, отнюдь не должно быть понимаемо въ томъ смыслѣ, что я отвергаю предлагаемое литературою рѣшеніе. Въ конечномъ результатѣ, я согласенъ съ тѣмъ, что, при столкновеніи своей и чужой національности, предпочтеніе—и притомъ въ безусловной формѣ—должно быть оказано именно закону *fori*. Если я возражаю въ настоящее время, то только въ смыслѣ желанія выяснить, насколько неудовлетворительна и бѣдна та механическая постановка вопроса, которая существуетъ въ Школѣ. Въ дальнѣйшемъ я постараюсь выяснить, что при надлежащемъ углубленіи разбираемой проблемы можно найти тѣ принципиальныя посылки, во имя которыхъ мы съумѣемъ осмыслить кажущееся механическимъ отношеніе къ дѣлу.

124.—Второй казусъ, какъ я уже сказалъ раньше, изображается Школою—какъ болѣе сложный. Онъ настолько сложенъ, что въ литературѣ до сихъ поръ не имѣется, по моему мнѣнію, никакого удовлетворительнаго его разрѣшенія. Большинство отвѣтовъ, даваемыхъ юристами, занимавшимися этимъ вопросомъ, носитъ такой характеръ, что, въ конечномъ результатѣ, эти отвѣты должны приводить къ полному отрицанію всей науки частнаго междунаго права. Laurent¹⁾ и

¹⁾ Лучшимъ примѣромъ является F. Laurent. Если вчитаться въ его изложеніе, то окажется (*Droit civil international*, 1880, III, стр. 381) слѣдующее. Изложивъ правильно сущность дѣла («L'enfant né d'un étranger en Angleterre...»), авторъ дѣлаетъ, для чего-то, скачекъ въ область легитимации («Le mariage du Français, célébré en Angleterre...») и затѣмъ приходитъ къ выводу: «разрѣшить этотъ конфликтъ можно только путемъ междунаго договоровъ». Въ дальнѣйшемъ указано, опять таки въ очень неясной формѣ, что именно должно быть проводимо въ жизнь такими договорами (стр. 362): «il n'y a qu'un moyen de prévenir ces conflits, c'est de faire prévaloir le principe de l'unité de la famille» (какъ будто бы всѣ случаи двойнаго подданства происходили изъ нарушенія этого принципа).

Weiss¹⁾ даютъ не рѣшеніе возникшаго вопроса, а, такъ сказать, рецепты для предотвращенія могущихъ возникнуть конфликтовъ. Laurent рекомендуетъ создать—путемъ договоровъ, или инымъ какимъ-нибудь способомъ—всемирный и единый законъ о подданствѣ. Конечно, если будетъ существовать подобная унификація національности, конфликты возникать не будутъ. Но я позволю себѣ отмѣтить, что предлагаемое бельгійскимъ ученымъ рѣшеніе именно исходитъ изъ желанія (?) уничтожить науку частнаго международного права. Если мы расширимъ примѣненіе метода, предлагаемаго Laurent'омъ, то мы будемъ не разрѣшать конфликты, а уничтожать возможность ихъ возникновенія. Указанный писатель представляется мнѣ какъ бы ослѣпленнымъ: онъ не замѣчаетъ, что созданіе единаго закона о національности является задачей второй очереди,—и что задача первой очереди, разрѣшеніе существующихъ, пока, конфликтовъ, имъ не только не разрѣшена, но даже и не поставлена. Болѣе позднія работы становятся на менѣе неправильную точку зрѣнія: онъ не устраняютъ, а разрѣшаютъ конфликты подданства. Но какъ?. Rolin²⁾ утверждаетъ, что подданство должно обсуждаться по тому изъ двухъ сталкивающихся законовъ, который «наиболѣе похожъ на *lex fori*». Bar³⁾, Aron⁴⁾, Silberschmidt⁵⁾ и Barazetti⁶⁾ отстаиваютъ ту точку зрѣнія, что преимущество должно быть отдано

¹⁾ A. Weiss, *Traité élémentaire*, 1885, стр. 292.

²⁾ A. Rolin, *Principes du droit international privé*, 1897, I, стр. 257—258.

³⁾ V. Bar, *Theorie und Praxis*, I, стр. 261.

⁴⁾ E. Aron, *Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung etc.*, Böhm, 1896, стр. 24.

⁵⁾ W. Silberschmidt, *Die Kollision zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht nach dem deutschen etc.*, Böhm, 1898, стр. 100.

⁶⁾ C. Barazetti, *Einzelne Fragen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete etc.*, Böhm, 1897, стр. 318.—Онъ же, *Erörterungen auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts etc.*, Böhm, 1898, стр. 131.

подданству, наиболѣе поздно приобрѣтенному: свобода эмиграціи требуетъ-де, чтобы государства относились съ уваженіемъ къ недвусмысленному болѣе позднему волеизъявленію даннаго индивида. Наоборотъ, Zitelmann¹⁾ стоитъ за болѣе раннее, по времени, подданство: если государства взаимно признаютъ свои суверенныя права, то ни одно изъ нихъ не можетъ-де принять въ свое подданство такого индивида, который еще не освободился отъ узъ вѣрности другой государственной власти²⁾. Гессенъ³⁾ стоитъ за то подданство, «которое фактически является сильнѣйшимъ»⁴⁾; намеки на это понятіе, въ качествѣ второстепеннаго критерія, имѣются у Barazetti⁵⁾ и у Zitelmann⁶⁾. Въ качествѣ заключительнаго аккорда нужно поставить мнѣнія тѣхъ ученыхъ, которые при столкновеніи двухъ подданствъ отдають предпочтеніе... домицію. Такая постановка вопроса до нѣкоторой степени понятна, если рѣчь идетъ о подданствѣ той изъ двухъ странъ, въ которой индивидъ имѣетъ домицію⁷⁾; хотя, даже и въ этой комбинаціи, остается не совсемъ понятнымъ, почему вполне дѣйствительное подданство безъ домиціи — должно уступить подданству другому, не болѣе дѣй-

¹⁾ E. Zitelmann, Internationales Privatrecht, 1897, I, стр. 176.—Въ томъ же смыслѣ J. Perroud, Des conséquences d'un changement de la loi personnelle etc., Clunet, 1905, стр. 302; Pillet, Principes, стр. 313.

²⁾ Та же мысль проводится въ рѣшеніи Trib. Nice 5 июня 1893 года, Clunet, 1893, стр. 884: «On est, sauf preuve contraire, présumé être sujet du pays où l'on est né».—Ср. Clunet, 1906, стр. 827.

³⁾ В. Гессенъ, Подданство, 1909, I, стр. 160.

⁴⁾ Brocher: «Il est rare que les circonstances ne permettent pas de reconnaître laquelle de ces nationalités multiples doit être considérée comme la principale» (?). Цит. у Kahn, op. cit., стр. 60.

⁵⁾ «Der dem Individuum thatsächlich nähere Verband», loc. cit., стр. 131.

⁶⁾ «Die thatsächlich stärkere...», loc. cit., стр. 176.

⁷⁾ A. Weiss, Annuaire de l'Institut, XIII, стр. 168.—H. Fromageot, De la nationalité, стр. 194.—Въ этомъ смыслѣ, въ качествѣ вспомогательнаго принципа, высказывается Barazetti, Erörterungen, стр. 131—132.

ствительному? Но указанная точка зрѣнія становится совершенно абсурдной, когда серьезные ученые¹⁾ изображаютъ дѣло именно въ только что указанной формѣ: такъ какъ данный индивидъ имѣетъ два подданства, въ равной мѣрѣ дѣйствительныя, то его персональнымъ статутомъ будетъ (хотя бы и третій) законъ мѣстожителства²⁾. Спрашивается: неужели законъ домициля даетъ подданство индивиду, если онъ живетъ именно въ такомъ государствѣ, въ которомъ онъ, по мѣстному закону, не является подданнымъ? И если нѣтъ, — то неужели можно забыть о томъ, что подданство имѣетъ, кромѣ персональнаго статута, еще и другія, весьма важныя функции? По какому подданству будетъ, на примѣръ, обсуждаться возможность или невозможность для даннаго лица (японца и француза одновременно) пользоваться въ Россіи преимуществами договора о рыбной ловлѣ въ Тихомъ океанѣ или сдѣлаться фран-

1) F. Kahn, Gesetzeskollisionen, Iherings Jahrbücher, XXX, стр. 69—70.

2) Въ томъ же смыслѣ С. Barazetti, Einzelne Fragen etc., Böhm, 1897, стр. 319: «Hat der im Besitz mehrerer ausländischer Staatsangehörigkeiten verstorbene Erblasser das Heimatsrecht zugleich in den mehreren ausländischen Staaten erworben, so kann das Heimatsrecht keine Beurteilungsnorm abgeben, und substituieren wir ihm daher das Wohnsitzrecht und in Ermangelung eines Wohnsitzes das Aufenthaltsrecht als Norm der Entscheidung». Его же объясненія въ Erörterungen etc., Böhm, 1898, стр. 131, явно не выдерживаютъ критики: «dann wird wohl nichts übrig bleiben, als von der Beurteilungsnorm der Nationalität für das Personalstatut abzugehen, die Sache so zu behandeln, als ob das Individuum in Wirklichkeit gar keine Nationalität (?) habe und damit eine Ausnahme vom Nationalitätsprincip notgedrungen eintreten zu lassen und den Wohnsitz, und wenn es auch an solchem fehlt, den Aufenthalt in einem der mehreren Staaten der Staatsangehörigkeit zu substituieren». Въ этомъ же смыслѣ, къ сожалѣнію, высказываются и нѣкоторыя французскія рѣшенія. На примѣръ, Trib. Marseille 11 июля 1901 года, Clunet, 1904, стр. 151: «Au cas de conflit entre deux législations étrangères en matière de nationalité (entre les législations ottomane et britannique dans l'espèce), devant le tribunal d'une tierce puissance qui a mission de statuer sur le litige (devant un tribunal français, dans l'espèce), ce tribunal doit appliquer à la cause la loi du domicile, la loi française, dans l'espèce». — Та же точка зрѣнія въ рѣшеніи Alger 7 июня 1906 года, Clunet, 1907, стр. 409.

пузскимъ посломъ въ Петроградѣ? И, наконецъ, — какъ правильно отмѣчаетъ Гессенъ, — кто разрѣшилъ судѣ подставить, вмѣсто нормы «персональный статутъ опредѣляется національнымъ закономъ», диаметрально противоположное правило: «персональный статутъ опредѣляется по закону домициля»?

Я полагаю, что, дойдя до этого момента въ развитіи излагаемаго вопроса, мы можемъ назвать неизмѣримо болѣе честными тѣхъ ученыхъ, которые прямо заявляютъ, что конфликтъ, по ихъ мнѣнію, неразрѣшимъ¹⁾. Это, впрочемъ, принуждены признать — для особо сложныхъ случаевъ — даже и тѣ изслѣдователи, имена которыхъ только что указаны въ предыдущемъ изложеніи²⁾.

Лучшимъ доказательствомъ беспомощности, въ данномъ отношеніи, Школы можетъ служить то, что произошло въ Институтѣ при обсужденіи двуподданства. Вопросъ этотъ поставленъ Институтомъ на повѣстку уже давно. Еще въ 1894 году Weiss, отъ имени десятой комиссіи, представилъ подробный докладъ подъ заглавіемъ: «Конфликты законовъ въ области поддан-

¹⁾ Въ этомъ отношеніи можно считать образцовымъ рѣшеніе смѣшаннаго суда въ Александріи 31 декабря 1890 года (Clunet, 1893, стр. 1248). Правда, впрочемъ, что смѣшанные суды — не имѣющіе надъ собою соотвѣтственной суверенной власти — стоятъ въ весьма выгодномъ положеніи. Въ случаѣ двойного подданства, — говоритъ судъ, — «la question de nationalité revêt le caractère strict d'une question de droit international qui, par application de l'art. 4 du Code Civil impose aux tribunaux mixtes l'obligation de surseoir à statuer sur la déclinatoire d'incompétence jusqu'à ce que la question de nationalité ait été résolue entre le gouvernement local et le gouvernement étranger intéressé». Ср. Alexandrie 1 июня 1904 г., Clunet, 1906, стр. 233: «En présence de deux certificats contradictoires émanant d'autorités politiques différentes, au sujet de la nationalité de l'une des parties en cause, et antérieurs à l'introduction de l'instance, le juge mixte doit surseoir à l'examen du fond du litige jusqu'à solution du conflit par voie diplomatique». Въ смыслѣ неразрѣшимости конфликта ярче всего высказывается Pillet, Principes, стр. 300, 315 и 427.

²⁾ Напримѣръ, Barazetti, Erörterungen etc., Böhm, 1898, стр. 132. — W. Silberschmidt, loc. cit., стр. 100.

ства»¹⁾. Если вчитаться въ этотъ докладъ и вдуматься въ ту судьбу, которая его постигла, то мы получимъ впечатлѣннѣе именно хаотичности и беспомощности. Докладчикъ раздѣлилъ свою работу на двѣ части: la solution judiciaire и la solution diplomatique. Подъ первымъ названіемъ онъ классифицируетъ возможные рѣшенія уже существующаго конфликта; во второй же части своей работы онъ ищетъ способовъ предотвратить возникновеніе множественныхъ подданствъ. Такимъ образомъ, вторая глава относится къ области сравнительнаго законовѣдѣнія или, если угодно, международнаго права и политики государственнаго права («какими принципами должны руководиться государства при регламентированіи вопросовъ о приобрѣтеніи и уtratѣ подданства?»). Первая же часть работы Weiss'a должна быть всецѣло отнесена къ области чистаго конфликтнаго права («Какое изъ нѣсколькихъ сталкивающихся законодательствъ должно быть примѣнено къ данному казусу?»).

Обсуждая относительную важность двухъ частей своей работы, Weiss говоритъ: «судебныя трудности, возбуждаемыя конфликтами національностей, сводятся à peu de chose, такъ какъ онѣ всегда разрѣшаются примѣненіемъ законодательнаго текста, не могущаго быть неизвѣстнымъ судѣ. Наоборотъ, неизмѣримо болѣе тонка та задача, которая выпадаетъ въ этой области на долю законодателя и дипломата»²⁾.

Когда, въ засѣданіи 14 августа 1895 года, Институтъ поставилъ на свое обсужденіе докладъ Weiss'a, то тотчасъ же обнаружилось коренное разногласіе между докладчикомъ и остальными членами ученаго собранія. Постановлено было, что, «avant tout», слѣдуетъ разбирать не вопросъ о составленіи единаго закона, могущаго

¹⁾ Annuaire de l'Institut, XIII, стр. 162—179.

²⁾ Ibidem, стр. 168.

предотвратить всякіе конфликты подданства, а вопросъ о начертаніи правилъ для разрѣшенія уже существующихъ конфликтовъ¹⁾. Послѣ этого работа совершенно приостановилась; X-ая коммиссія и по сіе время не представила никакого доклада. Подобная бездѣтельность меня нисколько не удивляетъ. Weiss сдѣлалъ большую ошибку, поставивъ на первое мѣсто, по трудности, задачу дипломата и сведя къ *res de chose*—проблемы, стоящія передъ судьей. Конечно, не легка была бы задача того государственнаго дѣятеля, который въ настоящее время задался бы цѣлью привести все государства къ изданію совершенно однообразнаго закона о приобрѣтеніи и потерѣ подданства. Но трудности, которыя стояли бы передъ такимъ дѣтелемъ, касались бы исключительно практической стороны дѣла; ему пришлось бы столкнуться съ инертностью правовыхъ нормъ, съ борьбой индивидуальныхъ интересовъ, съ малоподвижностью законодательныхъ аппаратовъ, рутинностью чиновниковъ и т. д. Теоретически, проблема рѣшалась бы очень просто: всякій грамотный юристъ, въ теченіе двухъ часовъ времени, можетъ сочинить такой законъ о подданствѣ, при которомъ двойственная національность сдѣлается безусловно невозможной. Значить, теоретически задача дипломата представляется простой. Говоря шутливо, можно было бы сказать, что дипломатъ стоялъ бы передъ тѣми же затрудненіями, передъ которыми стоитъ биржевикъ, желающій выиграть миллионъ. Теоретически, выиграть миллионъ очень просто: надо купить достаточное количество такихъ бумагъ, которыя по истеченіи опредѣленнаго времени удесятерятся въ цѣнѣ. Теоретически построить выигрышъ миллиона просто: все трудности сосредоточены въ той части работы, которая называется практическимъ осуществле-

¹⁾ «L'Institut de droit international prie la X-e commission de vouloir bien s'occuper avant tout de l'étude des principes à recommander pour les solutions des conflits de lois». *Annuaire*, XIV, стр. 198.

ніемъ. Наоборотъ, трудности, стоящія передъ судьей, являются исключительно теоретическими: и только потому, что Weiss подошелъ къ нимъ слишкомъ легкомысленно, онъ и не сумѣлъ оцѣнить ихъ въ полномъ объемѣ. Когда X-я комиссія попробовала научнымъ образомъ разрѣшить эти теоретическія трудности,—она пришла къ полному фіаско.

Мы приходимъ къ выводу: конфликты подданства, для Школы, являются неразрѣшимыми.

125.—Попробуемъ проанализировать двуподданство съ точки зрѣнія общихъ началъ конфликтнаго права. Сопоставленіе неразрѣшимаго для науки явленія съ такими хорошо изученными понятіями, какъ конфликты разномѣстныхъ законовъ,—не можетъ не быть плодотворнымъ для освѣщенія принципиальныхъ сторонъ дѣла.

Начнемъ со второго казуса, такъ какъ онъ, для преслѣдуемой мною цѣли, представляется болѣе простымъ. Мы видѣли выше, что Школа разрѣшаетъ конфликты подданства четырьмя различными приѣмами; она опредѣляетъ національность или по закону, наиболѣе похожему на *lex fori*,—или по закону, давшему болѣе раннее подданство,—или по закону, давшему болѣе позднее подданство,—или, наконецъ, по закону домициля¹⁾. Къ закону домициля я вернусь нѣсколько позднѣе. Остальные три отвѣта отличаются одною общею особенностью: они даютъ, въ качествѣ умѣстительныхъ признаковъ, такія понятія, которыя лежатъ внѣ объема соответственныхъ законовъ. Въ самомъ дѣлѣ. Болѣе поздно, или болѣе рано приобрѣтено данное подданство?—есть вопросъ, въ содержаніи соответственныхъ законовъ не лежащій. Онъ не имѣетъ къ этому содер-

¹⁾ Laurent въ счетъ не идетъ, ибо онъ очевидно занимается политикою права и поэтому не можетъ быть валагаемъ въ отдѣлѣ, трактующемъ о конфликтахъ съ «судейскою», т.-е. догматической точки зрѣнія.

жанію ровно никакого отношенія. Похожъ ли данный законъ на *lex fori* или непохожъ?—есть, опять-таки, формула общей оцѣнки законодательнаго документа, никогда въ общемъ конфликтномъ правѣ не встрѣчающаяся. Такъ ли поступаютъ въ общемъ конфликтномъ правѣ, когда имѣютъ передъ собой столкновеніе не двухъ подданствъ, а, напримѣръ, двухъ правъ собственности? Представимъ себѣ, что по законамъ страны А, требующей традиціи при купль-продажѣ, Н является собственникомъ вещи, проданной въ странѣ В, но еще не традированной покупателю М. По законамъ же страны В, не требующимъ традиціи, собственникомъ, несомнѣнно, является покупатель М. Представимъ себѣ, что этотъ конфликтъ будетъ обсуждаться въ странѣ В. Неужели судья страны В будетъ спрашивать о сходствѣ или несходствѣ трехъ законовъ? Нѣтъ, мы знаемъ, какъ онъ поступитъ: онъ возьметъ конфликтную норму и на основаніи ея установитъ право собственности на проданную вещь. А конфликтная норма—и вотъ, именно это обстоятельство интересуетъ меня въ данный моментъ!—будетъ имѣть въ своемъ основаніи одинъ изъ элементовъ объема, установленнаго законами А и В. Разговоръ будетъ идти или о мѣстѣ заключенія договора, или о мѣстѣ нахождения вещи, или о «національности» вещи (напримѣръ, при благахъ нематеріальныхъ):—по необходимости конфликтная норма будетъ опираться на одинъ или нѣсколько элементовъ, входящихъ въ составъ тѣхъ объемовъ, которые установлены законами А и В. Судья скажетъ, напримѣръ: такъ какъ рѣчь идетъ о приобрѣтеніи собственности и такъ какъ приобрѣтеніе собственности опредѣляется по *lex rei sitae*, то, значитъ, дѣло должно быть разрѣшено на основаніи такого-то закона. Понятіе мѣстонахожденія вещи будетъ умѣстительнымъ признакомъ; умѣстительный этотъ признакъ будетъ взятъ изъ соответственныхъ объемовъ сталкивающихся законовъ.

Почему не поступаютъ аналогично и съ законами о

подданствѣ? Почему—въ указанныхъ трехъ отвѣтахъ—умѣстительнымъ признакомъ берутъ не часть объема сталкивающихся законовъ, а что-то совершенно постороннее? Развѣ мало у закона о подданствѣ такихъ элементовъ объема, которые допускали бы надъ собой манипуляціи совершенно тождественныя съ только что изображенными? Законъ А о приобрѣтеніи собственности путемъ купли-продажи распространяется на вещи, находящіяся на территоріи государства А; до извѣстной степени это вѣрно, предположимъ, и для закона Б. Государство В устанавливаетъ конфликтную норму, которая говоритъ, что опредѣленіе права собственности на купленную вещь регулируется закономъ ея мѣстонахожденія. Совершенно то же самое разсужденіе можетъ быть примѣнено и къ подданству. Подданство зависитъ на примѣръ — до извѣстной степени — отъ подданства отца. Другими объемными элементами законовъ о подданствѣ являются, на примѣръ: мѣсто рожденія, свободное волеизъявленіе, бракъ, мѣстопребываніе и т. д. Почему, разрѣшая конфликты подданства, не берутъ, на примѣръ, законъ подданства отца и не говорятъ (подобно тому, какъ это мы изобразили по отношенію къ купль-продажѣ): подданство индивида опредѣляется по національному закону отца? Или, такъ: подданство индивида опредѣляется по закону того мѣста, гдѣ онъ родился? Если бы были установлены подобныя конфликтныя нормы, основанныя на умѣстительныхъ признакахъ, взятыхъ изъ соответствующихъ объемовъ, — мы могли бы считать, что Школа обходится съ конфликтами подданства совершенно такъ же, какъ она обходится со всѣми другими конфликтами вообще. Но Школа этого почему-то не дѣлаетъ. Она поступаетъ съ конфликтами подданства такъ, какъ она никогда не поступила бы съ иными конфликтами. Ибо, — какъ слѣдовало бы конструировать, въ области общаго конфликтнаго права, нѣчто параллельное съ указанными только что

тремя способами разрѣшенія конфликтовъ подданства? Конечно, я привожу это соображеніе только въ видѣ шутки. Но несомнѣнно, что примѣненіе умѣстительныхъ признаковъ, взятыхъ внѣ объема сталкивающихся законовъ, могло бы быть сдѣлано, на примѣръ, такъ: имущественныя права жены опредѣляются по тому закону, который наиболѣе выгоденъ для истицы; изъ двухъ браковъ дѣйствителенъ тотъ, который наиболѣе счастливъ; дѣйствительность векселя опредѣляется по тому закону, который даетъ болѣе цѣлесообразный отвѣтъ и т. д. Такъ—въ области общаго конфликтнаго права не поступаютъ. Въ области общаго конфликтнаго права всегда берутъ въ качествѣ умѣстительнаго признака одинъ изъ объемныхъ элементовъ.

Это разсужденіе приводитъ меня къ четвертой теоріи, оставленной выше безъ разсмотрѣнія. Существуютъ ученые, которые разрѣшаютъ конфликты подданства на основаніи закона домициля¹⁾. Домициль, несомнѣнно, является однимъ изъ существенныхъ объемныхъ признаковъ всякаго закона о подданствѣ. Слѣдовательно, ученые этой категоріи являются послѣдовательными: они, и въ области подданства, выбираютъ умѣстительный признакъ совершенно такъ же, какъ они дѣлаютъ это при разрѣшеніи другихъ конфликтныхъ проблемъ. Но возможно ли считать, что указанная четвертая теорія правильна? Можно ли выставить такое общее правило: «національность опредѣляется по закону мѣсто жительства?» Очевидно—нельзя. Ибо въ громадномъ количествѣ случаевъ окажется, что мы придемъ къ неразрѣшимымъ конфликтамъ. Вотъ что я подъ этимъ разумѣю. Можно ли, на примѣръ, опредѣлять подданство по закону мѣста рожденія? Попытка въ этомъ направленіи была сдѣлана Niemeyer'омъ²⁾; но и онъ долженъ былъ

¹⁾ См. выше, стр. 335.

²⁾ Th. Niemeyer, Das internationale Privatrecht des B. G. B. 1901, стр. 62—63.

тотчасъ признать ея ошибочность: для Англии этотъ принципъ годится, а для Германіи — нѣтъ. Ибо «die deutsche Indigenatsgesetzgebung bestimmt nichts über die Staatsangehörigkeit der in Deutschland geborenen Personen». Если мы произведемъ аналогичныя попытки съ принципами свободнаго волеизъявленія, мѣстонахожденія, *legis fori* и любымъ инымъ, — то насъ всегда ждетъ фiasco. Мы не можемъ сказать, что подданство человѣка опредѣляется по *lex fori*. Мы не можемъ даже вообразить себѣ такой комбинаціи, при которой нѣмецкій законъ опредѣлялъ бы не нѣмецкое подданство, — а подданство вообще, т. е. подданство и чилійское, и русское, и китайское¹⁾.

126. — Въ результатѣ мы получаемъ тезисъ, опять-таки звучащій тавтологіей: подданнымъ даннаго государства можетъ считаться лишь тотъ, кто находится въ предѣлахъ объемныхъ признаковъ даннаго законодательства. Это звучитъ тавтологіей, но очень часто Школа допускаетъ посылки, находящіяся въ непримѣримомъ противорѣчьи съ этимъ тезисомъ.

Что я собственно говорю? Подданство страны А не можетъ быть установлено на основаніи закона страны Б. Нельзя объявить кого-нибудь австрійцемъ путемъ примѣненія къ нему бельгійскаго закона о подданствѣ. Нѣмцемъ можно быть только на основаніи нѣмецкаго закона. Въ литературѣ существуетъ не мало работъ, основанныхъ на противоположномъ воззрѣніи. Извѣстный ученый Brown-Sequard, желая получить мѣсто профессора въ Парижѣ, принялъ французское подданство. Согласно французскому закону, натурализація эта не распространялась на его жену. Но въ Англии натурализація имѣетъ коллективный характеръ для всѣхъ членовъ семьи. Послѣ смерти г-жи Brown-Sequard въ англійскомъ судѣ возникъ вопросъ о томъ, какова ея національность?

¹⁾ См. выше, стр. 334.

Судья Sir J. Н. Jeune постановилъ такое рѣшеніе¹⁾: «завѣщательница была въ моментъ своей смерти, согласно англійскому закону, подданной... французской; поэтому я долженъ и т. д.». Какъ другой примѣръ той же ошибки, я могу привести рѣшеніе орлеанской палаты 24 февраля 1904 года²⁾, въ которомъ говорится: «въ виду того, что г-жа В. сдѣлалась австрійской подданной какъ въ силу австрійскаго закона, такъ и въ силу англійскаго закона 1870 года...» Въ этомъ рѣшеніи, слѣдовательно, тоже допускается возможность сдѣлаться австрійкой на основаніи англійскаго закона. Въ виду важности разбираемаго вопроса, позволю себѣ сослаться еще на два примѣра. Редакціонная замѣтка Clunet относительно подданства европейскихъ женщинъ, выходящихъ замужъ за турокъ (по турецкому закону, эти женщины не получаютъ оттоманскаго подданства), гласитъ³⁾: «Что касается англичанокъ, то, согласно ст. 10-й Акта о натурализаціи 1870 года, онѣ становятся подданными того государства, къ которому принадлежатъ ихъ мужья; на практикѣ какъ египетскіе, такъ и турецкіе консульскіе суды⁴⁾ счи-

¹⁾ High Court of Justice, succession Brown Sequard, Clunet, 1895, стр. 428.

²⁾ Clunet, 1904, стр. 683.

³⁾ Clunet, 1903, стр. 708—709.

⁴⁾ Въ рѣшеніи Trib. Seine 20 февраля 1893 года, Clunet, 1893, стр. 1168, изложенный вопросъ разобранъ гораздо болѣе основательно и рѣшенъ правильнѣе: «Att. que, d'après la loi anglaise (Naturalisation Act 1870, 33 Vict. ch. 14), la femme anglaise qui épouse un étranger devient étrangère, et qu'elle reste étrangère après son veuvage, si elle n'obtient d'être readmise à la nationalité anglaise; que ce texte est absolu et que rien n'établit qu'il ne soit pas applicable au cas où la femme anglaise n'acquerrait pas, par son mariage avec un étranger, d'après la loi du pays de celui-ci, la nationalité de son mari... Att., d'autre part, que la loi ottomane du 19 janvier 1869 sur la nationalité ne confère pas expressément aux femmes étrangères qui épousent des Ottomans la nationalité ottomane;—que la dame Totvanian n'est donc pas devenue Ottomane par ses mariages successifs avec des sujets ottomans;—Att. en conséquence que la dame Totvanian n'étant pas de même nationalité que son mari, et n'ayant

таютъ этихъ женщинъ турецкими подданными». Въ статьѣ F. A. da Veiga Veiga, между прочимъ, употреблено, въ качествѣ существеннаго аргумента, такое выраженіе¹⁾: «Нѣтъ никакого сомнѣнія, что, согласно нашему (португальскому) гражданскому праву, умершая должна считаться англійской подданной».

Я повторяю: русскимъ подданнымъ можно сдѣлаться только на основаніи русскаго закона. Всякія утвержденія о томъ, что г-жа Броунъ-Секаръ сдѣлалась француженкой на основаніи англійскаго, португальскаго, или оттоманскаго закона являются чистѣйшимъ абсурдомъ. На основаніи англійскаго закона можно потерять англійское подданство,—и только. Какъ ни очевидна ошибка, заключающаяся въ приведенныхъ выше четырехъ цитатахъ (а цитаты эти можно было бы значительно умножить),—я нашелъ въ литературѣ только два указанія на вѣрный принципъ. Barazetti²⁾ совершенно правильно говоритъ: «Нѣмецкій судья... не можетъ примѣнять свой, нѣмецкій, законъ, приписывая чужому государству власть въ тѣхъ случаяхъ, когда существуютъ факты, которые касаются этого государства и которые, если бы они касались нѣмецкаго государства, могли бы обосновать нѣмецкое подданство». Другое аналогичное указаніе имѣется въ рѣшеніи сенскаго суда 21 мая 1897 года³⁾.

127.—Мнѣ остается сдѣлать еще одинъ шагъ впередъ:

pas actuellement de nationalité propre, c'est le cas de faire à la présente instance l'application de la loi du domicile».

1) La theorie du renvoi devant les tribunaux portugais, Clunet, 1908, стр. 369.

2) Erörterungen auf dem Gebiete etc., Böhm, 1898, стр. 130—131.

3) Clunet, 1898, стр. 135: «La perte de la nationalité mexicaine n'a pu avoir pour effet de faire recouvrer aux anciens Espagnols leur nationalité d'origine». Тотъ же принципъ имплиците въ рѣшеніи Trib. fédéral 13 марта 1891 года, Clunet, 1892, стр. 530; ср. Nantes 28 ноября 1901, Clunet, 1902, стр. 590.

объяснить, почему создается только что изображенное соотношеніе объема законовъ о подданствѣ и конфликтныхъ нормъ, касающихся двуподданства.

Дѣло въ томъ, что законы о подданствѣ выдѣляются изъ общей массы всѣхъ остальныхъ юридическихъ нормъ своими математически-точными объемами. Выше я указывалъ, съ какими трудностями, подчасъ непреодолимыми, сопряжено выясненіе объемовъ обыкновенныхъ, рядовыхъ гражданскихъ нормъ. Законодатель и путается, и забываетъ, и не договариваетъ: приходится, цѣлымъ рядомъ ухищреній, восполнять то, чего онъ не договорилъ по вопросу объ объемѣ. Совсѣмъ иначе стоитъ дѣло съ законами о подданствѣ. Обыкновенно не обращаютъ достаточнаго вниманія на то обстоятельство, что въ законахъ о подданствѣ, до известной степени, недоговореннымъ является составъ тѣхъ правъ и обязанностей, которыя лежатъ на подданныхъ. Это происходитъ именно потому, что все вниманіе законодателя обращено исключительно на объемную проблему. Если мы возьмемъ, напримѣръ, статьи 8—21 С. С., то мы замѣтимъ, что онѣ ни однимъ словомъ не касаются существа правъ и обязанностей, лежащихъ на французахъ. Указанныя статьи излагаютъ только совокупность условий, при соблюденіи которыхъ наступаетъ юридическое слѣдствіе подданства,—только совокупность тѣхъ данныхъ, которыя, по нашей терминологіи, должны быть названы объемомъ французскаго закона о подданствѣ. Ибо въ этихъ статьяхъ опредѣляется кругъ тѣхъ лицъ, по отношенію къ которымъ дѣйствуетъ французская норма. Совершенно то же самое можно сказать и о всякомъ другомъ законѣ о подданствѣ: въ этого рода законоположеніяхъ объемъ является центромъ тяжести, главнымъ фокусомъ юридической мысли.

Разъ мы поймемъ, что законы о подданствѣ суть, дѣйствительно, законы съ математически выясненнымъ объемомъ, то мы найдемъ и объясненіе изображенному

выше явленію. Отчего умѣстительные признаки приходится брать внѣ объемовъ подданства?

Прежде всего оттого, что нельзя взять въ качествѣ умѣстительнаго признака, на примѣръ, для русскаго закона,—часть его элемента. Нельзя сдѣлать этого и для всякаго другого закона о подданствѣ. Ибо всякій законъ о подданствѣ основанъ не на одномъ, а на нѣсколькихъ объемныхъ признакахъ и, выдвигая на первый планъ только одинъ изъ этихъ признаковъ, такъ сказать, гипертрофируя его,—мы тѣмъ самымъ убиваемъ и нарушаемъ все остальные. Если бы у насъ было два или нѣсколько законовъ, въ которыхъ *jus soli* былъ бы необходимымъ и достаточнымъ объемнымъ признакомъ, то тогда—при конфликтахъ этихъ законовъ—мы могли бы построить конфликтную норму на основаніи элемента, взятаго изъ объема. Мы могли бы тогда сказать: подданство человека опредѣляется по мѣсту его рожденія. Но въ дѣйствительной жизни такихъ законовъ нѣтъ. Въ дѣйствительной жизни всякій законъ о подданствѣ основывается, на примѣръ, на *jus soli* плюсъ еще какой-нибудь признакъ. Мы имѣемъ, скажемъ, законъ X, въ которомъ *jus soli* сопрягается съ *jus sanguinis* въ комбинаціи x. Затѣмъ мы имѣемъ законъ Y, въ которомъ *jus sanguinis* приходитъ въ нѣсколько иной модификаціи, въ модификаціи y. Наконецъ, мы имѣемъ третій законъ Z, въ которомъ модуляція *jus sanguinis* будетъ отличаться и отъ первой, и отъ второй; назовемъ ее модуляціей z. Если мы имѣемъ дѣло со столкновеніемъ этихъ трехъ законовъ, то мы уже не можемъ сказать, что подданство опредѣляется по мѣсту рожденія индивида. Ибо подданство можетъ быть установлено еще и другими объемными признаками. И эти объемные признаки (x, y, z) не поддаются обобщенію: они вѣдь именно не идентичны. Нельзя будетъ сказать: подданство опредѣляется по закону мѣсторожденія и по закону подданства отца

(х); ибо можетъ оказаться, что модуляція (у) требуетъ для подданства по *jus sanguinis* не одного только подданства отца, но подданства обоихъ родителей. Въ результатъ, слѣдовательно, получается, что только въ одномъ случаѣ умѣстительный-конфликтный признакъ можетъ быть взятъ изъ соотвѣтственнаго объема: только въ томъ случаѣ, если этимъ умѣстительнымъ признакомъ можетъ сдѣлаться весь объемъ.

Это приводитъ насъ къ выясненію второй причины, почему умѣстительныхъ признаковъ нельзя брать изъ объема подданства. Мы только что выяснили, что этими умѣстительными признаками не можетъ быть часть объема. Но совершенно ясно, что такими признаками не можетъ быть и весь объемъ. Ибо, когда сталкиваются два закона о подданствѣ, то это именно обозначаетъ, что ихъ объемы не совпадаютъ. Если мы въ этомъ случаѣ возьмемъ въ качествѣ умѣстительнаго признака объемъ одного изъ сталкивающихся законовъ,—то мы, очевидно, нарушимъ объемъ второго. Даже самый рьяный интернаціоналистъ не посмѣетъ поднять руку на кристальную опредѣленность русскаго объема законовъ о подданствѣ и сказать, что русское подданство пріобрѣтается не тогда, когда это предписано закономъ 1864 года, а тогда, когда это предусматривается французскимъ гражданскимъ кодексомъ или какою-то гипотетическою международною конфликтною нормою.

Умѣстительные признаки для конфликтовъ подданства берутся внѣ объемовъ соотвѣтственныхъ законовъ потому,—что эти объемы слишкомъ опредѣленны и не допускаютъ того приблизительнаго съ ними обращенія, коимъ замараны всѣ остальные конфликтныя нормы. И это приводитъ меня къ дальнѣйшему выводу. Законы о подданствѣ имѣютъ весьма точные объемы. Они являются тѣмъ классическимъ примѣромъ, къ которому должны стремиться, какъ къ далекому идеалу,

всѣ остальные нормы. Въ области подданства уже сдѣлано то, чего мы тщетно ищемъ въ остальныхъ областяхъ права. И вотъ, математичная точность объемовъ подданства приводитъ насъ къ тому, что обычные приемы «изготовленія» конфликтныхъ нормъ—оказываются для подданства недопустимыми. Слѣдовательно,—и это я считаю однимъ изъ важныхъ результатовъ моей аргументаціи—слѣдовательно, то, что вѣрно для законовъ о подданствѣ, должно быть вѣрно и для остальныхъ сталкивающихся нормъ. Ни одинъ юристъ не можетъ не признать, что приближеніе гражданскихъ нормъ къ наибольшей опредѣлительности ихъ объемовъ является желательнымъ и необходимымъ. По мѣрѣ того, какъ эта опредѣлительность будетъ прогрессировать, трудности въ дѣлѣ созданія конфликтныхъ нормъ будутъ умножаться.

Напримѣръ, если мы возьмемъ теперешнее русское право и попробуемъ выяснить, къ какимъ именно лицамъ примѣнимы русскія нормы о правахъ и обязанностяхъ отца,—то мы встрѣтимся съ большими неясностями. Объемъ понятія «отецъ» въ русскомъ правѣ плохо сконструированъ. Желательно, чтобы онъ сталъ болѣе точнымъ и опредѣлительнымъ. Желательно, чтобы для всякаго было ясно, кого именно имѣеть въ виду русское право, когда оно говоритъ объ «отцѣ» (Кого—я, конечно, разумѣю въ объемномъ смыслѣ, т. е. по отношенію къ территоріи, къ мѣсту жительства, подданству и т. д.). Если бы, въ конечномъ результатѣ долгой, но необходимой работы, русское право установило объемъ «отца» столь же точно, какъ оно устанавливаетъ объемъ «русскаго подданнаго», то тогда разрѣшеніе объемной задачи сдѣлалось бы простымъ, а разрѣшеніе задачи конфликтной встрѣтило бы громадныя трудности. Ибо тогда было бы совершенно ясно, совокупность какихъ именно категорій лицъ имѣеть права и обязанности отцовства, устанавливаемая русскимъ правомъ.

Но тогда (предполагая, что и у другихъ иностранныхъ законодательствъ объемъ «отца» былъ бы установленъ столь же математически точно),—созданіе конфликтной нормы сдѣлалось бы почти невозможнымъ. Ибо на каждомъ шагу намъ пришлось бы нарушать точный смыслъ русскаго закона, присваивая права русскаго отцовства такимъ лицамъ, которыя не входятъ въ русскій объемъ, и отнимая ихъ у такихъ, которыя, по русскому праву, несомнѣнно являются «отцами».

Выходъ могъ бы быть только одинъ: создать такую конфликтную норму, которая соответствовала бы въ точности всѣмъ сталкивающимся объемамъ. А это можно выразить, другими словами,—такъ: создать такое положеніе вещей, при которомъ всѣ сталкивающіеся объемы были бы совершенно идентичны и, поэтому, допускали бы созданіе единой и въ точности всѣмъ имъ соответствующей конфликтной нормы. Но какъ это сдѣлать? Какъ добиться того, чтобы всѣ сталкивающіеся объемы въ точности соответствовали одинъ другому? Здѣсь я долженъ отмѣтить одно глубокое противорѣчіе, отдѣляющее меня отъ Школы. Путей можетъ быть, очевидно, два: начать надо или съ постепеннаго сближенія отдѣльныхъ объемовъ, съ тѣмъ, чтобы они въ конечномъ результатѣ слились,—или съ созданія такой международной нормы, по которой «равнялись» бы всѣ существующіе объемы. Школа стоитъ на второй точкѣ зрѣнія: она начинала и начинаетъ не съ выясненія объемовъ, а съ созданія общей международной конфликтной нормы. Въ этомъ отношеніи возражать Школѣ невозможно. Дѣло вкуса: съ какого конца мы начнемъ. Но есть приѣмъ, сопряженный со вторымъ методомъ и вызывающій самый энергичный протестъ со стороны всякаго серьезнаго юриста. Приѣмъ этотъ заключается въ томъ, что создается конфликтная норма; не производится провѣрки объемовъ; принимается на вѣру совпаденіе объемовъ съ конфликтной нормой и, затѣмъ, выста-

вляется тезисъ: «вотъ международная конфликтная норма; всѣ государства должны подчинить ей свои законы». Должны—не значить, что государства уже подчинили свои объемы международной нормѣ. Школа нерѣдко выставляетъ такія международныя нормы, которыя являются лишь соображеніями *de lege [internationali] ferenda*. Но если даже допустить, что мы ограничимъ наше разсужденіе только случаями фактически дѣйствующаго, позитивнаго международнаго права,—то мы все-таки должны вспомнить аксіому: существованіе международнаго права еще не свидѣтельствуетъ о томъ, что всѣ соотвѣтственные внутреннія права приведены съ этимъ международнымъ правомъ въ точное соотвѣтствіе. Государство, можетъ быть, обязано измѣнить въ извѣстномъ смыслѣ объемъ своего закона,—но оно эту обязанность не исполнило. Оно нарушаетъ международное право: развѣ это—столь необычный случай? Развѣ международное право ставится кѣмъ бы то ни было въ параллель съ тѣми законами природы, которые не могутъ быть нарушены? Конфликтная международная норма можетъ преспокойно существовать рядомъ съ противорѣчащими ей внутренними объемными нормами. И, слѣдовательно, Школа допускаетъ величайшую ошибку, когда она, констатируя наличность конфликтной международной нормы, останавливаетъ дальнѣйшее углубленіе юридической мысли и не считаетъ нужнымъ выяснить себѣ: а соотвѣтствуютъ ли, въ дѣйствительности, нормы объемныя—указанной нормѣ конфликтной.

128.—Въ настоящій моментъ я могу формулировать главные выводы этой части моихъ разсужденій.

Школа не даетъ никакого, выдерживающаго критику, принципа для разрѣшенія конфликтовъ подданства. При этомъ, всѣ выставляемые ею умѣстительные признаки (за исключеніемъ одного, явно невозможнаго) отличаются одною особенностью: они взяты внѣ тѣхъ объемныхъ

признаковъ, изъ которыхъ слагается понятіе подданства. Это явленіе находится въ противорѣчій съ тѣмъ, что мы замѣчаемъ въ остальныхъ областяхъ общаго конфликтнаго права. Въ общемъ конфликтномъ правѣ умѣстительные признаки всегда представляютъ собой одинъ или нѣсколько объемныхъ элементовъ въ абсолютизированномъ видѣ.

Подобная особенность конфликтныхъ нормъ о подданствѣ объясняется тѣмъ, что законы о подданствѣ имѣютъ въ высшей степени опредѣленные объемы. Объемы эти не допускаютъ замѣны другими, иностранными объемами, установленными международной конфликтной нормой. Всякое измѣненіе, сокращеніе, или суженіе этихъ математически-точныхъ объемовъ совершенно нагляднымъ образомъ приводитъ не къ примѣненію соответствующихъ законовъ о подданствѣ, а къ нарушенію ихъ.

То, что вѣрно для законовъ о подданствѣ, должно быть вѣрно и для всякой другой нормы. Конфликтная норма можетъ основываться на абсолютизированныхъ частяхъ объема только до тѣхъ поръ, пока этотъ объемъ является плохо выясненнымъ и пока неясность его постановленій можетъ быть учитываема и эксплуатируема. Какъ только объемъ какой бы то ни было нормы достигаетъ желательной и необходимой точности, — между объемомъ и конфликтной нормой, неполнѣ объему соответствующей, должны возникнуть неразрѣшимые конфликты. Сталкиваясь съ такими конфликтами, судья не можетъ не отдать предпочтенія объемной нормѣ—передъ конфликтною. Ибо объемная норма есть внутреннее право, а конфликтная (въ данномъ конкретномъ случаѣ) является нормою международною, коей данное государство еще не подчинилось.

Это и значитъ, что объемъ нормы является самодовлѣющей величиной, содержащей въ себѣ исчерпывающій отвѣтъ на объемныя проблемы. Мы при-

шли къ тому «трузизму», съ котораго начался данный отдѣлъ. Мы установили, что объемъ нормы не можетъ быть замѣняемъ судьей—никакимъ другимъ, хотя бы и взятымъ изъ международной конфликтной нормы.

Съ точки зрѣнія этихъ выводовъ, я могу лишь немногими словами упомянуть о той части моего изложенія, которая, въ срединѣ настоящаго отдѣла, была мною отложена. Если сталкивается свое подданство и подданство чужое, то, дѣйствительно, судья долженъ признать индивида своимъ подданнымъ. Это происходитъ потому, что объемъ данной нормы о подданствѣ именно является самодовлѣющей величиной. Индивидъ, который попалъ въ предѣлы русскаго объема подданства, является для русскаго судьи русскимъ подданнымъ—и только. Въ этомъ случаѣ даже нельзя говорить о конфликтѣ. Мы приходимъ, слѣдовательно, къ тому же выводу, который установленъ и Школой. Но—полагаю?—этотъ выводъ въ настоящее время оказывается освѣщеннымъ нѣсколько болѣе глубокими соображеніями, чѣмъ та, чисто механическая, постановка дѣла, которая, какъ я выразился выше, просто обожествляетъ *lex fori*, какъ таковую. Только съ точки зрѣнія установленныхъ нами противоположеній конфликтныхъ нормъ, съ одной стороны, и объемныхъ—съ другой, можно правильно оцѣнить ту большую юридическую проблему, которая заключается въ тезисѣ: «при столкновеніи своего подданства и подданства чужого, предпочтеніе безусловно отдается мѣстному закону».

IV.

129.—Въ предыдущемъ отдѣлѣ мы доказали тезисъ: объемъ нормы является величиной самодовлѣющей. Разъ существуетъ объемъ нормы, онъ является для судьи обязательнымъ и достаточнымъ. Судья не можетъ восполнять этотъ объемъ данными, взятыми не изъ *lex fori*.

Этотъ тезисъ имѣетъ настолько важное значеніе для всей моей работы, что я постараюсь подтвердить его въ настоящемъ отдѣлѣ новыми соображеніями, въ отдѣлѣ III незатронутыми. Соображенія эти будутъ развиваться по слѣдующей схемѣ: объемъ закона не можетъ не являться величиной самодовлѣющей, такъ какъ онъ органически связанъ съ закономъ. Другими словами: объемъ закона не можетъ быть восполняемъ элементами, взятыми не изъ даннаго законодательства, такъ какъ самое существо этихъ элементовъ неразрывно связано именно съ системой даннаго законодательства:—только даннаго законодательства. Подобную связь, соединяющую объемныя проблемы со всею совокупностью даннаго законодательства, связь, выражающуюся въ тысячахъ тончайшихъ нитей, протягиваемыхъ отъ объема ко всемъ отраслямъ системы права,—я буду называть органичностью объемовъ. И затѣмъ я буду говорить: объемъ самодовлѣетъ потому, что онъ органиченъ.

130.—Статья 13-я нѣмецкаго Е. Г., какъ извѣстно, гласитъ: «Форма брака, заключеннаго на нѣмецкой территоріи, опредѣляется исключительно по нѣмецкимъ законамъ». Эта статья является статьей объемной. Она устанавливаетъ, что дѣйствіе нѣмецкаго закона о формѣ брака простирается на всѣ браки, заключаемые на нѣмецкой территоріи. Я позволю себѣ показать, насколько велика органическая связь, существующая между этой объемной нормой—и всѣмъ нѣмецкимъ законодательствомъ вообще. Когда мы увидимъ, какія сложныя проблемы органическаго сліянія съ законодательствомъ возникаютъ по поводу цитированной, весьма элементарной, объемной нормы,—мы поймемъ, насколько трудной и сложной можетъ быть проблема органичности въ остальныхъ, менѣ простыхъ, случаяхъ. Мы поймемъ, кромѣ того, что органическое сліяніе объемовъ съ даннымъ законодательствомъ дѣйствительно существуетъ, не можетъ не существовать.

Цитированная статья 13-я Е. Г. содержитъ въ себѣ пять юридическихъ элементовъ (всѣ остальные слова являются въ ней союзами, нарѣчіями или предлогами): 1) форма, 2) бракъ, 2) территорія, 4) подчиненіе, 5) нѣмецкимъ законамъ. Не трудно убѣдиться, что каждый изъ этихъ элементовъ можетъ дать поводъ къ серьезнымъ юридическимъ контроверзамъ и что, въ случаѣ возникновенія этихъ контроверзъ, онѣ будутъ разрѣшаться исключительно на основаніи нѣмецкаго закона. Въ самомъ дѣлѣ.

Ad. I. Форма брака, самое понятіе формы брака можетъ быть весьма спорнымъ. Можно, на примѣръ, поставить дѣло такъ: греческій подданный имѣетъ право вступать только въ церковный бракъ; дѣеспособность, устанавливаемая для него національнымъ закономъ, существуетъ лишь постольку, поскольку рѣчь идетъ именно о церковномъ бракѣ; если возникаетъ вопросъ о формѣ брака для греческаго подданнаго, то «церков-

ность—не церковность» не подлежит даже обсужденію; эта контроверза вовсе не относится къ вопросамъ формы; статья 13-я Е. Г. не можетъ имѣть никакого примѣненія, такъ какъ по отношенію къ греческому подданному, «церковность» является не вопросомъ формы, а вопросомъ дѣеспособности. Хотя мои разсужденія носятъ характеръ нѣкоторой искусственности, но я ихъ не выдумалъ. Они цѣликомъ взяты изъ работы греческаго юриста Diobouniotis'a¹⁾, для котораго церковность является именно вопросомъ не формы, а личной дѣеспособности. «Освященіе брака въ церкви,—говоритъ онъ,—относится не къ вопросамъ формы брака, а къ правовымъ основаніямъ брачной дѣеспособности; безъ вѣнчанія по греко-церковному обряду нѣтъ брака и не можетъ наступить послѣдствій брака». Для меня совершенно безразлично, правильно или неправильно толкуетъ Diobouniotis греческое право. Для меня важно установить лишь одно: что нѣмецкій судья, когда онъ будетъ примѣнять ст. 13-ю Е. Г., не приметъ въ соображеніе греческой конструкціи «формы» и будетъ руководиться по этому вопросу исключительно представленіями нѣмецкаго закона. Такимъ образомъ, отъ слова «форма», употребленнаго въ ст. 13-й Е. Г., протянутся, какъ я сказалъ выше, нити—можетъ быть, очень многочисленныя—къ тѣмъ другимъ поста-

¹⁾ G. Diobouniotis, Die Eheschliessung zwischen Inländern und Ausländern nach griechischen Recht, Böhm, 1898, стр. 27: «Die juristische Konstruktion mag die folgende sein. In diesen Fällen steht die Handlungsfähigkeit der Person griechischer Nationalität, eine solche Ehe zu schliessen, unter der Bedingung, dass die vom griechischen Recht vorgeschriebenen Voraussetzungen beobachtet sind; so ist die kirchliche Weihe nicht mehr eine Förmlichkeit der Eheschliessung, sondern eine rechtliche Bedingung der Eheschliessungsfähigkeit und als solche gehört sie in diesem Falle dem materiellen Rechte an. Ohne die griechischkirchliche Weihe bleibt die Rechtsbedingung aus; die Eheschliessungsfähigkeit gilt also als nicht vorhanden und die Eheschliessung ist nichtig. Dies findet sowohl auf die im Inlande als auch auf die Auslande geschlossenen Ehen Anwendung».

новленіямъ нѣмецкаго права, которыя не имѣютъ характера постановленій объемныхъ, а содержатъ въ себѣ матеріальное право, опредѣляющее «форму». Трудно, конечно, сказать а priori, гдѣ именно найдетъ судья тѣ нормы, на основаніи которыхъ онъ истолкуетъ себѣ понятіе «формы». Но гдѣ бы эти нормы въ нѣмецкомъ правѣ ни были] (т. е. значить: не только въ гражданскомъ правѣ, но и, можетъ быть, въ правѣ государственномъ, церковномъ или административномъ и т. д.),—къ каждой изъ нихъ судья протянетъ нить своихъ умозаключеній, устанавливая этимъ путемъ именно органическую связь одного изъ объемныхъ элементовъ со всей системой нѣмецкаго права.

Совершенно аналогичны были бы мои разсужденія въ томъ случаѣ, если бы оказалось, что по иностранному праву согласіе родителей относится къ понятію формы брака ¹⁾. Никто, конечно, не запрещаетъ законодателю встать на ту точку зрѣнія, что заключеніе брака, кромѣ формальностей, исполняемыхъ въ меріи и въ церкви, требуетъ еще предварительнаго исполненія формальностей и въ родительскомъ домѣ. Въ этомъ случаѣ реальное значеніе статьи 13-й Е. Г. было бы расширено. Въ предыдущемъ абзацѣ мы разсматривали такой казусъ, когда постановленіе греческаго закона изымало изъ-подъ воздѣйствія нѣмецкихъ матеріальныхъ нормъ такой вопросъ брачнаго правоотношенія, который, по нѣмецкимъ законамъ, является вопросомъ формы (церковность). Въ настоящее время мы стоимъ передъ такимъ (гипотетическимъ) толкованіемъ иностранныхъ законовъ, которое должно было бы не сѣзнить, а расширить примѣненіе нѣмецкихъ матеріальныхъ нормъ. По нѣмецкому праву согласіе родителей разсматривается не какъ брачная формальность, а какъ способъ возмѣстить недостающую дѣеспособность; слѣдовательно, по

¹⁾ Указанія, см. у Weiss, *Traité etc.*, III, стр. 414.

нѣмецкому праву, два лица, вступающія въ бракъ въ Германіи, должны получать согласіе родителей не на основаніи нѣмецкаго территоріальнаго закона, а на основаніи закона своего, закона личнаго; если бы мы приняли указанное (гипотетическое) толкованіе иностраннаго закона, то мы принуждены были бы подчинить нѣмецкому закону именно и вопросъ о согласіи родителей. Очевидно, что этого не будетъ. Когда нѣмецкія власти будутъ примѣнять статью 13-ю Е. Г., то онѣ, очевидно, устоятъ передъ искушеніемъ расширить пространство дѣйствія нѣмецкаго закона путемъ иностраннаго истолкованія понятія «формы»; эту «форму» онѣ поставятъ въ зависимость отъ соотвѣтственныхъ постановленій нѣмецкаго права. Онѣ, значитъ, поступятъ въ точномъ соотвѣтствіи съ теоріей органичности.

Ad. 2. Статья 13-я Е. Г. говоритъ, затѣмъ, о понятіи брака. Опять-таки, это понятіе не можетъ не быть взято изъ нѣмецкаго права. Если японецъ пожелаетъ устроить въ Берлинѣ временную семью (предполагая, что сіе разрѣшено японскими законами), и если онъ станетъ ссылаться на ст. 13-ю Е. Г., требуя примѣненія нѣмецкихъ формъ,—то его, конечно, остановятъ на полусловѣ. Въ этой статьѣ идетъ рѣчь не о заключеніи брака вообще, внѣ мѣста и времени,—а о заключеніи именно того соглашенія, которое въ Германіи называется бракомъ. А какъ опредѣлить понятіе нѣмецкаго «брака»?—Трудно даже перечислить всѣ тѣ нормы, которыя разбросаны по нѣмецкому законодательству и которыя могутъ повліять на опредѣленіе этого понятія. Во всякомъ случаѣ, вырвать «бракъ» изъ организма нѣмецкаго права безусловно невозможно. «Бракъ» въ Германіи опредѣляется по нѣмецкимъ законамъ.

Совершенно то же самое можно было бы сказать о бракъ полигамическомъ. Допустимъ, что онъ дозволенъ національнымъ закономъ брачущихся; для Германіи второй бракъ при живой первой женѣ есть не бракъ,

а преступленіе; и, конечно, ни одинъ чиновникъ не приложитъ своей руки къ совершенію подобнаго дѣянія.

Ad 3. Развѣ понятіе территоріи не можетъ возбудить сомнѣній? Развѣ не можетъ получиться такого казуса, когда одна изъ сторонъ будетъ говорить, что бракъ былъ заключенъ на нѣмецкой территоріи и, слѣдовательно, подчиняется статьѣ 13-й E. G., а другая сторона будетъ доказывать, что именно данный клочокъ земли въ тотъ моментъ, когда заключался бракъ, по такимъ-то и такимъ-то преходящимъ соображеніямъ, не являлся нѣмецкой территоріей? Споръ между этими сторонами, конечно, будетъ разрѣшенъ на основаніи нѣмецкаго закона. Если нѣмецкій судья убѣдится, что, на основаніи нѣмецкаго закона, спорный клочокъ земли, въ моментъ заключенія брака, являлся нѣмецкой территоріей,—то онъ, конечно, примѣнитъ ст. 13-ю E. G., каковы бы ни были воззрѣнія другихъ законодательствъ. И опять-таки представляется въ высшей степени труднымъ перечислить а priori всѣ тѣ области нѣмецкаго права, привлеченіе которыхъ будетъ необходимымъ для того, чтобы окончательно рѣшить вопросъ, была ли данная мѣстность именно нѣмецкой территоріей. Я представляю себѣ, что въ нѣкоторыхъ, трудныхъ, случаяхъ понадобится ссылаться и на феодальное право, и на военныя законоположенія, и на конституцію. Органичность представляется, значитъ, несомнѣнной.

По поводу понятія территоріи мнѣ могутъ сказать, что понятіе это опредѣляется не нѣмецкимъ, а международнымъ правомъ. Я не хотѣлъ бы мимоходомъ разрѣшать всѣ тѣ трудные вопросы, которые возбуждаются подобнымъ возраженіемъ. Во всякомъ случаѣ, мое мнѣніе заключается въ томъ, что внутренне-правовое опредѣленіе германской территоріи можетъ оказаться въ противорѣчьи съ международнымъ правомъ. И въ этомъ случаѣ нѣмецкій судья обязанъ будетъ руководиться не международнымъ, а именно внутреннимъ нѣмецкимъ

правомъ. Онъ признаётъ оккупированную область—нѣмецкою территоріею потому, что такъ постановляетъ нѣмецкое право и несмотря на то, что международное право требуетъ противнаго.

Ad 4. Подчиненіе закону. Представляется ли это понятіе настолько простымъ и самоочевиднымъ, что по поводу его не можетъ возникнуть юридическихъ сомнѣній? Только при поверхностномъ отношеніи къ дѣлу можно было бы сдѣлать такое утвержденіе. Во Франціи, на примѣръ, существуетъ ст. 170 С. С., вполне аналогичная цитированной выше статьѣ 13-й E. G.: она тоже подчиняетъ браки мѣстному закону по формулѣ *locus regit actum* ¹⁾. И вотъ, если мы внимательно вчитаемся въ работы комментаторовъ, то мы увидимъ слѣдующее. Существуетъ цѣлая группа французскихъ юристовъ, утверждающихъ ²⁾, что статья 170 С. С. имѣетъ факультативное значеніе, т. е. что она «подчиняетъ» браки мѣстному закону—лишь до известной степени. Если, на примѣръ, оба брачующихся принадлежатъ къ одной національности и если они могутъ исполнить брачныя формальности своего закона, не привлекая мѣстныхъ властей,—то бракъ, заключенный на основаніи иностранныхъ формъ, будетъ дѣйствителенъ. «Подчиненіе», слѣдовательно, имѣетъ границы, устанавливаемыя толкованіемъ. Толкованіе же устанавливается въ связи съ другими нормами французскаго закона (въ связи съ духомъ закона...). Обязательно ли и допустимо ли подобное толкованіе для нѣмецкаго судьи? Очевидно—нѣтъ. Нѣмецкій судья будетъ разумѣть «подчиненіе» такъ, какъ это диктуется его закономъ, закономъ *fori*. И конструируя понятіе «подчиненія»,—нѣмецкій судья будетъ

¹⁾ «Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étrangers sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays».

²⁾ На примѣръ, Weiss, *Traité*, III, стр. 488.

плести ту ткань, которую мы назвали органичностью объема.

Ad 5. Остается, наконецъ, пятый элементъ разбираемой объемной нормы: понятіе нѣмецкаго закона. Это понятіе, въ свою очередь, можетъ возбуждать цѣлый рядъ сомнѣній, разрѣшить которыя можно лишь на основаніи подробнаго знакомства со спеціальными отдѣлами нѣмецкаго права. Нужно вѣдь найти не просто нѣмецкій законъ, а нѣмецкое право, дѣйствующее при данныхъ условіяхъ мѣста, времени и участвующихъ лицъ. Какой законъ дѣйствуетъ въ данной части германской имперіи,—въ зависимости отъ промульгаціи? Какое нѣмецкое партикулярное право сохранено въ силѣ послѣ введенія новаго гражданскаго уложенія и можетъ быть примѣнено въ данномъ случаѣ? Каковы тѣ спеціальныя нормы семейно-владѣтельнаго права, безъ соблюденія которыхъ бракъ данной принцессы не можетъ считаться дѣйствительнымъ?—Если бы мы стали рѣшать всѣ эти сомнѣнія на основаніи не нѣмецкаго, а португальскаго или китайскаго права, то мы тотчасъ же пришли бы къ невѣроятнымъ абсурдамъ. Понятіе нѣмецкаго закона можетъ быть опредѣляемо только на основаніи нѣмецкихъ нормъ:—новое и послѣднее доказательство той органической связи, которая существуетъ между разбираемою нами, въ высшей степени элементарной объемною нормою—и всею совокупностью остальнаго нѣмецкаго права.

131. — Органичность объема, опять-таки, представляется, на первый взглядъ, тавтолизмомъ. Вѣдь подъ органичностью я разумѣю, что часть нормы, возбуждающая сомнѣніе, не можетъ быть толкуема иначе, какъ по совокупности со всѣмъ вообще даннымъ законодательствомъ. Казалось бы, что такой тезисъ не нуждается въ доказываніи. Всякое право, конечно, представляетъ собой единое органическое цѣлое, не допускающее, чтобы въ него вкрапливали совершенно гетерогенныя

понятія. Правовая система можетъ быть толкуема только изъ самой себя.

Если я настаиваю на этомъ тезисѣ, если я такъ долго и настойчиво подводилъ къ нему читателя, то это происходитъ потому, что въ наукѣ частнаго международнаго права, въ пресловутой Школѣ существуетъ цѣлый рядъ ученій, опирающихся именно на отрицаніе только что изображеннаго трузизма. Дальнѣйшее мое изложеніе будетъ посвящено тому, чтобы изобразить именно тѣ ученія, которыя цѣликомъ основаны на тезисѣ: отдѣльные элементы русскаго объема могутъ быть толкуемы по испанскому праву. Ученія эти могутъ быть раздѣлены на двѣ категоріи: въ первыхъ органичность объема отрицается *implicite*, а во вторыхъ она представляетъ объектъ нападенія *expressis verbis*.

Начну съ первыхъ. Начну, значитъ, съ тѣхъ конфликтныхъ теорій, которыя, по моему мнѣнію, основываются на несознанномъ отрицаніи органичности. Такою теоріею является, по моему мнѣнію, такъ называемое ученіе о конфликтахъ квалификацій. Я сначала изложу ученіе о конфликтахъ квалификацій такъ, какъ оно формулируется Школой,—а затѣмъ постараюсь показать связь между школьною формулировкой—и тезисомъ объ органичности.

Три работы опредѣляютъ собой развитіе ученія о квалификаціяхъ. Первымъ, обратившимъ свое вниманіе на эту проблему, былъ F. Kahn ¹⁾. Его разсужденія сводятся къ слѣдующему. Kahn различаетъ, какъ известно, три категоріи коллизій: явныя (*Ausdrückliche Kollisionen*), умѣстительныя (*Kollisionen der Anknüpfungsbegriffe*), и скрытыя (*Latente Kollisionen*). Подъ первыми онъ разумѣетъ такія коллизіи, которыя «вытекаютъ изъ различія положительныхъ нормъ частнаго международнаго права, дѣйствующихъ въ отдѣльныхъ

¹⁾ F. Kahn, *Gesetzeskollisionen*, 6 *Iherings Jahrbücher*, XXX, стр. 56—148.

государствахъ» ¹⁾. Умѣстительныя коллизіи «имѣютъ своимъ источникомъ внутреннее различіе тѣхъ правовыхъ понятій, — по внѣшности своей схожихъ, — при помощи которыхъ конфликтныя нормы производятъ умѣстненіе законовъ» ²⁾. Наконецъ, скрытыя коллизіи проистекаютъ — «безъ наличія какихъ-либо специальныхъ нормъ, — изъ того источника, изъ котораго проистекаетъ все частное международное право: изъ территориально несхожей природы самыхъ юридическихъ отношеній» ³⁾. Эти три группы, строго говоря, должны комбинироваться такимъ образомъ, чтобы явныя коллизіи противопоставались умѣстительнымъ и скрытымъ. Ибо общимъ признакомъ вторыхъ и третьихъ является наличіе коллизіонныхъ нормъ, одинаковыхъ по своему формальному содержанію, но не по реальному результату. При первой же коллизіи дѣло идетъ именно о внѣшне-несхожихъ конфликтныхъ нормахъ. Вторую и третью группы, вмѣстѣ взятыя, можно именовать общимъ терминомъ: конфликты объемныхъ элементовъ.

Что касается коллизій умѣстительныхъ, то теорія Каппа можетъ быть изображена такъ. Въ случаѣ, если въ конфликтную норму, въ качествѣ одного изъ ея элементовъ, входитъ понятіе домиція и если возбуждается вопросъ: по какому закону надо опредѣлять это послѣднее понятіе, — то отвѣтъ можетъ быть только одинъ: «по *lex fori*» ⁴⁾. Аргументація автора довольно проста: понятіе домиція несомнѣнно относится къ личному статусу; но такъ какъ опредѣленіе домиція по личному закону привело бы къ *circulus vitiosus* (личный законъ, вѣдь, опредѣляется по домицію), — то и не остается ничего другого, какъ «остановить процессъ

¹⁾ Ibidem, стр. 7.

²⁾ Ibidem, стр. 56.

³⁾ Ibidem, стр. 106.

⁴⁾ Ibidem, стр. 76.

интернационализированія» и прибѣгнуть, механически, къ мѣстному закону. Совершенно къ такому же рѣшенію приходитъ авторъ и въ вопросѣ о движимостяхъ и недвижимостяхъ ¹⁾,—о договорахъ ²⁾,—и объ остальныхъ умѣстительныхъ элементахъ ³⁾ (мѣсто изданія, мѣсто нахождения и т. д.). Въ области скрытыхъ коллизій авторъ придерживается той же самой точки зрѣнія. Если норма конфликтнаго права,—говорить онъ ⁴⁾,—предписываетъ опредѣлять «такой-то» видъ юридическихъ отношеній по «такому-то» закону, то эта норма, очевидно, представляетъ собою волю законодателя, подлежащую уясненію по общему правилу герменевтики: «Для выясненія этой воли мы должны принять въ соображеніе внутреннее наше законодательство, природу и смыслъ нашихъ юридическихъ воззрѣній». Если, на примѣръ, въ конфликтной нормѣ говорится о томъ, что наследственные права супруга опредѣляются по личному закону умершаго,—то вопросъ о томъ, является ли конкретный разбираемый нами споръ именно споромъ о наследованіи супруга, долженъ быть рѣшаемъ на основаніи *legis fori*. Возможно, при этомъ, что, по иностранному закону, данный конкретный споръ будетъ разсматриваться не какъ споръ о наследованіи супруга, а какъ нѣчто, юридически, совсѣмъ иное: на примѣръ, какъ споръ о посмертной ликвидаціи дотальныхъ отношеній. Kahn вполне ясно представляетъ себѣ возможность подобной комбинаціи; но онъ не останавливается передъ получающимся затрудненіемъ. Пусть иностранный законъ разсматриваетъ данный споръ съ доталь-

¹⁾ Ibidem, стр. 91: «Wo nach internationalem Privatrecht das örtliche Sachenrecht ein anderes ist, je nachdem wir es mit einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zu thun haben, da kann der Richter diesen Anknüpfungsbegriff selbst nicht weiter internationalisiren, und er muss ihn lediglich nach inländischem Recht bestimmen». Ср. стр. 96.

²⁾ Ibidem, стр. 99.

³⁾ Ibidem, стр. 106.

⁴⁾ Ibidem, стр. 130—131.

ной точки зрѣнія: мы видимъ въ немъ наслѣдованіе вдовы; и слѣдовательно, мы примѣнимъ къ этому спору ту конкретную норму, которая касается именно наслѣдованія вдовы. При этомъ можетъ оказаться, что мы навяземъ, напримѣръ, англійскому закону такую компетенцію, которой онъ самъ за собой не признаетъ. [Реально эту комбинацію представить себѣ нетрудно: въ качествѣ наслѣдственнаго отношенія споръ долженъ рѣшаться по англійскому закону; но самъ-то англійскій законъ считаетъ данный споръ—въ качествѣ отношенія дотальнаго—подсуднымъ закону французскому]. Kahn не останавливается передъ такимъ затрудненіемъ. Для него рѣшающимъ моментомъ является не вопросъ о томъ, хочетъ ли данное иностранное право быть примѣненнымъ,—а указаніе на то, должно ли это иностранное право регулировать спорное правоотношеніе ¹⁾. Такимъ образомъ, и въ области умѣстительныхъ и въ области скрытыхъ коллизій Kahn рекомендуетъ примѣненіе *legis fori*.

Но выдержать своей теоріи до конца онъ не можетъ. Существуетъ одинъ умѣстительный признакъ, который не поддается грубо-механической манипуляціи, рекомендуемой Kahn'омъ: этого объемнаго элемента сломать невозможно; какъ только заходитъ рѣчь о немъ,—приходится ломать теорію. Читатель, который внимательно слѣдилъ за моимъ изложеніемъ, догадается, на какомъ именно элементѣ объема долженъ былъ споткнуться Kahn. Этимъ элементомъ является, очевидно, подданство. Когда возникаетъ вопросъ о томъ, по какому праву нужно опредѣлять этотъ умѣстительный элементъ,—Kahn отказывается отъ закона *fori*. Онъ отказывается, кромѣ того, отъ всякой попытки замѣнить законъ *fori* какимъ-нибудь другимъ—параллельнымъ. Онъ просто рекомендуетъ откидывать, въ подоб-

¹⁾ Ibidem, стр. 129.

номъ случаѣ, подданство и замѣнять его domicilio-емъ. Мнѣ совершенно не важно, какъ аргументируетъ Kahn въ пользу своей точки зрѣнія. Для памяти укажу, что онъ развиваетъ слѣдующія положенія: законодатель, говоря, въ качествѣ объемнаго элемента, о подданствѣ, очевидно, мыслить о единомъ и несомнѣнномъ подданствѣ¹⁾; такъ какъ мы наталкиваемся на подданство множественное, т. е. на такое подданство, которое по одному закону можетъ быть опредѣляемо такъ, а по другому иначе,—то, значитъ, гипотеза, имѣвшаяся въ виду законодателемъ, не осуществилась; единства подданства нѣтъ; намъ нужно подставить на мѣсто «отсутствующаго» подданства какой-нибудь другой умѣстительный признакъ; domicilio является вполнѣ единственнымъ суррогатомъ. Я повторяю: для меня не важно, какими именно аргументами оправдываетъ Kahn свою точку зрѣнія. Для меня важно лишь то, что предложенная имъ теорія терпитъ фiasco при примѣненіи ея къ наиболѣе точному и выработанному въ наукѣ объемному элементу, въ примѣненіи къ подданству.

По юридическому своему значенію, объемный элементъ «подданства» играетъ совершенно ту же роль, что и, скажемъ, объемный элементъ—«мѣстонахожденіе вещи». Конфликтная функція этихъ двухъ элементовъ идентична. Слѣдовательно, разсуждая послѣдовательно, мы должны предположить, что отвѣтъ, годный для одного изъ этихъ элементовъ, долженъ быть годенъ и для второго. Что же дѣлаетъ Kahn? Для мѣстонахожденія вещи онъ говоритъ: «примѣняйте *lex fori*». Онъ хорошо понимаетъ, что нельзя замѣнить «мѣстонахожденія вещи» какимъ-нибудь другимъ понятіемъ: это, во-1-хъ, явится произвольнымъ искаженіемъ разбираемой конфликтной нормы, а, во-2-хъ, приведетъ, въ большинствѣ случаевъ, къ новому *circulus*; ибо кто по-

¹⁾ Ibidem, стр. 69.

ручится, что подставленное нами новое понятіе (мѣсто совершенія договора о вещи, мѣсто жительства собственника и т. д.) не вызоветъ новыхъ, но совершенно аналогичныхъ затрудненій? Въ силу всѣхъ этихъ соображеній Kahn предлагаетъ примѣнять для опредѣленія понятія мѣстонахожденія—*lex fori*. Но, одновременно, онъ совершенно ясно понимаетъ, что подобный отвѣтъ не годится для подданства. По *lex fori* можно опредѣлить только мѣстное подданство. По русскому закону—какъ я подробно выяснялъ выше—вообще нельзя дать никакого отвѣта, если споръ идетъ между подданствами чилийскимъ и перуанскимъ. Слѣдовательно, если въ данномъ спорѣ является необходимость опредѣлить понятіе подданства, и если сталкиваются именно два подданства иностранныхъ,—то теорія Kahn'a, какъ онъ ее примѣняетъ ко всѣмъ остальнымъ объемнымъ элементамъ, оказывается совершенно безпомощной.

Я не буду въ настоящее время говорить о томъ, что даже и подстановка домицила на мѣсто подданства является въ большинствѣ случаевъ паліативомъ неудовлетворительнымъ: никто вѣдь не можетъ поручиться, что у человѣка съ двумя подданствами не окажется 18 домицилей и что, слѣдовательно, отвѣтъ, даваемый Kahn'омъ, не приведетъ насъ къ сугубой запутанности. Для меня важно было въ данный моментъ отмѣтить лишь одно обстоятельство: то обстоятельство, во имя котораго я началъ говорить о конфликтахъ квалификацій. Допустимъ, что Kahn правъ: объемные элементы, содержащіеся въ конфликтной нормѣ, опредѣляются всегда по *lex fori*. Очевидно, что эта теорія возможна только въ томъ случаѣ, если мы предварительно (и, можетъ быть, безсознательно) отвергнемъ тотъ «трузизмъ» органичности, о которомъ я говорилъ выше. Въ самомъ дѣлѣ. Всякая конфликтная норма представляетъ собой, по крайней мѣрѣ, совокупность двухъ объемныхъ нормъ. Ибо конфликтная норма тѣмъ

именно и отличается отъ объемной нормы, что она умѣстняетъ юридическія отношенія съ точки зрѣнія не одного, а двухъ (или нѣсколькихъ) законовъ. Слѣдовательно, каждый объемный элементъ, входящій въ составъ конфликтной нормы, имѣетъ, по крайней мѣрѣ, два лица: одно изъ нихъ обращено къ нашему закону, а другое—къ тому иностранному закону, съ которымъ мы размежевуемся. Поскольку умѣстнительный элементъ обращенъ въ сторону нашего законодательства, онъ, конечно, долженъ обсуждаться на основаніи нашихъ юридическихъ воззрѣній: въ этомъ, вѣдь, и заключается теорія органичности (см. § 130). Но какъ только мы переходимъ къ той сторонѣ умѣстительнаго элемента, которая обращена въ сторону иностраннаго закона и которая, слѣдовательно, опредѣляетъ пространство дѣйствія этого иностраннаго законодательства,—мы не можемъ конструировать умѣстнительный элементъ на основаніи своего закона иначе, какъ нарушивъ теорію органичности. Теорія органичности, вѣдь, примѣнима не только къ нашему закону, но ко всякому закону вообще. Всякій законъ, съ какимъ бы мы ни начали размежевываться, подчиненъ тому началу, что объемные его элементы связаны со всею совокупностью соответственнаго его законодательства. Слѣдовательно, если мы, опредѣляя объемъ иностраннаго закона, позволимъ себѣ вкрапливать въ этотъ объемъ элементы, взятые изъ нашей *lex fori*,—то мы именно нарушимъ органичность даннаго иностраннаго закона.

Конкретно. Англійскій законъ о дѣеспособности изданъ для лицъ, домицилированныхъ въ Англии. Допустимъ, что въ прибалтійскихъ губерніяхъ дѣйствуетъ такая же объемная норма. Слѣдовательно, эти двѣ объемныя нормы,—формально одинаковыя,—допускаютъ, на первый взглядъ, объединеніе въ формѣ конфликтнаго постановленія: «при столкновеніи балтійскаго и англійскаго права, дѣеспособность опредѣляется по

закону домициля». Но если мы глубоко вдумаемся въ то, что мы сдѣлали, то мы поймемъ, какая оговорка необходима для того, чтобы созданная нами конфликтная норма могла дѣйствовать съ математическою точностью. Оговорка эта будетъ гласить такъ: «поскольку дѣло идетъ о прибалтійскомъ правѣ, понятіе домициля, очевидно, опредѣляется по прибалтійскому праву, — и наоборотъ». Если мы, примѣняя созданную нами конфликтную норму, распространимъ дѣйствіе англійскаго закона на такихъ лицъ, которыя являются домицилированными въ Англии не по англійскимъ воззрѣніямъ, а только по воззрѣніямъ прибалтійскимъ, — то, очевидно, мы нарушимъ объемъ англійскаго права. Наша конфликтная норма приведетъ насъ въ этомъ случаѣ къ такому выводу, который покажетъ, какъ собственно нужно было формулировать эту конфликтную норму для того, чтобы быть вполне точнымъ. А именно. Формулируя ее, слѣдовало бы идти такимъ ходомъ мыслей: англійскій законъ примѣняется ко всемъ лицамъ, домицилированнымъ согласно англійскимъ воззрѣніямъ на домициль; прибалтійское право примѣняется къ лицамъ, домицилированнымъ согласно воззрѣніямъ прибалтійскимъ; значитъ, конфликтная норма, чтобы представлять собой математически точную сводку двухъ объемовъ, должна указать, что домициль, о которомъ она говоритъ, является понятіемъ не общимъ, а спеціальнымъ для каждаго права. Въ такомъ случаѣ окончательная формулировка конфликтной нормы могла бы быть предложена въ такомъ видѣ: «въ отношеніяхъ Англии и прибалтійскихъ губерній дѣеспособность опредѣляется по законамъ того мѣста, гдѣ на основаніи этихъ законовъ, данное лицо имѣетъ домициль».

Ни одинъ добросовѣстный человекъ не можетъ отрицать того, что конфликтная норма будетъ математически точной именно только въ указанномъ видѣ.

А если мы ее примемъ въ указанномъ видѣ, то тео-

рія Kahn'a, очевидно, распадется въ прахъ. Ибо, если я имѣю конфликтную норму, въ которой категорически указано, что понятіе домиція должно опредѣляться по законамъ той страны, примѣненіе которыхъ предлагается для опредѣленія дѣеспособности,—то мы никоимъ образомъ не можемъ исказить эту конфликтную норму и опредѣлять понятіе домиція, согласно предложенію Kahn'a, по *lex fori*. Это и значитъ, что теорія Kahn'a можетъ держатся лишь на «безсознательномъ» отрицаніи органичности. Какъ только мы признаемъ органичность, предложеніе Kahn'a поведетъ насъ къ абсурду.

Именно этимъ обстоятельствомъ и объясняется, почему Kahn отказывается отъ своей теоріи по отношенію къ подданству. Этотъ послѣдній объемный элементъ является рѣзко органичнымъ: понятія подданства вы никакими силами не оторвете отъ постановленій соотвѣтственнаго закона. Въ виду непререкаемой органичности подданства, Kahn и долженъ былъ передъ нимъ спасовать: научная правда за себя отомстила.

132.—Вторая работа, посвященная разбираемому вопросу, появилась въ 1897 году¹⁾, причемъ, по условіямъ французской научной работы—авторъ ея, Bartin, даже и не зналъ о существованіи статьи Kahn'a; въ этомъ онъ, впрочемъ, и признался впоследствии чистосердечно²⁾. Выводы французскаго ученаго, какъ совершенно самостоятельные, заслуживаютъ спеціальнаго вниманія.

Я пропускаю ту часть работы Bartin'a, гдѣ онъ весьма элементарно ставитъ подлежащій обсужденію вопросъ (I—II). Отвѣтъ же на этотъ вопросъ онъ даетъ такой: сталкивающіяся qualificacіи будутъ или—объ иностранныя, или—не объ; а именно, одна можетъ оказаться qualificacіей мѣстнаго закона. Авторъ начи-

¹⁾ E. Bartin, De l'impossibilité etc., Clunet, 1897, стр. 275 и сл. Затѣмъ перепечатано въ Etudes de droit international privé, 1899. Цитаты сдѣланы по этому изданію.

²⁾ Op. cit., стр. 2, прим. 2.

наетъ со второго казуса. Если одна изъ квалификацій,— говоритъ онъ¹⁾,— ведетъ къ примѣненію *legis fori*, а другая къ примѣненію иностраннаго закона, то судья долженъ взять первую. Почему?—Потому что пространство дѣйствія законовъ даннаго государства находится въ тѣсной причинной связи съ тѣми представленіями, которыя существуютъ въ этомъ государствѣ относительно суверенитета. Когда государство ограничиваетъ или расширяетъ предѣлы дѣйствія своихъ законовъ, то оно дѣйствуетъ въ зависимости отъ представленія о своемъ суверенитетѣ. А такъ какъ международнаго понятія суверенитета не имѣется,—то очевидно, что государство будетъ считаться въ этой области только съ своими возрѣніями. Если бы иностранное государство, путемъ установленія квалификацій, могло измѣнять объемъ нашего суверенитета, то это уже не было бы суверенитетомъ. Власть иностраннаго государства проникла бы къ намъ, «*l'envahissement serait complet*», мы не были бы хозяевами у себя. Отсюда понятно, что авторъ примѣняетъ, очевидно, тотъ же принципъ и къ конфликтамъ нашего подданства — съ чѣмъ-либо иностраннымъ. Переходя къ первому казусу, т. е. къ тому случаю, когда обѣ сталкивающіяся квалификаціи суть квалификаціи иностранныя, — авторъ опять-таки высказывается за примѣненіе *legis fori*²⁾. Мотивы?— Система конфликтнаго права и квалификацій, установленныхъ въ данномъ государствѣ,—является формулировкой тѣхъ понятій суверенитета и «международной справедливости», которыя обязательны для данныхъ судей. Эту формулировку

¹⁾ *Ibidem*, стр. 14.

²⁾ Даже и въ томъ случаѣ, если обѣ иностранныя квалификаціи совпадаютъ?—Ср. P. Fedozzi, *Ufficio, funzione et metodo etc.*, *Archivio giuridico*, 1902, IX, стр. 270, прим. 2: «*Il Diena, scostandosi in ciò dal Bartin, ritiene che trattandosi di un conflitto di qualificazione fra due leggi straniere il giudice debba far prevalere la qualificazione comune di queste due leggi su quella propria della lex fori*».

квалификацій судья долженъ примѣнять даже при столкновеніи двухъ чуждыхъ ему законовъ. «Конструкція квалификацій создается государствомъ, отъ имени котораго судья отправляетъ правосудіе, соотвѣтственно принципамъ абстрактнымъ, безличнымъ и незаинтересованнымъ; принципы эти должны быть примѣняемы на данной территоріи какъ для того, чтобы отдѣлять пространство дѣйствія своего закона отъ законовъ чужихъ, такъ и пространство дѣйствія чужого закона — отъ другого чужого закона»¹⁾. Авторъ настолько увлеченъ своей теоріей, что онъ не останавливается даже передъ самыми крайними выводами. Представимъ себѣ, что сталкиваются квалификаціи англійскаго и нѣмецкаго законовъ; французскій судья, пустивъ въ дѣло квалификацію *fori*, обнаруживаетъ, что эта квалификація повлечетъ примѣненіе четвертаго закона, скажемъ, испанскаго. При этомъ обнаружится также, что ни англійскій, ни нѣмецкій, ни даже испанскій законъ не желаютъ примѣненія къ данному случаю именно испанской нормы. Это обстоятельство,—говоритъ авторъ²⁾,— не должно останавливать судьи: теорія остается въ силѣ. Только въ одномъ случаѣ убѣжденія *Vartin'a* не выдерживаютъ натиска дѣйствительности. И случай этотъ, конечно,—столкновеніе двухъ иностранныхъ подданствъ. Если сталкивается нѣмецкое и англійское подданства, то французскій судья, конечно, лишенъ возможности опредѣлить подданство даннаго индивида по *lex fori*. Какъ же онъ поступитъ? Яснаго отвѣта на этотъ вопросъ авторъ не даетъ: «Судья отдастъ предпочтеніе тому или другому подданству, *en s'attachant à d'autres éléments et à d'autres faits*» (?). Предложеніе это³⁾, очевидно, не выдерживаетъ никакой критики: въ немъ даже

¹⁾ *Ibidem*, стр. 38.

²⁾ *Ibidem*, стр. 36.

³⁾ *Ibidem*, стр. 39.

нѣтъ такого матеріала, на который можно было бы нападать.

Итакъ, *Bartin* приходитъ къ тѣмъ же выводамъ, что и нѣмецкій ученый. Разница заключается лишь въ небольшой детали: въ томъ, что *Bartin* выдѣляетъ въ особый казусъ ту комбинацію квалификаціонныхъ конфликтовъ, по отношенію къ которой его теорія дѣйствительно является правильной. Какъ я уже объяснялъ выше, если сталкивается квалификація своя и квалификація чужая,—судья дѣйствительно долженъ примѣнить только квалификацію *legis fori*. Къ этому вопросу я больше не буду возвращаться. Что же касается второй половины теоріи *Bartin*'а, то она въ точности соотвѣтствуетъ теоріи *Kahn*'а. Но я не могу считать свое изложеніе въ этой части законченнымъ, доколь я не предложу вниманію читателя одной дополнительной особенности, вводимой *Bartin*'омъ въ теорію квалификацій и могущей намъ дать матеріалъ для существенныхъ выводовъ.

Дѣло заключается въ слѣдующемъ. Квалификація, устанавливаемая закономъ *fori*, разъ она затронута въ процессѣ, обязательна для судьи. *Bartin* тотчасъ же открываетъ свою душу для весьма характерныхъ сомнѣній. Представимъ себѣ,—говоритъ онъ,—что конфликтная норма признаетъ французскій законъ въ данномъ случаѣ некомпетентнымъ. Но французскій судья начинаетъ вводить у себя такія распространительныя квалификаціи, которыя, въ конечномъ результатѣ, могутъ повести къ искаженію конфликтной нормы. Какъ поступать въ этомъ случаѣ?—Такъ какъ казусъ, изображаемый *Bartin*'омъ, представляется довольно утонченной казуистикой,—то я позволю себѣ изобразить его въ болѣе конкретномъ видѣ. Конфликтная норма гласитъ, что институты А, Б, В и т. д. регулируются по иностранному закону; одинъ институтъ X регулируется по закону французскому. Гипотеза *Bartin*'а заключается въ томъ, что французскій законодатель начнетъ элонамѣренно

расширять у себя понятіе института X. Юридическія отношенія, которыя—нормально—относятся несомнѣнно къ категоріи А, Б, и В, онъ начнетъ переносить въ категорию X. Въ этомъ случаѣ конфликтная норма останется неизмѣнной, но пространство примѣненія французскаго закона увеличится, такъ какъ искусственно будетъ расширено понятіе института X. Изобразивъ эту гипотезу, авторъ даетъ такой отвѣтъ, который мало кого удовлетворитъ. «Une pareille licence équivaudrait à la négation du droit international privé». По его мнѣнію, «когда квалификація иностраннаго закона правильна (?), т. е. когда она соотвѣтствуетъ духу закона *fori*, то этотъ послѣдній, проконтролировавъ ее (?), не можетъ не присоединиться къ ней»¹⁾. Очевидно, что научному анализу подобныя утвержденія подлежать не могутъ. Научно-мыслящій юристъ не можетъ понять, что значить «контролированіе» чужой нормы, и какъ надо понимать «правильность» иностранной квалификаціи. Я не буду, поэтому, критиковать приведеннаго воззрѣнія *Bartin*'а²⁾. Для меня неизмѣримо болѣе важно—выяснить, почему онъ пришелъ къ необходимости формулировать подобную оговорку.

Почему?—Очень просто. *Bartin* принадлежитъ къ клану ярыхъ интернаціоналистовъ. Для него конфликтная норма является международнымъ правомъ, дѣйствующимъ во Франціи не только тогда, когда оно

¹⁾ *Ibidem*, стр. 19.

²⁾ Становясь на подобную точку зрѣнія и развивая ее логически, можно дойти до утвержденія, что при столкновеніи двухъ квалификацій вообще надо брать ту, которая «болѣе правильна». Такъ и дѣлаетъ одинъ итальянскій юристъ. «Se le qualificazione delle due leggi hanno ad essere soltanto termini di paragone e di controllo reciproco, perché il giudice non potrà scegliere — secondo un apprezzamento tutto suo, che potrà talvolta dipendere da speciali circostanze di fatto—quale tra le due leggi ha meglio compreso il rapporto di cui si tratta, quale delle due lo ha qualificato nel modo più adatto?». *Gemma*, *Propedeutica al diritto internazionale privato*, Bologna, 1899, pag. 104—108.

признано и допущено къ дѣйствию французскимъ законодателемъ,—но и въ противоположномъ случаѣ. Поэтому для Bartin'a очень важно поставить такія рамки, которыя мѣшали бы французскому законодателю косвенно обходить постановленія международной конфликтной нормы. Bartin рисуетъ себѣ именно тотъ случай, когда французскій законодатель, не имѣя возможности открыто бороться съ нежелательной для него нормой, выдумываетъ фланговые обходы и, измѣняя содержаніе своихъ квалификацій, намѣренно поворачиваетъ въ свою пользу тотъ результатъ, который долженъ получиться отъ измѣненія международной нормы. Для тѣхъ читателей, которые внимательно слѣдили за моимъ изложеніемъ,—не потребуется подробнаго опроверженія изложенной точки зрѣнія. Разъ я отрицаю, принципиально, реальное примѣненіе судомъ такихъ международныхъ конфликтныхъ нормъ, которыя не соответствуютъ объемамъ даннаго закона,—трудность, выдуманная Bartin'омъ, явится для меня совершенно воображаемой. При постановкѣ вопроса, предлагаемой мною, трудность эта вообще не можетъ возникнуть.

Но тотъ фактъ, что Bartin — со своей точки зрѣнія совершенно правильно — формулировалъ вопросъ о злонамѣренномъ расширеніи квалификацій *fori*,—долженъ быть для насъ урокомъ. Этотъ фактъ свидѣтельствуетъ о существенныхъ дополненіяхъ, подлежащихъ внесенію въ интернаціоналистическую постановку конфликтныхъ проблемъ. Bartin говоритъ о «правильныхъ» и о «проконтролированныхъ» квалификаціяхъ. Очевидно, что слова эти вовсе не передаютъ существа его мысли. Для судьи можетъ быть правильной только одна квалификация — та, которая установлена закономъ. Если Bartin позволяетъ себѣ говорить о какихъ-то квалификаціяхъ, болѣе правильныхъ, чѣмъ квалификаціи *fori*, то его слова—доколѣ мы не рѣшимся отправиться

въ неизвѣданныя области естественнаго права—могутъ быть истолкованы только въ одномъ смыслѣ: квалифікаціи должны быть интернаціонализированы. «Правильными» квалифікаціями будутъ тогда тѣ, которыя даны международнымъ правомъ. Интернаціоналистическая школа частнаго международного права не можетъ существовать безъ законченной интернаціонализаціи всѣхъ квалифікацій¹⁾. Къ этому вопросу я еще вернусь.

¹⁾ Существенное значеніе имѣетъ еще и вторая оговорка, дѣлаемая авторомъ и заключающаяся въ томъ, что, при столкновеніи квалифікацій «движимость—недвижимость», авторъ предлагаетъ примѣнять не *lex fori*, а *lex rei sitae* (*ibidem*, стр. 26). По мнѣнію автора, постановленія, касающіяся вещныхъ правъ, рѣзко отличаются отъ той группы нормъ, которыя регулируютъ личныя отношенія. Въ вопросахъ личныхъ на первомъ мѣстѣ стоитъ защита даннаго индивида; предполагается, что защита эта—лучше всего организовывается національнымъ закономъ. Его и примѣняютъ даже въ ущербъ третьимъ лицамъ; считается, слѣдовательно, что защитѣ недѣеспособнаго должны быть принесены въ жертву менѣ важные интересы третьихъ лицъ. Совѣтъ иначе обстоитъ дѣло съ вещами. Въ этой области право защищаетъ только интересы юридическаго правооборота: вещь, какъ таковая, охранѣ не подлежитъ. Юридическій же оборотъ, прежде всего, требуетъ обезпеченности: покупая вещь, я прежде всего долженъ знать, движима она или недвижима. Слѣдовательно, нельзя поставить этотъ вопросъ въ зависимость отъ случайнаго и болѣе позднаго факта, отъ мѣста вчиненія иска. Движимый и недвижимый характеръ вещи всегда долженъ опредѣляться по мѣсту ея нахождения (*ibidem*, стр. 33). Противоположенія (о защитѣ вещи и о защитѣ лица) звучатъ не то архаично, не то наивно. Но допустимъ, что авторъ правъ. Нормы о дѣеспособности имѣютъ цѣлью защиту личности, а потому квалифікаціи этихъ нормъ—не въ примѣръ вещнымъ—могутъ быть совершаемы по *lex fori*. Я думаю, что въ этомъ утвержденіи кроется явное недоразумѣніе. Если покупатель вещи долженъ имѣть непререкаемую точку опоры во всемъ, что касается квалифікацій,—то какъ можно утверждать, что индивидъ (когда его интересы поставлены выше всего остальнаго) не долженъ имѣть столь же непререкаемой точки опоры для рѣшенія вопроса: идетъ ли рѣчь о его дѣеспособности, или о формѣ брака? Вѣдь—разсуждая по трафаретамъ романской школы—Франція будетъ выбиваться изъ силъ для того, чтобы оградить своихъ недѣеспособныхъ отъ послѣдствій ихъ легкомыслія:—а Германія, въ то же время, будетъ парализовать подобныя начинанія, перенося, путемъ квалифікацій, всѣ соотвѣтственныя постановленія изъ области личнаго права въ область формы договоровъ.

133.—Третья и послѣдняя интересная для насъ работа о квалификаціяхъ принадлежитъ перу маститаго Despagnet. Она представляетъ собой непосредственный отвѣтъ на только что изложенную статью *Bartin'a*¹⁾.

Despagnet также различаетъ конфликтъ иностранной квалификаціи съ квалификаціей *fori*, съ одной стороны, и конфликтъ двухъ иностранныхъ квалификацій—съ другой. По первому вопросу (т. е. если *lex fori* участвуетъ въ столкновеніи) авторъ приходитъ къ слѣдующему выводу. «Квалификація юридическаго отношенія производится не по *lex fori*, а по тому закону, который вообще признанъ регулирующимъ данный казусъ»²⁾. Выводъ этотъ представляетъ собой очевидный *circulus vitiosus*. Самая постановка вопроса указываетъ, что при конфликтѣ квалификацій законъ, компетентный регулировать данныя отношенія, еще не найденъ; опредѣленіе его зависитъ именно отъ того, на какой квалификаціи мы остановимся; квалификацій же имѣется на-лицо двѣ. При такихъ условіяхъ, т. е. если искомый законъ зависитъ отъ квалификацій, опредѣлять—какъ это предлагаетъ Despagnet—квалификацію по этому искомому закону, очевидно, невозможно³⁾.

Значить, несмотря на всѣ старанія Франціи, защита индивида все-таки будетъ стоять въ зависимости отъ того случайнаго обстоятельства, которое называется мѣстомъ вчиненія иска.—Я привелъ эти данныя на справку для того, чтобы показать, горизонты какихъ неизмѣримыхъ трудностей открываются при попыткѣ разрѣшить вопросъ о квалификаціяхъ по интернаціоналистическому методу. Самый вопросъ о квалифицированіи движимостей и недвижимостей будетъ изложенъ ниже (см. § 135).

¹⁾ F. Despagnet, *Des conflits des lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, Clunet, 1898, стр. 253—273.

²⁾ *Ibidem*, стр. 261.

³⁾ Cp. E. Aron, *Die Beschlüsse der Kommission der zweiten Lesung etc.*, Böhm, 1896, стр. 8: «Gegen das Recht des Erfüllungsortes würde nach den Protokollen eingewandt, dass sich ein unlösbarer Widerspruch ergebe, wenn der Erfüllungsort selbst nach den Regeln des objektiven Rechts zu bestimmen sei; es müsse dann eben erst feststehen, welches Recht für die Bestimmung des Erfüllungsortes, der nach der Theorie der Ausgangspunkt sein würde, die Normen abgeben solle».

Еще менѣе удовлетворителенъ тотъ отвѣтъ, который авторъ даетъ относительно второго казуса, т. е. тогда, когда *lex fori* не участвуетъ въ столкновеніи квалификацій. Въ указанномъ случаѣ—по мнѣнію Despagne—судья «n'a pas à épouser la doctrine de l'une ou de l'autre de ces deux lois, mais à suivre la sienne propre». Поэтому судья долженъ разсматривать конфликтъ, какъ если бы онъ происходилъ съ привхожденіемъ *legis fori*. Онъ долженъ встать на мѣсто (?) одного изъ сталкивающихся законовъ (котораго?—не упомянуто) и рѣшать конфликтъ на основаніи общихъ принциповъ. Если мы вспомнимъ, что именно проповѣдуетъ Despagne по первому вопросу, то мы поймемъ, что и по вопросу второму—путемъ сложнаго обходнаго движенія—онъ приходитъ къ кругу: квалификація будетъ опредѣляться по тому закону, который—на основаніи конфликтныхъ нормъ—компетентенъ рѣшать дѣло по существу; а такъ какъ квалификація является составнымъ элементомъ всякой конфликтной нормы, то, значить, мы будемъ опредѣлять въ разбираемомъ казусѣ квалификацію по тому закону, который будетъ указанъ третьею, къ дѣлу не относящеюся, нормой (?).

Я не буду останавливаться на дальнѣйшихъ соображеніяхъ автора по вопросу, напимѣръ, о соотношеніи суверенитета и конфликта квалификацій. Совершенно очевидно, что даваемые имъ отвѣты по существу своему настолько слабы, что оперировать съ ними научнымъ образомъ невозможно. Опредѣленіе квалификацій должно совершаться по какому-то точно опредѣленному закону, а не въ зависимости отъ заколдованнаго круга, устраиваемаго французскимъ ученымъ.

134.—Мы можемъ въ настоящее время сдѣлать нѣкоторые выводы изъ затянувшагося изложенія даннаго вопроса.

Если сталкивается квалификація *fori* и квалификація чужая,—примѣненію, очевидно, подлежитъ только ква-

лификація своя. Свой законъ можетъ быть примѣняемъ только по отношенію къ тѣмъ брачнымъ отношеніямъ, которыя онъ самъ считаетъ именно брачными отношеніями. Въ этой части своихъ разсужденій Школа, значить, находится въ полномъ соотвѣтствіи съ теоріей органичности.

Но она, очевидно, рѣшительнымъ образомъ отрицаетъ теорію органичности, какъ только, при переходѣ къ конфликту двухъ квалификацій иностранныхъ,—она позволяетъ себѣ территориализировать квалификаціи и опредѣлять ихъ по *lex fori*. Примѣненіе англійскаго закона въ совокупности съ французскими или португальскими квалификаціями, является явнымъ нарушеніемъ органичности. Тотъ, кто согласился выше съ «трузизмомъ» органичности, явно не можетъ принять теоріи ни Kahn'a, ни Vartin'a. Я рѣшительно говорю: не можетъ. Органичность представляется такой аксіомой, которая—разъ она ясно формулирована—не можетъ быть отвергнута. Достаточно доказать, что какое либо изъ рѣшеній, предлагаемыхъ Школой, противорѣчитъ тезису органичности,—для того, чтобы онъ тотчасъ же сталъ для насъ неприемлемымъ. А если—какъ это происходитъ въ данномъ случаѣ—мы имѣемъ дѣло съ весьма спорнымъ отвѣтомъ, даваемымъ на въ высшей степени сложный и запутанный вопросъ, и если окажется, что этотъ отвѣтъ явно несовмѣстимъ съ идеей органичности,—то всякія дальнѣйшія разсужденія должны отпасть. Намъ, очевидно, нужно искать другого отвѣта.

Теорія Despagnet является рудиментарной и неясной. Но, съ точки зрѣнія идеи органичности, она, несомнѣнно, знаменуетъ собой нѣкоторый шагъ впередъ. Despagnet, очевидно, стремится къ тому, чтобы квалификація опредѣлялась по закону, примѣнимому къ данному казусу. Онъ, очевидно, возстаетъ, самъ того ясно не сознавая, противъ допустимости такого поло-

женія, когда квалифікація будетъ обсуждаться по французскому закону, а существо дѣла—по англійскому. Онъ, очевидно, хочетъ, чтобы—разъ ужъ мы собираемся примѣнять англійскій законъ—мы опредѣляли по этому же закону и квалифікаціи. Такая точка зрѣнія представляетъ собой дань, уплачиваемую именно теоріи органичности. Ошибка Despagne заключается въ томъ, что онъ не сумѣлъ показать, какимъ образомъ мы придемъ къ совпаденію матеріальнаго закона и закона, опредѣляющаго квалифікацію. Онъ составилъ юридическое уравненіе, въ которомъ неизвѣстная величина является однимъ изъ элементовъ самой себя. Но эта методологическая ошибка не уменьшаетъ заслугъ французскаго ученаго. Онъ все-таки былъ первымъ, который въ вопросѣ о квалифікаціяхъ рѣшилъ отстаивать такую точку зрѣнія, которая можетъ привести къ органичности.

Не рѣшилъ же онъ проблемы квалифікацій только потому, что, съ точки зрѣнія интернаціоналистическаго метода, которому Despagne остается вѣренъ, рѣшить этого вопроса нельзя. Я еще вернусь къ только что выставленному тезису. Теперь же, для того, чтобы покончить съ этимъ отдѣломъ, мнѣ нужно рассмотреть еще одинъ довольно сложный вопросъ, очень часто приводящій Школу къ ошибочнымъ выводамъ.

135.—Если мы имѣемъ конфликтную норму и намъ необходимо опредѣлить квалифікацію, входящую въ составъ этой нормы, то—какъ мы видѣли выше—мы не можемъ опредѣлять эту квалифікацію ни по закону *fori*, ни—согласно предложенію Despagne—по матеріальному закону, вообще примѣнимому къ данному казусу (ибо этотъ законъ еще неизвѣстенъ). Раньше, чѣмъ перейти къ окончательному выясненію моего отношенія къ международнымъ конфликтнымъ нормамъ и ихъ квалифікаціямъ (см. ниже, V),—я долженъ теперь сдѣлать оговорку слѣдующаго рода: квалифікаціи, со-

держащіяся въ конфликтной нормѣ, не могутъ быть опредѣляемы безъ ссылки ни на какой законъ. Читатель, вѣроятно, не сразу пойметъ, о чемъ идетъ рѣчь. А между тѣмъ, если хорошо вчитаться въ утвержденія Школы, то мы, дѣйствительно, придемъ къ тому выводу, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ романскіе ученые допускаютъ возможность опредѣленія квалификацій не по своему закону, и не по закону иностранному, а—такъ себѣ: вообще по юридическимъ представленіямъ, по чему-то весьма схожему съ естественнымъ правомъ.

Классическимъ примѣромъ для такого рода разсужденій является именно вопросъ о движимостяхъ и недвижимостяхъ. Есть юристы, которые считаютъ, что существуютъ вещи движимыя и недвижимыя «*de par la nature mѣme*». Въ этомъ отношеніи весьма характернымъ является именно Despagne. Поставивъ, въ цитированной статьѣ, вопросъ о конфликтѣ квалификацій «движимость—недвижимость», этотъ авторъ позволяетъ себѣ—правда, въ колеблющейся формѣ—выставить слѣдующее утвержденіе: «притомъ, дѣйствительно ли этотъ вопросъ относится къ области квалификацій юридическихъ отношеній? не касается ли онъ скорѣе вопроса о квалификаціи вещей?»¹⁾ По мнѣнію автора, вещь, какъ матеріальный предметъ (?), «можетъ входить въ юриспруденцію помимо тѣхъ юридическихъ отношеній, которыя ее опредѣляютъ и окружаютъ».

По отношенію къ этимъ ученымъ представляется несомнѣнною заслуга Kahn'a, рѣзко поставившаго вопросъ о томъ, что никакихъ движимыхъ и недвижимыхъ вещей «по природѣ своей» не имѣется. «Абсолютно и по природѣ своей движимымъ является все и ничто; абсолютно по природѣ своей недвижимымъ является тоже все и ничто. Движимость и недвижимость суть понятія относительныя»²⁾. Я бы сказалъ: не только

¹⁾ Цит. работа, стр. 256.

²⁾ Kahn, *Gesetzeskollisionen*, *Iherings Jahrbücher*, XXX, стр. 90.

относительныя, но и исключительно юридическія понятія. Заяць, покуда онъ бѣгаетъ по лѣсу, есть недвижимость; когда его убьютъ, и онъ перестанетъ двигаться—онъ превратится въ движимость. Всякая движимость—въ «натуральномъ смыслѣ»—можетъ оказаться недвижимою въ смыслѣ даннаго закона. Всякая недвижимость—опять—таки въ «натуральномъ смыслѣ»—можетъ разложиться на совокупность движимыхъ элементовъ, при совокупности нѣкоторыхъ опредѣленныхъ условій. А такъ какъ мы, юристы, оперируемъ не съ естественными, а съ юридическими понятіями, то, значитъ, ставя вопросъ: движима или недвижима данная вещь?—мы всегда вопрошаемъ не объ естественной, а именно объ юридической движимости. А такъ какъ, далѣе, юридическое понятіе движимости можетъ быть дано только опредѣленнымъ положительнымъ правомъ, то, значитъ, мы, юристы (поскольку мы не впадаемъ ни въ область физики, ни въ сферу естественнаго права), должны понимать указанный вопросъ исключительно въ слѣдующемъ видѣ: «на основаніи закона такой-то страны—является ли данная вещь движимой или недвижимой?» Проще или общѣ этотъ вопросъ поставленъ быть не можетъ ¹⁾.

Напримѣръ, балки только-что разобранной крыши (при починкѣ дома)—являются ли движимостью, или недвижимою? Отвѣтить на этотъ вопросъ въ абсолютной формѣ нельзя. По французскому закону балки эти, даже если имѣется намѣреніе снова поставить ихъ на мѣсто, являются движимостью (ст. 532 С. С.); но по голландскому закону (статья 563, п. 4) онѣ являются недвижимою ²⁾. Ульи съ пчелами считаются недвижимою во Франціи и движимостью въ Голландіи ³⁾. Возможны и болѣе трудные случаи. Напримѣръ,

¹⁾ Даже для участка земли?—Конечно. Ср. Kahn, *Ibidem*, стр. 89—90.

²⁾ F. Laurent, *Droit civil international*, VII, стр. 202.

³⁾ *Ibidem*, стр. 204—205.

мнѣ извѣстно судебное рѣшеніе, въ которомъ зданіе было признано движимостью ¹⁾. Дѣло шло о факторіи, построенной въ государствѣ Конго; эти постройки, по мѣстнымъ условіямъ, являются настолько легкими и временными, что судъ отказался подчинить ихъ постановленіямъ о недвижимостяхъ. Въ совершенно аналогичномъ положеніи находится вопросъ о торговыхъ судахъ. Напримѣръ, въ Германіи недвижимый характеръ рѣчныхъ судовъ поставленъ въ зависимость отъ ихъ тоннажа ²⁾. Возможны даже и такіе случаи, когда къ числу недвижимостей будутъ отнесены юридическія блага, не имѣющія никакого физическаго мѣстонахожденія, т.-е. такъ называемыя блага нематеріальныя ³⁾.

Итакъ, вопросъ о движимомъ или недвижимомъ характерѣ даннаго объекта можетъ быть рѣшенъ только на основаніи какого-нибудь положительнаго законодательства, а отнюдь не на основаніи естественно-пра-

¹⁾ Trib. Libreville 11 января 1902, Clunet, 1903, стр. 329: «Attendu, d'ailleurs, qu'il importe de noter que les établissements dits factoreries que les défendants possèdent dans l'intérieur, sont des constructions légères, peu coûteuses, faites de simples bambous;... qu'ils ne sauraient être qualifiés d'immeubles (art. 518 du C.C.); que ce sont de simples meubles etc.»...

²⁾ Cp. O. L. G. Hamburg 6 июня 1896, Böhm, 1896, стр. 511: «Der Rang der Pfand- oder sonstigen Vorzugsrechte beim Zwangsverkauf eines immobilisierten Schiffs—ein solches steht hier in Frage, da es mehr als 50 cbm Rauminhalt misst, richtet sich nach dem am Ort des verkaufenden Gerichts geltenden Recht».—Cp. F. C. Autran, De la compétence en matière d'actions, naissant d'un abordage, Clunet, 1905, стр. 48: «Les navires sont essentiellement meubles».

³⁾ J. Kohler, Die Immaterialgüter im internationalen Recht, Böhm, 1896, стр. 245—246: «Gegen Seligsohns Ausführungen bemerke ich aber: Wenn hier gesagt wird, dass Patente als bewegliches Vermögen dem Grundsatz mobilia ossibus inhaerent interliegen, soweit dieser Grundsatz im betreffenden Lande gelte, so ist entgegenzuhalten, dass Patentrechte als über das ganze Territorium eines Staates ausgebreitete, aber hier auch festsetzende und niemals über ihr Territorium hinausragende Rechte (denn das Patentrecht ist in jedem Rechtsgebiet ein individuell besonderes Patentrecht) in der internationalen Rechtsbetrachtung nicht nach Art der Mobilien-, sondern der Immobilienrechte behandelt werden müssen».

вовыхъ соображеній ¹⁾. Если таковъ выводъ, который получается по вопросу, наиболѣе близко подходящему

¹⁾ Эскурсъ. Я не касаюсь въ текстѣ вопроса о томъ, по какому закону слѣдуетъ квалифицировать движимость и недвижность. Въ виду того, что я принципиально отрицаю постановку контроверзы о квалифікаціяхъ, дѣлаемую Школою, отвѣтъ на этотъ детальный вопросъ меня интересовать не можетъ. Для памяти отмѣчу, что большинство ученыхъ опредѣляетъ понятіе движимости и недвижности по территориальному закону, т. е. по закону мѣстонахожденія вещи. Я указалъ уже выше въ этомъ отношеніи на *Bartin'a*. Въ видѣ общаго правила, какъ извѣстно, онъ отстаиваетъ *lex fori*; но по отношенію къ квалифірованію движимости и недвижности, онъ склоняется къ необходимости сдѣлать исключеніе (*Etudes*, стр. 29): «*Devons nous maintenir ici la formule générale des qualifications, comme certains arrêts nous y invitent, ou bien, au contraire, devons nous la rejeter franchement, et soumettre toujours la qualification de meuble ou d'immeuble à la loi étrangère du lieu de la situation de l'objet? C'est cette dernière solution qui me paraît la vraie.*» Изъ другихъ авторовъ сошлюсь на слѣдующія работы. «*The question, in all these cases, is not so much, what are, or ought to be deemed, ex sua natura, movables, or not,—as what are deemed so by the law of the place, where they are situated.*» *J. Story, Conflict of Laws, 1857, стр. 740—741.*—«*C'est également ...la lex rei sitae qui décidera de la nature mobilière ou immobilière de l'objet sur lequel porte le droit de propriété.*» *A. Weiss, Traité théorique et pratique, 1901, IV, стр. 188.*—«*The only law which can effectively determine, whether subjects of property shall be treated as movables or immovables is the law of the country where a given piece of property is in fact situated.*» *A. V. Dicey, Conflict of laws, 1896, стр. 513.*—«*La classification des biens... dépend toujours de la loi du pays où les biens sont situés, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.*» *F. Despagnet, Précis de droit international privé, 2-me édit., 1891, стр. 600.*—*Ср. Pillet, Principes, стр. 104.*—Въ томъ же смыслѣ высказывается и судебная практика; такъ, *Cass. 5 апрѣля 1887 года, Clunet, 1880, стр. 827:* «*Le caractère mobilier ou immobilier des biens situés à l'étranger est déterminé, pour l'application de l'impôt en France, par la loi étrangère, et non par la loi française.*» *Ср. Trib. Seine 14 марта 1894, Clunet, 1894, стр. 818:* «*Que le caractère mobilier ou immobilier des biens ne peut être résolu que par la loi du pays où ils se trouvent; que, s'agissant, dans l'espèce d'une concession de mines en Russie, s'est la loi russe qu'il faut consulter pour déterminer leur caractère.*» Другія рѣшенія, см. *Bartin, op. cit., стр. 27—29.*—Тотъ же принципъ проводится и англійскими судами. Указанія на рѣшенія приведены у *Nelson, Selected cases etc., 1889, стр. 148.*—(*C. Barazzetti, Die technischen Ausdrücke für die verschiedenen etc., Böhm, 1898. Стр. 286—287, предлагаетъ брать lex fori.*)

Очевидно, что всѣ эти теории могутъ примѣняться на практикѣ только

къ «естественнымъ» понятіямъ и, на первый взглядъ, наиболѣе легко допускающему приближеніе къ тому,

въ томъ случаѣ, если понятіе мѣстонахожденія вещи будетъ или естественно-правовымъ, или интернационализированнымъ. Представимъ себѣ, что Laurent считаетъ мѣстонахожденіемъ объекта тотъ пунктъ, который указывается въ этомъ смыслѣ французскимъ закономъ. Очевидно, что въ такомъ случаѣ все рассужденіе Laurent'a основано на сплошномъ недоразумѣніи: ибо основная предпосылка, безсознательно принятая въ руководство бельгійскимъ теоретикомъ, не обязательна ни для французскаго, ни для американскаго ученаго или судьи. При разсмотрѣніи какаго-нибудь сложнаго казуса, въ самый критическій моментъ, можетъ оказаться, что, даже принимая тезисъ Laurent'a, американскій судья окажется съ нимъ въ полномъ разнорѣчіи: только потому, что онъ будетъ считать мѣстонахожденіе вещи, согласно *lex fori*, не въ томъ государствѣ, гдѣ укажетъ это мѣстонахожденіе французскій законъ. Вообще, въ видѣ основного правила нужно сказать, что международный критерій можно составить только изъ элементовъ, имѣющихъ тоже именно международное значеніе. Если мы поставимъ въ международный критерій слово мѣстонахожденіе—и притомъ будемъ толковать это слово соответственно двадцати несхожимъ національнымъ законодательствамъ, на лицо окажется (реально, а не фиктивно!) не одинъ, а ровно двадцать разныхъ критеріевъ. Вотъ эту-то мысль я и выражаю словами: понятіе мѣстонахожденія не можетъ быть взято изъ какаго-либо внутренняго законодательства; оно должно быть или естественнымъ, или интернационализированнымъ. Можетъ ли оно быть естественнымъ?—Конечно, нѣтъ. Ибо достаточно упомянуть о благахъ нематеріальныхъ: гдѣ «находится», естественнымъ образомъ, долговое обязательство? гдѣ находится патентная лиценція? Самъ же Laurent признаетъ существованіе нематеріальныхъ имобилизованныхъ правъ (стр. 214): каково ихъ мѣстонахожденіе *ipsa natura*?—Можетъ ли оно, съ другой стороны, считаться интернационализированнымъ? Мнѣ неизвѣстенъ такой международный договоръ (не то, что всемірный, но хотя бы для двухъ державъ), въ которомъ устанавливалось бы понятіе мѣстонахожденія вещей. Утверждать же, что понятіе это запечатлѣно обычнымъ международнымъ правомъ,—я не возьмусь, такъ какъ ни одно изъ государствъ, имѣющихъ разнообразныя опредѣленія мѣстонахожденія, не считаетъ ни себя, ни сосѣдей—поэтому—нарушителями международного права и не принимаетъ ни малѣйшихъ мѣръ къ приведенію своего законодательства въ соответствіе съ указаннымъ «обычнымъ» правомъ.

Вторымъ условіемъ, необходимымъ для того, чтобы указанные теоріи могли примѣняться на практикѣ, является независимость понятія мѣстонахожденія отъ понятій движимость—недвижимость. Ибо, если бы оказалось, что вещь можетъ находиться въ двухъ разныхъ мѣстахъ, въ зависимости оттого, является ли она движимой или недвижимой, то мы, ко-

что «существуетъ въ дѣйствительности»,—то мнѣ нѣтъ надобности повторять тѣ же самыя соображенія по отношенію ко всѣмъ другимъ квалификаціямъ, неизмѣримо болѣе искусственнымъ, чѣмъ понятіе недвижимости. Очевидно, что «отцомъ» можно быть только на основаніи опредѣленнаго законодательства, а не на основаніи естественныхъ законовъ. Естественное отцовство для юриспруденціи не играетъ роли. Эти примѣры можно было бы умножать до безконечности ¹⁾.

нечно, лишены будемъ возможности опредѣлить ея движимый или недвижимый характеръ по мѣсту ея нахождения, такъ какъ мы опять будемъ стоять передъ *circulus vitiosus*. Внимательное изученіе вопроса показываетъ, что мѣстонахожденіе вещи—въ нѣкоторыхъ случаяхъ—именно зависитъ отъ ея движимаго или недвижимаго характера. Въ то время, когда рабство существовало въ Ямайкѣ, англійскіе суды метрополиі признавали негровъ принадлежностью ямайскихъ плантаціи и, слѣдовательно, недвижимостью, находящеюся въ Ямайкѣ, несмотря на то, что негръ, сбѣжавъ, могъ фактически находиться въ другомъ мѣстѣ (Dicey, стр. 514, прим. 2). То же самое явленіе наблюдалось и съ шотландскимъ *heritable bonds* (*ibidem*, стр. 514, прим. 3); долговыя обязательства считались недвижимостью, и, потому, мѣстомъ ихъ нахождения являлось то мѣсто, гдѣ было расположено соответственное имѣніе. Укажу, наконецъ, на ипотеку, которая является по мексиканскому праву недвижимостью (Kahn, *op. cit.*, стр. 94), а по французскому—движимостью. Гдѣ «находится» ипотека мексиканскаго имѣнія, должникъ по которой (французъ) проживаетъ во Франціи (тамъ же заключенъ и договоръ)?

¹⁾ Эскурсъ. Вопросъ о томъ, какъ безконечно разнообразны могутъ быть [P. Fedozzi, *Ufficio etc.*, стр. 267, держится другого мнѣнія: «Gli studi legislativi, dopo aver dimostrata la possibilità e legittimità d'esistenza dei conflitti di qualificazione, rendono facilmente persuasi della loro estrema rarità»] споры о квалификаціяхъ—заслуживалъ бы самостоятельнаго изслѣдованія. Школа, обыкновенно, ограничивается немногими, трафаретными азусами: домициль, мѣсто нахожденія вещи, мѣсто заключенія договора и т. д. На дѣлѣ же, каждое юридическое понятіе можетъ повести къ конфликтамъ квалификацій. Въ дальнѣйшемъ я привожу, безъ всякой системы, нѣсколько выписокъ изъ замѣтокъ, сдѣланныхъ мною при чтеніи книгъ по частному международному праву. Можетъ быть, онѣ кому-нибудь пригодятся для дальнѣйшихъ изслѣдованій.

Судебное рѣшеніе. Гдѣ кончается сила иностраннаго рѣшенія, признаннаго подлежащимъ исполненію,—и гдѣ начинаются вопросы способовъ исполненія? Если англійское рѣшеніе не позволяетъ накладывать арестъ на жалованье рабочаго,—можно ли «исполнить» его именно въ

Слѣдовательно, квалификаціи должны быть опредѣляемы непременно на основаніи какого-то закона.

136.—Я перехожу ко второй части моихъ разсужденій,—къ тѣмъ ученіямъ, которыя отвергаютъ ограниченность уже не *implicite*, а *expressis verbis*.

этомъ смыслѣ, во Франціи? (Paris 13 января 1898 года, Clunet, 1898, стр. 1071).—Затѣмъ, совершенно съ другой точки зрѣнія: гдѣ начинается исполненіе судебного рѣшенія, касающагося личнаго состоянія субъекта—и гдѣ кончается признаніе дѣеспособности по національному закону? Какъ поступить, напримѣръ, если судебное рѣшеніе ставить кого-нибудь подъ опеку (Seine 28 марта 1893, Clunet, 1893, стр. 860)?—Насколько понятіе судебного рѣшенія неотдѣлимо отъ силы, присвоенной ему мѣстнымъ закономъ? (P. Matter, *La compétence pénale des tribunaux français etc.*, Clunet, 1904, стр. 609).—Распространяется ли понятіе [судебнаго рѣшенія] на постановленія третейскихъ судовъ? (Paris 10 декабря 1901, Clunet, 1902, стр. 315—316; ср. *ibidem*, стр. 192). Распространяется ли оно на *Theilurtheile*, *Zahlungsaufträge*, *Vergleiche*? (*Verordnung des Justizministeriums*, 10 декабря 1897 года, Böhm, 1898, стр. 81).—Какъ относиться къ *ordonnances de nonlieu*? (Matter, *ibidem*, стр. 615—616).—Какъ надо разумѣть судебное рѣшеніе, вошедшее въ законную силу? (P. de Raere, *De l'autorité et de l'exécution des jugements etc.*, Clunet, 1905, стр. 534).—Въ чемъ заключается разница между исполненіемъ судебного рѣшенія и примѣненіемъ его въ качествѣ основанія для дальнѣйшаго цивилистическаго требованія? (Böhm, 1901, стр. 299).—Какъ относиться къ «*sentences d'absolution*»? (Matter, *ibidem*, стр. 609—610).—Существуетъ ли противоположеніе «*Urtheil*» и «*Beschluss*»? (M. Klein, *Vollstreckung der Civilurtheile deutscher Gerichte etc.*, Böhm, 1898, стр. 214).

Процессуальное право. Граница между матеріальнымъ и процессуальнымъ правомъ, какъ извѣстно, далеко не безспорна. Никакой учебникъ частнаго международнаго права не излагаетъ, напримѣръ, ученія о способахъ доказыванія. А между тѣмъ несомнѣнно что *Beweislast* можетъ быть относима къ области именно матеріальнаго права. (F. Affolter, *System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts*, 1903, стр. 7 и 53). Въ то же время есть судебныя рѣшенія, относящія доказываніе къ формѣ актовъ и потому подчиняющія это доказываніе принципу *locus regit actum*. (Amiens 15 марта 1900, Clunet, 1900 стр. 977: «*la forme extérieure des actes comme leur mode de preuve sont essentiellement réglés par les lois, usages et coutumes du pays où ils sont passés*»). Затѣмъ очень часты случаи, когда контроверзы, имѣющія внѣшнее обличіе процессуальнаго права—переносятся въ категорію нормъ матеріальныхъ и обсуждаются какъ таковыя. (Допустимо ли оспариваніе отцовства со стороны близкихъ родственниковъ? Ср. Cass. 17 января 1899, Clunet, 1899, стр. 550: «*la question de savoir si les collatéraux avaient qualité pour contester la validité*

Ученій такихъ очень мало. На понятіе объема до сихъ поръ въ литературѣ не обращали почти никакого вниманія. Специальныхъ работъ, посвященныхъ разработкѣ этого понятія, не имѣется. Поэтому не имѣется и изслѣдованій, основательнымъ образомъ вы-

de la reconnaissance de paternité n'était évidemment pas une question de procédure proprement dite; elle visait le fond du droit, et elle devait être résolue d'après les règles du statut personnel»). Съ другой стороны, можно привести и такое судебное рѣшеніе Reichsgericht'a, въ которомъ обязанность покупателя уплатить за проданный товаръ квалифицирована была какъ процессуальная норма. (Reichsgericht, 28 апрѣля 1900, Böhm, 1901, стр. 423—424).

Форма актовъ часто сталкивается съ понятіями неполной дѣеспособности. Ср. Clunet, 1898, стр. 307.—Какъ отнестись къ запрещенію, устанавливаемому ст. 198 голландскаго кодекса (форма? правоспособность?). Ср. Clunet, 1902, стр. 177.—Cass. Florence 9 ноября 1896, Clunet, 1902, стр. 175.—Каково юридическое значеніе гербовой бумаги для векселей? J. Diena, Quelques mots sur les jeux etc., Clunet, 1899, стр. 338—339).—Форма при легитимациі, см. Clunet, 1902, стр. 335—336. Форма при дареніяхъ между супругами, Clunet 1899, стр. 385.—Ср. Oberlandsgericht Köln, 5 декабря 1898, Böhm, 1899, стр. 244.

Имущественныя отношенія супруговъ. Съ одной стороны, имущественныя отношенія эти очень часто переходятъ, почти неудовимымъ образомъ, въ право наслѣдованія (Reichsgericht 3 марта 1896 года, Böhm, 1896, стр. 447: «Zuzugeben ist, dass in Deutschland Güterrechte vorkommen, die so eng mit dem Erbrechte der Ehegatten verknüpft sind, dass dieses nur einen Ausfluss des ehelichen Güterrechts bildet, namentlich dann, wenn dem überlebenden Ehegatten sein Anteil an der gemeinschaftlichen Gütermasse in der Form eines Erbrechtes gewährt wird».—Ср. Reichsgericht 25 октября 1895, Böhm, 1896, стр. 507: «Um die Frage klarzustellen, ob im vorliegenden Falle die Grundsätze des rheinischen bürgerlichen Gesetzbuches oder Vorschriften des westfälischen Gesetzes über das eheliche Güterrecht zur Anwendung zu bringen seien, hätte zunächst untersucht werden müssen, ob die Bestimmung des letzteren, dass der überlebende Ehegatte bei fortgesetzter Gütergemeinschaft bis zur Schichtung die volle Verfügungsgewalt über das gemeinschaftliche Vermögen habe, dem Gebiete des Erbrechtes oder des ehelichen Güterrechtes angehört».—Ср. вообще, W. Silberschmidt, Die Kollision zwischen ehelichem Güterrecht und Erbrecht etc., Böhm, 1898, стр. 97—117. Ср. по тому же вопросу рѣшеніе Oberlandsgericht Karlsruhe 9 июня 1892, Clunet, 1895, стр. 144, и рѣшеніе Oberlandsgericht Stuttgart 12 июля 1895, Böhm, 1897, стр. 34—35).—Съ другой стороны, они весьма родственны также «штрафамъ за разводъ», обусуждаемымъ по законамъ того суда, который разводитъ супруговъ. O. L. G.

ясняющихъ отношеніе авторовъ къ той или иной проблемѣ, возбуждаемой понятіемъ объема. Приходится брать отрывочныя данныя, самими авторами не систематизированныя. На основаніи этихъ данныхъ, я и позволю себѣ изобразить, какъ именно представляютъ себѣ дѣло тѣ ученые, которые *expressis verbis* отрицаютъ органичность.

На первомъ мѣстѣ долженъ быть поставленъ Ф. Капп. Въ одной изъ своихъ работъ онъ мимоходомъ затрагиваетъ проблему «мѣста», вопросъ о положеніи идеи пространства въ структурѣ юридическихъ нормъ. Ему,

Hamburg 10 апрѣля 1897 г. Böhm, 1897, стр. 120—121. Наконецъ, можно указать еще и на алиментарное право жены, подлежащее иному обсужденію, чѣмъ остальные имущественныя отношенія супруговъ (Reichsgericht 3 мая 1897, Böhm, 1898, стр. 43). Существуютъ также спорныя области между институтами имущественныхъ отношеній супруговъ—и личного status'a жены (O. L. G. Köln 23 января 1899, Clunet, 1900, стр. 635).

Отцовство. Казалось бы,—элементарное понятіе, не требующее никакихъ специальныхъ юридическихъ изслѣдованій. Однако, вспомнимъ, что положеніе законнаго отца зависитъ отъ понятія законнаго брака въ связи со сложнѣйшими контроверзами, касающимися отказа отъ отцовства (Зак. Гражд., томъ X, ч. I, ст. 125 и 131),—а отцовство незаконнаго ребенка, опять-таки, стоитъ въ связи съ такими институтами какъ *recherche de la paternité*, *exceptio plurium constupratorum* (Процессуальное право? матеріальное право?—См. J. Keidel, *Le droit international privé dans le nouveau Code Civil etc.*, Clunet, 1896, стр. 245).

Завѣщаніе. При какихъ условіяхъ можно говорить о понятіи формы завѣщанія? Что есть форма, что не есть форма? (Ср. Inhülßen, *Unser englischer Brief*, Böhm, 1898, стр. 204—205).—Гдѣ кончается форма завѣщанія и начинается его существо? (Reichsgericht 24 апрѣля 1894 года, Clunet, 1895, стр. 422—423).—Какъ надо понимать уничтоженіе завѣщанія? (Barazetti, *Zur Erläuterung des Art. 24 Abs. 3 des Einführungsgesetzes etc.*, Böhm, 1897, стр. 4—5).

Деликты, перечисляемые въ договорахъ о выдачѣ, также даютъ цѣлый рядъ сложнѣйшихъ квалификаціонныхъ конфликтовъ. Ср. подробныя квалификаціонныя опредѣленія въ Вюртембергскомъ циркулярѣ 10 апрѣля 1900 года, Böhm, 1900, стр. 241.—Понятіе «*Pfändungsbetrug*» въ сношеніяхъ Франціи и Швейцаріи, см. Böhm, 1898, стр. 175.—Понятіе «*extorsion de fonds*», см. Clunet, 1898, стр. 734.—Понятіе «*coups et blessures*», Bruxelles 9 января 1897, Clunet, 1898, ст. 183.—Понятіе *Urkundenvernichtung* въ германско-швейцарскихъ отношеніяхъ, Böhm, 1898, стр. 173.

очевидно, ясно, что существуют такіе элементы пространства, безъ которыхъ норма функционировать не можетъ и которые, слѣдовательно, въ полномъ смыслѣ этого слова, являются органическими элементами нормы. Если мы возьмемъ примѣръ изъ русскаго права и процитируемъ статью 439, т. X, ч. I, въ которой говорится, что «владѣльцы мельницъ на рѣкахъ, перечисленныхъ въ статьѣ 363 Уст. путей сообщенія, обязаны спускать воду и т. д.»,—то Kahn'у, конечно, не пришло бы въ голову примѣнить эту статью къ рѣкамъ другимъ, въ ст. 363 не поименованнымъ. Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда придется примѣнять русскіе законы о водныхъ отношеніяхъ, ст. 439 можетъ быть отнесена только къ тѣмъ рѣкамъ, которыя она сама имѣетъ въ виду,—и ни къ какимъ другимъ. Это и значитъ, что элементъ пространства въ данной нормѣ является органическою частью. Въ видѣ другого примѣра сошлюсь на тѣ нормы о залогѣ еврейскихъ домовъ (см. § 112), о которыхъ я говорилъ въ началѣ настоящей главы. Очевидно, что эти нормы могутъ быть примѣнены только къ тѣмъ недвижимостямъ, которыя расположены въ предѣлахъ Брестъ-Литовской крѣпости. Нельзя представить себѣ такой коллизіонной нормы, которая заставила бы насъ примѣнить эту статью, напримѣръ, къ недвижимостямъ петроградскимъ. Если бы мы сдѣлали что-нибудь въ этомъ родѣ, то мы, очевидно, не примѣнили бы, а нарушили бы законъ. По отношенію къ подобнымъ нормамъ Kahn признаетъ существованіе органичности. «Извѣстны такіе законы,—говоритъ онъ ¹⁾,—у которыхъ пространственные элементы представляютъ собой составную часть самаго содержанія воли (sachlicher Willensinhalt), при которыхъ законодатель имѣетъ въ виду не лицо вообще, а лишь опредѣленный, пространственно-ограниченный классъ людей;—не вещь вообще, а лишь опре-

¹⁾ Gesetzeskollisionen, стр. 31.

дѣленно расположенную вещь». Въ видѣ иллюстраціи, онъ приводитъ ст. 108 французскаго коммерческаго кодекса ¹⁾. Очевидно, что если возникаетъ вопросъ о примѣненіи французскихъ законовъ о давности, — то соответственно съ постановленіемъ ст. 108-й — иначе будетъ поступлено съ отправками французскими (т.-е. отправками, двигающимися въ предѣлахъ Франціи), и иначе съ отправками изъ Франціи за границу. Элементъ мѣста является, по мнѣнію Kahn'a, неотъемлемою, органическою частью этой нормы.

Но онъ утверждаетъ, что, кромѣ органическихъ элементовъ мѣста, имѣются еще — и неорганическіе, т.-е. такіе, которые могутъ быть произвольно отдѣляемы отъ соответственной нормы, причемъ — въ зависимости отъ коллизіонной конъюнктуры — можетъ оказаться такъ, что норма будетъ примѣнена, а элементы мѣста упадутъ. Чтò же за это за неорганическіе элементы, и какъ ихъ отличать — отъ органическихъ? По этому вопросу Kahn даетъ слѣдующія указанія. Прежде всего, онъ противопоставляетъ коллизіонныя нормы — объемнымъ. Что касается первыхъ, т. е. нормъ, разграничивающихъ сферы властвованія отдѣльныхъ законодательствъ, то онъ — по мнѣнію автора — не могутъ возбуждать никакихъ сомнѣній; онъ не органичны. «Какимъ образомъ норма: «дѣеспособность лица опредѣляется по закону мѣстожителства» — можетъ быть признана составною частью нормы: «дѣеспособность начинается по достиженіи совершеннолѣтія»? Эти два постановленія столь же несоизмѣримы другъ съ другомъ, какъ, на примѣръ, конституціонный законъ о порядкѣ изданія гражданскаго кодекса, — съ тою цивилистическою нормою, которая можетъ быть издана въ соответственномъ по-

¹⁾ Статья эта гласитъ: «Иски противъ комиссіонера и перевозчика погашаются черезъ шесть мѣсяцевъ для грузовъ, отправляемыхъ внутри Франціи, и черезъ годъ — для грузовъ, отправляемыхъ за границу».

рядкѣ» ¹⁾. По этому вопросу, значить, для автора нѣтъ никакихъ сомнѣній. Но и при объемныхъ нормахъ,—продолжаетъ авторъ,—т. е. при нормахъ, регулирующихъ пространство дѣйствія мѣстнаго закона, элементы мѣста вовсе не обязательно составляютъ столь же необходимую часть, какъ это было признано по отношенію къ цитированной статьѣ 108-й. «Неправильно считать, что законодательной волѣ столь же необходимо и неотъемлемо присуще отношеніе къ опредѣленнымъ пространственнымъ объектамъ (Raumobjekte), какъ и къ опредѣленнымъ объектамъ вещнымъ (Sachobjekte)» ²⁾. «Законодатель регулируетъ: дѣеспособность лицъ вообще, семейныя права отца вообще, наследственныя права сыновей вообще и т. д. Какъ далеко будетъ идти пространственное дѣйствіе такого закона—это является въ большинствѣ случаевъ второстепеннымъ обстоятельствомъ и опредѣляется другою нормою, рядомъ функционирующею—даже въ тѣхъ случаяхъ, когда эта норма включена въ составъ той же самой статьи» ³⁾.

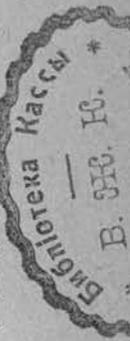
Если признано существованіе двухъ категорій юридическаго пространства, то возникаетъ необходимость установить такіе критеріи, которые позволяли бы отличать одну категорію отъ другой. И вотъ, когда мы подходимъ къ этому—казалось бы существеннѣйшему вопросу—мы находимъ у Kahn'a лишь отрывочныя и несомнѣнно поверхностныя указанія. «При всякомъ пространственномъ элементѣ, входящемъ въ текстъ закона, мы должны ставить себѣ вопросъ: принадлежитъ ли этотъ пространственный элементъ къ вещному содержанію закона (sachlicher Inhalt) или только къ пространственной его интенсивности (räumliche Intensität)?» ⁴⁾ Какъ ни неудовлетворителенъ этотъ критерій,

¹⁾ Ibidem, стр. 30.

²⁾ Ibidem, стр. 30.

³⁾ Ibidem, стр. 30.

⁴⁾ Ibidem, стр. 32.



но если прочесть соответствующую главу, то мы не найдемъ въ ней ни одного слова, которое давало бы болѣе точныя и опредѣлительныя данныя для разграниченія двухъ категорій мѣста. Особенно же беспомощно чувствуетъ себя читатель, когда онъ доходитъ до того примѣра, на которомъ авторъ иллюстрируетъ свою мысль. Примѣръ этотъ взятъ въ видѣ ст. 108 французскаго коммерческаго кодекса (текстъ ея приведенъ; см. стр. 392, подстр. примѣчаніе 1). Представимъ себѣ,—говоритъ Kahn,—что въ ст. 108 откинута вторая часть (касающаяся отправокъ за границу); тогда эта статья можетъ быть истолковываема двояко: или — въ томъ смыслѣ, что на заграничныя отправки распространяется обычная французская тридцатилѣтняя давность, или же— въ томъ, что отправки эти вообще не подлежатъ дѣйствию французскаго закона и регулируются законами иностранными (все равно—какими). Въ первомъ случаѣ слова «отправляемыхъ за границу» являются органическою частью нормы; во второмъ же—«внезапно (mit einem Schlag) измѣняется самый характеръ пространственнаго элемента». Этотъ элементъ становится «уже не принадлежностью самаго содержанія (sachlicher Inhalt) французскаго закона о комиссіонерахъ,—а самостоятельной нормой, регулирующей пространство дѣйствія этого закона» ¹⁾. При этомъ, превращеніе—по мысли Kahn'a—является настолько существеннымъ, что и самый порядокъ примѣненія разбираемой нормы долженъ быть существенно измѣненъ. Было бы скучно воспроизводить въ высшей степени искусственныя, можно сказать, болѣзненно-выдуманныя соображенія Kahn'a, касающіяся этого вопроса. Желających—отсылаю къ стр. 33 и 34 цитированной работы: мангеймскій ученый, дѣйствительно, примѣняетъ или не примѣняетъ ст. 108-ую—при нѣкоторыхъ конфликтныхъ комбина-

¹⁾ Ibidem, стр. 32.

ціяхъ—въ зависимости отъ того: органически или неорганически конструируется элементъ мѣста...

Приведенныя разсужденія Kahn'a, конечно, не могутъ быть признаны удовлетворительными. Я ихъ изложилъ съ исчерпывающею полнотою. Больше—никакихъ аргументовъ указаннымъ авторомъ не приведено. И совершенно очевидно, что признать эти весьма жидкія объясненія достаточнымъ матеріаломъ для выдѣленія цѣлой категоріи элементовъ мѣста въ особую группу—невозможно. Если вдуматься въ разсужденія Kahn'a, то они сводятся къ аподиктическому утвержденію: «конфликтная норма не является органическимъ элементомъ нормы цивилистической точно такъ же, какъ конституціонная норма о порядкѣ изданія законовъ не является элементомъ того государственно-правового законоположенія, которое издается въ соотвѣтствіи съ конституціей»,—и къ вербальному противоположенію такихъ двухъ нѣмецкихъ терминовъ (Sachobjekt—Raumobjekt?), которые не могутъ быть ни переведены на русскій языкъ, ни вообще восприняты точною юридическою мыслью.

Я не буду говорить подробно о противоположеніи «вещнаго» объекта и объекта «пространственнаго»,—ибо нельзя полемизировать съ тѣмъ, чего не понимаешь. Но я берусь доказать, что и первая часть утвержденій Kahn'a (то сравненіе съ конституціоннымъ закономъ, которое для него представляется самоочевиднымъ и не требующимъ никакого доказыванія) явно основана на ошибкѣ. Когда мы докажемъ эту ошибку, то, по необходимости, должна будетъ распасться и вторая часть разсужденій Kahn'a. Конституціонная норма, возможно, не представляетъ собой органическаго элемента того законоположенія, которое устанавливаетъ, напримѣръ, жалованье судебнымъ слѣдователямъ. Но параллель, проводимая Kahn'омъ между конституціонной нормой и нормой конфликтной, кажется мнѣ весьма спорной. Дѣло въ томъ, что Kahn упускаетъ изъ виду одно очень суще-

ственное соображеніе. Если въ международномъ правѣ существуетъ конфликтная норма, опредѣляющая предѣлы дѣйствія даннаго суверенитета и, слѣдовательно, даннаго гражданскаго законодательства,—то эта норма, конечно, не имѣетъ никакой непосредственной связи съ содержаніемъ тѣхъ цивилистическихъ законовъ, которые будутъ изданы въ данномъ государствѣ. Но вѣдь дѣло въ томъ, что когда мы говоримъ объ органичности объема, мы имѣемъ въ виду нормы не международного, а именно внутренняго права. Какъ я уже неоднократно указывалъ выше, международная конфликтная норма можетъ прекрасно сосуществовать рядомъ съ такими нормами объемными, которыя ей не будутъ соответствовать. И если эти нормы —путемъ той или иной эволюціи—будутъ приведены въ соответствие съ международнымъ правомъ, то онѣ всетаки останутся существовать какъ внутреннія нормы, параллельныя съ международнымъ правомъ, но не сливающіяся съ нимъ. И вотъ, когда въ государствѣ существуетъ объемная норма (хотя бы и совпадающая съ международнымъ правомъ),—слѣдуетъ доказать, что эта объемная (а не международно-конфликтная) норма не находится въ органической связи съ соответственной нормой матеріальной. А этого Kahn не доказываетъ. Если бы онъ не забылъ о существованіи объемныхъ нормъ, параллельныхъ съ нормами международно-конфликтными, и если бы онъ взялся доказывать, что эти объемныя нормы существуютъ самостоятельно и независимо отъ нормъ матеріальныхъ,—то онъ пришелъ бы къ очевидному фіаско.

Я не буду повторять того, что я говорилъ выше (см. § 111). Ст. 1373 В. Г. В. гласитъ: «мужъ имѣетъ право взять въ свое владѣніе принадлежащее женѣ имущество». Эта статья можетъ имѣть реальный смыслъ только въ томъ случаѣ, если мы скажемъ, къ какимъ именно мужьямъ она будетъ примѣняться. Если мы установимъ, что она должна примѣняться ко «всѣмъ»

мужьямъ,—то это уже будетъ объемное указаніе, очень широкое. Если мы, наоборотъ, рѣшимъ, что она примѣняется «не ко всѣмъ» мужьямъ, то мы должны установить, къ какимъ именно мужьямъ она примѣняется: и это опять будетъ объемъ, болѣе узкій. Если же мы начнемъ примѣнять статью, не зная, къ какимъ мужьямъ она примѣняется и, такъ сказать, намѣренно закрывая глаза передъ этой трудностью—то мы придемъ къ невозможности реально оперировать съ закономъ. Ошибка Калп'а заключается—какъ я указывалъ выше—въ томъ, что онъ допускаетъ возможность нѣкотораго количества казусовъ, «нормально» подлежащихъ дѣйствию данной статьи: эта грубость юридическаго мышленія влечетъ за собой все послѣдующее.

Но я пойду дальше. Я буду доказывать, что и объемныя нормы, если ихъ брать внѣ связи съ соответственными нормами матеріальными,—не имѣютъ никакого реальнаго содержанія. Послѣ всего того, что мною изображено выше,—въ настоящій моментъ, я могу ограничиться лишь курсорными замѣчаніями. Ст. 15-ая Е. Г. гласитъ: «Имущественныя отношенія супруговъ опредѣляются по нѣмецкому закону, если мужъ былъ нѣмецкимъ подданнымъ въ моментъ заключенія брака». Какое реальное значеніе имѣетъ эта статья, взятая сама по себѣ? Можетъ ли она быть примѣненной къ жизни внѣ зависимости съ В. Г. В.? Отвѣтъ подсказывается самъ собой. «Имущественныя отношенія супруговъ», о которыхъ она говоритъ, являются сокращенною формулою для выраженія—чего? Для выраженія цѣлаго комплекса нормъ, опредѣляющихъ собою: права мужа по отношенію къ имуществу жены; отвѣтственность его въ случаяхъ судебныхъ споровъ; значеніе мужняго согласія для заключаемыхъ женою сдѣлокъ; отношеніе къ третьимъ лицамъ и т. д. Статья 15-я Е. Г. не можетъ быть примѣняема къ жизни иначе, какъ въ связи и органическомъ единеніи съ шестымъ титуломъ

четвертой книги В. Г. В. Въ этого титула—тѣ слова, которыя содержатся въ статьѣ 15-й, являются лишь теоретическимъ обобщеніемъ, не могущимъ дать для судьи никакого реально-правового матеріала.

Итакъ, объемныя нормы не существуютъ реально (не даютъ реального, къ жизни примѣнимаго матеріала), доколѣ онѣ не сливаются органически съ соотвѣтственной нормой матеріальной; матеріальныя нормы не существуютъ реально, доколѣ мы не поставимъ ихъ въ рамки, объемными нормами конструируемыя. Значитъ, объемныя и матеріальныя нормы представляютъ собой органическое цѣлое, разрывать которое нѣтъ возможности. Тѣ отрывочныя указанія, которыя мы нашли у Kahn'a, не опровергли этого существеннаго тезиса.

Вторымъ авторомъ, который занимался вопросомъ о противоположеніи матеріальныхъ и объемныхъ постановленій, является Zitelmann. Хотя этотъ талантливый ученый и посвящаетъ не мало страницъ вопросу о противоположеніи понятій *Anwendungsnorm* и *materielles Recht*,—однако, стоитъ внимательно прочитать эту часть его работы для того, чтобы увидѣть, что ничего новаго, по сравненію съ Kahn'омъ, не внесено ¹⁾.

Несмотря на богатство діалектики, развиваемой Zitelmann'омъ, въ конечномъ результатѣ все-таки оказывается, что принципиальнаго различія двухъ видовъ нормъ авторъ не усматриваетъ ни въ структурѣ фактическихъ предпосылокъ, ни въ содержаніи правового эффекта. «*Alles ist schliesslich Interpretationsfrage*» (стр. 255). Одной этой фразы достаточно для того, чтобы я былъ освобожденъ отъ необходимости подробно полемизировать съ Zitelmann'омъ. Ибо у него нѣтъ самаго главнаго: нѣтъ попытки сконструировать такую матеріальную норму, которая могла бы существовать внѣ и независимо отъ соотвѣтственныхъ объемныхъ постановленій.

¹⁾ Internationales Privatrecht, I, 1897, стр. 250 и сл.

V.

137.—Къ какимъ же выводамъ приходимъ мы?

Всякая норма гражданского права имѣетъ свой объемъ, т. е. имѣетъ юридически сконструированную комбинацію тѣхъ случаевъ (въ пространствѣ опредѣляемыхъ), которые подлежатъ ея вѣдѣнію. Этотъ объемъ можетъ быть явнымъ или скрытымъ; мыслимы даже такіе случаи, когда объемъ, указанный въ законѣ, будетъ не соответствовать истинной волѣ законодателя и, слѣдовательно, получить названіе объема ложнаго. Во всякомъ случаѣ, каждая норма должна имѣть совершенно опредѣленный объемъ, такъ какъ законодатель, очевидно, имѣетъ волю опредѣленную, а не расплывающуюся.

Матеріальная норма неотдѣлима отъ нормы объемной и объемная норма органически связана съ соответственной матеріальной нормой. Это вполне естественно. Законодатель, который изрекаетъ свою волю и который въ то же время не говоритъ ни да, ни нѣтъ—относительно пространственнаго дѣйствія этой воли, очевидно не исполняетъ лежащей на немъ обязанности: его воля безформенна. Матеріальная норма, у которой нѣтъ объема, говоритъ, что надо дѣлать, но не говоритъ,—когда надо дѣлать. Всѣ тѣ случаи, когда авторы позволяютъ себѣ утверждать, что цѣлый рядъ «нормальныхъ» случаевъ примѣненія матеріальной нормы не

нуждается ни въ какомъ опредѣленіи объема—основаны на недоразумѣніяхъ и связаны съ замѣчаемой грубостью законодательной техники по вопросамъ объема. Эти авторы забываютъ, что «нормальные» случаи примѣненія закона представляютъ именно нормальный его объемъ. Этотъ нормальный объемъ можетъ быть, затѣмъ, расширенъ и установленъ въ предѣлахъ, кажушихся намъ на первый взглядъ «не вполне нормальными». Но подобное расширеніе, конечно, будетъ расширеніемъ уже существующаго объема, а не созданіемъ объема около чего-то необъемнаго. Затѣмъ совершенно очевидно, что и объемныя нормы не могутъ имѣть реального юридическаго содержанія, доколѣ мы не поставимъ ихъ въ связь съ соответствующими нормами матеріальными. Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что всякая матеріальная норма органически связана съ соответственной—объемною. Отдѣлить одну отъ другой невозможно.

Объемная норма, существующая въ данномъ законодательствѣ, очевидно, обязательна для судьи такъ же, какъ и всякое другое велѣніе законодателя. Это значитъ, во-первыхъ, что если судья имѣетъ передъ собой явно-объемную норму, то онъ не можетъ замѣнить ее никакими другими постановленіями, откуда бы онъ ихъ ни взялъ и какимъ бы «высшимъ» авторитетомъ они ни обладали. Если въ уставѣ вексельномъ сказано, въ какихъ именно случаяхъ примѣняется русскій законъ о векселяхъ, то мы, конечно, не можемъ вообразить такой конъюнктуры, когда русскій судья примѣнилъ бы русскій законъ о векселяхъ не въ той комбинаціи, которая указана русскими объемными нормами, а въ какой-нибудь другой. Это значитъ, во-вторыхъ, что и скрытая объемная норма не можетъ быть возмѣщаема изъ другихъ источниковъ, т. е. не изъ даннаго законодательства. Въ этомъ отношеніи я расхожусь со Школой. Она, конечно, не доходитъ до какой дерзости, чтобы отри-

цать выставленное мною первое положеніе. Но разбираемый мною второй тезисъ отрицается Школою сплошь и рядомъ. Въ тѣхъ случаяхъ, когда въ данномъ законодательствѣ нѣтъ точныхъ указаній на объемъ нормы,—Школа позволяетъ себѣ обращаться къ международному праву и изъ этого международного права черпать указанія, могущія заполнить пробѣлы. Такъ, напримѣръ, Fiore утверждаетъ, что въ конфликтномъ правѣ необходимо изучать «высшій законъ, обязательный для отдѣльныхъ суверенныхъ властей и предоставляющій каждой изъ этихъ властей ту долю участія въ общей работѣ по осуществленію права, которая этой власти разумнымъ образомъ принадлежитъ». При этомъ изъ дальнѣйшаго явствуетъ, что для Fiore «высшій законъ» представляется не абстракціей и не теоретическимъ размысленіемъ, а нормально дѣйствующимъ позитивнымъ правомъ: «этотъ высшій законъ не остался въ области теоретическихъ разсужденій; опираясь на тѣ социальныя потребности, которыя положены въ основаніе этого закона, и на тотъ моральный авторитетъ, который ему свойственъ,—законъ этотъ принялъ форму позитивнаго права». Такимъ образомъ, по мнѣнію Fiore, рядомъ съ отдѣльными внутренними законодательствами существуетъ еще высшее право, диктующее свои постановленія. И такая постановка вопроса не является единичной. Если мы мысленно окинемъ взоромъ сочиненія романистовъ, то мы увидимъ, что въ весьма многихъ случаяхъ они оперируютъ съ международнымъ правомъ, какъ съ естественнымъ суррогатомъ внутреннихъ объемныхъ нормъ.

Противъ такой постановки вопроса необходимо возражать самымъ рѣшительнымъ образомъ. Международное право, конечно, играетъ въ области конфликтовъ свою и очень существенную роль. Къ изображенію этой роли мы перейдемъ въ дальнѣйшемъ. Но роль, которую играетъ международное право, можетъ быть только

международной. Международная же роль нормы заключается въ томъ, что создаются права и обязанности для государствъ, только для государствъ: на этомъ, казалось бы, нѣтъ надобности настаивать при современномъ состоянїи науки. Международное право можетъ повліять на измѣненіе внутренне-объемныхъ нормъ и фактически оно очень часто вліяетъ на нихъ; но, вліяя, оно создаетъ соотвѣтственное видоизмѣненіе внутренне-объемнаго права. И когда, — въ конечномъ результатѣ этихъ видоизмѣненій, — судья начинаетъ рѣшать объемные вопросы не такъ, какъ онъ до сихъ поръ ихъ рѣшалъ, то (съ точки зрѣнія строгаго отношенія къ дѣлу) мы принуждены будемъ признать, что поведеніе судьи измѣнилось подъ вліяніемъ не международного права, а того права внутренняго, которое государствомъ было приведено въ соотвѣтствіе съ правомъ международнымъ.

Это и значить, что объемныя проблемы не могутъ восполняться международнымъ правомъ, какъ таковымъ. Восполненіе производится не иначе какъ въ видѣ внутренняго объемнаго права: противоположеніе это можетъ показаться мелочнымъ, но на дѣлѣ оно имѣетъ громадное значеніе.

Мы установили, такимъ образомъ, выводъ, что объемная норма, существующая въ данномъ законодательствѣ, обязательна для судьи, будь она явной или скрытой.

Какое значеніе имѣетъ этотъ тезисъ для международного частнаго права? — Тезисъ этотъ даетъ одну очень важную опорную точку, обыкновенно оставляемую въ тѣни во всѣхъ школьныхъ работахъ. Когда судья получаетъ въ свои руки какой-нибудь казусъ, онъ прежде всего долженъ спросить себя: не подлежитъ ли этотъ казусъ дѣйствію *legis fori*? Международное конфликтное право можетъ давать какую угодно противоположную директиву; если въ законѣ *fori* есть

указаніе на то, что данный казусъ долженъ быть разсмотрѣнъ на основаніи даннаго законодательства, то такое указаніе для судьи обязательно. И, конечно, всякій образованный юристъ пойметъ, что изображенное «указаніе» одинаково связываетъ судью какъ въ томъ случаѣ, когда оно выражено очень ясно, такъ и въ томъ, когда формулировка его менѣе ясна или даже весьма неясна. Воля законодателя не дѣлается для судьи менѣе обязательной только оттого, что она плохо выражена. Слѣдовательно, гдѣ бы въ законодательствѣ ни содержалось косвенное указаніе на примѣнимость закона *fori* къ данному случаю; какъ бы мимолетно это указаніе ни было; какъ бы трудны и сложны ни были тѣ умозаключенія, путемъ которыхъ судья выявитъ это указаніе; сколько бы ему ни пришлось ссылаться на «общій смыслъ» и «духъ» законодательства:—разъ указаніе въ законодательствѣ есть, оно обязательно для судьи. Этого не отрицаетъ и Школа. Если хорошенько вдуматься, то окажется, что все ученіе о публичномъ порядкѣ сводится къ элементарной формулѣ: если *lex fori* желаетъ быть примѣненнымъ къ данному казусу, то судья долженъ подчиниться этому желанію, что бы ни предписывало ему международное право.

Сдѣлавъ небольшой шагъ впередъ, мы можемъ найти еще и вторую, не менѣе достовѣрную, точку опоры. Постановленія даннаго закона относительно его объема обязательны для судьи. Очевидно, что они обязательны не только тогда, когда они носятъ положительный характеръ, но также и тогда, когда они формулированы отрицательно. Если законъ говоритъ: «данный казусъ мнѣ не подвѣдомственъ»,—то судья ни при какихъ обстоятельствахъ не будетъ и не долженъ обсуждать даннаго казуса на основаніи *legis fori*. Ибо примѣненіе закона въ тѣхъ случаяхъ, когда онъ этого не хочетъ, является такимъ же нарушеніемъ его, какъ если бы мы отказывали ему въ примѣненіи въ противополож-

номъ случаѣ. Опять-таки, если хорошо вдуматься, то мы поймемъ, что и Школа этого тезиса не отвергаетъ. Когда она столь рьяно нападаетъ на отсылку и отвергаетъ эту отсылку, то она именно говоритъ: «*lex fori* не желаетъ регулировать даннаго случая; несмотря на то, что иностранный законъ отсылаетъ казусъ къ компетенціи нашего закона,—отсылка эта для насъ необязательна; подчиненіе ей явилось бы нарушеніемъ нашихъ объемныхъ нормъ».

Объ эти точки опоры представляется намъ въ особенно яркой формѣ, если мы примѣнимъ ихъ къ тѣмъ конфликтамъ, которые мы признали выше наиболѣе строгими, наиболѣе классическими: къ конфликтамъ подданства. Если человѣкъ является подданнымъ даннаго государства (если онъ входитъ въ объемъ русскаго закона о подданствѣ),—то онъ будетъ, въ глазахъ русскаго судьи, русскимъ подданнымъ, что бы ни постановляло международное право или какой-нибудь другой законъ. Наоборотъ, если, съ точки зрѣнія русскаго закона, данный индивидъ не является русскимъ подданнымъ, то никакое право, никакая сила въ мірѣ не можетъ навязать этого человѣка русскому государству въ качествѣ русскаго подданнаго. Оба эти тезиса, конечно, признаются и Школой.

Третья точка опоры будетъ такая: «доколѣ мы движемся въ области объемныхъ нормъ, мы можемъ дать только два перечисленныхъ отвѣта; мы можемъ только сказать, что законъ примѣнимъ, или что законъ непримѣнимъ; если законъ *fori* оказывается непримѣнимымъ, то, на основаніи объемныхъ нормъ, никакихъ дальнѣйшихъ умозаключеній сдѣлать нельзя». Здѣсь я уже совершенно расхожусь со Школой. Въ тѣхъ случаяхъ, когда *lex fori* оказывается непримѣнимымъ, Школа, какъ извѣстно, поступаетъ такъ: она беретъ объемные признаки, на основаніи которыхъ умѣстняется *lex fori*, — переводитъ эти признаки въ абсо-

лютную форму¹⁾, — отыскиваетъ иностранный законъ, который находится съ даннымъ казусомъ въ томъ самомъ отношеніи, въ которомъ находился бы *lex fori*, если бы онъ былъ примѣнимъ, — и затѣмъ говоритъ, что этотъ иностранный законъ долженъ регулировать данный казусъ. Противъ такого пріема нужно возражать самымъ рѣшительнымъ образомъ. Примѣръ двуподданства покажетъ намъ въ наиболѣе яркой формѣ, въ чемъ именно заключается допускаемая Школою ошибка. Если индивидъ X не является англійскимъ подданнымъ по той причинѣ, что онъ не родился на англійской территоріи, — то это еще не значитъ, что онъ является подданнымъ того именно государства, на территоріи котораго онъ родился; ибо весьма нетрудно предположить, что онъ родился на территоріи турецкой, т. е. въ такомъ государствѣ, которое не связываетъ своего подданства съ мѣстомъ рожденія чловѣка. Но этой параллелью нельзя ограничиться. Намъ нужно углубить наше разсужденіе и показать, что существуютъ абсолютныя причины, дѣлающія совершенно невозможнымъ примѣненіе иностранныхъ законовъ на основаніи объемныхъ нормъ *fori*.

Между примѣненіемъ своего закона, на основаніи своихъ объемныхъ нормъ, и примѣненіемъ чужого закона, на основаніи своихъ (абсолютизированныхъ) объемныхъ признаковъ — имѣется существенное, принципиальное различіе, обыкновенно упускаемое изъ вида Школою. Вотъ что я имѣю въ виду. Представимъ себѣ, что мы говоримъ о первомъ казусѣ, т. е. о при-

¹⁾ Подъ этимъ я разумю слѣдующее: если, напримѣръ, русскій законъ объ авторскомъ правѣ примѣняется въ зависимости отъ мѣста изданія литературнаго произведенія и если оказывается, что въ данномъ случаѣ произведеніе не издано на русской территоріи, — то Школа отрываетъ понятіе мѣста изданія отъ именно русской территоріи (только это и сказано въ русскомъ законѣ объ авторскомъ правѣ), — создаетъ понятіе «мѣста изданія» вообще, — и, затѣмъ, начинаетъ искать тотъ законъ, который соответствуетъ этому абсолютизированному понятію мѣста изданія

мѣненіи своего закона на основаніи своихъ объемныхъ признаковъ. Въ этомъ случаѣ мысль судьи будетъ двигаться слѣдующимъ образомъ. Судья беретъ данное право и проникается имъ; онъ настраиваетъ все свое мышленіе соответственно камертону этого права; каждую отдѣльную, малѣйшую деталь своего юридическаго мышленія онъ ставитъ на тѣ рельсы, которыя ему даны закономъ *fori*. Затѣмъ, когда — если такъ можно выразиться, — его мысль будетъ до конца насыщена даннымъ правомъ, — онъ подходитъ къ разбираемому казусу. Отчего русскій судья начинаетъ именно съ русскаго права? Не потому, что это предуказано ему какими-нибудь конфликтными нормами, — а просто потому, что русскій судья воспитанъ и выросъ на русскомъ правѣ, что онъ не можетъ выйти изъ русла этого права, доколѣ онъ не получитъ спеціальнаго въ этомъ смыслѣ приказанія. Русскій судья впитываетъ, значитъ, въ себя русское право и, затѣмъ, — съ точки зрѣнія этого права, — подходитъ къ казусу. Его мысль двигается отъ права къ факту. Совсѣмъ иначе должны мы представить себѣ вторую изъ намѣченныхъ возможностей. Эта возможность заключается именно въ томъ, что русское право спасовало: судья подошелъ къ казусу съ русскимъ правомъ; оказалось, что русское право съ этимъ казусомъ сдѣлать ничего не можетъ. Тотъ, кто мыслитъ строго-позитивно, долженъ доходить до послѣднихъ выводовъ изъ этого тезиса. Если русское право спасовало и отступилось, то, съ точки зрѣнія русскаго права, наступаетъ не какое-то неопредѣленное мерцаніе юридической мысли, а полная и безусловная тьма. Русское право, если оно отказалось разбирать данный казусъ практически, не можетъ предоставить тому же казусу свои постановленія для, такъ сказать, теоретическаго примѣненія. Если, съ точки зрѣнія русскаго права, не существуетъ юридическаго отношенія, то для русской юридической мысли остается только голый естественный фактъ. Этимъ есте-

ственнымъ фактомъ можетъ заниматься физика и соціологія. Имъ можетъ также заниматься и какое-нибудь другое гражданское право. Для русскаго гражданского права, повторяю, получается нѣчто *juristisch Irrelevantes*. Если бы мы пожелали примѣнить другое гражданское право, то мы можемъ сдѣлать то же самое, что мы дѣлали для права русскаго. Мы встанемъ на рельсы этого другого права (конкретно опредѣленнаго), произведемъ насыщеніе нашей мысли всею органическою совокупностью нормъ, даваемыхъ этимъ другимъ правомъ,— и затѣмъ, идя опять отъ права къ факту, скажемъ, примѣнимо ли это другое право къ данному отношенію.

Школа же дѣлаетъ нѣчто совсѣмъ иное. Констатировавъ непримѣнимость закона *fori*, она, затѣмъ, позволяетъ себѣ идти въ обратномъ порядкѣ: она беретъ фактъ, какъ таковой, и отъ этого факта стремится придти къ праву. Конечно, мышленіе наше ужасно засорено естественно-правовыми тенденціями. Намъ, конечно, представляется, что можно взять фактъ, отнести его къ извѣстной юридической категоріи внѣ права (теоретически? диллетантски? вчернѣ?...) и затѣмъ, опираясь на эту категорію, придти къ какой-то системѣ положительнаго права. Но если мы отнесемъ къ своимъ разсужденіямъ съ полною юридическою строгостью, то мы поймемъ, что доколѣ судья не всталъ обѣими ногами, прочно, на фундаментъ какой-нибудь системы права, онъ не можетъ юридически отнестись къ факту. Передо мной лежитъ трупъ. Этотъ трупъ, можетъ быть, является казненнымъ; можетъ быть—убитымъ на войнѣ; можетъ быть—павшимъ отъ пули часового; можетъ быть—убитымъ; можетъ быть, наконецъ,—погибшимъ отъ собственной своей неосторожности, при нападеніи на законные интересы другого человѣка. Отвѣтить на эти вопросы я не могу съ точки зрѣнія естественнаго права. Я могу взять за фундаментъ опредѣленное позитивное право и, затѣмъ, опираясь на этотъ фундаментъ,

дать отвѣтъ. Но доколѣ я не остановился ни на одномъ изъ мыслимыхъ позитивныхъ фундаментовъ, передо мной будетъ лежать не казненный, не убитый и не подстрѣленный—а трупъ. Мертвое тѣло—какъ физическій фактъ.

Итакъ, отъ факта къ праву придти нельзя. Единственно, что возможно для юриста, это—съ точки зрѣнія права разсматривать фактъ. Примѣняя этотъ выводъ къ обсуждаемому нами соотношенію своихъ объемныхъ нормъ и чужихъ нормъ матеріальныхъ, мы можемъ придти къ слѣдующему выводу: съ точки зрѣнія объемныхъ нормъ нашего закона можно придти только къ примѣненію или непримѣненію нашего закона; если нашъ законъ оказывается непримѣнимымъ, то отношеніе его къ данному факту кончается; въ этомъ случаѣ уже нельзя употреблять наше право субсидіарно, т. е. въ качествѣ случайнаго средства, путемъ котораго можно дойти до иностраннаго закона. Говоря конкретно, выводъ этотъ получится въ слѣдующей формѣ. Съ точки зрѣнія объемныхъ нормъ русской судья можетъ сказать, примѣнимо ли русское право, или нѣтъ; если оно примѣнимо—вопросъ исчерпанъ; если оно непримѣнимо—судья остается перейти въ область какого-нибудь другого права (какого?—мы въ данный моментъ указать не можемъ, такъ какъ объемныя постановленія не даютъ намъ никакого отвѣта на этотъ вопросъ), и продѣлать съ этимъ вторымъ правомъ ту же операцію. Если и второе право оказывается непримѣнимымъ, нужно перейти къ третьему и т. д. Но каждый разъ, какъ судья будетъ брать за фундаментъ какое-нибудь опредѣленное право, онъ не будетъ въ состояніи дать отвѣтъ, почему онъ такъ поступаетъ. Въ видѣ параллели я сошлюсь на законы о подсудности. Они очевидно опредѣляютъ только подсудность своимъ судамъ. Если дѣло нашимъ судамъ не подсудно, то на основаніи нашихъ законовъ ужъ не найдешь, какимъ

другимъ судамъ оно подвѣдомственно. Подсудность французскимъ судамъ можно установить только тогда, когда окончательно откажешься отъ русскаго закона и всецѣло перенесешься въ область права французскаго.

138.—Такъ какъ изображенное только что положеніе дѣла удовлетворить юридическому обороту не можетъ, то возникаетъ вопросъ о дополнительныхъ средствахъ, путемъ которыхъ можно было бы замѣнить хожденіе вслѣпую отъ одной законодательной системы къ другой, подставивъ на мѣсто этого хожденія точныя указанія: къ какой же именно системѣ права долженъ обратиться судья, если *lex fori* оказался непримѣнимымъ?

Эти точныя указанія, очевидно, не могутъ быть даны внутреннимъ правомъ, такъ какъ они касаются соотношенія, по крайней мѣрѣ, двухъ разнорасудственныхъ нормъ. Школа, конечно, согласна въ этомъ отношеніи. Нормы конфликтнаго права она конструируетъ именно какъ нормы международнаго права. Но я расхожусь со Школою по нѣкоторымъ существеннымъ деталямъ, касающимся понятія международной нормы. Если бы мнѣ было позволено такъ выразиться: Школа относится къ понятію международной нормы слишкомъ легкомысленно. Она усматриваетъ существованіе международныхъ нормъ въ такихъ случаяхъ, когда не всѣ условія, предъявляемая къ международному праву, оказываются исполненными. Каковы эти условія?

Международная норма должна быть международной нормой ¹⁾. Это значитъ, во-первыхъ, что постано-

¹⁾ Представлялось бы въ высшей степени интереснымъ изучить: какимъ образомъ Школа переходитъ отъ объемныхъ нормъ къ нормамъ международно-конфликтнымъ? Въ этой области можно сдѣлать цѣлый рядъ любопытѣйшихъ выводовъ. Существуютъ ученые, которые стараются, при столкновеніи двухъ объемовъ, создать норму «наименьшаго ущерба», т. е. такую норму, которая давала бы наибольшій просторъ для осуществленія каждаго изъ двухъ объемовъ. Другіе ученые позволяютъ

вление, о которомъ мы говоримъ, должно быть обще для двухъ или нѣсколькихъ государствъ. Если въ одномъ государствѣ говорятъ: «торгъ бѣлыми дозволенъ», а въ другомъ считаютъ, что государство обязано запретить торгъ женщинами,—то между этими двумя государствами, по вопросу о *traite des blanches* не существуетъ никакого международного права. Совершенно такъ же мы должны относиться и къ конфликтнымъ постановленіямъ. Если въ одномъ государствѣ говорятъ, что дѣеспособность опредѣляется по закону домициля, а въ другомъ настаиваютъ на примѣненіи закона національнаго,—то между этими двумя государствами, по вопросу объ опредѣленіи дѣеспособности, не существуетъ международного права. Это кажется тривиальностью, но, къ сожалѣнію, этого очень часто не понимаетъ Школа. Она именно говоритъ, что во Франціи, для сношеній съ Даніей, существуетъ международная норма относительно опредѣленія дѣеспособности. И именно изъ существованія этой международной нормы, «сталкивающейся»¹⁾ съ той другой международной нормой, которая, будто бы, существуетъ по тому же самому вопросу въ

себѣ гипертрофировать одинъ объемъ въ ущербъ другому. Третьи руководятся наивными естественно-правовыми воззрѣніями. Повторяю, можно было бы написать цѣлую книгу, въ коей разбирался бы вопросъ: какъ мотивируется происхожденіе каждой отдѣльной конфликтной нормы? Въ результатъ мы пришли бы къ констатированію такой анархической мысли, которая, внѣ всякихъ другихъ соображеній, могла бы быть доказательствомъ несостоятельности школьныхъ ученій. Эта работа ждетъ еще своего изслѣдователя.

¹⁾ Школа говоритъ въ этихъ случаяхъ объ *Ausdrückliche Kollisionen*. См. С. Barazzetti, *Die technischen Ausdrücke für die verschiedenen Kollisionsarten etc.*, Böhm, 1898, стр. 276: «Unter den positiven oder ausdrücklichen Kollisionen versteht die Theorie im Gegensatz zu den beiden letzteren, von welchen weiter unten die Rede sein wird, diejenigen räumlichen Gesetzeskollisionen, die hervorgehen aus der Verschiedenheit der ausdrücklichen Rechtsnormen, d. h. aus der Verschiedenheit der gesetzlichen und gewohnheitsrechtlichen Bestimmungen über Rechtskollisionen, über internationales Privatrecht in verschiedenen Ländern (bezw. in verschiedenen Provinzen, Orten desselben Landes)».

Даніи для сношеній съ Франціей,—Школа и выводитъ понятіе отсылки. Я же лично пошелъ бы даже дальше. Норма, которая создана во Франціи для сношеній съ Данією и которая не соотвѣтствуетъ тому, что признано въ Даніи для сношеній съ Франціей, не есть международное право. Но я бы сказалъ, что она не есть и право внутреннее. Внутренняя проблема дѣеспособности опредѣляется другими нормами, нами теперь хорошо изученными: нормами объемными. Эти объемныя нормы, какъ мы видѣли въ предыдущемъ параграфѣ, не имѣютъ ничего общаго съ разбираемою нынѣ трудностью. Ибо онѣ конструируютъ лишь пространственное дѣйствіе французскаго закона и не могутъ заниматься никакимъ размежеваніемъ. Слѣдовательно, указанное французское постановленіе является фиктивнымъ международнымъ правомъ, quasi-международнымъ правомъ.

Этотъ выводъ позволить намъ внести научную ясность въ тотъ вопросъ, о конфликтныхъ нормахъ второго и третьяго порядка, о которомъ я говорилъ въ концѣ главы III. Если во Франціи существуетъ конфликтное постановленіе, не совпадающее съ конфликтнымъ постановленіемъ датскимъ, — то тогда, очевидно, въ извѣстный моментъ можетъ возникнуть вопросъ: которое же изъ этихъ двухъ конфликтныхъ постановленій надо примѣнить? Получится, значитъ, необходимость размежевать не два матеріальныхъ права, а два права конфликтныхъ. Размежеваніе это, очевидно, можетъ быть произведено лишь во второй плоскости, надъ конфликтнымъ правомъ лежащей; я предложилъ называть эту вторую плоскость конфликтнымъ правомъ второго порядка. При этомъ, для всякаго ясно, что всѣ разсужденія, примѣнимыя къ обыкновенному конфликтному праву, въ точности могутъ быть приложены и къ конфликтному праву второго порядка. Никто не поручится, что конфликтное право второго порядка во Франціи будетъ такое же, какъ въ Даніи. Въ результатѣ

получится необходимость создать конфликтное право третьей степени, и такъ далѣе. Очевидно, что мы вошли въ область абсурдовъ. Мы построили такую комбинацію, для которой не существуетъ никакого логическаго предѣла. По этой схемѣ, конфликтное право можетъ понадобится и въ двадцать второй и въ тысяча первой степени. Подобный гордиевъ узелъ нужно разсѣчь. А разсѣчь его можно только однимъ путемъ: для этого именно нужно сказать, что международное право должно быть международнымъ правомъ, т.-е. правомъ въ обоихъ государствахъ одинаково формулированнымъ. Когда оно будетъ формулировано одинаково, уничтожится возможность конфликтовъ между конфликтными нормами и, слѣдовательно, сдѣлается совершенно ненужнымъ какое бы то ни было конфликтное право второго порядка.

Но это еще не все. Международное право должно быть международнымъ правомъ. Когда мы составимъ международную норму изъ опредѣленнаго количества французскихъ, скажемъ, словъ, то нужно, чтобы эта норма не только звучала одинаково въ двухъ государствахъ, но еще и имѣла бы въ этихъ государствахъ одинаковое внутреннее содержаніе. Каждое слово, входящее въ составъ этой нормы, каждый юридическій образъ, символизируемый этимъ словомъ, — должны быть въ обоихъ заинтересованныхъ государствахъ равнозначущими. Ибо норма наша будетъ, опять-таки, только quasi — международной нормой, если мы составимъ ее изъ юридическихъ понятій, совершенно несхоже конструируемыхъ въ двухъ государствахъ. Когда норма будетъ говорить о «движимой вещи» и о «мѣсто-нахожденіи» и когда окажется, что въ трехъ заинтересованныхъ государствахъ каждый изъ этихъ терминовъ имѣетъ самостоятельное значеніе, — то международнаго права между этими государствами не окажется. Будетъ международный компромиссъ, получится между-

народное *pis aller*, съ которымъ можно будетъ, до времени, мириться; но международнаго права, дающаго единый международный результатъ въ трехъ государствахъ, не получится. При спорѣ, касающемся одного и того же объекта и производящемся въ судахъ этихъ трехъ государствъ,—получится три разныхъ рѣшенія, наглядно свидѣтельствующихъ о томъ, что у трехъ государствъ есть по данному вопросу три воли, а не одна. Школа не предъявляетъ столь строгихъ требованій къ международнымъ нормамъ. Если слова одинаковы,—Школа считаетъ достигнутый результатъ уже блестящимъ, почти не углубляясь въ тайники того, что называется конфликтами квалификацій. И поэтому, съ точки зрѣнія Школы, получается, отъ конфликтной нормы внизъ, совершенно та же картина, которую я только-что изобразилъ и вверхъ. Раньше, чѣмъ примѣнять норму, Школѣ приходится спросить себя: по какому закону нужно опредѣлять тѣ умѣстительные признаки, изъ которыхъ состоитъ норма? Отвѣтить на этотъ вопросъ нельзя иначе, какъ указавъ то конфликтное право, на основаніи котораго будутъ размежевываться конфликты квалификацій. Мы получимъ, если такъ можно выразиться, конфликтное право минусъ второй степени. И вполне очевидно, что на такой «минусъ второй степени» мы остановиться тоже не можемъ. Если понятіе движимости и недвижимости опредѣляется по закону мѣстонахожденія вещи (конфликтное право минусъ второй степени), то возникаетъ вопросъ: а по какому праву опредѣляется это мѣстонахожденіе вещи? На подобный вопросъ должно дать отвѣтъ конфликтное право минусъ третьей степени: мѣстонахожденіе вещи опредѣляется по закону ея собственника. Логическаго предѣла внизъ мы опять-таки не получимъ. Разрубая же гордіевъ узелъ, мы скажемъ: квалификаціи должны быть во всѣхъ договаривающихся государствахъ одинаковыми; поскольку онѣ неодинаковы,

мы имѣемъ не международное, а quasi-международное право. Международнымъ конфликтнымъ нормамъ должна соотвѣтствовать полная система международныхъ квалификацій.

139.—Мнѣ скажутъ: но вѣдь это же невозможно!

Я занимаюсь въ данный моментъ не реальнымъ разрѣшеніемъ конфликтныхъ проблемъ, а лишь критикой установившихся понятій. Меня въ настоящій моментъ интересуетъ лишь одна задача: показать, какъ не надо ставить свои международно-конфликтныя разсужденія; выяснить, какія вредныя послѣдствія получаютъ отъ неправильныхъ предпосылокъ. Я формулирую тѣ окончательныя требованія, которыя слѣдуетъ предъявить къ международной конфликтной нормѣ. Возможно ли и когда будетъ возможно подойти къ этому идеалу,—меня въ данный моментъ не интересуетъ.

Я говорю: доколѣ этого не сдѣлано, доколѣ мы будемъ выдавать за международное конфликтное право нормы quasi-международныя, — яснаго мышленія въ области нашей науки не получится. Намъ придется постоянно бороться съ безформенными чудовищами, непонятными и неуловимыми, — доколѣ мы не оздоровимъ своей мысли. Если человекъ боленъ, и у него на лицѣ вскакиваютъ прыщи, то обязанность доктора заключается въ томъ, чтобы сказать: избавьте этотъ организмъ отъ указываемой мною болѣзни, — и прыщи, которые вы тщетно засыпаете пудрой, уничтожатся сами собой. Понятія публичнаго порядка, отсылки, *comitas* и *Näherberechtigung* ¹⁾ суть прыщи на лицѣ

¹⁾ Я не посвящаю этому принципу спеціальнаго изслѣдованія. Детальныя свѣдѣнія о *Näherberechtigung* можно найти какъ въ основной работѣ Kahl'a (*Gesetzeskollisionen*, §§ 9—13), такъ и у Barazetti, *Die technischen Ausdrücke etc.*, Böhm, 1898, стр. 289. Если бы я занимался догматическимъ анализомъ конфликтныхъ нормъ, то мнѣ, конечно, пришлось бы спеціально разобраться въ положительномъ конфликтѣ двухъ конфликтныхъ постановленій. Съ точки зрѣнія систематики, конфликтъ

науки частнаго междунагоднаго права. Школа ходить вокругъ нихъ съ палиативами, заклеивая ихъ мушками и засыпая пудрой. Между тѣмъ, стоитъ оздоровить самое существо нашей науки для того, чтобы всѣ четыре «ирраціональныя величины» пропали сами собой.

Мнѣ остается дописать послѣднее слово. Мнѣ остается напомнить читателю, какимъ образомъ я ставлю «ирраціональныя величины» въ зависимость отъ понятія quasi-междунагоднаго права.

Если мы имѣемъ норму, которая выдаетъ себя за междунагодное право, но которая не является междунагоднымъ правомъ, потому что одно или нѣсколько изъ заинтересованныхъ государствъ этой нормѣ не подчинилось, то — соотвѣтственно предложенной мною выше терминологіи — это значить, что въ отношеніяхъ данныхъ государствъ существуетъ конфликтная норма, не соотвѣтствующая ихъ объемнымъ постановленіямъ. При этомъ, конфликтная норма можетъ быть или шире, или уже объемныхъ постановленій.

Когда конфликтная норма отнимаетъ у нашего закона такую компетенцію, которая, по нормѣ объемной,

этотъ не можетъ дать никакихъ новыхъ выводовъ. Если конфликтная норма отнимаетъ у иностраннаго объема такіе казусы, которые этотъ объемъ самъ себѣ присваиваетъ, — то это значить, что указанная конфликтная норма подчиняетъ разбираемое отношеніе или закону *fori* или какому-нибудь третьему закону. Въ первомъ случаѣ ея постановленіе или совпадетъ съ объемомъ *fori*, или не совпадетъ. Первый подъ-случай не возбуждаетъ сомнѣній, а второй — приведетъ насъ къ знакомой и хорошо изученной *comitas*. Во второмъ случаѣ постановленіе конфликтной нормы, опять-таки, или совпадетъ или не совпадетъ съ третьей объемной нормой. Первый подъ-случай, опять-таки, не возбудитъ сомнѣній, а второй — дастъ знакомую картину *gen. voi*. Вотъ, — каковы соображенія, вслѣдствіе которыхъ я не подвергалъ спеціальному анализу принципъ *Näherberechtigung*. Для меня было достаточно указать, что принципъ этотъ существуетъ и что мы, идя отъ извѣстныхъ намъ трехъ ирраціональныхъ величинъ, пришли бы къ этому принципу даже въ томъ случаѣ, если бы онъ ранѣе въ литературѣ не былъ извѣстенъ. Мы могли бы а priori доказать, что существованіе этого принципа необходимо при теперешнемъ состояніи науки частнаго междунагоднаго права.

нашему закону принадлежить,—мы говоримъ о публичномъ порядкѣ. Слѣдовательно, публичный порядокъ есть тотъ случай несовпаденія конфликтной и объемной нормъ, когда конфликтная норма является болѣе узкой, чѣмъ своя объемная норма.

Когда конфликтная норма присваиваетъ нашему закону такую компетенцію, которая, по нормѣ объемной, нашему закону не принадлежить,—мы говоримъ о *comitas*. Слѣдовательно, *comitas* есть тотъ случай несовпаденія конфликтной и объемной нормъ, когда конфликтная норма является болѣе широкой, чѣмъ своя объемная норма.

Когда конфликтная норма присваиваетъ чужому закону такую компетенцію, которая, по его объемной нормѣ, этому закону не принадлежить,—мы говоримъ объ отсылкѣ. Слѣдовательно, отсылка есть тотъ случай несовпаденія конфликтной и объемной нормъ, когда конфликтная норма является болѣе широкой, чѣмъ чужая объемная норма.

Наконецъ, когда конфликтная норма отнимаетъ у чужого закона такую компетенцію, которая, по его объемной нормѣ, принадлежить этому закону, мы говоримъ о *Näherberechtigung*. Слѣдовательно, *Näherberechtigung* есть тотъ случай несовпаденія конфликтной и объемной нормъ, когда конфликтная норма является болѣе узкой, чѣмъ чужая объемная норма.

Въ этомъ и заключается тотъ систематическій выводъ (для теперешняго международнаго частнаго права), къ которому я стремился.