

Центр исследования права им. Савиньи

Фридрих Карл фон Савиньи

СИСТЕМА СОВРЕМЕННОГО РИМСКОГО ПРАВА

Том V

Перевод с немецкого Г. Жигулина
Под редакцией О. Кутателадзе и В. Зубаря

МОСКВА – ОДЕССА – 2017



УДК 34
ББК 67.3
С 13

Кутателадзе Олег Джумберович — руководитель Центра исследования права им. Савиньи, кандидат юридических наук
Зубарь Владимир Михайлович — доцент кафедры гражданского права Национального университета «Одесская юридическая академия», кандидат юридических наук
Жигулин Геннадий Гаврилович — переводчик Центра исследования права им. Савиньи

Рецензенты:

заведующий кафедрой гражданского права Национального университета «Одесская юридическая академия»,
доктор юридических наук, профессор **Е.О. Харитонов**;
доктор юридических наук, кандидат исторических наук,
доцент кафедры теории и истории права НИУ ВШЭ **Д.Ю. Полдников**;
кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России,
профессор кафедры международного частного права
Российской школы частного права **А.И. Муранов**

Савиньи Ф.К. фон.

С 13 **Система современного римского права: В 8 т. Т. V** / Пер. с нем. Г. Жигулина; Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. — М.: Статут, 2017. — 304 с.

ISBN 978-5-8354-1332-4 (т. 5) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-0769-9

Вниманию читателей предлагается первый русский перевод восьмого тома немецкого издания основополагающего труда создателя базовой догматики современного частного права, основателя исторической школы права Фридриха Карла фон Савиньи «Система современного римского права».

В работе излагается учение о господстве норм права над правоотношениями, которое фактически сформировало новую теорию коллизионного права, отвергнув ранее существовавшие концепции.

Предназначается для научных работников, аспирантов, студентов юридических вузов, юристов, а также для всех интересующихся вопросами гражданского права и международного частного права.

*Перевод осуществлен при поддержке
Центра исследования права им. Савиньи (г. Одесса, Украина)
(e-mail: centre@jurline.com.ua)*

УДК 34
ББК 67.3

ISBN 978-5-8354-1332-4
ISBN 978-5-8354-0769-9

© О.Д. Кутателадзе, 2017
© Статут, 2017

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	6
------------------	---

КНИГА ТРЕТЬЯ. ГОСПОДСТВО НОРМ ПРАВА НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ

§ 344. Введение	9
-----------------------	---

ГЛАВА ПЕРВАЯ. МЕСТНЫЕ ГРАНИЦЫ ГОСПОДСТВА НОРМ ПРАВА

НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ	13
§ 345. Обзор	13
§ 346. Происхождение и территория как основания принадлежности лица к определенной области права	16
§ 347. Противоречивые территориальные права в одном и том же государстве	18
§ 348. Противоречивые территориальные права в разных государствах	21
§ 349. Противоречивые территориальные права в разных государствах (продолжение)	26
§ 350. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . Введение	30
§ 351. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . I. <i>Origo</i>	32
§ 352. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . I. <i>Origo</i> (продолжение)	36
§ 353. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . II. <i>Domicilium</i>	40
§ 354. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . II. <i>Domicilium</i> (продолжение)	43
§ 355. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . Действие этих отношений	45
§ 356. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . Действие этих отношений (продолжение)	50
§ 357. Римское учение об <i>origo</i> и <i>domicilium</i> . Действие этих отношений (продолжение)	55

§ 358. <i>Origo</i> и <i>domicilium</i> в современном праве	57
§ 359. <i>Origo</i> и <i>domicilium</i> в современном праве (продолжение).....	61
§ 360. Переход к отдельным правоотношениям	67
§ 361. Переход к отдельным правоотношениям (продолжение).....	73
§ 362. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность).....	81
§ 363. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)	85
§ 364. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)	88
§ 365. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)	95
§ 366. II. Вещное право. Общие правила.....	100
§ 367. II. Вещное право. Собственность.....	107
§ 368. II. Вещное право. <i>Jura in re</i>	111
§ 369. III. Обязательственное право. Введение.....	117
§ 370. III. Обязательственное право. Подсудность обязательства	120
§ 371. III. Обязательственное право. Подсудность обязательства (продолжение).....	135
§ 372. III. Обязательственное право. Местное право.....	142
§ 373. III. Обязательственное право. Местное право (продолжение)	147
§ 374. III. Обязательственное право. Местное право. Отдельные правовые вопросы	151
§ 375. IV. Наследственное право.....	168
§ 376. IV. Наследственное право (продолжение)	170
§ 377. IV. Наследственное право. Отдельные правовые вопросы.....	177
§ 378. IV. Наследственное право. Прусское право	180
§ 379. V. Семейное право. А. Брак	185
§ 380. V. Семейное право. В. Отцовская власть. С. Опекa	192
§ 381. VI. Формы юридических сделок (<i>locus regit actum</i>).....	197
§ 382. VI. Формы юридических сделок (<i>locus regit actum</i>) (продолжение)	204

ГЛАВА ВТОРАЯ. ВРЕМЕННЫЕ ГРАНИЦЫ ГОСПОДСТВА НОРМ ПРАВА

НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ	209
§ 383. Введение	209
§ 384. Два вида норм права	212
§ 385. А. Приобретение прав. Принцип	216
§ 386. А. Приобретение прав. Принцип (продолжение).....	222
§ 387. А. Приобретение прав. Принцип (продолжение).....	226
§ 388. А. Приобретение прав. Применения принципа	229
§ 389. А. Приобретение прав. Применения.	
I. Статус лица как такового.....	233
§ 390. А. Приобретение прав. Применения.	
II. Вещное право	237
§ 391. А. Приобретение прав. Применения.	
II. Вещное право (продолжение).....	240
§ 392. А. Приобретение прав. Применения.	
III. Обязательственное право	245
§ 393. А. Приобретение прав. Применения.	
IV. Наследственное право.....	252
§ 394. А. Приобретение прав. Применения.	
IV. Наследственное право (продолжение)	264
§ 395. А. Приобретение прав. Применения.	
IV. Наследственное право (продолжение)	271
§ 396. А. Приобретение прав. Применения.	
V. Семейное право	277
§ 397. А. Приобретение прав. Исключения.....	284
§ 398. В. Существование прав. Принцип	289
§ 399. В. Существование прав. Применения. Исключения.....	293
§ 400. В. Существование прав. Правомерность	299

ПРЕДИСЛОВИЕ

Данный том своеобразием своего содержания значительно отличается от всех предыдущих томов. Прежде всего, в нем гораздо менее заметно влияние римского права, чем во всех прежде разработанных учениях. Кроме того, изложенное здесь учение по сравнению с другими следует рассматривать как незавершенное, взятое в процессе своего становления. Притом данное утверждение не следует понимать как субъективное признание автора, будто его сил недостаточно для овладения этим трудным материалом, напротив, оно вытекает из рассмотрения своеобразной природы самого предмета, о чем теперь следует дать подробный отчет.

В этом учении, и особенно в первой его части (гл. I), до сих пор весьма сильно разнятся мнения авторов, а также решения судов; немцы, французы, англичане и американцы часто резко противостоят друг другу. Но всех объединяет общий живой интерес к относящимся сюда вопросам, стремление к сближению, уравниванию, взаимопониманию, которое не встречается ни в одном другом учении. Можно сказать, что данное учение стало уже общим достоянием образованных наций, но не благодаря обретению твердых, общепризнанных принципов, а, пожалуй, благодаря общности стремящихся к этому научных исследований. Наглядным примером такого несовершенного, но обнадеживающего положения дел является превосходный труд Стори, который вместе с тем может быть в высшей степени полезным для любого исследователя благодаря богатой подборке материала.

Однако не только дальнейшее развитие и совершенствование юридической теории представляется нам столь притягательным и интересным в этой теории, но и величественная перспектива переходящего во всеобщность практического единства правосознания и правовой жизни.

Стоит еще отдельно рассмотреть место этого учения в устремлениях сторон новейшего времени.

Нередко конфронтация германистов и романистов учитывается здесь менее, чем где-либо. В самых важных вопросах германские правоведы обычно приходили к большому согласию, которому не мешало

указанное противостояние в других учениях, часто негативно отражающееся на науке. Кажется, что позитивные предписания римского права оказывают здесь сравнительно меньшее влияние, чем где-либо. Но подробнейшее знание его тут важно прежде всего потому, что мнения авторов и судов по большей части определялись правильным или ошибочным пониманием римских понятий и правил, часто без четкого осознания тех из них, которые на самом деле полностью находились под этим влиянием.

Если, далее, окончательное подчеркивание национальности относится к господствующим направлениям самого последнего времени, то как раз это направление не может проявить себя в учении, которое по своему характеру должно стремиться к растворению национальных противоположностей в признанном единстве различных наций.

Таким образом, мы обнаруживаем здесь, с одной стороны, блестящие перспективы на будущее, с другой стороны, невозможность полностью разрешить данную задачу уже сейчас, даже независимо от личных способностей отдельного работника. Каждый, кто находится в подобном положении, может почерпнуть из этого рассуждения и смелость, и скромность. Он должен будет считать честью для себя, если сумеет оказать посильное содействие продолжающемуся духовному процессу путем сведения этого учения к истинным принципам, даже если при последующем развитии его попытка останется в памяти лишь как один из подготовительных шагов.

Особый недостаток в прежних работах автор этого труда полагал обнаружить в том, что всегда обе части, которые в данном труде представлены связанными, — местные и временные границы господства правовых норм — рассматривались отдельно и обособленно. Он думал, что должен устранить этот недостаток приведением в связь обеих частей, т.е. не только поставив их внешне рядом друг с другом (чего явно недостаточно и что часто уже пытались сделать без всякого заметного результата в виде краткого изложения в учебниках), а попытавшись исследовать и изложить внутреннюю взаимосвязь принципов, имеющих силу для обеих частей.

Данный том завершает общую часть системы, значение которой было объяснено в самом начале (т. I, § 58). Обзор всего труда, помещенный в начале первого тома, позволял ожидать, что непосредственно за первыми тремя книгами, содержащими указанную общую

часть, последуют книги с особой частью, которые предварительно были озаглавлены следующим образом.

Четвертая книга.	Вещное право
Пятая книга.	Обязательственное право
Шестая книга.	Семейное право
Седьмая книга.	Наследственное право

Долгий перерыв, вызванный случайными обстоятельствами, сделал завершение целого еще менее вероятным, чем можно было предположить в самом начале, и данные рассуждения привели меня к следующему изменению внешнего построения труда, которое, стало быть, отнюдь нельзя объяснять переменой в убеждении относительно целесообразности его важного плана.

Я считаю теперь все имеющиеся тома завершенным, самостоятельным произведением, а потому к названию каждого из них следует мысленно добавлять слова «Общая часть».

Особая же часть системы будет представлена не в виде продолжения общей части в последующих томах, а скорее в отдельных трудах, первым из которых будет «Обязательственное право» (а не «Вещное право» согласно прежнему намерению). Потому эти работы с внешней стороны будут казаться монографиями, на самом деле не являясь ими по сути (с. 268—269 [т. I русского перевода «Системы...»]), поскольку написаны будут так, будто заявленного в настоящий момент изменения первоначального плана вовсе не было.

Написано в июле 1849 г.

КНИГА ТРЕТЬЯ. ГОСПОДСТВО НОРМ ПРАВА НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ

§ 344. Введение

Задачей первой книги настоящей системы права было представление источников права, т.е. причин возникновения правовых норм, второй — общего характера правоотношений, которыми должны управлять названные нормы права. Теперь в общей части системы осталось установить связь правовых норм с правоотношениями; эта связь выражается, если взглянуть с одной стороны, как господство норм над отношениями, с другой стороны — как подчинение отношений данным правилам.

Но для того, чтобы эта настолько же важная, насколько и трудная, часть задачи была правильно воспринята с самого начала, необходимо точно определить, в каком смысле здесь следует понимать названную связь (господство, подчинение)¹.

Нормы права должны управлять правоотношениями, но что представляет собой область их господства? *Какими* правоотношениями они должны управлять? Этот вопрос обретает определенный смысл прежде всего благодаря характеру позитивного права, которое является не одним и тем же для всего человечества в целом, а особым и отличным в зависимости от народов и государств, возникающим у каждого отдельного народа и из общечеловеческих, и из своеобразных правообразующих сил. Это разнообразие позитивных прав является тем, из чего вытекает необходимость и важность установления сферы господства каждого позитивного права, т.е. установления границ между разными позитивными правами. Только благодаря такому установлению границ можно будет судить о любой возможной коллизии, которая

¹ Основа данного исследования, в частности представленных здесь понятий, указана выше (см. т. I, § 4—9, 15).

может возникнуть между разными позитивными правами при оценке некоего существующего правоотношения.

К поставленному здесь вопросу и ответу на него можно прийти, если пойти обратным путем. Нам дано правоотношение в качестве предмета нашей оценки. Мы отыскиваем для него норму права, под властью которого оно находится и согласно которой о нем следует судить. Поскольку нам здесь нужно сделать выбор из нескольких норм права, которые относятся к разным позитивным правам, мы снова приходим к вышеупомянутым границам господства каждого позитивного права и к коллизиям, зависящим от этих границ. Обе трактовки данного вопроса различаются только исходной точкой. Сам же вопрос здесь и там одинаков, и решение в обоих случаях не может быть разным.

Большинство авторов, рассматривающих этот предмет, исходят из понятия коллизии и считают ее разрешение своей истинной и единственной задачей, — несомненно, во вред удовлетворительному результату. Естественная последовательность рассуждения представляется скорее следующей: о нормах права спрашивается, какими правоотношениями они должны управлять, о правоотношениях — каким нормам права они подчиняются или к каким из них они принадлежат. Вопросы о *границах* господства или принадлежности и о возникающих по поводу этих границ спорах, или *коллизиях*, являются по своему характеру производными и подчиненными².

Но к этому обозначенному здесь вопросу о границах, в которых властвуют нормы любого позитивного права, добавляется еще один, отличающийся от предыдущего, хотя и связанный с ним. До сих пор мы рассматривали нормы права как установившиеся, без учета их возможных изменений во времени. Но к сути позитивного права относится то, что его воспринимают не как застывшее, а как находящееся в постоянном совершенствовании и развитии³, приписывая ему тем самым свойство изменчивости во времени. Кроме того, причиной возникновения каждого правоотношения, представленного для нашей оценки, обязательно являются юридические факты⁴, которые всегда следует подразумевать то в недалеком, то в отдаленном прошлом. А поскольку в промежуточное время с момента возникновения правоотношения до нынешнего времени в позитивном праве могли наступить

² Вехтер (*Wächter*, Bd. II, S. 34) делает хорошее замечание, что некоторые авторы, полностью отделяя вопрос о применении законов от вопроса о коллизии, приходят к тому, что дают противоречивые ответы на оба, в сущности, идентичных вопроса.

³ См. выше, т. I, § 7.

⁴ См. выше, т. II, § 104.

изменения, еще необходимо установить, из какого момента времени следует брать правило, господствующее над правоотношением.

Из этого рассуждения возникает тем самым новый вид границ для господства норм права, а с ним новый вид возможных коллизий, не менее важный и трудный, чем ранее рассмотренные границы и коллизии. В предшествующем рассуждении нормы права подразумевались как одновременные, постоянные, установившиеся — в этом же они выступают как неодновременные, различные ввиду своего развития, преемственные. В целях краткости и единообразия хочу использовать следующие выражения: «местные границы господства норм права»; «временные границы господства».

Второе из этих специальных выражений понятно само собой. Оправдание первого возможно только в ходе последующего исследования.

Предметом данного труда является римское право. Как соотносится римское право с поставленными здесь вопросами? Мы вынуждены признать двоякое, различное соотношение.

Во-первых, для применения римского права к определенным государствам и народам в соотношении с другими позитивными правами мы должны подробно остановиться на названных вопросах, если хотим гарантировать ему какую-либо практическую ценность. Эта потребность была бы неизбежной, даже если бы римские юристы никогда не задумывались над указанными вопросами, никогда не занимались ими. Однако, во-вторых, римляне на самом деле рассматривали эти вопросы, а потому нам необходимо найти и установить их высказывания по ним. И хотя данные высказывания будут отчасти односторонними и несовершенными, а также не везде смогут претендовать на непосредственное применение — даже тогда, когда мы вправе предположить действие римского права в целом, тем не менее их установление очень важно уже по той причине, что учение новых авторов и связанная с ним практика по большей части основываются на высказываниях римлян, а зачастую на их неправильной трактовке, и поэтому как правильного понимания нового учения и практики, так и их очищения можно добиться только благодаря глубокому исследованию взглядов, изложенных в римском праве.

В предваряемом здесь последующем исследовании предстоит в двух главах установить: I) местные границы; II) временные границы господства норм права над правоотношениями.

А относительно этих двояких границ уже заранее стоит отметить, что между ними может происходить определенное взаимодействие. Если вообще две нормы права вступают друг с другом во временную

коллизию, в связи с чем необходимо установить границы для решения вопроса в пользу господства одной или другой, то при этом всегда предполагается произошедшее изменение. Подобное изменение может касаться двух сторон.

Во-первых, оно может касаться нормы права. Самый простой случай — когда законодатель путем издания нового закона относительно имеющегося правоотношения изменяет существовавшее до тех пор правило, т.е. создает новое объективное право.

Но, во-вторых, изменение может касаться также правоотношения, поскольку меняются его фактические условия при неизменившейся норме права. Примером для пояснения может служить дееспособность, о которой судят по праву, действующему в месте жительства лица. Итак, если данное лицо меняет место жительства, то вследствие этого правоотношение может подпасть под действие новой нормы права, и может возникнуть вопрос, следует ли отныне судить о дееспособности по закону прежнего места жительства или нового.

Понятно, что изменения второго вида одновременно затрагивают сферы местной и временной коллизии. Однако при этом преобладающим является местный элемент, и поэтому будет целесообразно и разумно все относящиеся сюда вопросы рассмотреть в связи с местными границами господства, т.е. включить в первую главу⁵.

Значит, для исследования временных границ господства (вторая глава) остаются только изменения первого вида, которые касаются норм права.

⁵ Обсуждение названных вопросов встречается в § 365 (в конце), 366–368, 370 (сн. 305), 372 (п. III), 379 (п. 3). В других учениях эти вопросы не возникают, потому что в них влияние самого по себе изменчивого фактического отношения зафиксировано определенным моментом времени, чем исключается возможность всякого сомнения (так в случае права наследования (§ 374, 377) и правила *locus regit actum* (§ 381)).

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

МЕСТНЫЕ ГРАНИЦЫ ГОСПОДСТВА НОРМ ПРАВА НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ

§ 345. Обзор

Авторы⁶:

Bartolus in Codicem, L. 1 C., de summa trin. (1. 1), Num. 13—51.

B. Argentræi, Comment. ad patrias Britonum Leges, ed. oct., Antverp., 1664, f. В art. 218 *Coutume de Bretagne* установлено, что любой может лишить своего законного наследника только одной трети недвижимого имущества. При этом возникал вопрос, следует ли причислять к этой трети и иностранную недвижимость, и так *d'Argentré* в шестой глоссе к указанной статье пришел к учению о коллизии законов, которое он рассматривает здесь (S. 601—620). Автор умер в 1590 г., а названное сочинение было издано только после его смерти (1608).

Chr. Rodenburg, De jure conjugum, Traj., 1653, 4. В *praeliminaria* (S. 13—178) подробно рассматривается коллизия законов.

P. Voetius, De statutis eorumque concursu, Leodii, 1700, 4 (впервые издано в Амстердаме в 1661 г.). О коллизии статутов говорится только в sect. 4, 9—11.

J.N. Hertius, De collisione legum, 1688, Comm. et opuscul., vol. 1, p. 118—154. Сюда относится только sect. 4 (§ 1—74).

Ulr. Huber, De conflictu legum (в *praelect. ad Pand.* в качестве приложения к lib. 1, tit. 3 de legibus (§ 1—15)).

J. Voetius, De statutis (в качестве pars 2 de statutis (§ 1—22) в комментарии к Пандектам, после lib. 1, tit. 4 de constitut. princ.).

L. Boulleinois, Traité de la personnalité et de la réalité des loix etc., Paris, 1766, 2 vol. in 4 (в переводе Роденбурга с очень пространными дополнениями).

D. Meier, De conflictu legum divers., Bremae, 1810, 8.

⁶ Ради краткости перечисленных здесь авторов я буду позже называть только по имени.

G. v. Struve, Über das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse, Carlsruhe, 1834, 8.

Jos. Story, Comment. on the Conflict of Laws, Boston, 1834 (второе, значительно расширенное издание: Boston, 1841, 8).

W. Burge, Commentaries on Colonial and Foreign Laws Generally and in Their Conflict with Each Other and with the Law of England, London, 1838, 4 vol.

W. Schöffner, Entwicklung des internationalen Privatrechts, Frankf., 1841, 8.

V. Wächter, Über die Collision der Privatrechtsgesetze, Archiv f. civil. Praxis, 1841, Bd. 24, S. 230–311; 1842, Bd. 25, S. 1–60, 161–200, 361–419 (в целом 32 параграфа). Для краткости я буду обозначать «I» раздел, содержащийся в т. 24, а «II» — разделы в т. 25.

Nic. Rocco, Dell' uso e autorità delle leggi delle due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli Stranieri, Napoli, 1842, 8.

Foelix, Du droit international privé, deuxième édition, Paris, 1847, 8 (первое издание — в 1843 г.).

Любое право выражается прежде всего как принадлежащая лицу власть⁷, следовательно, как свойство этого лица, и в первом приближении правоотношения мы тоже должны считать атрибутами лица. Поэтому вопрос о том, чем мы занимаемся, следовало бы сформулировать так: на каких лиц распространяется сфера господства любой данной нормы права? Или в обратной формулировке (§ 344): каковы те нормы права, которым подчиняется или к которым относится данное лицо?

Но следующее рассуждение должно сразу убедить нас в том, что такой постановки вопроса будет недостаточно. В области приобретенных прав⁸ лицо распространяет себя на отличные от него предметы этих приобретенных прав, и уже из данного распространения самого по себе возникает по крайней мере возможность попадания лица в область первоначально чуждой ей нормы права. Но эта простая возможность приобретет совершенно иной вид, если мы взглянем на особые свойства указанных предметов приобретенных прав. Среди этих предметов мы прежде всего обнаруживаем посторонних *лиц*, каждое из которых, в свою очередь, тоже относится к собственной области господствующих норм права, а поскольку принадлежность

⁷ См. выше, т. I, § 4.

⁸ См. выше, т. I, § 53.

двух лиц, находящихся в правоотношении друг с другом, к одной и той же области права или к разным областям права является совершенно случайным обстоятельством, отсюда следует новый, притом весьма обширный, источник коллизий между нормами права, господствующими над правоотношениями.

Следующий обзор предметов правовых норм наглядно продемонстрирует разнообразие коллизий, которые могут возникать между нормами разных областей позитивного права⁹.

Предметом норм прав могут быть:

I. *Лица* сами по себе, их правоспособность и дееспособность или условия, при которых они могут *иметь* или *приобретать* права. Этот класс норм права представляет собой то, из рассмотрения чего мы исходили в начале данного параграфа.

II. *Правоотношения*.

1. Права на определенные вещи.
2. Обязательства.
3. Права на целое имущество как на идеальный предмет неопределенного размера (право наследования).
4. Семейное право.

Из этого обзора становится ясно, что первым и непосредственным предметом, над которым господствует норма права, является лицо — и притом сперва в своем всеобщем бытии, как носитель всех прав, а уже затем постольку, поскольку оно своими свободными действиями в большинстве наиболее важных случаев порождает правоотношения или способствует их возникновению.

Однако лицо искусственно расширяет себя. Оно хочет господствовать над вещами и вследствие этого попадает в определенное пространство, которое они занимают, т.е. в возможно чуждую ему самому область права. Наиболее очевидно это в случае недвижимых вещей, поскольку заполняемое ими пространство не подвержено случайным изменениям, но не менее верно по сути и в отношении движимых вещей. Оно хочет благодаря обязательствам господствовать над чужими действиями или подчинить свои собственные действия чужой воле. Оно вступает в особые уклады жизни посредством семьи и вследствие этого то добровольно, то подневольно самым разным образом выходит из своей изначальной, чисто личной области права.

Из этого рассмотрения следует, что в каждом данном случае подлежащая применению норма права определяется и ограничивается прежде

⁹ Данный обзор должен послужить здесь лишь предварительной отправной точкой. Подробнее об этом будет сказано ниже (§ 361).

всего и главным образом посредством подчинения правомочного лица определенной области права; но вместе с тем ввиду связи определенных вещей, определенных действий или условий жизни с другими областями права могут возникать самые разные и важные модификации¹⁰.

Поэтому следующая задача должна быть нацелена на основания, из которых следует выводить общую принадлежность лица к определенной области права.

§ 346. Происхождение и территория как основания принадлежности лица к определенной области права

Чтобы понять, как лицо становится связанным с определенным позитивным правом вследствие принадлежности к нему, мы должны вспомнить о том, что само позитивное право пребывает в народе как великом естественном целом или его исконной части. Но это лишь иной способ выразить ту истину, что право пребывает в государстве или отдельной органической части государства, ибо только в последнем народ обладает подлинной реальностью, поскольку только здесь воля отдельных индивидов действительно растворяется в общей воле¹¹. Вследствие этой общей характеристики нам необходимо, следовательно, установить точнее, благодаря чему образуется то самое целое, ограничивается то самое единство, где пребывают нормы права как части позитивного права. Тем самым мы увидим, какими узами отдельных лиц соединяют в общность одного и того же позитивного права.

Если мы попытаемся прийти к решению этой задачи историческим путем, то обнаружим два основания, по которым с давних пор в целом определяли и ограничивали подобную общность позитивного права среди отдельных лиц: *этническое происхождение и территория*.

1. *Этническое происхождение* (национальность) как основание и граница правовой общности обладает сначала совершенно индивидуальным и невидимым характером. Хотя кажется, будто по своему понятию оно должно исключать влияние произвола, тем не менее оно восприимчиво к расширению путем свободного принятия отдельных лиц.

В большем распространении национальность выражается как основание и граница правовой общности кочующих племен, у которых вообще не существует постоянной территории, как у германцев в эпоху переселения народов. Но у них и после того, как они осели на быв-

¹⁰ С этим связано весьма распространенное ранее различие *Statuta personalia, realia, mixta*, о котором речь пойдет ниже (§ 361).

¹¹ Ср. выше, т. I, § 8, 9.

ших землях Римской империи, еще долго сохранялся тот же принцип в системе личных законов, которые здесь в рамках одного и того же государства применялись одновременно и среди которых теперь наряду с правами франков, ломбардов и т.п. появляется также римское право как продолжающее существовать личное право исконных жителей этих новых государств, основанных в результате завоеваний¹².

В последние столетия мы и поныне в Турецкой империи обнаруживаем самую полную картину данного типа правовой общности. А в христианских государствах Европы остатки этого долгие всего сохранялись у еврейской нации, у которой продолжение существования национального права, а также самой обособленной национальности было связано с религией. Но и эти остатки все больше исчезают¹³.

Похожим, но не идентичным только что представленному основанию правовой общности является то, которое основывается на особом гражданском отношении особых классов лиц. У римлян это оказывается весьма развитым и долго существующим в классах *cives*, *latini*, *peregrini*, которые, в свою очередь, связаны с системами *jus civile* и *jus gentium*¹⁴. Тем не менее данное различие, хотя весьма важное в другом аспекте, в том отношении, которое нас здесь занимает, никогда не обрело влияние, которое можно было бы сравнить с влиянием этнического происхождения или территории.

II. *Территория* (территориальность) выступает как второе особенно важное и распространенное основание установления и ограничения общности позитивного права между отдельными лицами. Это основание отличается от предыдущего (национальности) своим менее индивидуальным характером. Оно связано с чем-то внешне распознаваемым, с видимой границей территории, а произвол человека влияет на применение указанного основания обширнее и непосредственнее, чем в случае этнического происхождения, где данному влиянию больше присущ характер простого исключения.

Названное второе основание правовой общности с течением времени при прогрессирующем развитии все больше и больше вытесняло первое (национальность). На это повлияло прежде всего многостороннее, живое общение народов между собой, благодаря которому должны были измениться резкие противоположности меж-

¹² Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 1, Kap. 3, § 30–33.

¹³ В Пруссии, например, уже в 1812 г. Эдиктом о евреях (§ 20, 21) на евреев распространили общее право прочих жителей, а особое национальное право сохранилось лишь как исключение.

¹⁴ Ср. выше, т. I, § 22; Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. I, § 1.

ду национальностями. Но особенно нельзя недооценивать влияние христианства, которое как общая нить духовной жизни позволяло связать самые разные народы, все сильнее отодвигая на задний план их собственные различия.

Итак, если мы будем исходить из этого второго основания правовой общности, тогда коллизия, о которой мы здесь должны помнить всюду, будет касаться *местного* различия прав, а нашу задачу можно отныне сформулировать следующим вопросом для всех возможных случаев коллизий:

Какое *территориальное право* следует применять в каждом конкретном случае?

Тогда в этом также заключается причина, по которой уже до сих пор одновременные границы норм права назывались *местными* границами (§ 344).

Попробуем сначала наглядно показать на примерах, какое значение может иметь обсуждаемая здесь коллизия разных местных, или территориальных, прав. В определенном месте следует решить юридический спор об исполнении договора или о собственности на вещь. Договор заключен или спорная вещь находится не в том месте, где расположен суд; в обоих местах действует разное территориальное право. Наряду с этим обе спорящие стороны как лица могут относиться к месту суда или к какому-либо другому месту либо даже к разным местам. Какое из разных местных прав, с которыми неким образом соприкасается спорное правоотношение, должно быть применено при решении спора? В этом состоит смысл вопроса о коллизии применительно к территориальным правам¹⁵.

§ 347. Противоречивые территориальные права в одном и том же государстве

Противоречащие друг другу территориальные права, для коллизии которых нам теперь надо будет установить правила (§ 346), мо-

¹⁵ Правда, вопрос о коллизии разных прав возникает также в правовой общности, основанной на этническом происхождении, и также требует здесь своего решения, как и в случае с территориальным правом. Более подробное рассмотрение этого вопроса, который вообще затронут только ради исторической связи и не имеет никакого значения в современном праве, было бы здесь неуместно (ср.: *Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter*, Bd. 1, § 46).

гут находиться в двояком отношении между собой, и хотя принципы оценки всегда будут одними и теми же, все же это различие оказывает наибольшее влияние на способ применения названных принципов.

Названные территориальные права могут иметь силу *либо* в разных частях территории одного и того же государства, *либо* в разных независимых друг от друга государствах.

I. Различные территориальные права внутри одного и того же государства уже упоминались ранее под названием *партикулярных прав* в противоположность общему праву такого государства; они могут выражаться как в виде законов, так и в виде обычаев¹⁶.

Историческая причина их возникновения, а также зависящие от этого ограничения чрезвычайно разнообразны. Наиболее важный случай применения в истории Германской империи был связан с отношением отдельных немецких государств к объединяющей их Германской империи¹⁷. Но аналогичные отношения встречались также внутри отдельных государств, составлявших Германскую империю, и встречаются еще и ныне после распада Империи.

Подобные партикулярные права возникают или в целых провинциях, или в частях провинций, или (преимущественно) в отдельных общинах. Особенно часто они возникают на территориях городов, иногда даже в отдельных частях одного и того же города¹⁸.

На больших территориях (в провинциях или частях провинций) подобные партикулярные права часто возникали вследствие того, что ранее они были территориями самостоятельных государств или даже частями другого государства и только потом были аннексированы государством, к которому они теперь относятся.

На территориях городов партикулярные права часто издавались для этих отдельных городов либо сувереном, которому подчинялся

¹⁶ См. выше, т. I, § 8, 18, 21.

¹⁷ См. т. I, § 2. Похожее, но не вполне идентичное отношение мы обнаруживаем между составлявшими объединенные Нидерланды небольшими суверенными государствами, которые не были, как немецкие государства, связаны общей высшей государственной властью и законодательством. Вследствие весьма часто возникающих там случаев коллизии особенно голландские юристы (Роденбург, П. Возэций, И. Возэций, Губер) вынуждены были уделить большое внимание данному предмету. Аналогичный характер имеют также отношения между североамериканскими республиками.

¹⁸ Так, например, до 1 января 1840 г. в Бреслау одновременно существовали пять партикулярных законов и норм обычного права о праве наследования, имущественном праве супругов и т.п., применение которых ограничивалось районами юрисдикции. Нередко здесь право разнилось от дома к дому; бывало даже, что дом располагался на границе разных прав, к которым он поэтому частично относился. Ср. Закон от 11 мая 1839 г. (Gesetzsammlung, 1839, S. 166).

данный город, либо даже городской властью с разрешения или согласия суверена.

Такое возникновение особых городских прав мы обнаруживаем уже в Римской империи, отдельные общины которой не только обладали правом на собственное законодательство до объединения с великим Целым, но и не лишились его вследствие объединения, хотя они всегда подчинялись новым законам, изданным в Риме¹⁹. Это и послужило поводом для римских юристов заняться данным исследованием²⁰. Они как партикулярные права представляют собой здесь противоположность общему римскому праву. Но еще обширнее и важнее были городские права, которые формировались в период итальянского Средневековья почти в каждом городе и, будучи партикулярными правами, представляли собой противоположность не только римскому, но и ломбардскому праву (имея в виду, что и то, и другое было общим правом)²¹. В качестве технического термина за ними закрепилось название «*Statuta*», которое затем перенесли в другие земли и к которому добавилось учение о *Statuta personalia, realia, mixta* (§ 345, сн. 10).

К коллизии различных территориальных прав в рамках одного и того же государства можно было бы попытаться отнести и следующий случай, который, однако, на самом деле обладает совершенно иным характером и вовсе не относится к области данного исследования. В каждом государстве могут встречаться партикулярные права с различной координацией и субординацией, начиная с самых ограниченных местных и расширяясь вплоть до общего права такого государства. В этом случае тоже можно говорить о коллизии, поскольку в определенных местах в целом действительно каждое из этих партикулярных прав и, следовательно, в конкретном отдельном случае можно спросить, а какое из них должно служить правилом для вынесения решения, если они противоречат друг другу. Но здесь вопрос о коллизии, если попытаться использовать это выражение, имеет иное значение, чем в случае *одновременно* существующих партикулярных прав одного государства, которые не зависят друг от друга, т.е. не находятся в отношении зависимости и подчинения друг другу.

Между несколькими подчиненными друг другу правами действует простое правило, что всегда преимущество в применении имеет то право, которому следует приписывать самое ограниченное действие, за исключением лишь особого случая, когда стоящее над ним право более

¹⁹ Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 1, Kap. 2.

²⁰ См. выше, § 344.

²¹ Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 3, § 42, 189; Bd. 2, § 76.

широкого действия включает в себя отдельные предписания, имеющие характер абсолютного веления²².

С помощью такого простого правила нельзя преодолеть коллизию, возникающую между несколькими независимыми друг от друга партикулярными правами. Это требует более глубокого исследования, которое предстоит провести ниже в данной главе. Впрочем, поскольку только в данном случае предполагаются партикулярные права одного и того же государства²³, то можно было бы подумать, что их коллизия может быть урегулирована общим законодательством именно этого государства. Но именно это по настоящее время не реализовано в достаточной мере, пожалуй, ни в одном государстве; напротив, всюду большинство самых важных, относящихся сюда вопросов предоставили научному установлению.

§ 348. Противоречивые территориальные права в разных государствах

II. Второй случай возможной коллизии различных территориальных прав предполагает, что эти права существуют не в одном и том же государстве, а в нескольких независимых друг от друга государствах (§ 347). Если мы взглянем на примеры, которые приводились выше для пояснения всего вопроса о коллизии (§ 346), то теперь они примут следующий вид. Судье нашего государства необходимо вынести решение о спорном правоотношении, которое из-за фактов, лежащих в его основе (например, место, где был заключен договор или где находится спорная вещь), соприкасается с правом иностранного государства, отличающимся от нашего позитивного права. Наряду с этим возможно, что обе стороны являются гражданами данной страны или иностранцами или что одна из них является ее гражданином, а вторая — иностранцем. Каким из разных относящихся сюда территориальных прав должен воспользоваться судья?

²² См. выше, т. I, § 21, 45. Стало быть, за исключением этого особого случая, действительно правило: городское право преодолевает право земли, право земли преодолевает общее право.

²³ Так можно было бы подумать независимо от того, стоит над своеобразными партикулярными правами одно и то же общее право (как в Пруссии Общее земское право над провинциальными правами Бранденбурга, Померании, Восточной и Западной Пруссии и т.д.) или нет, ибо даже в этом последнем случае, который, например, имеет место между Рейнской провинцией Пруссии и прочими провинциями, все же можно было бы подумать, что какой-либо прусский закон мог бы полностью урегулировать коллизию этих разных прав.

Точно такой же вопрос встал бы и перед судьей названного иностранного государства, если бы правовой спор возник не в нашем, а в иностранном государстве.

Некоторые пытались решить эти вопросы только посредством принципа независимой государственной власти (суверенитета), ставя во главу два следующих правила: 1) каждое государство может требовать, чтобы в его границах действовал только его закон; 2) ни одно государство не может требовать действия своих законов за его границами²⁴.

Я хочу не только согласиться с правильностью этих положений, но и признать их распространение до максимально возможных границ, но думаю, что они не помогут решить нашу задачу.

Самое широкое распространение независимой государственной власти в отношении иностранцев могло бы привести к их полному бесправию. Подобная позиция не чужда римскому международному праву²⁵, но даже там, где римляне не применяют его к иностранцам, всегда сохраняется по крайней мере большое различие в правоспособности между римлянами и иностранцами (§ 346). Современное право, напротив, постепенно пришло к признанию полного равноправия между местными жителями и иностранцами²⁶.

Однако это равноправие *лиц* вовсе ничего не решает в вопросе о коллизии национального и иностранного *права*. Прежде всего мы должны признать, что если национальные законы содержат предписания о рассмотрении случаев коллизии, то судьи должны применять только эти законы нашего государства²⁷. Однако подобные законы нигде не встречаются в достаточном количестве, особенно в тех государствах, в которых силу имеет общее германское право²⁸.

Правда, строгое право высшей власти могло бы, между прочим, привести к тому, что всем судьям страны было бы предписано квали-

²⁴ Huber, § 2; Story, § 18–21.

²⁵ Римское право применяет это бесправие, притом с обоюдными последствиями, не только к *hostes*, понятие которых предполагает объявленную войну, но даже и ко всем гражданам таких государств, с которыми Рим не образовал ни *foedus*, ни *amicitia* (L. 5, § 2 de capt. (49. 15)).

²⁶ Wächter, I, S. 253; II, S. 33–34, 181; Puchta, Pandekten, § 45, 112; Eichhorn, Deutsches Recht, § 75.

²⁷ Wächter, I, S. 237 fg.; Story, § 23. Станным образом возражает Струве (Struve, § 9, 37), объявляя ничтожными законы, которые не исходят из правильных принципов коллизии.

²⁸ Таким образом, здесь имеет место тот же случай, что и при коллизии партикулярных прав (§ 347).

фицировать все встречающиеся им правоотношения исключительно согласно отечественному праву, не учитывая возможно отличающиеся положения какого-либо иностранного права, с территорией которого могло бы соприкасаться спорное правоотношение. Но подобное предписание не встречается ни в одном законодательстве известных государств, чему уже препятствовало бы, пожалуй, следующее рассуждение.

Чем разнообразнее и оживленнее будут сношения между разными народами, тем сильнее будет убеждение в том, что разумнее не придерживаться названного строгого принципа, а заменить его, напротив, противоположным принципом. К этому ведут желательная взаимность в подходе к правоотношениям и вытекающее отсюда равенство при оценке граждан своей страны и иностранцев, что в целом необходимо ради общей выгоды народов и отдельных лиц. Ведь такое равенство в своем окончательном виде должно привести к тому, что не только в любом отдельном государстве иностранец не будет чувствовать себя ущемленным по сравнению с местными жителями (в чем заключается одинаковый подход к лицам), но и при *коллизии законов* следует ожидать одинаковую оценку правоотношений независимо от того, вынесено ли решение в одном или другом государстве.

Точка зрения, к которой мы пришли благодаря этому рассуждению, является позицией международно-правового сообщества вступающих в общение друг с другом наций, и она с течением времени приобретала общее признание отчасти под влиянием общей христианской культуры, отчасти под влиянием вытекающей отсюда для всех подлинной выгоды.

Этим путем мы приходим к тому, что коллизии территориальных прав независимых государств, о чем идет речь в настоящее время, по существу следует рассматривать согласно тем же правилам, которые действительны для коллизии различных партикулярных прав одного и того же государства (§ 347), и такое уравнивание является определяющим для всего последующего исследования.

Теперь общую задачу для обоих случаев коллизии можно выразить следующим образом:

Для каждого правоотношения отыскивается та правовая область, к которой относится или которой подчиняется это правоотношение согласно своему собственному характеру.

Это уравнивание, в противоположность вышеупомянутому строгому праву, можно назвать дружественным дозволением между суверенными государствами, а именно разрешением использовать изначально

чуждые законы в качестве источника, из которого отечественные суды должны черпать оценку некоторых правоотношений²⁹.

Однако это разрешение нельзя понимать как результат простого великодушия или произвола, что вместе с тем позволяло бы считать его изменчивым и преходящим. Напротив, в этом усматривается своеобразное и прогрессирующее развитие права, идущее в ногу с трактовкой коллизии партикулярных прав одного и того же государства³⁰.

Только что утверждавшееся уравнивание обоих видов коллизии должно быть ограничено лишь тем, что в случае противоречивых партикулярных прав (§ 347) вопрос коллизии может быть решен посредством общего закона страны, стоящего над обоими партикулярными правами. Однако подобный возможный выход из положения не может иметь место в случае противоречивых законов разных независимых государств.

Эта позиция международно-правового сообщества независимых государств, из которой затем последовало приближение к взаимному уравниванию в трактовке коллизии разных позитивных прав, была чужда римлянам. Общение между народами сначала должно было обрести огромный размах, который мы наблюдаем в последнее время, чтобы необходимость смогла привести к признанию и развитию подобных принципов.

И если эта точка зрения не нашла прямого, буквального признания у новых авторов, то все же она, по существу, лежит в основе общего обычного права, которое мы часто будем использовать в этом исследовании³¹. Правда, это обычное право утверждают преимущественно в сфере общего немецкого права. Однако его выведение из (все возрастающего) единодушия авторов и решений судов неодолимо влечет нас именно здесь за пределы этой границы. То обстоятельство, что часто спорят о содержании и границах названного обычного права,

²⁹ *Huber*, De conflictu legum, § 2: «Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi... teneant ubique suam vim»; *J. Voet.*, De statutis, § 1, 12, 17: «Dein quid ex comitate gens genti... liberaliter et officiose indulgeat, permittat, patiat, ultro citroque...»; *Story*, Conflict of Laws, § 24–38.

³⁰ Поэтому я не могу согласиться с Вехтером (*Wächter*, I, S. 240; II, S. 12–15), когда он здесь так настойчиво предупреждает о недопустимости смешения судебной и законодательной точек зрения. То, что он причисляет к законодательной точке зрения, несомненно, относится по большей части к судебной в том вопросе, который законодательство и без того оставило для научной разработки. Приближение к высказанному здесь мнению у Вехтера есть в другом месте (*Wächter*, I, S. 265), где он отсылает судью к направленности, смыслу и духу законов его страны.

³¹ *Wächter*, I, S. 255–261; II, S. 175–177, 195, 371; *Schäffner*, § 21.

тоже ничего не может в этом изменить. Общее допущение его наличия и общий поиск его содержания имеют решающее значение для высказанного здесь утверждения. А неуверенные и путанные мнения меньше всего могут удивить в правовом учении, которое на данный момент еще находится в процессе становления³².

Высказанные здесь принципы возможного, желательного, ожидаемого международно-правового единства в подходе к коллизии местных прав могут получить особую поддержку, если по этому предмету будут заключены государственные договоры между разными странами, особенно между соседними, между которыми чаще всего происходят случаи коллизии. Такие государственные договоры не только энергично желали и рекомендовали правоведы, но и на самом деле уже давно реализованы³³. Было бы неправильно воспринимать подобные договоры, если они встречаются, так, будто в них позитивно устанавливают нечто совершенно новое, будто до них должно было действовать как раз обратное. Напротив, почти всегда их следует считать выражением представленной выше правовой общности, следовательно, всегда попытками добиться более полного признания этой правовой общности.

Ни одно государство за последнее время не заключило так много договоров подобного рода с другими государствами, как Прусское, и особенно в этих договорах явно господствующей была только что высказанная точка зрения. Хочу представить здесь перечень этих государственных договоров Пруссии с соседними государствами, чтобы в последующем исследовании легче было ссылаться на них:

Договор с Саксен-Веймаром от 1824 г. (Vertrag mit Sachsen-Weimar (1824), Gesetz-Sammlung, 1824, S. 149);

Договор с Саксен-Альтенбургом от 1832 г. (Vertrag mit Sachsen-Altenburg (1832), Gesetz-Sammlung, 1832, S. 105);

Договор с Саксен-Кобург-Готой от 1833 г. (Vertrag mit Sachsen-Coburg-Gotha (1833), Gesetz-Sammlung, 1834, S. 9);

Договор с Рейсс-Герой от 1834 г. (Vertrag mit Reuß-Gera (1834), Gesetz-Sammlung, 1834, S. 124);

Договор с Королевством Саксен от 1839 г. (Vertrag mit Königreich Sachsen (1839), Gesetz-Sammlung, 1839, S. 353);

³² Ср. об этом Предисловие к данному тому.

³³ *J. Voet.*, § 1, 12, 17.

Договор со Шварцбург-Рудольштадтом от 1840 г. (Vertrag mit Schwarzburg-Rudolstadt (1840), Gesetz-Sammlung, 1840, S. 239);

Договор с Анхальт-Бернбургом от 1840 г. (Vertrag mit Anhalt-Bernburg (1840), Gesetz-Sammlung (1840), S. 250);

Договор с Брауншвайгом от 1841 г. (Vertrag mit Braunschweig (1841), Gesetz-Sammlung, 1842, S. 1).

§ 349. Противоречивые территориальные права в разных государствах (продолжение)

До сих пор наше исследование приводило к тому, что даже при принятии решения о таких правоотношениях, которые соприкасаются с разными независимыми государствами, судья должен применять то местное право, к которому относится спорное правоотношение, независимо от того, является ли это местное право национальным правом данного судьи или правом иностранного государства (§ 348).

Но теперь этот принцип следует ограничить с учетом некоторых видов законов, особый характер которых не подчиняется такой свободной трактовке правовой общности между разными государствами. В случае подобных законов судья вынужден будет применять национальное право чаще, чем допускает названный принцип, иностранное же право оставлять без применения даже там, где последнее было бы оправдано указанным принципом. Отсюда следует целый ряд важных исключений, установление границ которых будет, возможно, самой трудной задачей во всем этом учении. Часто неосознанное принятие во внимание нашими авторами данных исключений в немалой степени способствовало предотвращению единодушного признания правил, которые ими же ограничиваются. Если удастся убедительно установить названные исключения как таковые и одновременно их истинные границы, то благодаря этому, возможно, будут устранены некоторые споры о самих правилах, что могло бы поспособствовать взаимному сближению спорящих сторон.

Я попытаюсь свести обозначенные исключения к двум классам:

А) законы строго позитивного, императивного характера, которые именно из-за этого не годятся для названной свободной трактовки, независимой от границ разных государств;

В) институты права иностранного государства, существование которых вообще не признается в нашем государстве и которые не могут поэтому претендовать в нем на правовую защиту.

А. Законы строго позитивного, императивного характера

Выше уже отмечались разные противоположности в характере и происхождении норм права³⁴. Здесь мы должны опираться на них, но этого недостаточно для данной задачи, а потому нам следует скорее подробнее рассмотреть различный характер норм права.

Правда, можно было бы подумать, что здесь можно обойтись различием абсолютных и содействующих норм права (§ 16), но и это было бы неправильно. Данное различие оказывает, правда, некоторое влияние на наш вопрос, поскольку чисто содействующая норма права никогда не будет относиться к ряду названных исключений³⁵. Но и в обратном случае было бы совершенно неправильно приписывать всем абсолютным законам настолько позитивный, императивный характер, что их следовало бы причислить к случаям исключений. Так, например, любой закон о достижении совершеннолетия относится к абсолютным законам, потому что он должен действовать не только при отсутствии предписывающей иное частной воли; тем не менее все согласны с тем, что именно этот закон может без опасений действовать и за границей государства, в котором он издан (§ 362).

Итак, то, стоит ли причислять какой-либо закон к случаям исключений, зависит прежде всего от намерения законодателя. Если он заявляет об этом прямо, то такое заявление должно иметь силу, поскольку тогда оно обладает характером *закона о коллизии*, который всегда должен безоговорочно соблюдаться (§ 348, сн. 27). Однако обычно подобное прямое заявление будет отсутствовать, и тогда не остается ничего иного, кроме как вернуться к различному характеру абсолютных законов, который должен привести нас к следующему различению.

У *первого* класса абсолютных законов нет других основания и цели, кроме обеспечения пользования правом благодаря твердым правилам, так что их издают исключительно ради лиц, которые являются носителями прав. Сюда относятся законы об ограничении дееспособности по возрасту, полу и т.п.; кроме того, законы о формах переноса собственности (посредством простого договора или путем передачи). Во всех законах подобного рода отсутствует основание причислять их к случаям исключений, а возникающие при этом коллизии могут быть улаже-

³⁴ См. выше, т. I, § 15, 16, 22.

³⁵ Любой закон о наследовании по закону является содействующим, поскольку действует только при отсутствии последней воли. Поэтому общепризнано, что подобные законы могут действовать за рамками той области, для которой они изданы, ведь большинство отличных мнений касается не самих этих законов, а только их применения к недвижимой собственности, о чем подробно будет говориться ниже (§ 376).

ны скорее согласно принципу самой свободной правовой общности, поскольку любое государство без всяких опасений может разрешить действовать подобным иностранным законам и на своей территории.

Зато у *другого* класса абсолютных законов основание и цель лежат *вне* чистой области права³⁶, взятой в ее отвлеченном бытии, так что их издают *не* только ради лиц, которые являются носителями прав. Законы этого класса могут обосновываться *нравственными* причинами. Сюда относится любой закон о браке, который исключает полигамию. Они могут обосновываться также *общественным благополучием* (*publica utilitas*), независимо от того, присущ ли им больше политический, полицейский или экономический характер. Сюда относятся некоторые законы, которые ограничивают приобретение собственности евреями.

Все законы подобного вида относятся к вышеупомянутым случаям исключений, так что в отношении их применения каждое государство кажется совершенно изолированным. Таким образом, если закон нашего государства исключает полигамию, то наш судья должен отказать в правовой защите полигамного брака тем иностранцам, закон страны которых его разрешает. Если наш закон запрещает евреям приобретать собственность, то наш судья должен запрещать это не только отечественным евреям, но и иностранным, в стране которых нет такого запрета, хотя согласно общим коллизионным правилам о личной правоспособности и дееспособности следовало бы судить по законам места жительства лица. Таким же образом, наоборот, иностранное государство, которому незнакомо подобное ограничение евреев, допустит к землевладению также евреев, относящихся к нашему государству, не учитывая ограничительный закон их личного места жительства.

В. Институты права иностранного государства, существование которых вообще не признается в нашем государстве

Судья государства, который не знаком с гражданской смертью французского или русского законодательства, не должен применять к лицам, которые в этих странах подверглись гражданской смерти, связанную с ней неправопособность, хотя согласно общим коллизионным правилам о статусе лица следовало бы судить по праву, действующему в месте жительства³⁷. Точно так же в государстве, которое

³⁶ «Contra rationem juris» (см. выше, § 16, сн. 6 на с. 307 [т. I русского перевода «Системы...»]).

³⁷ Ср. выше, т. II, § 75. Шеффнер (*Schäffner*, § 35) придерживается другого мнения по этому пункту, за исключением отрицания действительности наказания, назначенного иностранным государством.

не знает рабства, находящийся в нем невольник-негр не может считаться собственностью своего господина и неправоеспособным³⁸. В этом последнем случае даже совпадут обе высказанные здесь точки зрения и приведут к одной и той же цели. Рабство как институт права чуждо нашему государству и не признается в нем, и вместе с тем, с нашей точки зрения, безнравственно обращаться с человеком как с вещью. В ранее названном случае гражданской смерти можно было бы воспользоваться только первым основанием, но не вторым, поскольку гражданская смерть не безнравственнее любого другого, очень сурового наказания.

Сопоставленные здесь классы абсолютных законов, как бы сильно они ни отличались друг от друга, совпадают в том, что на них не распространяется правовая общность всех государств, требуемая в целом для коллизии местного права, что они, стало быть, в этом отношении обладают аномальным характером. Но следует ожидать, что данные исключения вследствие естественного правового развития народов будут постоянно уменьшаться³⁹.

Рассмотренные в данном параграфе исключения из обычно действующих коллизионных правил касаются прежде всего противоречивых территориальных прав разных государств. В партикулярных правах одного и того же государства (§ 347) аналогичные отношения будут встречаться намного реже, поскольку охарактеризованные выше законы как законы строго позитивные, императивные обычно издаются для всего государства, т.е. без принятия во внимание границ партикулярных прав. И тем не менее даже в одном и том же государстве встречаются подобные аномальные отношения, а именно если различие местных прав восходит к тем временам, когда некоторые современные части государства еще не относились к нему. Это касается главным образом права Прусской Рейнской провинции по отношению к праву, действующему в прочих провинциях Пруссии. Тогда особые правила, высказанные в данном параграфе, могут применяться также в границах одного и того же государства.

³⁸ *Wächter*, II, S. 172; *Schäffner*, § 34.

³⁹ Наиболее важные и разнообразные случаи применения высказанных здесь правил встретятся ниже, в учении о правоспособности и дееспособности (§ 365). То, что здесь выражено, возможно, в слишком абстрактном виде, станет там более наглядным и благодаря этому более убедительным.

§ 350. Римское учение об *origo* и *domicilium*. Введение

Наше исследование пока привело к тому, что коллизию разных позитивных прав при оценке правоотношения следует устранять прежде всего и главным образом согласно правовому статусу *лица*, которое выступает стороной этого правоотношения, и что даже многочисленные и важные отклонения от данного принципа можно правильно понять только во взаимосвязи с ним и в качестве его модификаций (§ 345). Кроме того, было показано, что правовой статус лица определяется территорией (не происхождением) согласно общепризнанному с давних пор правилу (§ 346–348).

Однако даже это обретенное понимание имеет лишь формальное значение. Ведь все еще остается открытым вопрос о том, что связывает отдельное лицо, обладающее определенным правовым статусом, со страной. Что, следовательно, является основанием, обеспечивающим связь между лицом и территориальным правом? Нашей следующей задачей должен быть ответ на этот вопрос.

Итак, здесь мы сталкиваемся с *двумя* фактическими отношениями, выступающими подобными основаниями: *origo* и *domicilium*, т.е. с происхождением и местом жительства. Нам следует понять их значение, юридическое влияние, отношение друг к другу.

Никто не сомневается в том, что и эти выражения, и обозначаемые ими юридические понятия мы получили благодаря римскому праву; все, кто пользуется ими, обращаются к источникам римского права. Таким образом, нам необходимо прежде всего попытаться точно установить, что римские юристы понимают под этими выражениями и какое влияние они придают правовым понятиям, обозначаемым ими. Но тем самым отнюдь не сказано, что их римская трактовка должна быть определяющей и для нас. Напротив, в ходе исследования обнаружится, что именно в этом состоянии нашего права сильнее всего отличается от римского. Сначала необходимо обеспечить надежную защиту от применения ошибочно предполагаемых римских специальных выражений и юридических понятий, вызванного просто недоразумениями.

Здесь одно из названных выражений — «*domicilium*» — не вызывает больших опасений, поскольку в этом отношении состояние права по сути не изменилось, а потому повседневного употребления достаточно для закрепления правильного понимания. По-другому дело обстоит с «*origo*» («происхождение»), и притом не потому, что

высказывания римского права по данному предмету якобы непонятны и двусмысленны, а потому, что в этом отношении состояние нашего права абсолютно отличается от римского, и жизненный опыт, следовательно, не может служить защитой от неправильной трактовки понятий. Поскольку только что названное выражение легко приводит к пониманию его в смысле *места рождения*, последнее стало часто употребляться у новых правоведов, даже у тех, кто наряду с этим указывает истинное значение «*origo*» по источникам римского права⁴⁰. Само по себе место рождения является совершенно случайным обстоятельством, не имеющим какого-либо юридического значения.

Итак, прежде чем можно будет установить подлинный смысл указанных специальных выражений, необходимо обратить внимание на то, что их практическое значение ни в коем случае нельзя ограничивать решением нашего вопроса о коллизии как отдельным результатом, напротив, само это решение может быть понято только в контексте более обширной взаимосвязи. Ведь любое отдельное лицо в публично-правовых отношениях следует мыслить в аспекте двоякой зависимости или обязанности: во-первых, от государства в целом, к которому оно относится как гражданин и подданный; во-вторых, от какого-либо более узкого местного района (согласно римскому устройству государства — от городской общины), который представляет собой органический элемент названного большего целого. Зависимость от этого более узкого района, связь с ним выражаются в разнообразных важных последствиях, а именно согласно римскому праву и в обязанности нести городские повинности (*munera*), и в повиновении городским властям, и в городском позитивном праве, которое следует считать личным правом данного отдельного лица.

Повиновение местным властям выражается в подсудности (*forum originis* и *forum domicilii*), которая обычно распространяется на любое отдельное лицо.

Наконец, местное позитивное право как личное право каждого отдельного лица стало поводом для того, чтобы уже здесь предварительно затронуть этот вопрос; уже во введении следовало обратить

⁴⁰ Voet., Ad Pand. V, l, § 91: «Est autem originis locus, in quo quis *natus est*, aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus esset, matre in peregrinatione parturiente». Хотя дополнением противодействуют негативным последствиям ошибочного основного понятия, однако в ссылках далее сказано, что по этому вопросу нет определенности во мнениях. Глюк (*Glück*, Bd. 6, § 511) также не уверен и путается, поскольку к правильным сведениям постоянно примешивает «место рождения».

внимание на связь между подсудностью и личным правом (*forum* и *lex originis, forum* и *lex domicilii*)⁴¹.

После этого предварительного замечания необходимо установить как истинное значение *origo* и *domicilium* в римском праве, так и практическое отношение данных понятий друг к другу. Ведь с этим дело обстоит так, что посредством *origo* и *domicilium* для каждого отдельного лица определяются:

- 1) обязанность участия в несении городских повинностей (*munera*);
- 2) подчинение городским властям, особенно зависящая от этого личная подсудность;
- 3) применяемое к нему своеобразное право города как характеристика его личности.

Притом указанные последствия порождаются то сразу обоими вышеназванными отношениями (*origo* и *domicilium*), так что они могут возникнуть одновременно в двух разных местах, то только одним из них. Теперь все это надо определить точнее.

§ 351. Римское учение об *origo* и *domicilium*.

I. *Origo*

Общие источники для *origo* и *domicilium*:

Dig. L. 1 (ad municipalem et de incolis) и L. 4 (de muneribus et honoribus);

Cod. X. 38 (de municipibus et originariis) и X. 39 (de incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in alia civitate degunt).

В эпоху развитого римского государственного устройства в конце периода республики и в первые столетия правления императоров положение отдельных частей Римской империи было следующим⁴².

Вся Италия, за исключением города Рима, состояла из большого числа городских общин, обычно муниципий и колоний, наряду с некоторыми подчиненными классами общин. Каждая из них обладала более или менее самостоятельным устройством с собственной властью, подсудностью и даже особым законодательством (§ 347, сн. 19). Таким образом, вся земля Италии, за исключением города Рима и его особой территории, входила в территории этих городов, и все отдельные

⁴¹ Нельзя считать предосудительным, что здесь об этих вещах говорится столь абстрактными и общими словами. Более точное определение и название станет возможным только в дальнейшем исследовании, притом и для римского права, и для современного.

⁴² Ср.: Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 1, Kap 2.

жители Италии были гражданами или города Рима, или какой-либо из этих городских общин.

Зато провинции изначально имели весьма разное устройство. Постепенно их все сильнее приближали к городскому устройству Италии, если сразу решительно не воплощали в них полностью. Во времена великих юристов — во втором и третьем столетиях нашего летосчисления — только что высказанный для Италии принцип можно было бы применить почти ко всей Империи: земля Империи почти полностью входила в территории определенных городов, и граждане Империи были теперь или гражданами города Рима, или какой-либо другой городской общины⁴³.

Городские общины имеют общее название «*civitates*» или «*res-publicae*»⁴⁴. Территория любого города называется «*territorium*» и, пожалуй, «*regio*»⁴⁵. Территория любого города и относящаяся к нему община охватывали одновременно как находящиеся в его границах *vici*⁴⁶, так и отдельно расположенные крестьянские дворы, в которых во все времена проживала довольно-таки большая часть населения Италии. Именно на этом основании можно утверждать, что почти вся земля Империи состояла из множества городских территорий.

Теперь необходимо установить, каким образом любое отдельное лицо становится *членом* городской общины, т.е. вступает с нею в определенное отношение зависимости. Это происходит двумя путями: во-первых, благодаря *праву гражданства* в общине (*origo*); во-вторых, благодаря *месту жительства* на территории города (*domicilium*).

1. *Право гражданства*. Право гражданства приобретает благодаря следующим фактам: *рождению, усыновлению, освобождению, принятию в члены*⁴⁷.

⁴³ В какой мере они могли быть тем и другим одновременно, а в дальнейшем даже должны были быть, будет установлено ниже.

⁴⁴ См. выше, т. II, § 87. Часто в качестве собирательного выражения употребляют также «*municipes*», чтобы назвать саму общину как юридическое лицо; тогда данное выражение означает *municipium*, а это последнее именно в таком абстрактном значении (для городов любого вида) не было общепринятым (§ 352, сн. 67, 68).

⁴⁵ *Territorium*: L. 239, § 8 de V. S. (50. 16); L. 20 de iurisd. (2. 1); L. 20 de iud. (5. 1); L. 53 C., de decur. (10. 31); *regio*: *Siculus Flaccus*, De condicionibus agrorum (в самом начале сочинения) (Gromatici veteres, ed. Lachmann, Berol., 1848, p. 135).

⁴⁶ L. 30 ad mun. (50. 1). Позже также существовали *vici*, которые имели собственную *res publica* (*Festus* v. *vici*).

⁴⁷ L. 1 pr. ad mun. (50. 1): «*Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio*»; L. 7 C., de incolis (10. 39): «*Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolae vero... domicilium facit*».

1. *Рождение (origo, nativitas)* (сн. 47). Данный вид возникновения совершенно не зависит от свободной воли того, кто вследствие этого становится гражданином города.

Оно является обычным и самым частым, и поэтому совершенно привычно его название употребляют для того, чтобы назвать само гражданское отношение, которое благодаря ему возникает⁴⁸.

Вместе с тем подразумевается рождение в законном браке, когда сам отец обладает правом гражданства⁴⁹. При этом родной город матери, как правило, не имеет значения, однако некоторые города обладали особой привилегией, так что право гражданства относящихся к ним женщин должно было переходить к их детям, родившимся в законном браке⁵⁰. Внебрачные дети должны были благодаря *origo* получать право гражданства в родном городе матери⁵¹.

2. *Усыновление* (сн. 47). Вследствие этого не отменяется право гражданства по рождению, однако приемный сын отныне обладает двойным гражданским отношением, которое передается по наследству и его детям⁵². Зато эманципация усыновленного ребенка разрушает всякий эффект усыновления, а также эффект, относящийся к публичному праву⁵³.

3. *Освобождение* (сн. 47). Освобожденный раб не мог иметь никакого права по рождению. Зато благодаря освобождению он приобретал право гражданства в родном городе патрона, которое затем передавалось по наследству его детям. Если у патрона было несколько прав гражданства или если из рабства освобождали общего раба нескольких господ, то вследствие освобождения также могло возникнуть несколько прав гражданства⁵⁴.

⁴⁸ L. 6 pr., § 1, 3, L. 9 ad mun. (50. 1); L. 15, § 3 eod. (*jus originis*). Правда, в других, более подробных фрагментах это правоотношение (которое возникает только благодаря *origo*, притом не всегда) называется «*patria*» или «*civitas*» (L. 27 pr., L. 30 eod.).

⁴⁹ L. 1, § 2, L. 6, § 1 ad mun. (50. 1); L. 3 C., de munic. (10. 38).

⁵⁰ L. 1, § 2 ad mun. (50. 1). Неясно, становился ли ребенок гражданином только родного города матери или обоих городов. Последнее, пожалуй, само по себе более вероятно.

⁵¹ L. 1, § 2, L. 9 ad mun. (50. 1).

⁵² L. 15, § 3, L. 17, § 9 ad mun. (50. 1).

⁵³ L. 16 ad mun. (50. 1).

⁵⁴ L. 6, § 3, L. 7, L. 22 pr., L. 27 pr., L. 37, § 1 ad mun. (50. 1); L. 3, § 8 de mun. (50. 4); L. 2 C., de municip. (10. 38). О тексте и смысле L. 22 pr. ad mun. ср.: *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 9, S. 91–98. Приобретение права гражданства города вследствие освобождения можно было утверждать только при полномочном освобождении. *Dediticii* не становились гражданами города своего патрона (§ 356), равно как и, пожалуй, *Latini Juniani*.

4. *Принятие в члены (allectio)*⁵⁵. Под этим следует понимать добровольное предоставление права гражданства со стороны городских властей, в допустимости чего и без того можно было бы не сомневаться, даже если бы это не было прямо подтверждено.

Право гражданства с его последствиями *не* отменялось односторонней волей лиц, которые вступали в него вследствие какого-либо из названных здесь фактов⁵⁶. И хотя благодаря законному браку в чужом городе жена не выходила из прирожденного гражданского отношения, однако во время нахождения в браке она была освобождена от связанных с ним личных повинностей (*munera*)⁵⁷. Аналогичное освобождение от личных повинностей без полного разрушения права гражданства по рождению действовало для гражданина города, которого производили в сенаторы Римской империи, а также для его потомков⁵⁸, равным образом — для любого солдата, пока длилась его служба⁵⁹.

Из высказанных здесь правил следует важное положение, что нередко одно и то же лицо могло находиться в истинном гражданском отношении одновременно с несколькими городами Римской империи, следовательно, сочетало в себе права всех этих городов и было обязано нести повинности каждого из них⁶⁰. К прирожденному праву гражданства позже могло добавиться еще одно вследствие усыновления или принятия в члены общины, и оба они сосуществовали наряду друг с другом (сн. 52). И точно так же отпущенный на свободу раб с самого начала мог попасть в несколько гражданских отношений благодаря своему освобождению (сн. 54).

С другой стороны, вполне возможно, что некто вовсе не имел гражданства ни в одном из городов, хотя такой случай, несомненно,

⁵⁵ L. 7 C., de incolis (10. 39): «allectio vel adoptio». То, что в некоторых рукописях отсутствует «vel», а в других вместо него стоит «atque», никак не влияет на смысл. Важнее вариант «allectio *id est* adoptio», который Куяций приводит по рукописи, не соглашаясь с ним (в III. libros, opp. II, 737). Тем самым полностью устранялось бы принятие в члены как особый вид приобретения гражданства, сомневаться в чем, однако, нет никаких оснований.

⁵⁶ L. 6 pr. ad mun. (50. 1); L. 4, 5 C., de municip. (10. 38). Городские власти могли, пожалуй, как принимать в члены, так и исключать из их числа.

⁵⁷ L. 37, § 2, L. 38, § 3 ad mun. (50. 1); L. 1 C., de muner. (10. 62).

⁵⁸ L. 23 pr., L. 22, § 4, 5 ad mun. (50. 1).

⁵⁹ L. 3, § 1, L. 4, § 3 de muner. (50. 4).

⁶⁰ Кажется, что это положение противоречит высказыванию Цицерона (Pro Balbo, cap. II): «Duarum civitatum civis esse nostro jure civili nemo potest». Однако в этом фрагменте речь идет о городах за пределами Римского государства, которые, будучи суверенными, существовали наряду с ним. Мы же говорим о городах в пределах Римской империи.

встречался нечасто. Должно быть, это происходило, когда иностранца принимали в Римскую империю в качестве жителя, но он не становился гражданином какого-либо отдельного города вследствие такого принятия (сн. 55), равным образом — когда гражданина какого-либо города исключали из их числа (сн. 56), не принимая его в другую гражданскую общину, наконец, и в случае вольноотпущенников низшего класса, которые были *dedititiorum numero* и не относились ни к какой общине⁶¹.

§ 352. Римское учение об *origo* и *domicilium*.

I. *Origo*

(продолжение)

Первоначальное большое различие в устройстве городов в Италии и провинциях могло бы легко привести к предположению, что изложенные здесь правила о городских территориях и о правах гражданства в городах имели силу только в Италии, но не в провинциях. Однако в действительности здесь не было почти никакого различия.

Городские территории (*territoria*) почти во всех провинциях⁶² были ограничены так же, как в Италии. Эти границы, равно как и их влияние на обязанность нести городские повинности, в особенности в деревнях, относящихся к городам, нередко и в провинциях служили поводом для процессов. Отличие заметно только в том, что в некоторых провинциях, а именно в Африке, городские территории не исчерпывали всех земель, поскольку здесь некоторые частные лица, а также император владели очень большими участками земли (*saltus*), использовавшимися в качестве пастбищ, которые существовали сами по себе и не относились ни к одной из городских территорий⁶³.

Вышеизложенное учение о городском праве гражданства, которое возникает вследствие рождения, освобождения из рабства и т.п., древние юристы излагают применительно к провинциальным городам,

⁶¹ *Ulpian.*, XX, § 14.

⁶² Ибо Египет следует исключить, поскольку его устройство отличалось большими ограничениями во всех отношениях. Так, там не было проконсула или пропретора, а был только *praefectus Augustalis* более низкого ранга (*Dio Cass.*, 51, 17; 53, 13; *Tacitus*, *Hist.*, 1, 11; *Digest.*, 1, 17). Но, кроме того, там существовали только округа (номы), не было городских общин, и лишь в Александрии было право гражданства (*Plinius*, *Epist.*, X, 5, 22, 23).

⁶³ *Agennius Urbicus*, *De controversiis agrorum*, p. 84, 85 (в книге: *Gromatici veteres*, ed. Lachmann, Berol., 1848).

не проводя различия между ними и итальяскими городами⁶⁴; то же самое относится и к городским повинностям, а также к отдельным освобождениям от них (*vacatio* и *immunitas*)⁶⁵.

Было бы неправильно столь разнообразным и недвусмысленным свидетельствам противопоставлять один фрагмент Ульпиана для доказательства того, что в провинциях вообще не принимали во внимание *jus originis*, а только лишь *domicilium*⁶⁶.

С этим связано следующее немаловажное для понимания наших источников права замечание о словоупотреблении, предметом которого является значение выражений «*municipium*» и «*municipes*». Первоначальное значение этих выражений вызывает споры и сомнения не только в новое время — оно было спорным уже у самих римлян. При этом сомнения носят отчасти языковой, отчасти специальный, т.е. исторический, характер⁶⁷. Мы же, имея в виду нашу цель, можем не заниматься этим трудным исследованием, так как впоследствии установилось следующее словоупотребление, не вызывающее сомнений. Начиная с *Lex Julia* об общем праве гражданства в Италии выражение «*municipium*» стало обычным названием одного из главных классов римских городов, а именно городов, которые изначально не были основаны Римом как общины, в противоположность другому главному классу — *coloniae*⁶⁸. В то время, когда римское гражданство было присвоено всей Империи, стало быть, всем городам, название «*municipium*» (которое,

⁶⁴ L. 1, § 2, L. 37 pr. ad mun. (50. 1) (Илион, Дельфы, Понт); L. 2 C., de municip. (10. 38) (города Аквитании); L. 7, § 10 de interd. et releg. (48. 22).

⁶⁵ L. 8 pr., L. 10, § 1 de vacat. (50. 5); L. 5, § 1 de j. immunitatis (50. 6).

⁶⁶ L. 190 de V. S. (50. 16): «*Provinciales eos accipere debemus, qui in provincia domicilium habent, non eos, qui in provincia oriundi sunt*». Этому фрагменту, как и многим другим из того же титула, только в Дигестах присуща ошибочная видимость универсальности, тогда как изначально его следовало понимать как говорящий только об одном применении, которое, однако, теперь невозможно установить точно (ср. об этом фрагменте: Gundlingiana, St. 31, N. 2, S. 34—43; *Conradi*, Parerga, p. 488—506; *Hollweg*, Versuche, S. 6). В запрете браков между римскими провинциальными служащими и провинциалками в L. 38 pr. de ritu nupt. (23. 2) сказано как раз обратное: «*inde oriundam, vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest*», причем совершенно произвольна попытка некоторых толковать «*vel*» как «*id est*».

⁶⁷ Ср. в особенности: *Niebuhr*, Römische Geschichte, Bd. 2, 3. Ausg., S. 56—88. Кроме того, необходимо использовать программу Рудорфа, которая напечатана в качестве предисловия к латинскому сборнику учебных программ Берлинского университета (зимний семестр 1848 г.).

⁶⁸ В *Lex Julia municipalis* (tabula Heracleensis) обычный, постоянно повторяющийся перечень городских общин в Италии следующий: *municipium, colonia, praefectura, forum, conciliabulum* (*Haubold*, Monumenta legalia, N. XVI); почти то же самое в *Lex Rubria* (ibid., N. XXI).

правда, нередко встречается и в провинциях) отнюдь не было распространено на все провинции. Итак, если нужно было назвать городскую общину вообще, не проводя различия между муниципием и колонией, между Италией и провинциями, то для этого обычно употреблялись выражения «*respublica*» и «*civitas*». Зато «*municipes*» кажется у древних юристов общим названием любого гражданина города без учета только что упомянутого различия, следовательно, таким же общим, как и выражения «*respublica*» и «*civitas*», употребляемые для целого⁶⁹. Можно указать удовлетворительное основание этого разнообразного распространения обоих сходных выражений. Если захотели бы, например, назвать «*municipes*» только городских жителей настоящих муниципиев, то для горожан вообще не осталось бы иного названия, кроме «*civis*»⁷⁰ (по аналогии с «*civitas*»), под которым действительно понималась любая городская община без различия. Однако выражение «*civis*» было здесь менее пригодным, потому что в классификации «*cives — latini — peregrini*» у древних юристов оно занимало слишком важное и незаменимое место, чтобы его можно было использовать еще и для другой цели, что привело бы к некоторой двусмысленности.

Следовательно, так «*municipes*» стало общим выражением для любого обладателя гражданства в каком-либо городе, кроме Рима, т.е. для всех тех лиц, общая принадлежность которых к городской общине вполне привычно выражается, помимо того, с помощью слов «*origo*» или даже «*patris*».

⁶⁹ L. 1, § 1 ad mun. (50. 1): «*Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitatem, ut munera nobiscum facerent; sed nunc abusive municipes dicimus suae cujusque civitatis cives, utputa Campanos, Puteolanos*» (в § 2 такой же способ выражения применяется в отношении Илиона и Дельфы). Так же в L. 23 pr. eod. У слова «*abusive*» здесь два значения: во-первых (о чем сначала говорит Ульпиан), противоположное первоначальному, упомянутому выше в тексте древнему значению, которое указано в предшествующих словах Ульпиана; во-вторых же, то, в соответствии с которым слово «*municipes*» употребляли в отношении не только муниципиев, но и колоний и провинциальных городов. Эти последние встречаются в § 2, а ПUTEОЛЫ вообще были колонией со времен Нерона (*Tacitus*, Ann., XIV, 27). Такое неверное словоупотребление в первом значении («*municipes*» в отношении *civis* вообще) встречается уже у Цицерона (*Cicero*, Ad fam., XIII, 11: «*meos municipes Arpinates*»; Pro Cluentio, 16: «*municipium suorum dissimillimus*»; De legibus, II, 2). Еще в *Lex Julia municipalis* (lin. 145) (*Haubold*, pag. 129) очень четко различали *municipes, coloni* и *qui ejus praefecturae erant* (ср. lin. 159—163). И все же, видимо, именно этот закон преимущественно поспособствовал тому, что впоследствии выражение «*municipes*» обрело общее значение, поскольку он охватывал все классы граждан италийских городов и одновременно назывался «*Lex Julia municipalis*».

⁷⁰ Так, это выражение действительно встречается в L. 7 C., de incolis (10. 39).

Основанная на праве гражданства принадлежность к городской общине получила весьма своеобразное распространение с тех пор, как римское гражданство благодаря *Lex Julia* было дано всей Италии, а эдиктом Каракаллы — и всем провинциям. Ведь поскольку римское гражданство, согласно своему изначальному понятию, было гражданством города Рима, то теперь почти все горожане Италии и провинций, которые и без того случайно могли иметь несколько прав гражданства (§ 351), обладали как минимум двумя гражданствами: своего родного города и города Рима. Эта двойная *patria* прямо признается также в совершенно разные времена⁷¹. Однако данное отношение имело менее важное значение, чем ему можно было бы приписать на первый взгляд. При гражданстве города Рима слабо учитывались городские повинности и обязанности (*tunera*), важные в других городах, поскольку обычно в Риме эти цели обеспечивались по-другому. Основанная на гражданстве города подсудность (*forum originis*) судам города Рима существовала, правда, и для граждан других городов, однако лишь с большими ограничениями. Она имела силу, только если эти граждане случайно находились в Риме, и даже тогда лишь под условием многочисленных исключений, которые объединялись общим названием «*jus revocandi domum*»⁷². Что же касается, наконец, применения местного права города Рима к гражданам других городов (стало быть, истинной цели всего нашего исследования), то об этом можно будет поговорить только ниже в более широком контексте (§ 357).

Однако было бы неправильно придавать упомянутой здесь новой комбинации тот смысл, что отныне все свободные жители Римской империи действительно должны были обладать как минимум гражданством города Рима (как *cives Romani*). Ведь и после эдикта императора Каракаллы о гражданстве все еще было немало лиц, которые вступали в низшие классы и благодаря которым, стало быть, эти классы всегда сохранялись, — отчасти вследствие возникновения новых *Latini* и *peregrini* из-за неполного освобождения⁷³, отчасти вследствие пересе-

⁷¹ *Cicero*, *De legibus*, II, 2: «omnibus municipibus duas esse censeo partias, unam naturae, alteram civitatis... habuit alteram loci patriam, alteram juris»; L. 33 ad mun. (50. 1) (*Modestinus*): «Roma communis nostra patria est». Цицерон говорит только о горожанах Италии (*municipes*), Модестин говорит совершенно общо (*nostra*) — каждый согласно праву своей эпохи.

⁷² L. 28, § 4 ex quib. caus. (4. 6); L. 2, § 3–6 de jud. (5. 1); L. 24–28 eod.

⁷³ Лишь Юстиниан отменил эти неполные освобождения (*Cod.*, VII, 5, 6), которые действовали, следовательно, до него, притом и в отношении освобожденных таким образом рабов, и в отношении их потомков.

ления иностранцев в Римскую империю, которым вместе с принятием в подданные не всегда давалось гражданство.

Стало быть, для всех времен остается истинным высказанное выше положение (§ 351), что могли существовать свободные жители Римской империи без всякого отношения гражданства с каким-либо городом, хотя, разумеется, с течением времени это положение применялось все реже и становилось все менее существенным.

§ 353. Римское учение об *origo* и *domicilium*.

II. *Domicilium*

Источники (см. выше, в § 350).

Авторы:

Lauterbach, De domicilio, 1663 (Diss., vol. 2, N. 72).

Thomasius, De vagabundo (Diss., vol. 1, N. 3).

Glück, Bd. 6, § 512—515.

Kierulff, Bd. 1, S. 122—128.

Вторым основанием, благодаря которому отдельное лицо могло стать членом городской общины, было *место жительства (domicilium)*⁷⁴.

Местом жительства человека следует считать то место, которое он добровольно избрал в качестве места своего постоянного пребывания и вследствие этого одновременно места сосредоточения своих правоотношений и сделок⁷⁵. Но *постоянное* пребывание не исключает ни временного отсутствия, ни будущего изменения, возможность которых скорее понятна сама собой; под этим подразумевается только то, что, по всей видимости, в течение какого-то времени не будет такого намерения.

⁷⁴ Я считаю выражение «место жительства» более метким и поэтому более подходящим, чем выражение «место проживания», и не могу согласиться с разным значением этих выражений (*Linde*, § 88, Note I). Отличие от простого пребывания будет показано и объяснено ниже. Учение о *domicilium*, как и учение об *origo*, будет установлено здесь сначала в контексте римского права. А поскольку ниже будет показано, что в современном праве *domicilium* в основных моментах занимает то же самое место, что и в римском праве, представляется целесообразным при этом сразу же учитывать и современное состояние права.

⁷⁵ L. 7 C., de incolis (10. 39) (см. выше, § 350, сн. f): «...incolas vero... domicilium facit. Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde quum profectus est, peregrinari videtur, quo si rediit, peregrinari jam destitit»; L. 203 de V. S. (50. 16): «...Sed de ea re constitutum esse, eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset».

Domicilium, как и *origo*, обосновывало принадлежность к определенной городской общине, т.е. всегда относилось к определенной городской территории⁷⁶, и охватывало поэтому не только жителей непосредственно самого города, но и жителей деревень и отдельных дворов (*coloniae*), относящихся к этой территории⁷⁷.

Лиц, которые таким путем становились членами городской общины, обычно называли «*incola*»⁷⁸. А два разных основания, которые могли обосновать подобную принадлежность (право гражданства и место жительства), различают с помощью следующих противоположных выражений:

- «*municipes*» и «*incolae*»⁷⁹;
- «*origo*» и «*domicilium*»⁸⁰;
- «*jus originis*» и «*jus incolatus*»⁸¹;
- «*patria*» и «*domus*»⁸².

Из только что определенного понятия *места жительства* вытекает его существенное отличие от простого пребывания, а также от землевладения. Пребывание, которое не связано с текущим намерением сделать его постоянным, не обосновывает место жительства — даже тогда, когда оно случайно длится продолжительное время, т.е. не является просто мимолетным. Сюда относится, например, пребывание учащихся в учебном заведении, однако если оно длилось не менее 10 лет, то, согласно эдикту Адриана, должно было считаться

⁷⁶ L. 3, 5, 6 C., de incolis (10. 39).

⁷⁷ L. 239, § 2 de V. S. (50. 16): «...Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolae sunt, sed etiam qui alicujus oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se, quasi in aliquam sedem, recipiant». Кажется, что этому противоречат L. 27, § 1, L. 35 ad mun. (50. 1), в которых жителю *colonia* лишь тогда хотят приписывать *domicilium* города, когда он вследствие преобладающего пребывания в городе пользуется его выгодами и удобствами. Но это ограничение обосновано, несомненно, лишь неточным выражением и касается, собственно говоря, не самого *domicilium*, а только одного его следствия — несения определенных видов городских повинностей. Ведь то, что жители *coloniae* были подсудны своим городским властям (*forum domicilii*), определенно не вызывало ни у кого сомнений (ср. ниже, § 355, сн. 115).

⁷⁸ L. 5, 20 ad mun. (50. 1); L. 239, § 2 de V. S. (50. 16) (сн. 77); L. 7 C., de incolis (10. 39) (сн. b).

⁷⁹ L. 6, § 5 de mun. (50. 4). О выражении «*municipes*» см. выше, § 352, сн. 69, об «*incolae*» — сн. 68. Выражение Павла в L. 22, § 2 ad mun. (50. 1) является неточным, поскольку он и простых жителей называет «*municipes*» (вместо «*incolae*») и тем самым хочет сказать только то, что они также обязаны нести городские *munera*.

⁸⁰ L. 7, § 10 de interd. et releg. (48. 22); L. 6, § 3, L. 22, § 2 ad mun. (50. 1).

⁸¹ L. 15, § 3 ad mun. (50. 1); L. 5 C., de incolis (10. 39).

⁸² L. 203 de V. S. (50. 16).

постоянным, следовательно, местом жительства⁸³. А землевладение, которое есть у кого-либо на территории города, необязательно для постоянного места жительства, но вместе с тем самого по себе его одного для этого недостаточно⁸⁴.

Обоснование места жительства с его правовыми последствиями осуществляется посредством добровольного волеизъявления и соответствующего ему действия, стало быть, не просто волеизъявлением без действия⁸⁵. А воля при этом подразумевается до такой степени свободной, что эта свобода не может ограничиваться даже частно-правовыми условиями, например добавляемым к легату условием нахождения в определенном месте, которое, как правило, следует считать ненаписанным⁸⁶. Зато публичное право некоторым образом может ограничить эту свободу. Так, у любого государственного служащего, в частности у любого военного, место жительства обязательно должно быть по месту службы⁸⁷, у ссыльного — по месту ссылки⁸⁸. Вследствие наказания, наоборот, может быть отказано в пребывании в определенном месте⁸⁹.

Но, кроме того, в следующих случаях место жительства могло быть обосновано отношением, в котором одно лицо находилось с другим лицом и его местом жительства, что можно было бы назвать относительным местом жительства.

1. По общему правилу жена в обязательном порядке обладает общим местом жительства с мужем⁹⁰. Это место жительства продолжает сохра-

⁸³ L. 5, § 5 de injur. (47. 10); L. 2, 3 C., de incolis (10. 39). Правда, эти 10 лет являются только презумпцией намерения, направленного на постоянное пребывание (*Lauterbach, De domicilio*, § 27).

⁸⁴ L. 17, § 13, L. 22, § 7 ad mun. (50. 1); L. 4 C., de incolis (10. 39). Некоторые города имели привилегию, позволяющую обязывать к принятию личных *munera* на основании простого землевладения без места жительства (L. 17, § 5 ad mun. (50. 1)).

⁸⁵ L. 20 ad mun. (50. 1): «*Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione; sicut in his exigitur, qui negant se posse ad munera, ut incolas, vocari*».

⁸⁶ L. 31 ad mun. (50. 1); L. 71, § 2 de cond. (35. 1) (см. выше, с. 314 [т. II русского перевода «Системы...»]).

⁸⁷ L. 23, § 1 ad mun. (50. 1).

⁸⁸ L. 22, § 3 ad mun. (50. 1).

⁸⁹ L. 31 ad mun. (50. 1); L. 7, § 10 de interd. et releg. (48. 22). Когда в L. 27, § 3 ad mun. (50. 1) говорится о том, что изгнанный сохраняет свое прежнее место жительства, это означает, пожалуй, что из-за наказания он не должен освобождаться от несения прежних повинностей.

⁹⁰ L. 5 de ritu nupt. (23. 2); L. 65 de jud. (5. 1); L. 38, § 3 ad mun. (50. 1); L. 9 C., de incolis (10. 38); L. 13 C., de dignit. (12. 1). Это место жительства называется «*domicilium matrimonii*». Его не обосновывает недействительный брак, равно как и пребывание в статусе невесты (L. 37, § 2, L. 32 ad mun. (50. 1)).

няться и за вдовой, пока она не заключит новый брак или произвольно не изменит его иным способом⁹¹.

2. Дети, рожденные в браке, несомненно, обладают тем же местом жительства, что и отец. Но позже они могут свободно выбрать иное место жительства, вследствие чего аннулируется указанное первоначальное⁹². Точно так же для внебрачных детей следует утверждать, что место жительства матери следует считать местом жительства этих детей.

3. Аналогично дело обстоит с вольноотпущенниками. Их местом жительства изначально являлось место жительства патрона⁹³, но позже они могли свободно изменить его⁹⁴.

4. То же самое, согласно нашим нынешним отношениям, справедливо для прислуги⁹⁵, равно как для поденщиков, постоянно работающих в одном определенном поместье, и для подмастерьев, работающих у определенного мастера.

Аннулирование до сих пор существовавшего места жительства происходит, как и основание, по воле прежнего жильца. Обычно, хотя не всегда и не обязательно, это аннулирование будет совпадать с установлением нового места жительства, и поэтому в наших источниках права оно называется *переменной*⁹⁶.

§ 354. Римское учение об *origo* и *domicilium*.

II. *Domicilium* (продолжение)

Место жительства как самостоятельное основание принадлежности к определенной городской общине тоже может одновременно существовать в отношении нескольких городов, когда кто-либо несколько мест считает равными центрами своих отношений и дел и распределяет между ними по мере необходимости свое реальное пребывание. Некоторые римские юристы сомневались в этой возможности, но в конце

⁹¹ L. 22, § 1 ad mun. (50. 1).

⁹² L. 3, 4, L. 6, § 1, L. 17, § 11 ad mun. (50. 1). Точно так же они, несомненно, следуют за отцом, когда он после их рождения избирает новое место жительства, пока они сами относятся к его семье.

⁹³ L. 6, § 3, L. 22 pr. ad mun. (50. 1). Об этом последнем фрагменте ср. трактат, названный выше, в § 351, сн. 54.

⁹⁴ L. 22, § 2, L. 27 pr., L. 37, § 1 ad mun. (50. 1).

⁹⁵ Ср.: Preußische Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 13.

⁹⁶ L. 20 ad mun. (см. выше, сн. 85), L. 1 C., de incolis (10. 39). Эта перемена обозначается выражением «*domicilii ratio temporaria*» (L. 17, § 11 ad mun. (50. 1)).

концов все же признали ее, хотя вместе с тем понимали, что такое следует предполагать лишь в редких случаях⁹⁷.

Наоборот, некто может быть вообще без места жительства в выше-определенном смысле этого выражения, хотя и данный случай будет относиться к числу редких⁹⁸. Его следует предполагать главным образом при следующих, весьма разных условиях:

1) когда аннулировано прежнее место жительства, а новое только подыскивается, пока оно не будет избрано и действительно основано⁹⁹. Этот случай мало важен из-за обычно ограниченной продолжительности подобного промежуточного времени;

2) когда кто-либо долгое время делает своим жизненным призванием путешествия, не считая при этом отечество постоянным местом сосредоточения своих дел, куда он обычно регулярно возвращается. Этот случай также маловажен, поскольку редко встречается;

3) в отношении лиц без определенных занятий или бродяг, которые скитаются без определенной цели в жизни и обычно ищут средства к существованию способом, опасным для общественного благосостояния и безопасности. Этот многочисленный и важный класс относится к большим бедам нашего времени¹⁰⁰.

Высказанное выше понятие места жительства (§ 353) относится к условиям жизни нормального человека, т.е. неприменимо (по своей природе) к юридическим лицам¹⁰¹. Однако и в их отношении может возникнуть потребность предположить нечто соответствующее или аналогичное месту жительства физических лиц (так сказать, искусственное местонахождение), — пожалуй, главным образом для того,

⁹⁷ L. 5, L. 6, § 2, L. 27, § 2 ad mun. (50. 1); C. 2 pr. de sepult. in VI (3. 12).

⁹⁸ L. 27, § 2 ad mun. (50. 1).

⁹⁹ L. 27, § 2 ad mun. (50. 1). Очень частым здесь является случай с прислугой, меняющей место службы или работы, с поденщиком или подмастерьем, когда подобное изменение одновременно связано с изменением места пребывания (§ 353, п. 4).

¹⁰⁰ Удивительно, что в источниках римского права не сказано об этом классе. Даже часто упоминаемые беглые рабы (*ergones*, *fugitivi* (L. 225 de V. S. (50. 16))) не могут быть причислены к нему, поскольку они в юридическом смысле имеют постоянное место жительства, а именно место жительства своего господина. Объяснение этого удивительного феномена заключается именно в том обстоятельстве, что лица, которые у нас представляются бродягами (как и большая часть наших пролетариев), у римлян относились к сословию рабов. Томазий (*Thomasius*, *De vagabundo*, § 79, 91, 112) называет «*vagabundus*» каждого, у кого нет «*domicilium*», и отличает его от достойного презрения бродяги без определенных занятий абсолютно вопреки господствующему словупотреблению, в котором оба выражения считаются равнозначными. Никто не назовет бродягой купца, аннулирувавшего свое место жительства, чтобы найти новое, или честного путешественника.

¹⁰¹ См. выше, т. II, § 85 сл.

чтобы обосновать их подсудность¹⁰². В большинстве случаев это не будет вызывать сомнений благодаря естественной связи юридического лица с землей: так обстоит дело в случае городов и сел, церквей, школ, больниц и т.п. Сомнения могут возникнуть в особенности относительно промышленных компаний, если их деятельность либо не связана ни с каким определенным местом, либо охватывает большие территории (например, компаний железнодорожных, или паромных, или по строительству мостов через большие реки, оба берега которых часто подчиняются разным судам, разным законодательствам и даже разным государствам). В данном случае разумно устанавливать искусственное местонахождение подобного юридического лица сразу при его создании¹⁰³; если же это не сделано, судья должен попытаться искусственно установить такое основное место деятельности.

Если мы сравним оба независимых друг от друга основания принадлежности к определенной городской общине — право гражданства и место жительства, то из высказанных здесь (§ 351—354) для них принципов вытекают следующие возможные комбинации.

Отдельное лицо могло находиться в отношении гражданства с одним городом, с несколькими городами и не находиться в таком отношении ни с одним из городов (§ 351).

Вместе с тем это же лицо могло находиться в отношении места жительства с одним городом, с несколькими городами и не находиться в таком отношении ни с одним из городов (§ 354).

Но обычным и наиболее частым состоянием было, несомненно, то, в котором лицо установило отношение гражданства только с одним городом и этот же город был одновременно местом жительства данного лица.

§ 355. Римское учение об *origo* и *domicilium*. Действие этих отношений

После того как были представлены оба основания принадлежности лица к определенной городской общине, необходимо исследовать

¹⁰² Ср.: *Linde*, Lehrbuch, § 88, Note 14.

¹⁰³ Примеры: Устав Берлинско-Саксонской (Анхальтской) железнодорожной компании, § 1 («Берлин является ее домицилем и местонахождением ее правления, а ее судом является Королевский городской суд Берлина»); Устав Берлинско-Штеттинской железнодорожной компании, § 3 («Штеттин является домицилем компании» и т.д.) (*Gesetzsamml. für die Preußischen Staaten*, 1839, S. 178; 1840, S. 306).

практическую сторону данного учения, или юридическое действие этой принадлежности.

При этом в качестве действия хотелось бы ожидать соразмерных прав и обязанностей, и первое, что должно бросаться в глаза, — это то, что в наших источниках права речь идет почти только об обязанностях, а не о правах. Данный феномен следует объяснять следующим образом. Отношение гражданства (*origo*) сопровождалось, разумеется, правами, которые изначально имели большое значение, особенно исключительное право участия в городском управлении вследствие вступления в городские советы и во властные должности. Однако участие в городских советах превратилось в позднюю эпоху императоров из почетного права в гнетущую обязанность¹⁰⁴, а о городских властях наши источники права дают нам вообще лишь весьма скудные сведения, что следует объяснять их исключительным предназначением для использования в империи Юстиниана, т.е. на Востоке¹⁰⁵. Зато обязанности, изначально связанные с отношением гражданства, остались с течением времени без изменений, так что их и в наших источниках права могли и должны были представить в их полной взаимосвязи. Что же касается места жительства как второго основания принадлежности, то в этом случае речь вообще не шла о настоящих правах, потому что оно само могло быть основано чистым произволом отдельного лица (§ 353), чему едва ли соответствовало бы приобретение настоящих прав. И действительно, в качестве практических последствий места жительства там, где хотелось бы ожидать сообщения об определенных правах, перечисляют, напротив, просто фактические выгоды и удобства¹⁰⁶.

Таким образом, для более подробного рассмотрения остаются только обязанности, вытекающие из принадлежности. Выше они уже были обозначены в общем обзоре как городские повинности, подсудность, местное право (§ 350), и теперь эти три элемента надо отчасти подробнее разработать, отчасти обнаружить в наших источниках права.

I. Городские повинности (*munera*)

Под выражением «*munera*» в целом понимают повинности любого вида; здесь же будут приняты во внимание только те повинности, ко-

¹⁰⁴ Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 1, § 8.

¹⁰⁵ Там же, § 22.

¹⁰⁶ L. 27, § 1 ad mun. (50. 1): «Si quis... in illo (municipio) vendit, emit, contrahit, in eo foro, balneo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodos... fruitur, ibi magis habere domicilium» (ср. об этом фрагменте выше, § 353, сн. 77).

торые возникают из публичного права, т.е. только *publica*, а не *privata*¹⁰⁷, притом из личной принадлежности к городской общине, отчего их также называют «*civilia munera*»¹⁰⁸. Однако это не говорит о том, что данные повинности следовало нести как раз ради городских надобностей и выгод, напротив, большая часть местного государственного управления городам была навязана, и некоторые из тягостных гражданских повинностей служили только государственным целям, а не целям самих городов, граждане которых их несли¹⁰⁹.

Римские юристы различают *munus* и *honor* вследствие того, что первое не было, а второй был связан с личным достоинством (*dignitas*)¹¹⁰. Однако было бы неправильно придавать этому различию такой смысл, будто *honor* считали просто честью и правом, без принуждения и обязанности. В отношении *honor* действовала такая же обязанность принятия, как и для *munus*¹¹¹, оба в равной мере считались городскими повинностями, а указанное различие касалось только названия.

Кроме того, они различают повинности, относящиеся к лицу и к имуществу (*munera personalia* и *patrimonii*), в зависимости от того, учитываются ли при этом исключительно или хотя бы по преимуществу старания и труд либо же связанные с имуществом расходы или риски¹¹². Однако это различие было лишено устойчивости и четких границ¹¹³, а кроме того, не имело значения, поскольку оба вида повинностей одинаково касались граждан любого города и только их. Зато от них важно строго отличать те повинности, которые касались чисто землевладения (таких как поземельный налог), совершенно без учета того, является владелец гражданином города (благодаря *origo* или *domicilium*) или нет¹¹⁴.

¹⁰⁷ L. 239, § 3 de V. S. (50. 16); L. 18, § 28 de mun. (50. 4). Если, стало быть, в других местах *munera* подразделяют на *publica* и *privata* (L. 14, § 1 de mun.), это является разделением не *городских* повинностей (которые всегда являются *publica*), а повинностей в целом, которые могут возникать также и из частноправовых отношений.

¹⁰⁸ L. 18, § 28 de mun. (50. 4).

¹⁰⁹ Ср., например, L. 18, § 3, 4, 8, 16 de mun. (50. 4).

¹¹⁰ L. 14 pr. § 1, L. 6, § 3 de mun. (50. 4). Но выражение «*honor*» применяли не только к властям, но и к декурионам (L. 5 de vac. (50. 5)).

¹¹¹ L. 3, § 2, 3, 15, 17 de mun. (50. 4).

¹¹² L. 1, § 1–4 de mun. (50. 4); L. 6, § 3–5 eod., L. 18 pr., § 1–17 eod. К личным повинностям относилось осуществление судебной деятельности, а также опеки (L. 1, § 4, L. 18, § 14 eod., L. 8, § 4, L. 13 pr., § 2, 3 de vac. (50. 5)).

¹¹³ Поэтому некоторые предположили еще промежуточный класс — *mixta munera* (L. 18 pr., § 18–27 de mun. (50. 4)).

¹¹⁴ L. 6, § 5 de mun. (50. 4); L. 14, § 2, L. 18, § 21–25, L. 29, 30 eod.; L. 10 pr. de vac. (50. 5); L. 11 eod. Немного отличается словоупотребление во фрагменте, в котором эти чисто земельные повинности называют «*patrimonii munera*» (L. un. C., de mulier. (10. 62)).

Представленная здесь обязанность принятия на себя городских повинностей касалась, как правило, *всех* граждан города независимо от того, вступили ли они в это отношение вследствие права гражданства или места жительства¹¹⁵. Тот, стало быть, кто обладал правом гражданства одновременно в нескольких городах, а также, возможно, местом жительства в нескольких городах (§ 351, 354), был обязан нести эти повинности в полном объеме в каждом из данных городов и тем самым мог попасть в весьма невыгодное положение.

Хотя такая общая и равная обязанность всех граждан была правилом, все же наряду с этим в виде исключения по самым разным причинам существовало множество освобождений от нее, которые назывались по-разному («vacatio», «excusatio», «immunitas») и были то постоянными, то временными¹¹⁶.

II. Подсудность (*forum originis, domicilii*)

В данном случае в основе лежит общее правило, что любой правовой спор следует вести в суде ответчика, а не истца¹¹⁷. Если же спросить, где находится законный суд ответчика, то римское право определяет это следующим образом: в любом городе, властям которого он обязан повиноваться вследствие того, что является гражданином данного города. А гражданином города отдельное лицо становится либо благодаря праву гражданства, либо благодаря месту жительства, и вследствие этого указанное определение теперь превращается в практическое правило: любой должен привлекаться к суду в качестве ответчика в том городе, в котором ему полагается право гражданства, а кроме того, также в том городе, где у него есть место жительства. Так это правило прямо высказано и вместе с тем сводится к только что названному высшему основанию в следующем фрагменте у Гая¹¹⁸:

«Incola et his magistratibus parere debet, apud quos incola est, et illis, apud quos civis erit; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque

¹¹⁵ L. 22, § 2, L. 29 ad mun. (50. 1); L. 6, § 5, L. 18, § 22 de mun. (50. 4); L. 1 C., de municip. (10. 38); L. 4, 6 C., de incolis (10. 39). Неуверенное объяснение некоторых фрагментов о *domicilium* крестьянских дворов на городской территории (§ 353, сн. 77), пожалуй, порождено тем, что для некоторых видов повинностей, возможно, были приняты разные критерии распределения (например, согласно местным границам).

¹¹⁶ Dig., L. 5 и L. 6; Cod. X, 44–64. Мы можем подробнее не исследовать эти освобождения, поскольку они безразличны для нашей нынешней цели.

¹¹⁷ Vat. fragm. 325, 326; L. 2 C., de jurisd. (3. 13); L. 3 C., ubi in rem. (3. 19); L. 3, 4 C., ubi causa status (3. 22).

¹¹⁸ L. 29 ad mun. (50. 1).

municipio subieuctus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet».

Одновременно в этом важном фрагменте признается, что в данном случае для подсудности возникает такое же отношение, как и для городских повинностей. Отсюда следует, стало быть, что и подсудность одного и того же лица могла быть обоснована даже в более чем двух городах одновременно, когда это лицо имело право гражданства в нескольких городах и одновременно место жительства в других. Тогда от свободного усмотрения истца зависело, пожалуй, то, в каком из этих нескольких городов он хотел бы возбудить дело, а ответчик был обязан заявить возражения в любом выбранном для этого городе.

В связи с этим недвусмысленным высказыванием как самого правила, так и его высшего основания и его связи с городскими повинностями должно бросаться в глаза то, что в других местах так мало говорится о подсудности, основанной лишь на праве гражданства (*forum originis*) (отличающемся от места жительства). Во многих фрагментах, в которых личная подсудность упоминается только для отдельных случаев и лишь вскользь, речь идет исключительно о *forum domicilii*, а не о *forum originis*¹¹⁹. И все же данное обстоятельство не должно вызывать у нас сомнений в справедливости самого правила — его следует объяснять скорее следующими причинами. Во-первых, указанное правило нашло свое полное применение только в Италии, но не в провинциях, в которых вообще не встречались городские власти, осуществляющие правосудие¹²⁰, поэтому здесь городское право гражданства не могло обосновать подсудность, тогда как абстрактное понятие места жительства было также применимо к территории провинции, следовательно, к юрисдикции наместника императора в этой провинции, как и к территории отдельного города. Но в некоторых из приведенных фрагментов прямо говорится только о провинциях¹²¹, а в других, возможно, тоже говорилось об этом, что, к сожалению, незаметно по их нынешнему виду. Во-вторых, возможно, что у того, кто в двух разных городах имел право гражданства и место жительства, применение *forum originis* всегда ограничивалось случаем,

¹¹⁹ L. 19, § 4 de jud. (5. 1); L. 29, § 4 de inoff. test. (5. 2); L. 1, 2 de reb. auct. jud. (42. 5); Vat. fragm. 326; L. 2 C., de iurisd. (3. 10); L. 1 C., ubi res her. (3. 20); L. 4 C., ubi causa status (3. 22). Зато в нескольких фрагментах упоминается право выбора истца между *forum domicilii* и *forum contractus* (L. 19, § 4 de jud. (5. 1); L. 1—3 de reb. auct. jud. (42. 5)).

¹²⁰ Лишь позже дефенсоры получили здесь некоторые судебные полномочия, которые долгое время оставались ограниченными и только при Юстиниане приобрели большее значение (*Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter*, Bd. 2, § 23).

¹²¹ Так, например, во фрагментах, названных в сн. 119: L. 19, § 4 de jud. (5. 1); L. 29, § 4 de inoff. (5. 2); Vat. fragm. 326.

когда он случайно находился в городе, где ему полагалось право гражданства¹²². Но даже если подобное ограничительное правило не существовало, истец все же должен был ради собственной выгоды отдавать предпочтение *forum domicilii*, потому что ответчика можно было легче и удобнее застать в месте его жительства.

В заключение следует еще заметить, что высказанные здесь правила, а также обоснование большей части из них свидетельствами древних юристов, включенных в Дигесты, могли найти надежное и всеобщее применение только с того времени, когда укрепившееся и сформировавшееся правление императоров распространило высшую степень единообразия на все части Империи. С этим, следовательно, очень хорошо согласуется то, что некоторые провинции раньше, вскоре после их подчинения Римской империи, смогли пользоваться своеобразными преимуществами судоустройства, следов чего больше нельзя обнаружить в наших источниках права¹²³.

§ 356. Римское учение об *origo* и *domicilium*. Действие этих отношений (продолжение)

III. *Своеобразное право города как свойство лиц, являющихся его гражданами (lex originis, domicilii)*

Выше в общем обзоре были названы три действия принадлежности лица к городской общине (§ 350): городские повинности, подсудность, наконец, право этого города как свойство лица. Два первых действия уже были представлены подробно (§ 355), и теперь осталось исследовать третье; только оно относится к нашей нынешней задаче, ради нее предпринято все предшествующее рассмотрение, поскольку только таким путем можно понять подчинение лица местному праву определенного города в его подлинной взаимосвязи.

Это исследование связано с высказанными выше положениями, согласно которым любое лицо относится к определенной области права (§ 345), а эту область права следует считать преимущественно местной или территориальной областью (§ 350), а именно, в частности, согласно римскому устройству, территорией города (§ 351). А поскольку вообще любое отдельное лицо могло относиться к территории города двояко:

¹²² Так обстояло дело с *forum originis* в городе Рима (§ 352, сн. 71), и, возможно, лишь случайно не обнаруживается упоминаний подобного предписания для других городов.

¹²³ Главным образом это касается Сицилии (*Cicero*, *In Verrem*, act. 2, lib. 2, с. 13, 24, 25, 37).

благодаря праву гражданства и месту жительства (§ 351), то этими двумя способами могло быть также обосновано подчинение лица территориальному праву города.

Таким образом, здесь утверждается внутренняя связь между *тремя* разными действиями принадлежности к городской общине, и следует особо отметить эту связь между двумя последними действиями (подсудностью и территориальным правом), поскольку оба следует считать лишь разными сторонами общего местного права. Признание же данной внутренней связи важно для всей нашей задачи и выходит даже за рамки своеобразного римского устройства, так что этим придется воспользоваться и при установлении современного состояния права.

Теперь я попытаюсь показать по источникам римского права правильность высказанного здесь утверждения, а также более определенное его выражение. Правда, высказывания римских юристов по этому вопросу очень скудны, тем более что при критическом подходе мы вынуждены отбросить некоторые из них, как сюда не относящиеся. Да и названных немногочисленных высказываний едва ли будет достаточно для полного понимания мнения римлян.

1. Самый древний относящийся сюда случай касается коллизии позитивного римского закона с правом других суверенных (однако связанных с Римом союзническими отношениями) государств (§ 348)¹²⁴.

В 561 г. от основания Рима (L. Cornelio Merula, Q. Minucio Thermo Coss.) должники оказались в нем в большой беде из-за давления на них со стороны ростовщиков. И хотя существовали защищающие их законы о запрете ростовщичества, однако их обходили благодаря тому, что ростовщики для видимости переписывали свои требования на имя граждан соседних государств (*Socii* и *Latini*). Поскольку последние не были связаны позитивным законом о запрете ростовщичества, то у должников не было от них защиты¹²⁵. В целях борьбы с этими недобросовестными уловками был издан особый закон с предписанием, согласно которому римские законы о денежных займах (законы о запрете ростовщичества) становились обязательными и для *Socii*, и для *Latini* как кредиторов римских граждан¹²⁶.

¹²⁴ Livius, XXXV, 7.

¹²⁵ Какой закон о запрете ростовщичества здесь подразумевается согласно названному году, невозможно установить вследствие весьма ненадежной истории этих законов. Им может быть закон об *unciarium foenus* или даже о *semunciarium*. Для нашей нынешней цели этот вопрос безразличен.

¹²⁶ Livius, I. c.: «plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae jus idem, quod cum civibus Romanis esset».

2. Аналогичным характером обладает признанная сенатусконсультом во времена Адриана норма права, согласно которой ребенок, рожденный в браке, заключенном *secundum leges moresque peregrinorum*, даже тогда должен быть перегином (т.е. принадлежать своему отцу), когда к моменту родов только мать (без отца) получила гражданство. Здесь, стало быть, действующий в римском праве принцип, согласно которому *status legitime concepti* должен был устанавливаться по времени рождения, применялся также к гражданам иностранных государств¹²⁷.

Следующие случаи касаются коллизии позитивных законов, изданных для Италии, с правом провинций, т.е. коллизии прав в границах Римского государства.

3. Как правило, обязательство *fidepromissor* не переходило к наследникам, как обязательство *fidejussor*, но в виде исключения подобный переход все же происходил, когда *fidepromissor* был перегином и притом гражданином такого провинциального города, позитивное право которого в этом отличалось от римского¹²⁸.

4. *Lex Furia* предписывала, что вследствие истечения двух лет должно погашаться обязательство *sponsores* и *fidepromissores*, а также что несколько таких одновременно выступающих поручителей должны отвечать только за часть, а не за весь долг. Но этот закон действовал только в Италии, но не в провинциях¹²⁹, т.е. имел силу только для граждан городов в Италии, а не для граждан провинциальных городов, даже если таковые имели римское гражданство¹³⁰.

5. Существовал класс вольноотпущенников, которые вследствие освобождения не становились ни *cives*, ни *latini*, а лишь *peregrini*, притом с весьма специфическим ограничением в правах (*dedititiorum numero*). О них сказано, что они не могут составлять завещания ни как римские граждане, к которым они не относились, ни как перегины, поскольку они не были гражданами какого-либо определенного города, чтобы

¹²⁷ *Gajus*, I, § 92 (ср. с § 89).

¹²⁸ *Gajus*, III, § 120: «Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur». Могло бы обратить на себя внимание то, что в правиле кроме *fidepromissor* назван также *sponsor*, которого затем в исключении не упоминают. Это объясняется тем, что перегины вообще не могли быть *sponsores* (*Gajus*, III, § 93).

¹²⁹ *Gajus*, III, § 121, 122.

¹³⁰ *Sponsores*, которые предполагаются в качестве провинциалов в § 121, 122, обязательно должны были иметь римское гражданство (см. сн. 128). Рудорф пытается придать *Lex Furia* более узкие границы (*Zeitschrift*, Bd. 14, S. 441), вследствие чего этот закон вообще исключается из данного контекста. Более подробное рассмотрение этого увело бы нас слишком далеко от нашей темы.

иметь возможность завещать по праву данного города¹³¹. В основе этого, по-видимому, лежит следующая предпосылка. Если бы такой peregrinus был гражданином провинциального города, который признает право завещания и предписывает для этого определенные правила, то он, соблюдая эти правила, мог бы составить действительное завещание, притом как в Риме, так и в своем родном городе. Но он не может сделать это, поскольку вообще не является гражданином какого-либо города (§ 351, сн. 54).

6. Наконец, здесь можно упомянуть еще известный факт, что своеобразное брачное право латинских городов исчезло, когда эти города получили римское гражданство¹³².

Попытка вывести исчерпывающие правила разрешения коллизии разных территориальных прав из этих немногих отдельных высказываний была бы большой смелостью. И все же в них нельзя не заметить следующие ключевые моменты.

А. В договорном отношении между двумя гражданами разных государств ни одной из сторон не может быть противопоставлен чисто позитивный закон чуждого ей государства, напротив, о них следует судить согласно *jus gentium*¹³³. Однако в отдельных случаях по политическим причинам может быть предписано обратное (п. 1).

В. Право гражданства определенного города, как правило, определяет для каждого отдельного лица то позитивное право, которому оно лично подчиняется, по которому, стало быть, следует о нем судить (п. 3–5).

Кроме того, встречаются еще другие двойкие высказывания римских юристов, которые легко можно было бы счесть правилами соблюдения местного права, но которые на самом деле таковыми не являются, так что особо следует предостеречь от их применения к данному исследованию.

¹³¹ *Ulpian.*, XX, § 14: «*Latinus Junianus, item is qui dedititiorum numero est, testamentum facere non potest... qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur*». Вместо явно правильного «*civis est*» в рукописи читается «*sciens*», что некоторые пытались защитить неестественным и неудовлетворительным способом. «*Adversus*» означает здесь не «*вопреки, в противоречие с*», а «*в связи с, согласно этим законам*» — точно так же как в L. 5 de usurp. (41. 3). Другие хотя и вносят исправление «*secundum*» (см. выше: *Lachmann, Zeitschrift*, Bd. 9, S. 203).

¹³² *Gellius*, lib. 4, с. 4.

¹³³ Ср. выше, § 348, сн. 26.

Во-первых, сюда относятся некоторые фрагменты, где при толковании и применении юридических сделок ссылаются на местные *обычаи*, которые, однако, ошибочно можно принять за местные *нормы права*. Например, при толковании неопределенного договора вероятным намерением сторон следовало, в частности, считать то, что в этой местности было преимущественно *общепринято*¹³⁴. Это явно не *норма права* данной местности, а скорее то, к чему там действительно привыкли, что обычно часто делают. Единственное важное применение этого общего правила толкования встречается в случаях гарантий, которые должен предоставлять продавец ценной вещи и которые также должны ориентироваться на местный обычай, т.е. на гарантии, которые там обычно добровольно предоставляют чаще всего¹³⁵. Кроме того, величина пени за просрочку должна устанавливаться по процентной ставке, которая именно сейчас принята в этой местности¹³⁶, равным образом — величина процентов, которые управляющий может начислить на уплаченные им свои наличные деньги¹³⁷. В обоих фрагментах речь вовсе не идет о местной норме права, согласно которой там определяли процентную ставку, а о процентной ставке, которая на тот момент существовала на местном денежном рынке. Основание же этого положения заключалось в том, что указанные проценты должны были обеспечить кредитору подлинное возмещение упущенной выгоды от использования денег, и это возмещение можно было определить только по процентам, которые кредитор мог бы получить из реального владения деньгами в другом месте.

Во-вторых, намного важнее те фрагменты, в которых говорится о трех классах свободных жителей Римской империи (*cives*, *Latini*, *peregrini*) и которые также можно было бы попытаться связать с подчинением отдельного лица определенному позитивному праву. Ведь подобную мысль можно было бы попробовать развить так, что к первому классу (*cives*) применяли *jus civile*, а к двум низшим классам — *jus gentium*. Однако всю

¹³⁴ L. 34 de R. J. (50. 17): «...id sequamur, quod in regione in qua actum est *frequentatur*».

¹³⁵ L. 6 de evict. (21. 2). По этой причине подобная гарантия — *duplae stipulatio* — стала даже общей обязанностью продавца в важных сделках (L. 31, § 20 de aed. ed. (21. 1); L. 2, L. 37 pr., § 1 de evict. (21. 2)). Другие случаи применения того же правила толкования (при завещаниях) встречаются в L. 21, § 1 qui test. (28. 1); L. 50, § 3 de leg. 1 (30 un.); L. 18, § 3 de instructo (33. 7). То, что и в нашем учении все-таки следует косвенно воспользоваться отвергнутыми здесь фрагментами, будет показано ниже (§ 372).

¹³⁶ L. 1 pr. de usuris (22. 1): «...usurarum modus *ex more regionis*, ubi contractum est, constituitur».

¹³⁷ L. 37 de usuris. (22. 1): «...debere dici usuras venire, *eas autem quae in regione frequentantur*, ut est in b. f. judiciis constitutum» (это именно та пеня за просрочку, которая была упомянута в предыдущей сноске) (ср. также: L. 10, § 3 mand. (17. 1); L. 7, § 10 de admin. (26. 7)).

эту идею необходимо полностью отвергнуть. Названная классификация была крайне важной для *правоспособности* отдельных лиц, поскольку *cives* обладали *connubium* и *commercium*, *Latinus* — *commercium* без *connubium*, *peregrinus* — ни одной из этих двух способностей¹³⁸. Тем не менее названная классификация отнюдь не связана с поставленной здесь задачей, а именно с системой позитивных норм права, применяемых к любому отдельному лицу. Несколько примеров сделают это не вызывающим сомнений. К *cives* правила *jus gentium* применяли в неменьшей мере, чем правила *jus civile*. Однако *Latinus Junianus*, хотя и как *Latinus* обладал *testamentifactio*, не мог сделать завещание, потому что ему это особо запрещалось¹³⁹. Зато его сын был свободнорожденным *Latinus*, которого не связывал данный запрет, и если сын делал завещание, на что он имел право в силу своего положения *Latinus* (сн. 139), то отец наследовал согласно правилам *hereditas*, т.е. согласно самому строгому *jus civile*, которое, следовательно, должно было быть применимо и к нему.

В еще меньшей степени, чем приведенные здесь фрагменты, в нашем исследовании могут быть использованы такие высказывания римского права, в которых лишь в общих словах упоминается принятие во внимание местного обычного права, без предположения или указания при этом на противоположность различных местных прав (т.е. случай коллизии)¹⁴⁰.

§ 357. Римское учение об *origo* и *domicilium*. Действие этих отношений (продолжение)

Из до сих пор проведенного исследования вытекало, что принадлежность отдельного лица к определенной городской общине харак-

¹³⁸ См. выше, т. II, § 64, 66. К данному учению о правоспособности, а не к системе территориальных прав, применяемых к отдельному лицу (здесь говорится лишь об этом), относится также положение, согласно которому стипуляция в форме: «*Spondeo? Spondeo*», — могли использовать только римские граждане, но не перегрины (*Gajus*, III, § 93).

¹³⁹ *Ulpian.*, XX, § 14. О том, что он обладал *testamentifactio* (т.е. ему препятствовал только тот совершенно позитивный запрет), Ульпиан говорит прямо там же, в § 8. Ведь завещание основывалось на форме манципации, поэтому *testamentifactio* была тождественна *commercium*, т.е. способности к манципации, которая полагалась любым латинам (*Ulpian.*, XX, § 4, 5).

¹⁴⁰ Сюда относятся, например, следующие фрагменты: L. 1, § 15 de *inspic. ventre* (25. 4); L. 19 C., de *locato* (4. 65). Именно сюда относится упоминание *chirographa* и *syngraphae* как *genus obligationis proprium peregrinorum* (*Gajus*, III, § 134). Об особых высказываниях в отношении правила *locus regit actum* см. ниже, § 382.

теризовалась *тремя* действиями, поскольку на это лицо: 1) распространялись городские повинности; 2) оно было подсудно данному городу; 3) подчинялось его своеобразным позитивным правам. Эти три действия были внутренне взаимосвязаны, и поэтому их можно было считать аналогичными. Сейчас же необходимо подчеркнуть в них одно важное различие.

Когда лицо было гражданином нескольких городов (будь то из-за права гражданства или места жительства), в *каждом* из этих городов на него распространялись городские повинности и подсудность, так что в этом случае возникала истинная конкуренция между требованиями данных городов к одному и тому же лицу. Подобная конкуренция при подчинении лица позитивному праву разных городов была невозможна, потому что она сопровождалась бы внутренним противоречием. Одному и тому же лицу можно было предъявить требования перед различными властями в зависимости от выбора истца, но судить о нем не могли по разным, возможно, совершенно противоречивым, нормам права. Следовательно, было возможно подчинение только одному местному праву, и с этой целью следовало сделать определенный выбор между разными конкурирующими в другом отношении городами.

Итак, я считаю несомненным, что местное право, которому должно было подчиняться каждое лицо, когда оно имело право гражданства и место жительства в двух разных городах, определялось *правом гражданства*, а не местом жительства. В пользу этого предположения говорят следующие причины: во-первых, право гражданства было более тесной связью, которая сама по себе превосходила место жительства, зависящее от произвола и прихоти; во-вторых, это была более ранняя связь, которая возникала благодаря рождению, а существующее где-либо еще место жительства могло возникнуть лишь позже вследствие свободного действия, да и нет никакой причины, по которой однажды обоснованное для лица территориальное право следовало бы изменить; в-третьих, на это указывают и некоторые только что приводившиеся высказывания римских юристов, в которых сказано: «*si... alio jure civitas ejus utatur*» (§ 356, сн. 128) и «*quoniam nullius certae civitatis civis est*» (§ 356, сн. 131); данные высказывания явно указывают на право гражданства как на основание определения местного права, примененного к лицу, а не на место жительства.

Если признать верным высказанное здесь правило, то останется рассмотреть еще следующие случаи, которые остались неопределенными.

Во-первых, некто мог обладать правом гражданства одновременно в нескольких местах: в одном — благодаря рождению, в другом — благодаря усыновлению или принятию в члены (§ 351). В подобном случае, несомненно, прежнее право гражданства, т.е. возникшее вследствие рождения (*origo*), считалось господствующим, потому что не было никаких оснований для того, чтобы предполагать изменение личного правового статуса. Право гражданства города Рима, которым обладал каждый *municipes* наряду с особым правом гражданства своего города (§ 352), несомненно, не принималось во внимание при определении личного права, напротив, в этом отношении могли учитывать только право родного города.

Во-вторых, некто вообще мог не иметь права гражданства города (§ 351), обладая в нем местом жительства. В данном случае место жительства должно было служить основанием определения личного права, применимого к этому лицу.

Под конец осталось упомянуть еще случаи, когда некто не имел права гражданства ни в одном городе (§ 351) и вместе с тем имел место жительства в нескольких городах или же вообще не имел места жительства ни в одном городе (§ 354). Как римляне могли бы судить о таких для них редких случаях, невозможно доказать прямыми свидетельствами из наших источников права. Мы вернемся к ним при рассмотрении современного права (§ 359).

И для данных правил, касающихся местного права, следует повторить замечание, которое было сделано выше в отношении судоустройства: хотя их универсальность можно утверждать для эпохи древних юристов, но для более раннего времени это можно допускать лишь с исключениями вследствие своеобразного устройства некоторых провинций¹⁴¹.

§ 358. *Origo* и *domicilium* в современном праве

Нетрудно показать, что представленное здесь римское учение об *origo* и *domicilium* не применяется больше в нашем современном праве, особенно в общем праве, действующем в Германии, и что от него сохранились не более чем отдельные элементы. Ведь основой и предпосылкой того учения были территории городов, сеть которых охватывала

¹⁴¹ Это касается особенно Сицилии, согласно приводившимся выше фрагментам из Цицерона (§ 355), где суды и законы называют рядом в качестве привилегий сицилийцев (cap. 13: «*domi certet suis legibus*»; cap. 24: «*postulant, ut se ad leges suas rejiciat*»; cap. 37: «*ut cives inter se legibus suis agerent*»).

всю территорию Римской империи, и связанные с ними городские общины, которые опосредовали связь отдельных жителей с государством, так что на всех отдельных лиц, за небольшим исключением, как граждан городов распространялись разнообразные и постоянные личные обязанности (§ 351).

Именно эта основа римского государственного устройства применительно к отдельным частям территории государства больше не встречается в новое время. И хотя особенно в Германии уже многие века города образуют важную часть устройства как всей Империи, так и отдельных земель, однако она лишь одна из многих других, более важных частей, так что здесь о разделении целого на простые городские территории и городские общины никогда нельзя было подумать. В этом отношении дело обстояло так не только в Германии, но и в других государствах нового времени, и лишь в Италии встречается еще отчасти такое положение, которое, хотя и не полностью, не только напоминает положение в Римской империи, но и действительно является его пережитком.

Итак, если исчезла основа того римского учения об *origo* и *domicilium*, то также нельзя больше утверждать основанные на этом римские правоотношения (*munera, forum*, городское право как право лица). Прежде всего это понятно в отношении *origo*, т.е. права гражданства города, предполагаемого для каждого отдельного лица, тогда как в отношении *domicilium*, обладающего более абстрактным характером, можно было скорее предположить определенную преемственность.

И новые авторы издавна признавали как не вызывающее сомнений то, что состояние нашего права сильно отличается в этом от права римлян. Правда, весь объем наступившего изменения они не могли признать по той причине, что никто из них не мог охватить подлинную и полную взаимосвязь названных римских институтов права. Однако в одном применении — в подсудности — они обратили внимание на этот вопрос, и именно здесь единодушно признали, что у нас полностью исчезло римское *forum originis* в его первоначально господствующем значении и что в нашем современном праве все еще остается не более чем его аналог, который, однако, занимает подчиненное положение и выступает простым подспорьем в очень редких случаях¹⁴². Если кто-либо усомнился бы в том, что в данном учении действительно произошло радикальное изменение, то его смог бы убедить уже тот факт,

¹⁴² *Lauterbach*, De domicilio, § 13, 14, 50; *Schilter*, Ex. 13, § 24; *Stryk*, V, 1, § 17, 18; *Glück*, Bd. 6, S. 261.

что даже понятия и специальные выражения римлян кажутся у новых авторов совершенно запутанными и неясными. Это обстоятельство объясняется не тем, что источники римского права по данному учению отличаются особой непонятностью или пробельностью (что на самом деле не так), а исключительно тем, что их содержание едва ли применимо к нашим условиям.

Итак, можно было бы попытаться понять наступившее изменение так, будто из римского права исчезла одна половина (*origo*), а другая (*domicilium*) осталась без изменений. Однако и такое понимание может быть признано верным лишь с весьма большим ограничением.

Ведь практическое значение римского *domicilium* всегда касалось городской общины и ее территории, поскольку место жительства, как и право гражданства, могло сделать любое отдельное лицо *членом городской общины* (§ 351, 353). Это исключительное практическое значение больше не существует или скорее обрело иную форму.

Зато способ, которым возникает и снова исчезает место жительства (§ 353, 354), у нас точно такой же, как и в римском праве, и в этом отношении положения римского права полностью применимы и у нас.

Граница между применимой и неприменимой частями всего названного учения станет еще нагляднее благодаря рассмотрению трех отдельных действий, которые римское право связывает как с местом жительства, так и с правом гражданства города (§ 355, 356).

1. *Городские повинности (munera)*. Их вовсе можно оставить без внимания, поскольку они касались абсолютно своеобразных римских отношений.

2. *Подсудность (forum domicilii)*. Это действие места жительства не только сохранилось в современном праве, но и стало в нем более важным, чем у римлян. Ведь у них *forum originis* обычно существовало наряду с *forum domicilii*, так что у истца был выбор одного из них (§ 355); у нас *origo* в римском значении исчезла, и теперь *forum domicilii* является единственной надлежащей ординарной подсудностью любого человека.

Но эта подсудность, как и само место жительства, на котором она основывается, имеет другое значение, чем в римском праве. По общему правилу она больше не касается в обязательном порядке, как там, судебной власти *территории города*, к которому относится место жительства, а касается *судебного округа*, который может иметь совершенно разные причины возникновения и границы (однако иногда может, в частности, совпадать с границами территории города).

3. *Особое территориальное право, которому подчиняется каждое отдельное лицо как своему личному праву*. С этим дело обстоит анало-

гично тому, что было только что сказано о подсудности. Это действие места жительства не только сохранилось, но и обрело исключительную применимость и поэтому стало более важным, чем у римлян. Одновременно оно получило у нас, как и подсудность, иное значение.

Этот вопрос намного важнее для задачи данной работы, чем все прочее, ведь только он один стал поводом для того, чтобы включить и все остальные вопросы в сферу данного исследования. Поэтому теперь его следует подвергнуть отдельному, самостоятельному рассмотрению (§ 359).

Наряду с изложенным здесь большим и общепризнанным различием, которое возникло при переходе от римских условий к современным, необходимо упомянуть то необычайное обстоятельство, что в одном небольшом европейском государстве сформировалось правовое положение, аналогичное только что изложенному римскому: *origo*, отличная от *domicilium*, но с решительным перевесом над ним. Это правовое положение, которое не является ни пережитком римского, ни подражанием ему, отличается своеобразием в том, что основывается не только лишь на праве гражданства города, но и на праве уроженца или праве гражданства в какой-либо общине (будь то городской или сельской). Так обстоит дело в большинстве кантонов немецкой Швейцарии, где преимущественно право уроженца определенной общины, которое одновременно является условием приобретения права гражданства кантона, а не место жительства, выбранное, возможно, в другом месте, является решающим для многих наиболее важных правоотношений, особенно для правоспособности и дееспособности, для брака, отцовской власти, опекуинства, а также для права завещания и наследования по закону. Для нескольких таких правоотношений преимущественно по *origo* (праву гражданства в общине), а не по месту жительства определяется не только применимое местное право, но и подсудность; это справедливо для исков о расторжении брака и исков из права наследования. Все эти положения частично основываются на древних традициях, частично на конкордатах, заключенных между многими кантонами¹⁴³.

¹⁴³ Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, Zürich, 1822, 4, Bd. 2, S. 34, 36, 39. За это дополнение, касающееся права Швейцарии, я благодарен Келлеру, любезно предоставившему мне его.

§ 359. *Origo u domicilium* в современном праве (продолжение)

Согласно современному праву, *место жительства* следует считать законным основанием определения особого территориального права, которому подчиняется любое отдельное лицо как своему личному праву (§ 358), и это положение издавна нашло всеобщее признание¹⁴⁴. Таким образом, теперь общим правилом стало такое положение, которое в римском праве признавали в виде исключения для тех лиц, у которых по тем или иным причинам не было настоящего гражданского отношения ни с одним городом, т.е. лиц без *origo* (§ 357). Это правило современного права ради наглядной демонстрации его отношения как к римскому праву, так и к уже упомянутому схожему правилу подсудности можно было бы выразить приблизительно так. 1. У римлян наряду с *forum domicilii* существовало *forum originis*; они оба были одинаково правомерны, следовательно, конкурировали. У нас *forum originis* в римском значении исчезло — осталось только *forum domicilii*. 2. У римлян территориальным личным правом отдельного лица считалась *lex originis* и только в виде исключения *lex domicilii* для тех лиц, у которых по тем или иным причинам не было *origo*. У нас *lex domicilii* является единственным законным основанием определения территориального личного права отдельного лица¹⁴⁵.

Итак, хотя это чрезвычайно важное правило, которое служит основой всего последующего исследования, является общепризнанным, его все же необходимо пояснить подробнее в двух отношениях.

Во-первых, в современном праве место жительства, имея в виду территориальное право, обладает иным значением и иными границами, чем в римском праве (точно так же, как это уже было отмечено

¹⁴⁴ Ср. авторов, указанных в § 358 (сн. 142), и Эйхгорна (*Eichhorn*, Deutsches Recht, § 34). В пользу совпадения с иностранными правоведами следует отметить следующие свидетельства: *Projet de Code civil*, Paris, 1801, 8, p. LV, LVI; *Rocco*, lib. 2, c. 8 (где просто место жительства тоже признается основанием местного права для отдельного лица, что полностью отличается от (политической) натурализации, о которой говорится в lib. 1, c. 10); *Story*, Ch. 3, 4.

¹⁴⁵ Выше (§ 356) уже было обращено внимание на связь между *forum* (*originis*, *domicilii*) и *lex* (*originis*, *domicilii*). Эта связь проявляется не только в римском праве, но и в некоторых чисто практических результатах современного права, в частности в правиле, согласно которому лица, освобожденные от обычной местной подсудности, не подчиняются также местным статутам (*Eichhorn*, Deutsches Recht, § 34). Однако, по всей видимости, не стоит считать указанную связь безоговорочной, исключительной: уже вследствие нередкой конкуренции между разными видами подсудности (например, *domicilii* и *rei sitae*) это вызывало бы сомнения.

в отношении подсудности в § 358). У римлян *lex originis*, как и *lex domicilii*, всегда была местным правом определенной территории города (§ 356). Зато у нас единство территориального права, равно как и подсудности, имеет самые разные причины возникновения и границы¹⁴⁶, и территориальное право может лишь случайно совпадать с границами территории города, т.е. быть городским правом. Таким образом, если мы желаем найти универсальное название для данного отношения, то для этого нам сперва надо придумать особый искусственный термин, в качестве которого подошло бы, например, выражение «территория действия закона» («Gesetzsprenkel»), легко понятное благодаря своему сходству с общепринятым выражением «судебный округ» («Gerichtssprengel»). Только при этом следует помнить о том, что выражение «закон» (как и *lex domicilii*) следует понимать в широком смысле любого правила позитивного права независимо от того, возникло ли данное правило благодаря настоящему закону или обычному праву.

Во-вторых, может возникнуть искушение признать неограниченное влияние высказанного здесь правила о *lex domicilii* только при коллизии между партикулярными правами одного и того же государства (§ 347), но не при коллизии между законами суверенных государств (§ 348); можно было бы допустить, что для этой коллизии решающим должно быть не столько место жительства, сколько, напротив, связь с государством — отношение подданства. Ведь в некоторых крупных государствах были изданы подробные постановления о приобретении и утрате права гражданства, и поэтому можно было бы подумать, что в этих государствах применение территориального права к отдельному лицу в дальнейшем больше не будет обуславливаться местом жительства, а только правом гражданства, в чем, следовательно, можно было бы усмотреть модифицированный возврат к римскому понятию «*origo*» (отличному от «*domicilium*»).

Такое допущение кажется небезосновательным во французском праве, в котором содержатся подробные положения о возникновении и прекращении характерной особенности *Français*¹⁴⁷. За этим следует

¹⁴⁶ Об этом разнообразии характера и границ территориальных прав уже шла речь выше, в § 347.

¹⁴⁷ Code civil, art. 9–13, 17–21. От «*Français*» отличается «*citoyen*»; последнее выражение указывает на политические права (art. 7). Феликс (*Foelix*, p. 36–39) хотя и говорит сначала о «*nationalité*» как об основании применения местного права, но затем считает это выражение равнозначным «*domicile*», стало быть, не хочет противоречить воззрению, господствующему среди авторов общего права.

положение о том, что о личном статусе *Français* (l'état et la capacité), даже если он живет за границей, следует судить согласно французскому праву¹⁴⁸, а также что любой *Français* пользуется всеми *droits civils*¹⁴⁹. Этому последнему положению можно было бы придать исключительное значение, согласно которому иностранец во Франции *не* пользуется *droits civils*, в чем тогда можно было бы усмотреть восстановление римского различия между *cives* и *peregrini* в учении о *правоспособности*. Однако, несмотря на запутанное и ошибочное представление о *droits civils* у французских юристов¹⁵⁰, иностранцам при этом предоставляют почти такие же права, как и *Français*¹⁵¹. Отсюда следует, что практическое значение понятия «*Français*» намного меньше, чем кажется на первый взгляд, и что оно выражается в основном в учении о *дееспособности*, при рассмотрении которого мы вернемся к этому вопросу.

Недавно в Пруссии был издан Закон о возникновении и прекращении характерной особенности пруссака, или подданного Пруссии¹⁵², и в данном случае тоже могло бы возникнуть искушение определять этим Законом применение прусского права к отдельному лицу независимо от места жительства¹⁵³. На самом же деле для этого еще меньше оснований, чем во французском праве: названный Закон касается лишь публично-правовых отношений, а согласно общим законам Пруссии несомненно, что личное право отдельного лица должно определяться местом жительства безотносительно к различию граждан и иностранцев¹⁵⁴.

Для английского и основанного на нем американского права тоже можно было бы предположить, что понятие связи с государством, которая сама по себе отличается от места жительства, следовало бы считать основным. Однако Стори, который исходит только из понятий английского права, все же признает основополагающий характер

¹⁴⁸ Code civ., art. 3 (см. ниже, в конце § 363).

¹⁴⁹ Code civ., art. 8.

¹⁵⁰ См. выше, с. 88 сл. [т. II русского перевода «Системы...»].

¹⁵¹ Code civ., art. 11, где высказан принцип взаимности, который теперь почти всюду будет приводить к совершенно одинаковой правоспособности граждан страны и иностранцев.

¹⁵² Закон от 31 декабря 1842 г. (G. S., 1843, S. 15).

¹⁵³ О том, что одно лишь место жительства не устанавливает и не отменяет характерную особенность пруссака, прямо говорится в § 13, 23 названного Закона.

¹⁵⁴ Allg. Landrecht, Einleitung, § 23, 24, 34. Подтверждением этого предположения служат многочисленные государственные договоры с соседними германскими государствами, в которых для подданных обеих сторон просто место жительства признано основной надлежащей личной подсудности без упоминания, возможно, отличного от этого подданства. Укажу лишь в качестве примера на договоры с Веймаром (1824, ст. 8) и Саксонией (1839, ст. 8) (G. S., 1824, S. 150; 1839, S. 354).

понятия места жительства, притом именно в том смысле, в котором его употребляют авторы, пишущие о римском праве (Ch. 3 и 4).

Следовательно, место жительства действительно следует считать *общим* основанием определения права, и вышеназванные авторы (§ 358, сн. 142) также признали его подлинным основанием отношения подданства (применительно к частному праву).

Высказанного здесь принципа, что место жительства должно считаться основанием для определения как подсудности (*forum domicilii*), так и местного права лица (*lex domicilii*), недостаточно в двух возможных случаях, а потому в отношении этих последних он нуждается в дополнении. Ведь может случиться так, что лицо, для которого нам необходимо установить подсудность или местное право, либо имеет несколько мест жительства, либо вообще не имеет его (§ 354).

В первом случае для определения подсудности не возникает трудностей. Она полностью обоснована в каждом из разных мест жительства, а истец должен выбрать одно из них, точно так же как согласно римскому праву (§ 355).

В отношении местного права лица подобное определение невозможно, напротив, в этом случае из нескольких одновременных мест жительства следует выбрать одно в качестве исключительного основания определения местного права. Я не сомневаюсь в том, что следует считать таковым преимущественно то место, которое стало *первым* местом жительства, а именно потому, что отсутствует достаточное основание допустить изменение местного права, которое лицо однажды установило путем создания первого места жительства¹⁵⁵.

Наконец, второй случай, для которого недостаточно высказанного принципа, т.е. требуется его дополнение, следующий: лицо, для которого нам необходимо установить подсудность или местное право, в данный момент не имеет никакого места жительства.

Этот случай может встречаться прежде всего в таком виде: одно и то же лицо ранее доказуемо имело настоящее место жительства, но затем от него отказалось, не избрав нового. Тогда это прежнее место жительства нам следует считать основанием для определения — и вновь так же, как это уже было сделано в другом случае (сн. 155), потому что

¹⁵⁵ На том же основании аналогичное решение было принято в случае, когда согласно римскому праву одно и то же лицо обладало правом гражданства в нескольких местах (§ 357). С высказанным здесь утверждением согласен Майер (*Meier*, *De conflictu legum*, p. 16).

отсутствует достаточное основание допустить изменение. И исходя из той же позиции тогда следует разрешить еще оставшийся последний случай, когда указанное лицо никогда ранее не создавало какого-либо места жительства. Ведь в подобном случае мы должны вернуться к моменту, в который оно без собственного выбора имело место жительства. Им является время рождения, в которое место жительства ребенка, родившегося в законном браке, совпадает с тогдашним местом жительства отца¹⁵⁶.

Им же является *origo* в смысле нашего нового права, и так данный вопрос всегда понимали рассудительные правоведаы в случае *forum originis*¹⁵⁷, несмотря на то что при этом правильному пониманию часто мешало смешение с простым местом рождения (§ 350, сн. 40), а также неясное представление об отношении указанного понятия к римскому понятию «*origo*». Во избежание любой путаницы в будущем в этом последнем отношении хочу кратко сформулировать данное различие исходя из всего до сих пор проведенного исследования. Римляне называют «*origo*» право гражданства города, приобретенное человеком вследствие его рождения. Мы называем «*origo*» фикцию места жительства человека в том месте, в котором на момент его рождения было место жительства его отца.

Это понятие «*origo*», или происхождения, в смысле современного права следует одинаково применять к подсудности (как *forum originis*) и к местному праву лица (как *lex originis*).

Утверждая это, мы отнюдь не противоречим положениям римского права, решение которого по данному здесь случаю я выше до поры до времени не приводил (§ 357). Напротив, я считаю, что римляне, если бы им встретился подобный случай, разрешили бы его точно так же. В пользу этого говорит не только внутреннее основание, которым мы воспользовались выше для современного права и которое они могли бы признать, как и мы, но и базирующееся на том же основании

¹⁵⁶ См. выше, § 353, сн. 92 (с добавленным там более подробным определением). С таким решением согласен Воэций (*Voetius*, V, 1, § 92) (в конце параграфа), который также правильно называет основание. Майер (*Meier*, De conflictu legum, p. 14) хочет учитывать место рождения, которое как таковое совершенно безразлично. Фактически, разумеется, оба этих места обычно будут совпадать.

¹⁵⁷ Прусское законодательство также правильно понимает вопрос в этом смысле. Правда, в Общем земском праве (A. L. R., Einl., § 25) выражение «место происхождения» неопределенно, и его можно было бы понять как указывающее просто на место рождения. Однако в Общем порядке судопроизводства (Allg. Ger. Ord., I, 2, § 17, 18) «происхождение» и «*forum originis*» совершенно определенно толкуются как «подсудность родителей».

определенное высказывание о схожем случае, который напрашивается сам собой. Вольноотпущенник мог свободно выбирать место своего жительства независимо от места жительства своего патрона (§ 353, сн. 94). И все же наряду с этим сказано, что место жительства вольноотпущенника определяется местом жительства патрона, равно как и место жительства детей вольноотпущенника и даже рабов, отпущенных им в свою очередь¹⁵⁸. Кажущееся противоречие данных высказываний без опасений устраняется следующим образом. На момент освобождения у бывшего раба нет иного места жительства, кроме места жительства патрона, к дому которого он относился до сих пор. За ним сохраняется это место жительства до тех пор, пока по его свободной воле оно не будет изменено, т.е. до тех пор, пока нельзя доказать подобное изменение. До тех пор, стало быть, то же место жительства следует постоянно предполагать и для зависимых от него лиц (детей и вольноотпущенников), пока и они не изменят его путем создания собственного места жительства. Эти высказывания римских юристов явно базируются на том же основании, которое выше было использовано для *origo* современного права, и едва ли они оставляют сомнение в том, что римляне и для сына вольноотпущенника, когда тот не создавал свое место жительства, считали бы его местом жительства то, которое было у отца на момент рождения этого сына.

Здесь следует особо подчеркнуть странное, но при этом абсолютно привычное для новых авторов специальное выражение «*domicilium originis*»¹⁵⁹. Согласно римскому словоупотреблению, данное сочетание бессмысленно, поскольку в нем названы два разных независимых основания принадлежности. С точки зрения новых юристов это должно означать место жительства человека, которое обосновано не его свободным выбором, а происхождением, т.е. некоторым образом основывается на фикции.

Правда, в казуистике можно пойти еще немного дальше и поставить вопрос о том, какое право применять к человеку, у которого невозможно установить ни им самим избранное место жительства, ни ме-

¹⁵⁸ См. выше, § 353, сн. 93. Решающими фрагментами являются: L. 6, § 3, L. 22 pr. ad mun. (50. 1), а для их верного понимания следует сравнить в особенности: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswiss., Bd. 9, S. 98.

¹⁵⁹ Schilter, Ex. 13, § 24; Lauterbach, De domicilio, § 13. Томазий (Thomasius, De vagabundo, § 44–68) критикует данное выражение, но запутывается при этом в невыносимых, совершенно бесполезных тонкостях.

сто жительства отца. Данный вопрос, в частности, может встречаться в том случае, когда этот человек умирает и необходимо установить его наследников по закону. Тогда едва ли останется нечто иное, кроме как считать местом жительства нынешнее место пребывания, т.е. (если речь идет о порядке наследования) то место, в котором он умер. У подкидышей местом жительства должно считаться место, где их находят, с условием его изменения, если в связи с воспитанием у них появится постоянное место пребывания, будь то в общественном учреждении или у частных лиц¹⁶⁰.

§ 360. Переход к отдельным правоотношениям

Мы подошли к такой точке в нашем исследовании, которая начинает большой раздел и в которой взгляд на пройденную часть кажется разумным.

До сих пор ход исследования был следующим. Находилось правовое основание, исходя из которого можно было вывести подчинение отдельного лица определенному местному праву, т.е. принадлежность лица к определенной правовой области (§ 345). В качестве подобного правового основания в римском праве признавалось городское право гражданства (*origo*), а при его отсутствии — место жительства на определенной городской территории (§ 350—357). В современном праве это правовое основание заменено местом жительства на определенной территории действия закона (§ 358, 359).

Но вместе с тем было признано, что данное положение может быть лишь основой для решения нашей задачи и не может считаться самим решением. Ведь для такого решения недостаточно рассмотрения лица в его абстрактном бытии (как в вышеупомянутом положении), напротив, лицо должно рассматриваться с совершенно иной точки зрения, а именно как вступающее в обширную область приобретенных прав и как носитель этих прав, в связи с чем одновременно возникает возможность вступления в самые разные области права (§ 345).

Таким образом, если до сих пор предметом нашего исследования было *лицо*, для которого отыскивалось то, что связывало его с определенным местом как отдельной областью права, то теперь исследование обращается к другому предмету — к *правоотношениям*, для которых нам надо будет установить аналогичную связь с определенным местом, с отдельной областью права. А чтобы и терминологически сблизить

¹⁶⁰ Linde, Lehrbuch, § 89.

друг с другом обе части исследования, мы можем сказать, что впоследствии для каждого класса правоотношений необходимо будет отыскать определенное *местонахождение*.

Следуя за этой мыслью, хочу повторить здесь формулу, которая выше уже была предварительно высказана в ином контексте (§ 348) и согласно которой вся задача заключается в следующем:

Для каждого правоотношения должна быть найдена та область права, к которой это правоотношение по своему своеобразному характеру относится или подчиняется (его местонахождение).

По сути эта формула одинаково применима к коллизии местных прав одного и того же государства и разных государств.

Только благодаря полному решению данной задачи можно будет уверенно и всесторонне применять принципы, которые предстоит сформулировать, в реальной жизни, и с этой точки зрения мы можем назвать предшествующее исследование теоретической частью всего учения, а последующее — его практической частью.

В этом исследовании придется часто упоминать некоторые общие моменты. Их предварительный обзор в данном месте существенно облегчит и будет способствовать их применению в дальнейшем.

1. Выше не раз обращалось внимание на внутреннюю связь, которая существовала уже у римлян между подсудностью и применимым местным правом и не исчезла также в современном праве (§ 356, 359). Эта связь основывалась на обязательном повиновении лица как власти, так и местному праву, т.е. на его одинаковом подчинении обоим стоящим над ним силам. Теперь нам предстоит подтвердить сходную связь, заключающуюся в аналогичном подчинении, и для правоотношений. Только эту внутреннюю связь нельзя распространять до полного совпадения. Подобное допущение исключается уже тем обстоятельством, что во многих случаях применима множественная подсудность, в то время как применимое местное право может быть только одним.

2. Местное право, применимое к любому правоотношению, весьма сильно зависит от свободной воли участвующих лиц, т.е. от добровольного подчинения определенной правовой области, хотя это влияние нельзя понимать как неограниченное. Такое же добровольное подчинение действительно и для подсудности, имеющей силу для отдельных правоотношений.

Добровольное подчинение местному праву выражается по-разному и в разной степени — иногда в том, что содержание определенного

местного права добровольно избирается в качестве руководящего, в то время как, пожалуй, можно было бы выбрать и другое содержание (так, в частности, в случае обязательственных договоров, в которых добровольно избранное местное право следует считать как бы составной частью самого договора). В других случаях названное свободное подчинение выражается в приобретении права самого по себе (например, при приобретении земельной собственности в чужой правовой области, причем приобретатель волен отказаться от приобретения, но если он решается на это, то обязательно должен признать содержание местного права о землевладении).

При таком применении местного права вследствие добровольного подчинения всегда следует учитывать два вопроса: при каких условиях его следует предполагать, поскольку обычно будет отсутствовать прямое заявление об этом; в каких случаях оно допускается или же исключается противостоящими абсолютными законами?

Большое влияние этого добровольного подчинения применимому местному праву всегда находило общее признание. Оно могло бы, правда, вызвать сомнения в римском праве, согласно которому личная зависимость от определенного местного права определялась прежде отношением гражданства города (§ 357), в которое любой обычно вступал не по своей доброй воле, а вследствие рождения (§ 352). Зато всякое возможное сомнение исчезает в современном праве, в котором личная зависимость от определенного местного права определяется местом жительства. Поскольку само место жительства определяется совершенно свободным выбором каждого, то и в отдельных правоотношениях закономерное право на добровольное подчинение определенному местному праву не может вызывать сомнений.

Упомянутое здесь добровольное подчинение выражается то как одностороннее (при приобретении собственности и других вещных прав), то как одновременно присутствующее в нескольких лицах (в обязательственных договорах). Можно было бы склониться к тому, чтобы считать это последнее самостоятельным договором, а именно молчаливым. Однако такое понимание было бы не совсем правильным. В каждом договоре предполагается определенно осознанное позитивное желание. Однако оно в рассматриваемом здесь подчинении имеется отнюдь не всегда. Напротив, здесь в качестве желаемого в силу общей нормы права предусмотрительно предполагается то, что отвечает внутренней потребности, пока отсутствует решительно противоречащая воля. Этим, правда, немного тонким различием между предполагаемым здесь подчинением и договором мы воспользуемся

ниже (§ 379, п. 3), и в этом немаловажном применении оно проявится еще нагляднее.

И хотя в самом вопросе господствует совпадение взглядов на большое влияние добровольного подчинения определенному местному праву, однако я вынужден возразить против словоупотребления, которое недавно здесь появилось. Новые авторы это весьма общее влияние свободной воли обычно называют *автономией*¹⁶¹, но это искусственное выражение употреблялось с давних пор скорее для обозначения весьма своеобразного отношения в развитии германского права, которое заключается в праве немецкого дворянства и некоторых корпораций на самостоятельное упорядочение своих собственных отношений посредством своего рода внутреннего законодательства¹⁶². Здесь, пожалуй, можно обойтись без этого выражения, а его своеобразное значение будет лишь ослаблено ненужным применением к совершенно несхожим отношениям нашего учения, которое не станет от этого яснее и определеннее. Если же указанное применение попытаться оправдать тем, что и в данном случае стороны подчиняются (уже существующему) праву, в этом смысле, стало быть, устанавливают себе закон, тогда то же справедливо в еще большей степени относительно свободного выбора места жительства, и все же никто не подумает о том, чтобы назвать выбор места жительства следствием автономии. Следовательно, будет, кажется, разумным не употреблять слово «автономия» при свободном подчинении какому-либо местному праву, а также при выборе места жительства и при многих других свободных действиях, из которых возникают правовые последствия¹⁶³.

3. Если мы рассмотрим трактовку данных вопросов в целом, как это выражается в течение нескольких веков у авторов, в судебной практике и даже в законодательстве разных наций, то увидим там явное изменение, а именно прогресс в одном и том же отношении. В прежние времена господствовало строгое обособление отдельных государств друг от друга, место которого с течением времени заняло все возрастающее сближение. Сообразно с этим обнаруживается также заметное

¹⁶¹ *Wächter*, II, S. 35; *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 34, 37; *Mittermaier*, Deutsches Recht, § 30, 31; *Foelix*, p. 134.

¹⁶² *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 20, 25, 30; Rechtsgeschichte, Bd. 2, § 346; *Philipps*, Deutsches Recht, Bd. 1, S. 89; Bd. 2, S. 73; *Puchta*, Gewohnheitsrecht, Bd. 1, S. 155–160; Bd. 2, S. 107.

¹⁶³ Ср. также: *Puchta*, Gewohnheitsrecht, Bd. 1, S. 158; Bd. 2, S. 107. В основе критикуемого здесь словоупотребления лежит путаница, аналогичная той, вследствие которой основания возникновения правоотношений сравнивают с источниками права (см. выше, сн. 1 на с. 281 [т. I русского перевода «Системы...»]).

уменьшение разногласий между авторами разных наций. О данном изменении свидетельствуют два отмеченных выше факта (§ 348): все шире признаваемая одинаковая правоспособность граждан страны и иностранцев, а также все возрастающее согласие по поводу некоторых положений общего обычного права по нашим вопросам. Если этому уже начавшемуся развитию права не помешают непредвиденные внешние обстоятельства, то можно ожидать, что оно приведет в конце концов к совершенно единообразному подходу к нашему учению во всех государствах. Подобного единообразия можно было бы добиться благодаря науке и руководимой ею практике судов. Его можно было бы добиться также посредством согласованного между всеми государствами закона о коллизии местных прав. Я не говорю о том, что он мог бы появиться или хотя бы был более целесообразным и полезным, чем чисто научное соглашение. Однако мысль о подобном законе может послужить нам критерием проверки любого высказываемого нами коллизионного правила. При этом мы должны постоянно спрашивать себя о том, годится ли подобное правило для того, чтобы быть включенным в этот общий для всех наций закон.

При таком возрастающем сближении остался один основной момент, с которым постоянно были связаны острейшие противоречия. Древнее германское право исходит из строгого различия между собственностью на недвижимое имущество, с одной стороны, и движимой собственностью наряду со всем прочим имуществом (в особенности обязательствами), с другой стороны. Если сохранить данное различие и в нашем учении, это приведет тому, что недвижимое имущество во всех отношениях будет оцениваться в соответствии с правом места, где оно расположено, стало быть, к полному отделению от прочего имущества во многих важнейших случаях. Если же мы откажемся от указанного различия, то придем к одинаковой трактовке имущества разного вида во многих подобных случаях. Эта очень важная противоположность будет подробнее рассмотрена ниже сначала в вещных правах, а затем в праве наследования и имущественном праве супругов. Но предварительное его упоминание в этом месте показалось нам целесообразным ввиду его общего характера.

При непредвзятом рассмотрении следует признать, что полностью изменившиеся в новое время имущественные отношения и отношения гражданского оборота ведут к отказу от названного строгого различия. Противники данного мнения не отрицают, правда, большую трудность, которая была бы связана с реализацией указанного различия в наше время. Но обычно они смотрят на это обстоятельство немного свысока,

утверждая, что подобное неудобство не может мешать нам соблюдать правильные принципы. С этим можно было бы согласиться, если бы речь шла просто о трудности для судей, выносящих судебное решение, чьи старания и труд, стало быть, позволил бы сэкономить уравнилельный подход. Однако эта трудность и вытекающие из нее недостатки затрагивают самих участников процесса, сами стороны, к которым применяются нормы права, и мы никогда не должны забывать о том, что назначением последних является содействие подлинному и однородному интересу сторон, что нормы права должны служить им, а не наоборот.

И все же рассмотрим подробнее, в чем мог бы заключаться принцип, который подвергся бы опасности вследствие устранения названной трудности. Можно было бы подумать, что опасности подвергнется выгода собственных подданных, если в отдельных случаях земельная собственность нашей страны вследствие наследования по нормам права иностранного государства, возможно, достанется иностранцу, а не местному жителю. Однако в отдельном случае при применении иностранной нормы права отчасти мог бы возникнуть как раз обратный результат, отчасти любая подобная опасность (если угодно употребить это выражение) была бы полностью устранена предполагаемой нами взаимностью. Или можно было бы подумать, что опасности подвергнутся достоинство и независимость нашего государства, если к наследованию отечественной земельной собственности будут применяться иностранные нормы права. Однако и это возражение опровергается предполагаемой нами взаимностью, которая, понимаемая более широко, воплотится в международно-правовой общности как основе и конечной цели всего нашего учения (§ 348).

Фактически упомянутое здесь разногласие сформировалось следующим образом. Немецкие авторы в последнее время все больше склонялись к тому, чтобы отказаться от вышеназванного строгого различия между недвижимым и прочим имуществом, и притом так, что романисты и германисты полностью согласны с этим. Зато английские авторы, включая американских (основа учения которых та же, что и в *common law*), очень строго придерживаются указанного различия¹⁶⁴, и к ним примыкают, кажется, и французские авторы. А рука об руку с авторами ввиду весьма естественного взаимодействия всюду следует судебная практика.

¹⁶⁴ В Англии на это повлияло, несомненно, норманнское ленное право, которое там и поныне господствует в обороте земельной собственности.

§ 361. Переход к отдельным правоотношениям (продолжение)

Наша следующая задача сводится к отысканию для каждого класса правоотношений определенной области права, к которой он относится, т.е. как бы местонахождения правоотношения (§ 360). Основой этой работы должен стать сравнительный обзор самих правоотношений, на которые должно быть нацелено названное исследование¹⁶⁵.

Центральной фигурой любого правоотношения является лицо как его носитель, и прежде всего необходимо установить статус лица как такового. Это делается путем установления двух видов условий: условий, при которых лицо может *быть* носителем правоотношений (*правоспособность*), и условий, при которых оно благодаря своей свободе может *стать* носителем правоотношений (*дееспособность*). Обычно такую двойную способность называют абсолютным статусом лица.

Итак, вокруг этой центральной фигуры (лица как такового) возникают разнообразные приобретенные права. Их можно свести к двум основным классам, которые определяются их предметами: *семейное право* и *имущественное право*.

К имущественному праву относятся прежде всего права на отдельные *вещи* (вещные права), затем права на отдельные действия определенных *лиц* (обязательственное право, отдельной ветвью которого следует считать исковое право).

Эти образующие имущество отдельные права предстают в виде искусственного единства в *праве наследования*, предметом которого является имущество в его абстрактном понятии неопределенного содержания.

Семья выражается отчасти в своей изначальной сущности как постоянный уклад жизни (чистое семейное право), отчасти в важном влиянии, которое отдельные ее ветви оказывают на имущество (прикладное семейное право). Ее следует рассматривать в трех видах, которые еще остались в современном римском праве: брак, отцовская власть, опека, поскольку рабовладельческое право, существовавшее в римском праве вплоть до позднейших времен, давно исчезло.

¹⁶⁵ Ср. выше, § 345, и т. I, § 53–58. Правоспособность и дееспособность были представлены выше, в [т. II], исковое право – в [т. III (с. 323–572) и IV русского перевода «Системы...»]. Впрочем, понятно само собой, что данное исследование, как и весь труд, ограничивается материальным частным правом, так что из него исключено как процессуальное, так и уголовное право (см. выше, т. I, § 1).

Из этого обзора в качестве путеводной для всей последующей части нашего исследования вытекает следующая очередность правоотношений:

- I) статус лица как такового (правоспособность, дееспособность);
- II) вещное право;
- III) обязательственное право;
- IV) право наследования;
- V) семейное право:
 - A) брак;
 - B) отцовская власть;
 - C) опека.

Итак, для каждого правоотношения, относящегося к одному из этих классов, нам надо будет установить правило, согласно которому следует разрешать коллизию различных местных прав. Формальный принцип решения данной задачи уже был назван (§ 360) и сводился к тому, что необходимо установить местонахождение («родину») любого правоотношения (его следует отличать от места жительства лица); *это* местное право должно применяться в каждом случае коллизии. Фактическими отношениями, которые при этом *могут* приниматься во внимание, из которых, следовательно, каждый раз придется выбирать, если дело будет сводиться к установлению местонахождения отдельных правоотношений, являются следующие:

- *место жительства* какого-либо лица, связанного с правоотношением;
- место, где *находится вещь*, которой касается правоотношение;
- место юридического *действия*, которое совершилось или должно будет совершиться;
- местонахождение *суда*, который должен решить правовой спор.

В разное время предпринимались попытки нахождения материального принципа для решения всех встречающихся вопросов коллизии. Хочу представить здесь наиболее важные. Проверка каждой из них будет зависеть от того, отвечает ли она названному формальному принципу, т.е. можно ли исходя из нее для любого отдельного правоотношения на самом деле точно установить его истинное местонахождение. Уже при предварительном рассмотрении все эти попытки должны показаться сомнительными по той причине, что отдельные правоотношения обладают настолько разным характером, что их едва ли можно свести к одному общему радикальному правилу их местонахождения.

1. Различение *Statuta personalia, realia, mixta*¹⁶⁶. Весьма незрелое начало такого различия встречается уже у Бартола¹⁶⁷, но более полно оно сформировалось к концу XVI в.¹⁶⁸

Личными статутами должны быть такие законы, предметом которых *principaliter* являются лицо и его состояния, даже если наряду с этим они содержат положения, касающиеся имущества.

Вещными статутами называются законы, в которых *principaliter* говорится о вещах (притом о недвижимых), даже если наряду с этим упоминаются также лица.

Смешанными статутами некоторые называют законы, предметом которых не является ни то, ни другое (лицо или вещь), а скорее действия¹⁶⁹, другие — те законы, которые охватывают и то, и другое (лицо и вещь одновременно). Эти два мнения кажутся противоположными, однако переплетаются друг с другом.

Практическое значение данных понятий следующее. Исходят из вопроса о том, какие законы следует применять и за государственной территорией законодателя, и отвечают на него так. Личные статуты должны применяться ко всем лицам, место жительства которых находится на территории законодателя, даже если решение должен вынести иностранный судья; вещные статуты — к любой находящейся на территории законодателя недвижимости, опять же безотносительно к тому, должен ли вынести решение национальный или иностранный судья; наконец, смешанные статуты — ко всем действиям, происходящим на территории законодателя, независимо от того, должно быть вынесено судебное решение в той же самой стране или нет. Так обстоит дело с применением в общем, однако относительно отдельных случаев встречается бесчисленное множество различных мнений, поскольку границы самих понятий, а также их практического применения устанавливают то так, то этак.

Пожалуй, не стоит категорически отвергать это учение как полностью неправильное, поскольку оно допускает самые разные толкования и применения, среди которых иногда можно заметить и совершенно правильные. Однако оно оказывается совершенно неудовлетворитель-

¹⁶⁶ На это уже было указано в конце § 345 и в § 347 (см. подробнее: *Wächter*, I, S. 256–261, 270–311; ср. также: *Foelix*, § 19 fg.; *Story*, § 12 fg.).

¹⁶⁷ *Bartolus* in L. 1 C., de summa trin. Главный фрагмент приведен у Вехтера (*Wächter*, I, S. 272–274).

¹⁶⁸ *Argentraeus*, Num. 5–8. Краткая, ясная подборка есть у И. Воэция (*J. Voetius*, § 2–4).

¹⁶⁹ И с ограничением, пожалуй, *формой* действий (*J. Voet.*, § 4).

ным и вследствие своей незавершенности, и вследствие многозначности, а потому полностью непригодно для того, чтобы быть основой предстоящей части нашего исследования.

Некоторые новые авторы утверждали, что это учение следует принять как несомненное общее обычное право¹⁷⁰. Правильность данного утверждения не только не доказана — это вообще невозможно, поскольку мнения авторов, с которыми в большей или меньшей степени связаны также решения судов, сильно разнятся, т.е. не могут свидетельствовать о соответствующем обычае. В качестве истинного элемента названного утверждения мы можем признать только тот факт, что почти все авторы вплоть до самого последнего времени при рассмотрении нашего учения употребляют упомянутые искусственные выражения («личные» и «вещные статуты» наряду со «смешанными статутами»). Но так как с данными выражениями они связывают совершенно разные понятия и правила, эта оставшаяся истинная часть упомянутого утверждения абсолютно несущественна и безразлична.

Обычно вышеупомянутое строгое различие между недвижимым и прочим имуществом (§ 360, п. 3) связывают с только что названным учением, и притом так, что защитники указанного различия придают особое значение понятию *вещных статутов*, тогда как для их противников это понятие имеет намного меньшее значение.

2. В случае сомнения о любом отдельном правоотношении следует, как правило, судить согласно местному праву *места жительства* лица, которого касается данное правоотношение. Это должно происходить, стало быть, во всех случаях, для которых невозможно доказать особое исключение¹⁷¹.

На первый взгляд данный принцип кажется связанным с общепризнанным (в том числе и мной) правилом, согласно которому место жительства является тем, что связывает лицо с определенной правовой областью (§ 359, сн. 144). Но при более внимательном рассмотрении дело обстоит совсем по-другому. Право, действительное для лица как такового, недействительно по этой причине для отдельных правоотношений, стороной которых оно становится и через которые может вступить в самые разные области права (§ 360). Местное право лица *может* быть одновременно применимым к какому-либо его отдельному

¹⁷⁰ Thibaut, Pandekten, § 38; Kierulff, S. 75—82.

¹⁷¹ Eichhorn, Deutsches Recht, § 34; Göschen, Vorlesungen, Bd. I, S. 111; Puchta, Pandekten, § 113; Vorlesungen über die Pandekten, § 113 (Пухта допускает этот принцип только при коллизии местных прав одного и того же государства). Против данного принципа выступает Вехтер (II, S. 9—12).

правоотношению, и поэтому в некоторых особых случаях названный принцип оказывается правильным. Но подобное совпадение совершенно случайно, сам принцип как таковой не претендует на всеобщую применимость к отдельным правоотношениям, и мы не можем освободиться от необходимости для каждого из них отдельно и совершенно непредвзято устанавливать соответствующую ему область права.

К этому добавляется еще то важное обстоятельство, что большинство правоотношений *касаются* не одного лица, а одновременно нескольких лиц. В подобных случаях названный принцип оставляет нас вообще без решения, поскольку не позволяет распознать, какое из этих нескольких лиц, которых *касается* правоотношение, должно своим местом жительства определять применимое к правоотношению местное право.

Наконец, необходимо возразить и против всей формы, в которой выражается упомянутый мнимый принцип. Он должен иметь силу по общему правилу или в случае сомнения, т.е. не иметь силы только тогда, когда можно полностью доказать применимость другого местного права¹⁷². Кажется, что тем самым действие принципа предваряется объяснением многочисленных случаев, в которых в пользу одного или другого мнения приводятся мнимые основания, веские авторитеты, судебные прецеденты. Здесь, стало быть, в известной степени применяется процедура гражданского процесса, в котором каждый, на кого возложено бремя доказывания, проигрывает дело, если ему не удастся привести доказательства. Я не могу согласиться со всем этим подходом. Напротив, для каждого отдельного правоотношения следует отдельно установить и исследовать область права, к которой оно относится по своему характеру, так что к этому исследованию не может быть примешано никакое общее предположение — содействующее или препятствующее. Это возражение, впрочем, касается не только упомянутого мнимого принципа — оно применимо и к последующему принципу.

3. О каждом отдельном правоотношении, как правило, следует судить по месту *суда*, т.е. согласно законам страны, гражданином которой является выносящий решение судья. Впрочем, этот принцип высказывается только для коллизии прав разных государств, но не для коллизии партикулярных прав одного и того же государства¹⁷³. Но если

¹⁷² Так в особенности у Пухты (*Puchta*, Pandekten, § 113, сн. b).

¹⁷³ *Wächter*, I, S. 261—270 (во всем сочинении речь идет только о законах разных государств); *Puchta*, Pandekten, § 113; *Vorlesungen*, § 113. Это мнение оспаривают Шеффнер (*Schäffner*, § 24—29) и Кори (*Kori*, Archiv, Bd. 27, S. 312).

бы его признали верным, то не было бы никаких препятствий для его применения и к коллизии местных прав одного и того же государства.

Кажущаяся истинность данного принципа заключается в том, что любой законодатель обладает исключительной властью над своей страной, на этой территории, стало быть, не должен терпеть вмешательство какого-либо чуждого права, т.е. (что, с другой стороны, выражает то же самое) любой судья призван применять только законы своей страны¹⁷⁴. Указанное основание было бы решающим, если бы господствующей точкой зрения нового законодательства было ревнивое поддержание собственного авторитета. Но это, несомненно, не подразумевается само собой, напротив, только теперь у нас возникает вопрос о том, исключает ли по общему правилу национальное законодательство в соответствии со своим духом и своей направленностью применение любого иностранного права к правоотношениям, соприкасающимся с несколькими областями права¹⁷⁵. Один из новых авторов высказывает данное мнение следующим, весьма уместным образом. Вроде бы мы хотим согласиться с тем, говорит он, что любой судья должен применять прежде всего законы своей страны. Но он должен применять их, несомненно, только к лицам и случаям, для которых они изданы, а вот установление того, *была ли* воля законодателя направлена на то, чтобы его закон имел силу и для самих по себе неясных правоотношений, при которых возникает коллизия местных прав, представляет собой (говорит автор) главную трудность¹⁷⁶.

Итак, если мы беспристрастно вникнем в поставленный выше вопрос, то убедимся в том, что господствующая точка зрения нового законодательства и практики *не* заключается в ревнивом поддержании исключительно собственной власти, что она, как раз наоборот, скорее направлена на развитие подлинной правовой общности, стало быть, на оценку случаев коллизии в соответствии с сущностью каждого отдельного правоотношения без учета границ государств и областей их права (§ 348).

А если эту господствующую точку зрения права на современном этапе его развития (в законодательстве и практике) мы признаем правильной, то по необходимости вынуждены будем отвергнуть обсужда-

¹⁷⁴ Вместе с тем кажется, что данный принцип якобы связан с вышеназванным (§ 360) сходством между подсудностью и местным правом. Однако его защитники ошибочно доводят это сходство до полного совпадения.

¹⁷⁵ Эту точку зрения признает правильной даже защитник проверяемого здесь принципа (см.: *Wächter*, I, S. 262, 265).

¹⁷⁶ *Thöl*, *Handelsrecht*, Bd. 1, S. 28.

емый здесь принцип (что судья, сталкиваясь со случаем коллизии, как правило, должен принимать решение согласно законам своей страны). Данный принцип мешает даже желательному и достижимому путем приближения *соответствию* решений коллизионных случаев в разных государствах. Поэтому его невозможно включить в общий закон всех государств о коллизии местных прав (если таковой попытаются когда-либо создать) (§ 360).

А к этому добавляется еще одно особое основание, которое делает применение названного принципа весьма сомнительным. Во многих случаях коллизии будет обоснованной конкурирующая подсудность судам разных мест, так что истец в отдельных случаях волен будет его свободно выбирать. Вследствие этого если названный принцип должен иметь силу, то подлежащее применению в каждом отдельном случае местное право становится зависимым не только от случайных обстоятельств, но и от одностороннего произвола стороны в споре. Но принцип, применение которого приводит к такому результату, невозможно признать справедливым. Весьма необычными оказываются суровость и произвол, к которым может привести применение названного принципа, если при этом вспомнить о тех странах, в которых введена *полная оседлость* (прикрепление к земле)¹⁷⁷.

А в заключение нам необходимо еще признать правильные элементы принципа, с которым мы здесь боремся, тем более что именно это признание, возможно, поможет понять противоречивые мнения.

А. Если судья обнаруживает отечественный закон о *коллизионном вопросе*, то он должен придерживаться его безусловно, даже если это не соответствует его собственному теоретическому мнению (§ 347, 348). Однако соблюдение данного правила ни к чему хорошему не приведет, поскольку законы о разрешении коллизий обычно представляют собой лишь выражение какой-либо незавершенной, неудовлетворительной теории.

В. Судья никогда не может применять иностранное местное право, если такое применение исключено вышеназванными границами правовой общности независимых государств (§ 349). Наиболее важные последствия данного правила будут представлены ниже, в § 365. Благодаря этому одновременно станет ясно, что практическое различие

¹⁷⁷ *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 75. Особым возражением против обсуждаемого здесь принципа является также то обстоятельство, что в судебном округе судьи, который выносит решение, могут одновременно существовать несколько местных прав и тогда останется открытым вопрос о том, какое из них должно иметь силу (*Seuffert*, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe in den deutschen Staaten, Bd. 2, Num 4).

между оспариваемым здесь и защищаемым мной учением на самом деле не столь значительно, как может показаться на первый взгляд.

С. Судья должен всегда применять право своей страны, когда речь идет не об отношении материального права, а скорее о судебной защите права. Сюда относятся не только формы и правила, действительные для самого процесса, но и отчасти правила искового права. Но здесь часто весьма трудно провести границу и нужно действовать с величайшей осторожностью, всегда принимая во внимание подлинный характер и назначение отдельных институтов права. Очень многие правила лишь по видимости относятся к защите права, а на самом деле касаются самого правоотношения.

4. Любое правоотношение следует оценивать согласно местному праву той правовой области, в которой оно обрело *существование*¹⁷⁸.

Этот принцип не только произволен, потому что само по себе место возникновения, не принимая во внимание возможные способствующие причины, не может быть определяющим для применения местного права, но и обладает лишь видимостью материального принципа, тогда как на самом деле ему присущ чисто формальный характер. Ведь место, где правоотношение становится существующим в юридическом смысле, можно установить только путем подробного рассмотрения индивидуального характера каждого правоотношения, и вместе с тем, если в первоочередном порядке уделять основное внимание месту возникновения, это не поможет, а лишь создаст помехи.

5. Всегда следует применять то местное право, благодаря которому сохраняются благоприобретенные права¹⁷⁹.

Этот принцип приводит к замкнутому кругу. Ведь узнать, какие права являются благоприобретенными, мы можем лишь тогда, когда заранее будем знать, согласно какому местному праву должны судить о совершенном приобретении.

В этом общем обзоре под конец следует упомянуть некоторые всеобъемлющие своды законов крупных европейских государств, появившиеся в последнее время.

Всеобщее земское право Пруссии¹⁸⁰ весьма определенно признает принцип равноправия в подходе к гражданам своей страны и к ино-

¹⁷⁸ *Schäffner*, § 32; ср. против: *Wächter*, II, S. 32.

¹⁷⁹ Ср. об этом принципе: *Wächter*, II, S. 1–9.

¹⁸⁰ Ср.: A. L. R., *Einleitung*, § 23–35.

странцам¹⁸¹, а если встречаются исключения из этого, то целью их является отнюдь не обеспечение исключительного господства местного права над иностранным, а скорее благосклонная защита совершенных юридических сделок от недействительности, которая могла бы вытекать из коллизии местных прав¹⁸². На формулировку этих положений Земского права явно повлияло господствовавшее в то время учение о личных и вещных статутах¹⁸³, и как раз несовершенство данного учения является главной причиной недавно возникших сомнений и споров об одном из наиболее важных его применений, о чем речь пойдет ниже, в учении о праве наследования (§ 378).

Французский кодекс содержит лишь несколько положений, которые можно считать решающими для вопросов коллизии. Тем не менее и здесь недвусмысленно признан обычно применяемый принцип равноправия в подходе к гражданам своей страны и иностранцам¹⁸⁴.

Австрийское уложение¹⁸⁵ близко к Прусскому. Оно признает равноправие граждан своей страны и иностранцев и столь же благосклонно обращает внимание на сохранение юридических сделок, как и прусское право¹⁸⁶.

§ 362. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность)

По отношению к разным состояниям лица, которые определяют правоспособность и дееспособность, возможно лишь чистое и простое применение того местного права, к которому относится само лицо благодаря своему месту жительства (§ 359).

Правда, и этот принцип не остался без возражений¹⁸⁷. Однако число его сторонников настолько преобладающее, что его признание тем не менее можно считать почти общим мнением; кроме того, он подтвержден даже общим обычным правом, действующим в Германии¹⁸⁸. В этом заключается также подлинное значение *личных статутов*, понятию которых придавали такое большое значение ранее (§ 361, п. 1).

¹⁸¹ A. L. R., Einleitung, § 34 (ср. с § 23).

¹⁸² Ibid., § 27, 35.

¹⁸³ Bornemann, Preuß. Recht, 2. Ausg., Bd. 1, S. 52; Koch, Preuß. Recht, Bd. 1, S. 129.

¹⁸⁴ Code civil, art. 3, 11–13 (ср. выше, § 359, сн. 147–151).

¹⁸⁵ Oesterreich. Gesetzbuch, § 4, 33–37.

¹⁸⁶ Ibid., § 33–35.

¹⁸⁷ См., например: J. Voet., § 7. Других противников см. у Вехтера (*Wächter*, II, S. 162, 163) и Феликса (*Foelix*, p. 121).

¹⁸⁸ *Wächter*, II, S. 162, 163, 175, 177.

Однако мы ошиблись бы, если бы переоценили это соответствие, поскольку оно по большей части только кажущееся. Ведь ранее уже пытались проводить следующее различие, о котором заявляют в последнее время с большим упорством¹⁸⁹: хотя бы разграничивать простое наличие юридических *свойств лица как такового* и *правовые эффекты* этих свойств, т.е. вытекающие из них права и ограничения лица. О свойствах следует судить согласно местному праву места жительства, зато о правовых эффектах не по нему, а по какому-либо иному местному праву. По какому праву? Об этом мы поговорим позже. Поэтому у защитников такого разграничения общее единодушное мнение и связанное с ним общее обычное право ограничивается свойствами самими по себе.

Смысл этого различия станет понятным из следующих примеров. К свойствам как таковым относятся состояния опекаемого, несовершеннолетнего, неполнолетнего, расточителя; кроме того, пол, нахождение в браке, рождение в браке или вне брака и т.п. Таким образом, то, является ли некто неполнолетним, т.е. граница неполнолетия, должно устанавливаться в соответствии с правом места жительства. Зато права и ограничения неполнолетнего относятся к правовым эффектам и поэтому (согласно названному учению) о них следует судить не по месту жительства.

Во все времена, однако, многие авторы вовсе не проводили подобное различие, а, напротив, судили о правовых эффектах (как и свойствах как таковых) исключительно согласно местному праву, определяемому местом жительства лица¹⁹⁰. И, соглашаясь с ними, я также вынужден полностью отвергнуть названное различие. Я считаю его произвольным и непоследовательным, так как полностью отсутствует внутреннее основание для проведения такой границы. Если мы рассмотрим вопрос подробнее, то не найдем никакого иного различия, кроме того, что некоторые личные состояния имеют особое название, а другие нет; это совершенно случайное, не имеющее отношения к делу обстоятельство не может быть основанием для применения разных местных прав.

Полнолетним мы называем того, кто обладает самой полной, достижимой с возрастом дееспособностью; таким образом, это лишь

¹⁸⁹ Hert., § 5, 8, 11, 22; Meier, p. 14; Mittermaier, Deutsches R., 7. Ausg., § 30, S. 118; см. особенно: Wächter, II, S. 163, 175–184.

¹⁹⁰ Argentraeus, N. 47–49; Rodenburg, t. 1, c. 3, § 4–10; Boullenois, t. 1, p. 145–198; Huber, § 12; Foelix, p. 126 (применение к замужним женщинам и к опеке над женщинами). Многие другие приверженцы этого мнения названы у Вехтера (Wächter, II, S. 167).

название для определенных правовых эффектов, для отрицания ранее существовавших ограничений способности. Равным образом мы называем *неполнолетним* того, кто *еще не обладает* указанной полной способностью; это название для отрицания состояния полной способности. Если же закон и для несовершеннолетнего устанавливает определенные степени способности, не употребляя для этого особое название, то, несомненно, невозможно увидеть причину, по которой о данных степенях способности, как и о наступлении полной способности, не следует судить в соответствии с правом места жительства. Следующий пример сделает это утверждение еще более наглядным. Защитники названного различия согласны, что француз, которому 21 год, должен считаться полнолетним и полностью дееспособным и в Пруссии, где обычно требуется 24 года, а также в странах действия римского права, где требуется 25 лет, ведь благодаря ст. 488 Французского кодекса он обрел статус *majeur* и поэтому обладает свойством, к которому следует применять право места жительства. Однако в том же Кодексе несовершеннолетним отчасти в возрасте 16 лет, отчасти 15 и 18 лет предоставляют определенные ограниченные способности, не образуя из них определенный класс с собственным названием¹⁹¹. Это, стало быть, является, согласно названному учению, не свойством, а просто правовым эффектом, своеобразным ограничением лица, и вместе с тем не должно иметь силу право места жительства.

Другим примером пусть будет следующий. Согласно некоторым законам, женщины должны привлекать к своим юридическим сделкам опекуна; согласно другим законам, женщинам требуется согласие мужа. Итак, если женщина совершает сделку за границей, то (при последовательном применении названного учения) по месту жительства следовало бы судить только о существовании личного свойства как такового, т.е. о том, является ли она женщиной (в противоположность мужчине) или женой (в противоположность девушке или вдове). Зато о необходимости привлечения опекуна, а также о согласии мужа следовало бы судить не по месту жительства, поскольку эти моменты относятся к правовым эффектам и ограничениям¹⁹².

Перехожу теперь к вопросу о том, какое иное местное право (не право места жительства) применяют защитники названного различия,

¹⁹¹ Code civil, art. 477, 478, 903, 904.

¹⁹² Так на самом деле полагает Вехтер (*Wächter*, II, S. 180), который тем самым приходит непосредственно к тому, что к отечественным женщинам, торгующим за границей, следует применять совершенно иные коллизионные правила, чем те, которые мы признаем в отношении иностранок, торгующих у нас.

когда следует судить о *правовых эффектах* личных свойств. Об этом высказываются следующие мнения.

В прежние времена и в этом случае пытались применять *вещные статуты*, когда речь шла о недвижимом имуществе, так что, стало быть, одно и то же лицо могло обладать совершенно разной дееспособностью в отношении своей недвижимости за границей и в отношении своего прочего имущества. Сейчас это мнение слабо поддерживается в Германии¹⁹³.

Другие полагают, что об *эффектах* личных свойств необходимо судить по праву места совершения юридической сделки¹⁹⁴. Это мнение следует отвергнуть еще и по особым причинам, независимым от общего спора. Когда тот, кто заключает договор за границей, обладает в своем месте жительства большей дееспособностью, чем в месте заключения договора, нельзя предполагать, что этим договором он хотел подчиниться местному праву, согласно которому данный договор был бы недействителен; добровольное подчинение (так называемая автономия) является, следовательно, единственным основанием, на котором право, действительное в месте заключения договора, должно стать применимым. Если же, наоборот, лицо в месте своего жительства обладает меньшей дееспособностью, чем в месте заключения договора, так что договор, заключенный в месте жительства, был бы недействительным, то было бы непоследовательно, если бы национальный закон препятствовал договору как таковому, а вследствие короткой поездки допускал его; напротив, указанный закон помешает ему как подчиниться иностранному праву, так и заключить сам договор. Сюда даже не следует примешивать намерение обхода закона (*in fraudem legis*).

Зато появившийся в самое последнее время защитник названного различия полагает, что об *эффектах* личных свойств судить следует по местному праву судьи, выносящего решение в каждом отдельном случае (сн. 189). Против этого мнения хочу сначала привести те основания, которые были высказаны до сих пор против всего разграничения свойств как таковых и их эффектов, а потом другие основания, которые говорят против местного права судьи, выносящего решения, как основного правила (§ 361, п. 3). Особенно в данном случае следует напомнить о том, насколько разительным оказывается применение этого правила в тех странах, где силу имеет

¹⁹³ Wächter, II, S. 163, 164.

¹⁹⁴ Meier, p. 14. Против этого выступает Миттермайер (*Mittermaier*, Deutsches Recht, § 31, S. 120).

«полная оседлость». Ведь тогда любого, у кого есть небольшое землевладение в подобной стране, его противник чисто произвольно мог бы подчинить совершенно чуждому ему праву в оценке правовых эффектов его личных состояний.

Мое мнение, стало быть, сводится к тому, что о личных состояниях любого человека всегда следует судить по праву его места жительства, независимо от того, судят ли об этом дома или за границей, равно как и от того, следует ли судить о личном состоянии как таковом или о его правовых эффектах. При этом, однако, отнюдь не следует отрицать практические трудности, которые могут быть связаны с применением данного принципа в отдельных случаях. В договоре с иностранцем уверенное знание местного права его родины может иногда представлять затруднение, однако это затруднение не устраняется, а лишь уменьшается и отвергнутым здесь различием. Следовательно, в подобных случаях не остается ничего иного, кроме как наводить подробные справки, ведь таковые и без того нужны в отношении индивидуальных возможностей иностранца совершенно независимо от чуждого местного права. Тот же, например, кто хотел бы потребовать еще большего облегчения и уверенности в данной области, может ожидать этого только от позитивного законодательства. Что здесь может произойти, будет показано ниже, в обзоре новых законов, касающихся нашего учения.

§ 363. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)

Теперь следует сопоставить то, что встречается по данному вопросу в наиболее важных новых сводах законов.

I. Общее земское право Пруссии ставит во главу угла следующий принцип: «О личных свойствах и правомочиях человека судят по законам юрисдикции, на территории которой он обладает собственным местом жительства»¹⁹⁵. Это положение касается подданных Пруссии и не делает различия между тем, осуществляют ли они свои правомочия (к которым прежде всего относится дееспособность) в своем месте жительства или в ином месте в своей стране, в котором, возможно, имеется другое местное право, определяющее подобные правомочия, или, наконец, за границей.

¹⁹⁵ A. L. R., Einleitung, § 23. Более подробные положения следуют в § 24–27.

Для иностранцев положение звучит так: «О подданных иностранных государств, которые проживают или занимаются делами в здешних землях, также следует судить согласно вышеупомянутым положениям»¹⁹⁶.

До сих пор все совпадает с высказанными выше принципами: совершенно одинаковый подход к гражданам своей страны и иностранцам; общая оценка личного статуса (дееспособности) согласно местному праву, существующему в месте жительства лица, будь то отечественное или иностранное право.

Но наряду с этим осталось рассмотреть два вопроса, которые выше уже были поставлены для общего права. Во-первых, подразумеваются ли здесь только свойства как таковые или же по праву места жительства следует судить и об их правовых эффектах (§ 362)? Если бы в § 23 было просто сказано: «о личных *свойствах*», то тогда, возможно, этим словам можно было бы придать первое, т.е. ограничительное, значение, но поскольку добавляют: «и *правомочиях*», то указанное предписание следует относить и к правовым эффектам свойств, что означает, что для любого по праву места жительства следует определять не только то, является он несовершеннолетним или нет, но также и то, что он как несовершеннолетний может и не может. Если данное утверждение все еще вызывало бы сомнения, то они исчезли бы благодаря некоторым последующим местам в законе, в которых предмет, о котором следует высказать суждение, называется *способностью действовать*¹⁹⁷, и притом так, что этим не вводится нечто новое, а лишь указывается то, что уже было высказано ранее с помощью произвольно чередующегося, совершенно равнозначного выражения. Поэтому не вызывает сомнений, что прусское право под личными свойствами и правомочиями подразумевает как раз дееспособность и что, следовательно, не только о свойствах как таковых, но и об их правовых эффектах следует судить по местному праву места жительства.

Во-вторых, выше уже обращалось внимание на практическую трудность, которая может возникнуть в случае договоров иностранца в нашей стране, поскольку право, действующее за границей, в его месте жительства, нам, возможно, неизвестно (§ 362). Эту трудность прусский закон устраняет предписанием, согласно которому о дееспособности иностранца следует судить по закону, наиболее благоприятному для существования договора (т.е. по самому простому), при

¹⁹⁶ L. R., Einl., § 34.

¹⁹⁷ Ibid., § 27, 35.

условии, что предметы договора находятся в нашей стране¹⁹⁸. Если, стало быть, подобный договор в Берлине заключает француз старше 21 года, то договор действителен по французскому праву, в котором возраст совершеннолетия составляет 21 год. Если там же договор заключает житель страны, в которой действительно римское право и который старше 24 лет, то договор действителен по прусскому праву, которое считает границей совершеннолетия 24 года. Первое соответствует общему принципу, второе представляет собой чисто позитивное предписание, изданное с целью защиты граждан страны от последствий добросовестного заблуждения, возможно, даже от недобросовестности противной стороны. Аналогичное положение можно было бы представить себе в законах любого государства, и от этого не пострадала бы желательная правовая общность в оценке коллизий.

II. Австрийское гражданское уложение (1811) ограничивается двумя относящимися сюда положениями, которые соответствуют высказан-ным выше принципам.

В действиях, которые граждане государства совершают за пределами государственной территории, они также остаются связанными *этими* законами (т.е. законами своего места жительства), «если ими ограничивается их личная способность совершать их»¹⁹⁹.

Равным образом установлено для иностранцев: «О личной способности иностранцев совершать юридические сделки в целом следует судить по законам места, которым иностранец подчиняется благодаря своему месту жительства»²⁰⁰.

Из этих выдержек, хотя высказывания в них общие, все же несомненно следует, что о личном статусе граждан своей страны и иностранцев следует судить на основании одного и того же принципа, а именно по местному праву места жительства; кроме того, что эта оценка касается не только свойств как таковых (например, является некто несовершеннолетним или нет), но и правовых эффектов данных свойств, поскольку в обеих выдержках прямо сказано: «личная способность совершать [действия]», «личной способности... совершать юридические сделки».

¹⁹⁸ L. R., Einl., § 35. «А об иноземце, который в здешних землях заключает договоры о находящихся там вещах, в отношении его способности действовать судят по тем законам, согласно которым действие может свершиться лучше всего». В § 26 содержится аналогичное, но менее важное положение. Оба фрагмента отсутствовали в проекте и были включены лишь позже с учетом вышеупомянутой практической трудности (Bornemann, Preuß. Recht, Bd. 1, S. 53 (Note 1)).

¹⁹⁹ Oesterr. Gesetzbuch, § 4.

²⁰⁰ Ibid., § 34.

Зато здесь не встречается особая мера предосторожности в отношении местного, возможно, неизвестного права, которому может подчиняться иностранец²⁰¹.

III. Французский кодекс по нашему вопросу содержит только следующее чрезвычайно краткое положение: «Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger»²⁰². Однако из предшествующих дискуссий, кажется, несомненно следует, что при этом предполагали, что о личной дееспособности иностранцев тоже следует судить по месту их жительства, т.е. по иностранному праву. В своих решениях по данному вопросу авторы и суды единодушны²⁰³.

Впрочем, из приведенной выдержки из закона несомненно следует, что его следует относить не только к свойствам как таковым (l'état), но и к правовым эффектам этих свойств (et la capacité)²⁰⁴. Кроме того, отсюда совершенно определенно следует, что до тех пор, пока не аннулировано свойство *Français*, только оно имеет решающее значение, даже если лицо перенесет свое место жительства за границу (même résidant en pays étranger), так что, стало быть, французский закон не держится безоговорочно за место жительства как основание правоспособности и дееспособности (§ 359, сн. 148).

§ 364. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)

До сих пор проводился принцип, согласно которому о личном статусе как таковом, который заключается преимущественно в дееспособности, следует судить по местному праву, действующему в *месте жительства* лица. Но нередко те, кто в целом признает этот принцип, добавляют к нему некоторые ограничения, которые теперь необходимо проверить; одним из них присущ характер настоящих исключений, в то время как другие основываются только на признании естественных

²⁰¹ Правда, к этому можно было бы отнести § 35, поскольку его понимали в смысле, аналогичном вышеупомянутому положению прусского права (сн. 198). Однако при непредвзятом сопоставлении § 34 с § 35–37 убеждаешься в том, что о личной дееспособности говорится лишь в § 34, в то время как в трех последующих речь идет об объективном характере и действительности юридических сделок.

²⁰² Code civil, art. 3.

²⁰³ Foelix, p. 44.

²⁰⁴ Ibid., p. 126 (см. выше, § 362, сн. 190).

границ, которые, возможно, просто не замечают. Эти ограничения будут отчасти признаны обоснованными, отчасти отвергнуты.

С разных сторон утверждается различие между *общей* и *специальной* способностью и неспособностью на юридические действия. Первая должна относиться к юридическим сделкам любого вида, и при этом следует применять местное право места жительства; вторая должна касаться только отдельных, определенных сделок, и при этом следует применять не право места жительства, а то местное право, в области действия которого совершается отдельная юридическая сделка. Но такое различие произвольно и необоснованно само по себе, поскольку неспособность, связанная с определенным состоянием лица, в обоих случаях имеет одинаковый характер; кроме того, здесь едва ли возможно твердое разграничение, т.е. уверенное применение²⁰⁵. Однако в следующих случаях это различие можно использовать.

1. Женщины, согласно римскому праву, из-за своего пола неспособны на действительное поручительство (*Sc. Vellejanum*). Если же женщина дает поручительство в иностранном государстве, то возникает вопрос, по какому местному праву следует судить о его действительности. В соответствии с только что представленным различием поручительство было бы недействительным, если бы в месте заключения договора силу имело римское право, даже если бы в месте жительства поручительницы действовало другое право. Согласно правильному мнению, поручительство недействительно, если в месте жительства поручительницы действует римское право, независимо от права, действующего в месте заключения договора. Если же мы захотим употребить здесь ранее распространенное специальное выражение, то должны будем сказать, что *Sc. Vellejanum* представляет собой чистый личный статут²⁰⁶.

2. Также, согласно римскому праву, любое лицо, находящееся под отцовской властью, неспособно взять действительный денежный заем без согласия отца (*Sc. Macedonianum*). Это положение обладает характером, совершенно аналогичным только что упомянутому положению о поручительстве женщин: оно является чистым личным статутом. Таким образом, действительность займа будет зависеть от того, является ли *Sc. Macedonianum* действующим правом в месте жительства

²⁰⁵ По этим двум причинам данное различие отвергает и Вехтер (*Wächter*, II, S. 172).

²⁰⁶ Это выражение действительно употребляется следующими авторами, которые защищают высказанное здесь мнение (опровергая противников): *Boullenois*, t. 1, p. 187; *Chabot de l'Allier*, *Questions transitoires*, Paris, 1809, t. 2, p. 352.

должника. Право места, где заключается договор займа, при этом безразлично.

3. Самым важным и самым трудным применением указанного различия является его применение к вексельному праву. Ведь ни для одной сделки не существуют настолько разные местные права, как для личной векселеспособности, и ни одна юридическая сделка не распространяет свою действительность настолько безгранично. Согласно общему праву дело обстоит следующим образом: приверженцы указанного различия должны определять общую способность векселедателя (например, совершеннолетие) по праву места жительства, специальную — по праву места выдачи²⁰⁷. Согласно правильному мнению, решающим будет только местное право места жительства.

Только что упомянутый абсолютно своеобразный характер вексельных сделок мог бы именно в этом случае оправдать облегчающее вмешательство позитивного законодательства, поскольку векселеполучателю часто будет трудно, даже невозможно, знать различные законы о вексельной дееспособности, которым подчиняются отдельные вексельные должники (векселедатели, индоссанты, акцептанты) согласно своему месту жительства, а также личные возможности этих должников на родине²⁰⁸. И все же в реальной жизни эта трудность меньше, чем может показаться на первый взгляд. Осмотрительный векселеполучатель переводного векселя²⁰⁹, даже если тот побывал в нескольких частях света и покрыт множеством подписей, обычно будет обращать внимание только на некоторые из них, которые известны ему по собственному опыту своей надежностью и по сравнению с которыми все остальные для него могут быть неважны. Во всей Германии эта трудность была существенно уменьшена благодаря новому Германскому вексельному уставу от 27 ноября 1848 г.²¹⁰, где в первой же статье любой, кто вообще может заключать договоры, объявляется векселеспособным, т.е. отменяются все до тех пор существовавшие ограничения вексе-

²⁰⁷ Мнение Шеффнера (*Schäffner*, S. 120) в этом отличается. Согласно ему, векселедатель должен быть способным выдавать вексель: 1) в месте выдачи; 2) в своем месте жительства, если иск ему предъявят там, потому что иначе абсолютный закон препятствовал бы иску. Он впал в заблуждение вследствие неправильного понимания положений прусского права, о чем речь пойдет ниже.

²⁰⁸ В прусском праве этим обосновано отличное положение о личной способности, облегчающее вексельные сделки (см. ниже, сн. 215, 216).

²⁰⁹ В случае прямого векселя определить вексельную дееспособность и без того менее трудно ввиду большой простоты сделки.

²¹⁰ Ср.: *Preußische Gesetzsammlung*, 1849, S. 51. Закон вступил в силу в Пруссии 1 февраля 1849 г.

леспособности²¹¹. По сравнению с заграницей этот Вексельный устав признает высказанный здесь принцип, согласно которому о личной способности любого обязанного необходимо судить по праву места жительства, — только с весьма целесообразным практическим облегчением, что тот, кто за границей вступает в вексельное обязательство, должен рассматриваться судом той страны как векселеспособный, даже если лишь закон той страны считает его способным (ст. 84).

Было бы, впрочем, совершенно неправильно, если бы случай с вексельным должником, которому право его места жительства отказывает в векселеспособности, сравнивали со случаем, когда в месте жительства (или даже в месте выдачи векселя) вексельное право не имеет силы. В этом случае векселедатель, индоссант, акцептант должны считаться векселеспособными, если они вообще дееспособны. Правда, в том месте, где вексельное право не имеет силы, невозможно никому предъявить *иск по векселю*, поскольку в таком случае все зависит от местного процессуального права. Этим не исключается само личное обязательство, выводимое из выданного векселя, даже если его нельзя осуществить (по крайней мере в месте жительства векселедателя) в вексельном судопроизводстве.

В этом отношении особого внимания заслуживает законодательство Пруссии. Если его общие правила о личной дееспособности (§ 363, п. 1) мы безоговорочно применим к векселеспособности, то получим следующий результат. О векселеспособности гражданина страны следует судить по прусскому праву (по праву его места жительства) независимо от того, совершил он вексельную сделку внутри страны или за границей. Об иностранце, совершающем вексельные сделки в Пруссии, судить следует по его отечественному или прусскому праву в зависимости от того, какое из прав больше благоприятствует действительности сделки (§ 363, сн. 198). Но наше законодательство не остановилось на таком чистом применении общих принципов к вексельным сделкам, однако не сильно отступило от них. А поводом для некоторых изменений на самом деле мог послужить не только вышеизложенный, совершенно необычный характер вексельных сделок вообще, но и совершенно особые ограничения векселеспособности, которые оно сочло необходимыми, в чем оно пошло своим путем, отличным от других законодательств. Рассмотрим сначала эти ограничения, которые существовали в прусском праве вплоть до самого последнего времени.

²¹¹ В ст. 3 прямо сказано о том, что каждая подпись на векселе обладает обязывающей силой, независимой от действительности прочих подписей; это положение особенно важно для личной векселеспособности.

Векселеспособными должны были быть только следующие классы лиц: те, кто обладал правами купцов, кроме того, помещики, арендаторы государственных земель и те, кому право на вексельные сделки отдельно предоставлял их личный судья; все прочие жители (т.е. громадное большинство вообще всех жителей) не должны были быть векселеспособными²¹². Но особенно трудно распознать названное свойство стало из-за законодательного предписания, согласно которому там, где существовали гильдии купцов, только члены этих гильдий должны были обладать купеческими правами, т.е. быть векселеспособными²¹³. Причиной этого очень странного ограничения была, несомненно, опекунская забота о тех, кто мог бы по легкомыслию увязнуть в долгах. Вексельную сделку из-за связанной с нею строгости принудительного исполнения считали особо опасной, и использование этого опасного инструмента для искусственного увеличения кредита следовало запретить всем, кто мог бы обойтись без него вследствие своих особых условий промысла²¹⁴.

После этой подготовки перехожу к положениям местного права, которые следует использовать при оценке векселеспособности. Сначала о гражданах страны. Если они совершают вексельные сделки внутри страны, то связаны, естественно, ограничениями прусского права. Если они делают это за границей, то, согласно общему принципу, силу должно было бы иметь, собственно говоря, то же самое: о них следовало бы судить по праву места жительства, т.е. по закону Пруссии об ограниченной векселеспособности. Но здесь дело должно обстоять иначе: об их векселеспособности следует судить по месту совершения сделки²¹⁵ и лишь в виде исключения по прусскому праву, а именно

²¹² A. L. R., II, 8, § 715–747.

²¹³ Ibid., § 480. Это положение было отменено Промысловым законом от 7 сентября 1811 г., согласно которому промыслового свидетельства должно быть достаточно для обладания всеми купеческими правами, зато оно было восстановлено для тех городов, которые получили особый статут для купечества, таких как Берлин, Штетин, Данциг, Кёнигсберг, Магдебург и др. (ср.: *Ergänzungen des A. L. R. von Gräff, Koch, Rönne, Simon, Wenzel* (часто называемая «книгой пяти»), 2. Ausg., Bd. 4, S. 758–760).

²¹⁴ Koh (*Koch*, *Preuß. Recht*, Bd. 1, § 415; Bd. 2, § 617, N. 2, 3) в случае векселей полностью отделяет общую дееспособность от векселеспособности: эта последняя якобы является по прусскому праву промысловым правомочием, привилегией купцов. Такое понимание мне кажется неестественным и даже не объясняет особых положений о местном праве, касающемся векселеспособности (см. ниже, сн. 220).

²¹⁵ A. L. R., II, 8, § 936: «О совершенных за пределами страны вексельных сделках следует судить по законам места, где они заключались». Отдельно эти слова можно было бы даже понять как говорящие о выдаче векселя и т.п., но не о личной векселеспособности. Но связь с последней становится несомненной благодаря явной противополо-

когда оба контрагента являются пруссаками²¹⁶. Как же объяснить то, что здесь Земское право отступает от общего принципа § 23 Введения (§ 363, сн. 195) и оставляет его в силе в виде исключения для случая, когда два пруссак заключают вексельную сделку между собой? Причина этого отступления заключается, как мне кажется, в совершенно необычном своеобразии прусского законодательства о векселеспособности. Когда берлинец в Париже выдает французу вексель, было бы в высшей мере несправедливо требовать от француза, который хотел бы быть уверенным в будущем иске по векселю в Берлине, что бы он не только знал соответствующие законы (что еще можно было бы осуществить), но и проверил, является ли векселедатель членом Берлинской купеческой гильдии, или помещиком, или арендатором государственных земель, о чем, естественно, не так легко узнать. За подобной несправедливостью немедленно последовало бы чувствительное наказание, поскольку это подрывало бы вексельные кредиты пруссаков, находящихся за границей. Потому было бы разумно, даже почти неизбежно, в данном случае отказаться от общего принципа²¹⁷. Зато его следовало бы сохранить в виде исключения для случая сделки между двумя пруссаками за границей, поскольку иначе прусский закон об ограниченной векселеспособности можно было бы слишком легко обойти, выехав за границу. К этому же следует добавить, что только что упомянутое отступление от общих принципов аналогично другому положению нашего закона, а именно § 35 Введения к Общему земскому праву. То, что здесь предписано для иностранцев в Пруссии, там переносится на пруссаков за границей, и именно в вексельном праве, как только что было отмечено, была настоятельная потребность в этом. Но такой перенос можно было бы осуществить в целом для всех правоотношений, не сильно поступаясь принципами.

ложности в § 938: «Если же житель страны заключил вексельную сделку с другим жителем страны, который не является векселеспособным, то о ней следует судить только так, будто она была заключена внутри страны».

²¹⁶ A. L. R., II, § 938 (приводится в сн. 215). Ранее оспаривали, что такое понимание правильно, в новое время это общепризнано. В пользу этого говорят: 1) Заключение Государственного совета от 1834 г.; 2) Решение Верховного трибунала от 21 ноября 1840 г. (Entscheidungen des Obertribunals von Simon, Bd. 6, S. 288–300 (где на с. 289 также приводится выдержка из вышеупомянутого Заключение Государственного совета)).

²¹⁷ В Заклучении Государственного совета и в Решении Верховного трибунала (сн. 216) это отступление объясняется по-другому, поскольку в них за основу берется различие *общих* и *специальных* условий дееспособности, против чего я высказывался в начале этого параграфа. Кох снова объясняет их по-другому (сн. 214): поскольку исключительная векселеспособность купцов в нашем законе подразумевается как привилегия сословия купцов, то за границей ею пользоваться нельзя.

Рассмотрю еще положения о векселеспособности иностранцев, которые хотят совершить вексельные сделки в Пруссии. В этом случае положения закона звучат так:

«§ 931. Прибывшие иностранцы в отношении их способности брать на себя вексельные обязательства не подчиняются ограничениям местного вексельного права».

«§ 932. Но о вексельных сделках, совершенных ими в здешних землях, судят, впрочем, в соответствии с положениями § 38, 39 Введения»²¹⁸.

То, что § 931 выглядит так, будто он предписывает отход от общих принципов, высказанных во Введении к Общему земскому праву, и что так его понимали, пожалуй, и авторы, связано с не совсем удачной его формулировкой. Но намерением было скорее их чистое применение; собственно говоря, без обоих параграфов можно было обойтись: и без них имело бы место то же самое, что из них следует. В § 932 это высказано прямо относительно объективных требований к векселю. Но то же самое следует утверждать и относительно личной векселеспособности, о которой говорится в § 931. Ведь в нем содержится лишь негативное положение, что ограничения местного вексельного права *не должны* связывать иностранца. Но в этом отнюдь не заключается то, что он обязательно должен быть векселеспособным, напротив, о его векселеспособности следует судить (абсолютно в соответствии с § 35 Введения) по тому закону, который устанавливает самые легкие условия²¹⁹. Это действительно задуманное предписание можно было без особых опасений выразить так, как это было сделано здесь, поскольку заранее можно быть уверенным в том, что ни один иностранный закон не пойдет так далеко в ограничении личной векселеспособности, как прусский. А при данном условии негативного положения § 931 было бы вполне достаточно для достижения практической цели, хотя желательно было бы более простое выражение непосредственного намерения ради предотвращения недоразумений. Если же, как я полагаю, § 931 является не отличным предписанием, а лишь простым

²¹⁸ Эта ссылка ошибочна: должно быть «34, 35» (ср.: *Kampz, Jahrb.*, Bd. 43, S. 445; *Ergänzungen von Gräff*, Bd. 4, S. 804). Данная ошибка вызвана не опечаткой, а тем, что была сохранена нумерация параграфов Уложения 1792 г., которая в Общем земском праве 1794 г. была изменена в нескольких местах.

²¹⁹ Ср.: *Ergänzungen von Gräff*, Bd. 4, S. 804. Отличие от § 35 Введения все же должно иметь место, поскольку для векселя не надо мысленно добавлять ограничение § 35, согласно которому сделка должна касаться только вещей, находящихся внутри страны. Но это различие лежит в природе и предмете векселя.

применением общих принципов, то он не требует никакого особого объяснения и оправдания²²⁰. В крайнем случае можно было бы спросить, отчего опекунская защита от опасностей вексельной строгости, из-за которой Земское право не предоставляет большинству жителей векселеспособность, не должна идти на пользу и иностранцам. Однако это в достаточной мере оправдывается тем, что вообще границы мер защиты подчиненных любому законодателю жителей оставлены на его усмотрение. Таким образом, поскольку француз в возрасте 21 года признается в Пруссии способным заключать договоры, которые могут быть ему невыгодны (что мы разрешаем пруссаку лишь в возрасте 24 лет), то мы вынуждены, будучи последовательными, считать француза, не являющегося купцом, помещиком или арендатором государственных земель, способным брать на себя в Пруссии обязательства по векселям.

Но все рассмотренные здесь сомнения и трудности исчезли в прусском праве с 1 февраля 1849 г., когда вступил в силу новый Германский вексельный устав, в котором каждый, кто вообще может заключать договоры, объявляется также векселеспособным (сн. 210).

§ 365. I. Статус лица как такового (правоспособность и дееспособность) (продолжение)

До сих пор мы утверждали, что для дееспособности в целом определяющим является местное право места жительства, притом даже в тех случаях, которые некоторые авторы обычно трактуют по-другому (§ 364). Теперь же осталось назвать еще границы применения названного принципа, т.е. случаи, в которых его нельзя применять. Признание этих случаев может, пожалуй, облегчить взаимопонимание с некоторыми из моих противников, с которыми я до сих пор боролся и которые нередко ввиду принятия во внимание подобных случаев были склонны отрицать сам принцип.

Эти случаи можно свести к двум классам.

²²⁰ Как мне кажется, мнение Коха (см. выше, сн. 214) плохо согласуется с этим предписанием. Можно было бы подумать, что прусскому сословию купцов преимущество, вытекающее из вексельных сделок, было предоставлено в качестве привилегии, исключавшей прочих жителей страны, что могло бы произойти только с намерением помочь указанному сословию. Но тогда было бы совершенно непоследовательно разрешать прибывающим в страну иностранцам (даже некупцам) пользоваться указанной привилегией, тогда как в ней отказано своим подданным.

А. Если закон, касающийся личного статуса (правоспособности или дееспособности), относится к тем абсолютным законам, которые вследствие своего аномального характера выходят за границы правовой общности независимых государств, то судья должен применять не местное право места жительства лица, а скорее местное право страны, гражданином которой является судья. Этот принцип был подробно изложен выше (§ 349), а здесь все сводится только к тому, чтобы назвать некоторые из наиболее важных его применений к правоспособности и дееспособности, о которых мы говорим в данное время.

1. Там, где полигамия существует как право, даже тот, кто в настоящее время живет в браке, наряду с ним способен вступить во второй и последующий браки. Однако судья христианского государства не предоставит ему для этого правовую защиту, стало быть, принимая во внимание этот вид дееспособности, применит не право места жительства лица, а право своей страны.

2. Если тот, кому как еретика право его родины отказывает в правоспособности, хочет приобрести права и предпринять действия в стране, которая отвергает подобное инквизиторское право предписывать веру как безнравственное и, возможно, сама расположена к религии этого так называемого еретика, то судья этой страны применит не право, действующее в месте жительства лица, а свое национальное право²²¹.

3. Если законы страны ограничивают приобретательную способность церковных институтов (право «мертвой руки»), то там это ограничение касается также церковных институтов, существующих в другой стране. Если же, наоборот, в другой стране нет таких законов, на церковные институты, которые подчиняются подобным законам на своей родине, указанные ограничения не распространяются. В обоих случаях, следовательно, о дееспособности следует судить согласно праву страны, гражданином которой является судья, а не по праву, действующему в месте нахождения подобного института.

4. Если закон страны объявляет евреев неспособными на приобретение земельной собственности, то он связывает как иностранных, так и отечественных евреев, но это не препятствует отечественным евреям приобретать землевладение в другой стране, в которой нет подобного

²²¹ *Hert.*, § 8, Note 3. По-другому дело обстоит, пожалуй, с неспособностью иностранных монахов приобрести наследство, и это право их места жительства, как относящееся к обычной дееспособности, а также основанное на свободной воле лица, должно быть признано в нашем государстве (*Hert.*, § 13; *Bornemann*, *Preuß. Recht*, Bd. 1, S. 53 (Note 1)).

закона. В обоих случаях, стало быть, не применяется местное право, действующее в месте жительства лица.

5. Точно так же дело обстоит с известным французским Законом, который в некоторых западных департаментах (позднее частично отошедших к немецким государствам) объявлял евреев неспособными на приобретение долговых требований, иначе как при определенных, сильно ограниченных условиях. Данный Закон связывает в подобной стране всех евреев — отечественных и иностранных²²²; отечественных он не касается в другой стране. О местном праве места жительства при этом, следовательно, речь не идет.

Собранные здесь случаи основываются на том, что подлежащий применению закон о правоспособности или дееспособности имеет строго позитивный и императивный характер²²³. В последующих случаях необходимо будет равным образом утверждать исключение из обычно действующего правила места жительства, потому что в одном государстве какой-либо правовой институт другого государства вообще не признается.

6. Так обстоит дело с неправопособностью, вытекающей из гражданской смерти во французском и русском праве. Судья государства, которому чужд институт гражданской смерти, не будет применять его, т.е. сможет не соблюдать право места жительства (§ 349, сн. 37).

7. То же самое действительно относительно неправопособности негров-рабов, когда о ней говорят в государстве, которое вообще не признает рабство в качестве института права (§ 349, сн. 38).

В. В других случаях, в которых следует отрицать применимость нашего принципа, причина отрицания заключается в том, что в них речь отнюдь не идет о правоспособности или дееспособности (только они относятся сюда), что они, следовательно, по своему характеру находятся за рамками этого учения и могут быть к нему отнесены только из-за обманчивой видимости. К ним я отношу следующие случаи.

1. В некоторых странах дворянство обладает определенными своеобразными правами в приобретении земельной собственности или в порядке наследования. Эти привилегии внутренне не связаны с нашим учением. Должны ли они полагаться только отечественным дворянам

²²² *Wächter*, II, S. 173; *Foelix*, p. 147. С этим совпадает судебное решение Высшего апелляционного суда Мюнхена (*Seuffert*, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 1, N. 35).

²²³ Едва ли стоит напоминать о том, что вопрос о ценности или малоценности приводимых здесь в качестве примера законов не имеет значения для нашей задачи, т.е. может оставаться открытым.

или также иностранным, зависит от содержания правовых норм, обосновывающих данные привилегии. Этот вопрос нельзя решить исходя из общего правового принципа²²⁴.

2. Совершенно аналогично дело обстоит с привилегиями в конкурсном производстве, которые по некоторым законам полагаются церквям и монастырям или даже фиску. В частности, что касается фиска, то под ним подразумевается не абстрактное понятие фиска вообще, а всегда только отечественный фиск. Но все подобные права относятся не сюда, а к учению о несостоятельности²²⁵.

3. Больше сомнений вызывает реституция несовершеннолетних, поскольку необходимо точно установить, в каком смысле в самом законодательстве подразумевается право таковых. Изначально ее понимали как ограничение дееспособности, так что для несовершеннолетнего она должна была быть суррогатом полной неспособности, защищающей несовершеннолетнего. Но с тех пор как реституцию стали применять к действиям опекунов и в этом виде распространили на попечителей несовершеннолетних, она утратила указанный характер²²⁶. Она больше сюда, к ограничениям дееспособности, не относится, ее следует скорее трактовать так же, как и другие основания оспаривания юридических сделок, имея в виду применимое местное право²²⁷.

4. Но равным образом следует утверждать, что льгота несовершеннолетним, благодаря которой они защищены от любой исковой давности менее 30 лет (притом даже без реституции)²²⁸, не связана с дееспособностью, т.е. о ней следует судить не по высказанным здесь правилам²²⁹, а по правилам, действительным для исковой давности, имея в виду местное право.

В заключение этой части исследования должны последовать два общих замечания.

Здесь речь шла о *правоспособности и дееспособности* (§ 362–365). Из этих двух отношений первостепенной в римском праве была правоспособность, она была решающей. В современном праве дело обстоит наоборот, поскольку римские ограничения правоспособности отчасти

²²⁴ Wächter, II, S. 172.

²²⁵ Ibid., S. 173, 181.

²²⁶ См. выше, т. IV, § 322.

²²⁷ Ср.: Wächter, II, S. 174, 179.

²²⁸ См. выше, т. IV, § 324, п. 1.

²²⁹ Wächter, II, S. 179.

полностью исчезли, отчасти уменьшились. Исчезло влияние личной свободы и гражданства, уменьшилось влияние, основанное на отцовской власти.

Второе замечание касается места жительства в качестве признанного здесь основания для установления применимого в каждом отдельном случае местного права о личном статусе. Но место жительства обладает изменчивым характером, и поэтому личный правовой статус тоже будет изменяться вследствие изменения места жительства — изменяться так, что о правовом статусе в любой момент времени следует судить по местному праву нынешнего места жительства, а не прежнего, даже если оно существовало со дня рождения²³⁰.

В качестве правила это положение признано почти повсеместно²³¹, и оно подтверждается, пусть и косвенно, одним фрагментом Прусского земского права²³². Однако в двух отношениях оно требует более пристального внимания.

Во-первых, указанное положение легко признается всеми судами нового места жительства, равно как и судами какого-либо третьего места. Зато нередко встречается возражение со стороны судов прежнего места жительства, которые хотят придерживаться своего местного права даже после изменения лицом места жительства, хотя принципиально это возражение оправдать нельзя²³³.

Во-вторых, особого внимания требует преимущественно частое и важное применение указанного положения — к установленному законом моменту наступления совершеннолетия. Безусловное применение высказанного выше правила привело бы здесь к двум противоположным результатам. Прусское право устанавливает возраст совершеннолетия в 24 года, а действующее в Кёльне французское право — в 21 год. Итак, если берлинец в возрасте 22 лет перенесет свое место жительства в Кёльн, то он мгновенно должен будет стать совершеннолетним. Если же, напротив, житель Кёльна такого же возраста перенесет свое место

²³⁰ Весь этот вопрос относится к тем, которые оговаривались выше (§ 344, сн. 5).

²³¹ *Story*, § 69 fg.

²³² A. L. R., Einl., § 24: «Простая отлучка с территории своей подсудности, из которой достоверно не следует намерение выбрать другое место жительства, не изменяет личные права и обязанности данного человека». В этом заключается несомненная противоположность тому, что достоверный выбор нового места жительства на самом деле изменяет личные права.

²³³ *Story*, а.а.О. Он называет авторов, а также приводит решения американских и английских судов в пользу обоих мнений. Однако в его подробном рассмотрении смешаны два очень разных самих по себе вопроса: коллизия прежнего и нового места жительства и коллизия места жительства вообще с местом, где заключается юридическая сделка (например, брак).

жительства в Берлин, то он опять должен будет стать несовершеннолетним, снова попасть под опеку и находиться под ней еще два года. Первое из этих последствий не вызывает сомнений и едва ли вызовет возражение. Второй же результат, хотя его также защищают старые авторы²³⁴, необходимо отвергнуть по следующим причинам.

Для несовершеннолетнего, который в своем месте жительства достигает установленного законом возраста совершеннолетия, полученная вследствие этого самостоятельность имеет характер приобретенного права, которого его нельзя лишить из-за чисто случайного изменения места жительства. Такое понимание получает особое подтверждение благодаря сопоставлению со случаем, когда совершеннолетие в прежнем месте жительства было приобретено не из-за возраста, а из-за *venia aetatis* и затем место жительства изменилось. Его невозможно было лишить последствий подобного правонаделения сувереном²³⁵. Но приписывание совершеннолетию, обоснованному законом прежней родины, меньшей силы и продолжительности по сравнению с совершеннолетием, возникшим вследствие правонаделения, было неестественным произволом.

Высказанное здесь утверждение несомненно признано в прусском праве — как судебной практикой, так и авторами²³⁶.

§ 366. II. Вещное право. Общие правила

Поскольку мы теперь переходим к правам на отдельные вещи, или к вещным правам, с целью установления области права, к которой они относятся, то уже сам предмет таковых ведет нас к установлению этой области. Ведь поскольку их предмет воспринимается чувственно, т.е. занимает определенное пространство, то место в пространстве, в котором они находятся, одновременно является местонахождением любого правоотношения, предметом которого они должны быть. Тот, кто хочет приобрести, иметь, осуществлять право на вещь, отправляется с этой целью в место ее нахождения и добровольно подчиняется ради этого отдельного правоотношения местному праву, господствующему

²³⁴ *Lauterbach*, De domicilio, § 69, Dissert., vol. 2, p. 1353; *Hert.*, § 5 (в конце параграфа).

²³⁵ Последнее признано также в § 3 Соглашения между Пруссией и Саксонией от 1821 г. (*Ges. Samml.*, S. 39). Это признает и Херциус (*Hert.*, § 8), который, стало быть, здесь совершенно непоследователен (сн. 234).

²³⁶ *Bornemann*, Preuß. Recht, Bd. 1, S. 53 (Note 1, Num. 2); *Koch*, Preuß. Recht, § 40, Note 11. Оба приводят несколько рескриптов Министерства юстиции, благодаря чему судебная практика не вызывает сомнений.

в данной области. Когда, стало быть, утверждают, что о вещных правах следует судить по местному праву местонахождения вещи (*lex rei sitae*), это утверждение базируется на том же основании, что и применение *lex domicilii* к личному статусу. И то, и другое вытекает из добровольного подчинения.

Здесь тоже обнаруживается уже подчеркивавшаяся выше внутренняя связь подсудности с местным правом²³⁷. Правда, древнему римскому праву подсудность *forum rei sitae* была абсолютна неизвестна²³⁸. Но довольно рано она была введена для виндикационного иска²³⁹, а позже распространена на другие иски *in rem*²⁴⁰. Тем не менее она действовала не как исключительная подсудность, а так, что у истца был выбор между *forum rei sitae* (специальным) и *forum domicilii* (общим). Однако подобная неопределенность, зависящая от одностороннего произвола, была бы непригодна для установления местного права, требующего твердого правила. Таким образом, для данной цели одно из них должно быть исключительным, а именно только местное право местонахождения вещи (*lex rei sitae*), поскольку его оправдывает особая воля, направленная именно на это отдельное правоотношение. Такое предпочтение подтверждается еще и другой причиной. С одним и тем же правом на отдельную вещь могут быть связаны несколько лиц, каждое из которых может иметь особое место жительства. И если бы для вещных прав определяющее значение имело право места жительства, то в подобном случае оставалось бы сомнение в том, какое место жительства должно быть решающим. Это сомнение исчезает само собой вследствие предпочтения *lex rei sitae*, которая всегда обладает простым исключительным характером.

Высказанный же здесь принцип в целом издавна признавался, и с ним связано упоминавшееся выше понятие *вещных статут* (§ 361, п. 1), посредством которого выражалось именно то, что законы, которые управляют преимущественно правами на вещи, должны при-

²³⁷ См. выше, § 360, п. 1. О *forum rei sitae* ср. в целом: *Bethmann-Hollweg*, *Versuche*, S. 69–77, где положения, о которых пойдет речь ниже, изложены более подробно.

²³⁸ *Vatic. Fragm.*, § 326. Из *L. 24, § 2 de jud. (5. 1)* не следует обратное, поскольку в этом фрагменте речь идет не о *forum rei sitae*, а о *forum originis*, которым обладал любой римский гражданин в городе Рима наряду со своей особой подсудностью на родине, от которой тем не менее могли быть освобождены легаты (§ 352, см. 71).

²³⁹ *L. 3 C., ubi in rem (3. 19)*.

²⁴⁰ *Nov. 69*. О том, было ли это распространение введено здесь как новое право или просто признано, поскольку ранее уже вошло в практику, невозможно судить достоверно ввиду отсутствия источников. Мюленбрух (*Mühlenbruch*, *Archiv*, Bd. 19, S. 377) утверждает, пожалуй, слишком решительно, что в названном законе не было ничего нового.

меняться ко всем расположенным в области этого законодателя вещам независимо от того, хотят ли вступить в отношения к данным вещам отечественные или иностранные лица. Однако долгое время признание этого правильного учения подрывалось следующим произвольным различием, которое лишало его всякой внутренней устойчивости и последовательности. Ведь принцип должен был иметь силу только применительно к *недвижимому* имуществу, зато о *движимом* имуществе следовало судить не по *lex rei sitae*, а по *lex domicilii*, поскольку вследствие фикции следовало считать, что движимое имущество, даже если оно находится где-либо в другом месте, все же нужно рассматривать так, как будто оно находится в месте жительства лица²⁴¹.

Собственно говоря, это различие возникло в области права наследования, где его применение было очень важным, но притом абсолютно ошибочным. И лишь отсюда его перенесли на права на отдельные вещи, для чего оно по большей части не подходит настолько определенно, что его последовательное применение к вещным правам часто не выдерживает никакой критики и едва ли может найти защитников. Указанное различие в двух названных здесь областях применения следует отвергнуть в принципе, так что всюду к движимому и недвижимому имуществу следует применять одно и то же местное право. Однако здесь необходимо сразу обратить внимание на то, что в обоих этих применениях мнения сторон разошлись и даже противостоят друг другу. В праве наследования, согласно правильному мнению, к вещам любого вида следует применять местное право места жительства. Противники соглашались с этим в отношении движимого имущества, а к недвижимому они хотят применять другое право — право местонахождения вещи. В вещном праве, наоборот, согласно правильному мнению, следует применять местное право местонахождения вещи, а именно ко всем видам вещей. Противники соглашались с этим в отношении недвижимого имущества, а к движимому хотят применять местное право, действующее в месте жительства лица.

В рассматриваемом (для вещного права) вопросе о значении указанного различия обратим сперва внимание на то, к чему склонялось законодательство в разные эпохи. И здесь мы не можем отрицать того, что в древних немецких сборниках права — в Саксонском и Швабском зеркале — все же особое внимание уделяют, кажется,

²⁴¹ Новые авторы нередко выражают это мнение посредством формулы «*mobilia ossibus inhaerent*», и притом так, что можно поверить, будто данная формула встречается у древних чуть ли не на каждой странице (ср.: *Story*, § 362; *Schäffner*, § 65). Но это неправильно, и я не могу даже указать источник названной формулы.

недвижимому имуществу, следовательно, в этом отношении якобы благоприятствуют опровергаемому здесь различию²⁴². Однако касающиеся этого фрагменты настолько шатки и неопределенны и настолько сомнительно то, какие противоположности за ними стоят, что совершенно невозможно, основываясь на этом, что-либо достоверно утверждать.

Баварское законодательство середины XVIII в. выступает категорически *против* указанного различия и хочет сделать местное право местонахождения вещи действительным для движимого и недвижимого имущества²⁴³.

Зато своды законов, приходящиеся на новое время, последовали за господствовавшим в период их составления различием, однако настолько абстрактно и неопределенно, что из этого совершенно невозможно сделать уверенный вывод — особенно о предполагаемом подходе к вещным правам. Это касается прусского права²⁴⁴ и в еще большей мере австрийского²⁴⁵. А Французский кодекс лишь молчаливо выражает свое согласие с господствующим различием, поскольку для недвижимого имущества предписывает применение местного права местонахождения вещи, а о движимом имуществе не говорит вовсе²⁴⁶. Во всех этих сводах сказано лишь о том, что об определенных вещах *следует судить* по тем или иным законам, которые *распространяются* на них, и т.п. Но применительно к виду и границам подобной оценки или распространения столь общие высказывания можно истолковать самыми разными способами.

Перехожу теперь к мнениям авторов о рассматриваемом здесь вопросе.

В давние времена большинство известных авторов решительно высказывались *в пользу* только что изложенного различия движимого

²⁴² Sachsenspiegel, I, 30; III, 33; Schwabenspiegel, Kap. 87, 130, 405.

²⁴³ Cod. Bavar. Maximil., p. 1, c. 2, § 17: «...должно... *in realibus vel mixtis*... смотреть и судить о правах *in loco rei sitae*, не различая вещей движимых и недвижимых...» Весь фрагмент приводится у Эйхгорна (*Eichhorn*, Deutsches Recht, § 34, Note d).

²⁴⁴ A. L. R., Einleitung, § 28: «О движимом имуществе человека... *судят* по законам надлежашей подсудности такового» (т.е. по месту жительства (§ 23)); § 32: «В отношении недвижимого имущества *действуют* независимо от лица собственника *законы* юрисдикции, которая на него распространяется».

²⁴⁵ Oesterr. Ges., § 300: «На недвижимое имущество *распространяются* законы округа, где оно находится; на все прочее имущество, напротив, *распространяются те же самые законы*, что и на собственника».

²⁴⁶ Code civil, art. 3: «Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, *sont régis* par la loi française».

и недвижимого имущества²⁴⁷, и это мнение все еще сохраняется²⁴⁸. Вместе с тем у некоторых правоведов самого последнего времени оно встречается больше для вида, чем на самом деле. И хотя они излагают указанное учение в таких же общих формах, как и их предшественники, и якобы следуют, стало быть, за ними²⁴⁹, но если дело доходит до его реального применения к правам на отдельные вещи, они снова отходят от него и, следовательно, изменяют собственному принципу²⁵⁰.

Зато это различие полностью отвергнуто большинством новых авторов, т.е. утверждается одинаковое правило для движимого и недвижимого имущества (местное право местонахождения вещи)²⁵¹ — мнение, в пользу которого я уже высказывался.

О самой слабой стороне названного проводящего различия мнения, согласно которому к движимому имуществу хотят применять не *lex rei sitae*, а *lex domicilii*, его защитники обычно умалчивают или обходят стороной. Говорят, что место жительства *лица* должно иметь решающее значение для определения подлежащего применению местного права, но какое лицо при этом подразумевается?²⁵² Несомненно, лицо, которое участвует в правоотношении с вещью, но это очень многозначное понятие, и потому само утверждение, даже если с ним согласиться, становится в высшей степени неопределенным и шатким. Под участником можно понимать собственника²⁵³, но вместе с тем остается неясным, следует ли при передаче собственности подразумевать прежнего или нового собственника, равно как и в споре о собственности — какую из двух спорящих сторон, каждая из которых приписывает собственность себе. Но от мысли о собственнике можно также полностью отказаться и предположить вместо него владельца, благодаря чему, правда, все

²⁴⁷ *Argentraeus*, Num. 30; *Rodenburg*, tit. 1, c. 2; *P. Voet.*, sect. 4, c. 2, § 8; *J. Voet.*, § 11 (он, однако, с весьма примечательным ограничением, согласно которому законы полицейского характера, например о вывозе зерна, должны иметь строго территориальное влияние и на движимое имущество внутри страны).

²⁴⁸ *Story*, Ch. 9, 10 и § 362; *Foelix*, p. 72–75, p. 80; *Schäffner*, § 54–56, § 65–68. Однако Стори (*Story*, § 386) утверждает, что суды в Луизиане считают *lex rei sitae* (не *domicilii*) применимой и к движимому имуществу.

²⁴⁹ *Foelix* и *Schäffner* (сн. 248).

²⁵⁰ *Foelix*, p. 78. Шеффнер (*Schäffner*, § 66) напрямую утверждает, что для прав на отдельные вещи вовсе не существует общих правил.

²⁵¹ *Muehlenbruch*, *Doctrina Pand.*, § 72; *Meißner*, *Vom stillschweigenden Pfandrecht*; но см. особенно: *Wächter*, I, S. 292–298 (где на с. 293 (сн. 130) приводится множество сторонников этого мнения); II, S. 199–200, 383–389.

²⁵² Это возражение очень хорошо подчеркнул Вехтер (*Wächter*, I, S. 293).

²⁵³ Так это понимают в прусском и австрийском законодательстве (см. выше, сн. 244, 245).

будет проще и легче. Наконец, кроме собственности во внимание принимаются еще разные другие вещные права, и каждое из них, если оно существует или хотя бы утверждается, снова приводит к новому лицу, причастному к этой вещи. Следовательно, утверждение, направленное на место жительства *лица*, все-таки является весьма многозначным, поскольку каждое из названных здесь лиц может иметь отличное место жительства, а потому утверждаемое правило не годится для того, чтобы привести к практическому решению задачи.

Но главным всегда остается вопрос о том, существует ли внутреннее основание для того, чтобы судить о вещных правах на движимое имущество по другому местному праву, чем о правах на недвижимое имущество. Именно это следует отрицать. Достижению согласия по данному вопросу до сих пор препятствовало, возможно, то, что сам он воспринимался слишком абстрактно. Я попытаюсь наглядно продемонстрировать, насколько разный оборот принимает дело в реальной жизни. Вместе с тем это позволит объяснить возникновение мнения, которое я считаю ошибочным, и показать содержащийся в нем верный элемент.

Если рассматривать положение движимого имущества в пространстве, можно выделить два крайних, совершенно противоположных случая, между которыми располагается множество других промежуточных случаев с разнообразными нюансами.

Во-первых, пространственное положение движимой вещи может быть в такой мере неопределенным и изменчивым, что вследствие этого полностью исключаются определенное осознание данного положения, а также область действия местного права, следовательно, и допущение добровольного подчинения этому местному праву. Сюда относятся, например, следующие случаи. Путешественник, который со своими вещами движется в экипаже или по железной дороге, может за один день пересечь несколько областей, даже не задумываясь о том, в какой из них он находится в данный момент. То же самое происходит, когда купец отправляет товар на большие расстояния, пока эти товары находятся в пути, особенно в морской торговле, когда товары отправляют морем в разные порты, возможно, в разные части света, чтобы где-либо выгодно продать. В подобных случаях нельзя, разумеется, использовать местное право *местонахождения* вещи, мысленно придется скорее отыскать какое-либо место, которое предназначено для хранения подобных вещей в течение длительного, возможно, неограниченного времени. Подобное место может, пожалуй, несомненно следовать из доказуемой воли собственника;

в других случаях оно будет совпадать с его местом жительства. Это последнее, в частности, нужно будет предполагать относительно багажа, который обычно по окончании поездки возвращается на родину, а также часто относительно отправляемых товаров, которые собственник, если они не проданы, велит вернуть, возможно, в свое место жительства, чтобы сохранить их там до лучших времен. Одностороннее принятие во внимание подобных случаев послужило, кажется, причиной или подкрепило изложенное выше утверждение, согласно которому местное право места жительства должно быть применимым вообще к движимому имуществу²⁵⁴.

Второй, совершенно противоположный случай предполагает, что движимое имущество имело определенное предназначение, которое прочно связывает его с постоянным местом нахождения. Так обстоит дело с домашней утварью, с собранной там библиотекой или коллекцией произведений искусства, с инвентарем поместья. Правда, в отношении подобных вещей также может поменяться намерение, их могут доставить в другое место, в другую страну, однако такие изменения случайны и выходят за рамки сознания и воли владельца в данное время²⁵⁵. С этим дело обстоит точно так же, как с местом жительства лица, которое тоже подразумевается как постоянное и тем не менее всегда может быть изменено в будущем (§ 353). У вещей такого вида нет даже кажущегося основания для того, чтобы обращаться с ними иначе, чем с недвижимым имуществом, напротив, о первых, вне всякого сомнения, как и о последнем, следует судить согласно тому местному праву, которое определяется их нынешним местонахождением (а не местом жительства собственника или владельца). И это признают даже некоторые из тех авторов, которые, сверх того, принципиально защищают различие движимого и недвижимого имущества, которые, следовательно, для названного класса вещей утверждают исключение из своего правила и в этом отношении занимают промежуточную позицию²⁵⁶.

²⁵⁴ Это очень хорошо объясняет то, почему американские суды и авторы (такие как Стори) столь предрасположены к данному мнению, ведь для них вполне естественно принимать во внимание прежде всего морскую торговлю.

²⁵⁵ Это отношение движимого имущества с постоянным пространственным предназначением часто упоминается также в римском праве, хотя и по другим юридическим причинам, чем здесь (L. 35 pr., § 3–5 de her. inst. (28. 5); L. 17 de act. emt. (19. 1); L. 32 de pign. (20. 1); L. 203 de V. S. (50. 16)).

²⁵⁶ Voet., Ad Pand., I, 8, § 14; Story, § 382 и некоторые другие авторы, названные у Вехтера (Wächter, II, S. 296 (Note 133)).

Посередине между представленными здесь классами движимого имущества располагаются, наконец, многие другие, притом с самыми разными нюансами. В качестве примера могут служить товары, которые собственник велит хранить неопределенное время не в месте своего жительства, а в другом месте, личные вещи собственника при его временном пребывании в чужом крае и т.п. Для них от обстоятельств будет зависеть то, следует ли их причислять к первому или второму классу вещей. К этим обстоятельствам относится не только длительность нахождения подобных вещей в определенном месте, но и характер нормы права, применение которой как раз и вызывает сомнение. Так, например, при вопросе о форме отчуждения (традиция или простой договор) даже весьма кратковременного пребывания в определенном месте будет достаточно для того, чтобы считать применимым местное право местонахождения вещи, в то время как на приобретение права собственности по давности владения придется, пожалуй, смотреть по-иному. Но в целом применение местного права местонахождения вещи мы должны считать правилом, так что отличный подход к представленному выше первому классу вещей мы можем считать лишь (относительно редким) исключением.

§ 367. II. Вещное право. Собственность

Хочу здесь рассмотреть поочередно отдельные касающиеся собственности правовые вопросы, в которых речь может идти о применимости разных местных прав.

1. О способности лица приобретать собственность, а также о способности лица отказываться от принадлежащей ему собственности судить следует по местному праву, действующему в месте жительства того или иного лица (§ 362), т.е. не по праву местонахождения вещи, поскольку каждая из этих способностей является лишь отдельной ветвью общей правоспособности и дееспособности, следовательно, относится к личному статусу.

Это правило оспаривали исходя из следующих ошибочных точек зрения, с которыми мы уже разобрались выше. Некоторые говорят, что названные способности относятся не к свойствам лица как такового, а к правовым эффектам данных свойств, но при этом должно применяться не право места жительства, а право судьи, выносящего решение в каждом отдельном случае²⁵⁷.

²⁵⁷ Об этом мнении подробно говорилось выше, в § 362.

Другие хотя в целом и соглашаются с правом места жительства, но утверждают исключение для случая недвижимого имущества. В этом случае и о личной способности следует судить по *lex rei sitae*, т.е. должен применяться вещный статут²⁵⁸.

Правда, следует утверждать одно исключение из названного правила, когда ограничение приобретательной способности предписывается строго позитивными, императивными законами, такими как, например, законы полицейского характера. Подобные законы применяются ко всем вещам, находящимся на территории данного законодателя, и при этом не следует учитывать право места жительства лица, которое хочет приобрести (§ 365).

2. О способности вещи стать частной собственностью, т.е. не относиться к *res quarum commercium non est*, судить следует по закону места, где находится вещь.

3. Это же правило действительно для бесхозяйных вещей, т.е. относительно допустимости или ограничения приобретения собственности путем завладения вещами определенного вида. К ним относятся законы о регалии добычи янтаря, а также некоторых видов минералов. Никто не сомневается в том, что здесь решающей является только *lex rei sitae*, которую, таким образом, следует применять и к движимому имуществу. Но если, согласно такому закону, однажды будет приобретена собственность на подобную вещь, то эта собственность должна быть признана в любом другом государстве, даже если данное государство не признает аналогичное приобретение на своей территории.

4. В формах отчуждения, т.е. добровольной передачи собственности другому лицу, встречаются очень разные нормы права, и, согласно высказанному выше принципу, нам следует применять нормы права, действующие в месте нахождения вещи, не принимая во внимание место жительства того или иного лица и место заключения договора.

Так, согласно римскому праву отчуждение базируется на передаче вещи; согласно прусскому праву — тоже на передаче²⁵⁹; согласно французскому праву, напротив, перенос собственности достигается уже посредством простого договора²⁶⁰.

²⁵⁸ Ср. выше, § 362, сн. 193. Этого ошибочного мнения придерживается Стори (*Story*, § 430—434), который приводит много авторов; правильное мнение у Хубера (*Huber*, § 12).

²⁵⁹ A. L. R., I, 10, § 1 (ср.: *Koch*, Preuß. Recht, Bd. I, § 252, 255, 174). Даже важное практическое облегчение при традиции, происходящей между отсутствующими путем пере-сылки, ничего не изменяет в этом принципе (I, 11, § 128—133).

²⁶⁰ Code civil, art. 1138. Это право, стало быть, действительно и в Рейнской провинции Пруссии.

Применение этих правил станет наглядным благодаря следующим примерам. Если один парижанин продает в Париже другому парижанину свою домашнюю утварь, находящуюся в Берлине, то собственность переносится только путем традиции. Если же, наоборот, один берлинец продает в Берлине другому берлинцу свои вещи, находящиеся в Париже, то уже простой договор перенесет собственность. То же самое произойдет, если в приведенных примерах мы заменим Париж городом Кёльном.

Для применения этого правила будет достаточно даже временного, краткосрочного пребывания вещи на определенном месте²⁶¹, потому что перенос собственности в любом случае основывается на действии в данный момент, т.е. не занимает большой промежуток времени. По-другому дело будет обстоять только в случаях исключений, в которых нынешнее местонахождение вещи будет до такой степени неопределенным, что на него не смогут уверенно ориентироваться действующие лица. В подобных случаях мы вынуждены будем считать местом нахождения вещи то, в котором ей в первую очередь надлежит находиться, чем часто будет место жительства нынешнего собственника (отчуждателя)²⁶².

Во всех различаемых здесь случаях все, несомненно, сводится только к тому месту, в котором вещь находится в момент передачи. Если однажды эта передача происходит, то для судьбы собственности любое последующее изменение места нахождения вещи безразлично, поскольку однажды приобретенная собственность не может быть затронута подобным пространственным изменением.

5. Приобретение собственности по давности владения существенно отличается от приобретения путем традиции тем, что обусловлено фактом, длящимся долгое время, а не фактом, имеющим место в данный момент, как при традиции.

Для недвижимого имущества применение права местонахождения вещи абсолютно неоспоримо. Зато относительно приобретения права собственности на движимое имущество по давности владения мнения сильно разнятся²⁶³. Здесь же вопрос особенно важен вследствие того, что законы разных государств сильно отличаются друг от друга. Рим-

²⁶¹ См. выше, § 366, с. 107.

²⁶² См. там же, с. 106. При отчуждении товаров учитываются еще очень сомнительные вопросы товарных знаков и (если товары находятся в пути) эффекта передачи коносамента (ср.: *Thöl*, *Handelsrecht*, § 79, 80).

²⁶³ Мюленбрух (*Muehlenbruch*, *Doctr. Pand.*, § 73) правильно предполагает *lex rei sitae*, Майер (*Meier*, p. 37) — *lex domicilii*, притом по месту жительства приобретателя, потому

ское право требует трехлетнего владения, прусское — десятилетнего²⁶⁴, французское, наконец, вообще не требует непрерывного владения, а уже с его возникновением связывает исключение виндикационного иска прежнего собственника, за исключением, однако, утерянных и украденных вещей, защита которых прекращается по истечении трех лет²⁶⁵. Из-за этого последнего положения практический результат французского права близок к результату римского права.

Именно в данном случае применение *lex rei sitae* оказывается несомненным благодаря тому обстоятельству, что основанием любого приобретения права собственности по давности является непрерывное владение. А о владении, поскольку оно по своей сути является всецело фактическим отношением, судить следует еще увереннее, чем о любом другом вещном праве, по *lex rei sitae* (§ 368).

Сомнение может возникнуть еще в тех случаях, когда движимая вещь в течение срока приобретения права собственности по давности владения находилась в разных частях страны. Не может вызывать сомнений, что все эти сроки владения должны складываться. Зато об окончании приобретения права собственности по давности владения, т.е. о приобретении собственности, судить следует по праву места, в котором вещь находится под конец, потому что только с истечением всего срока происходит изменение в собственности, а до того оно лишь подготавливается²⁶⁶. Если же согласно этому праву собственность однажды будет приобретена по давности, то она должна быть признана и в любой другой стране, даже если закон данной страны требовал бы для этого более длительный срок.

б. О защите собственности посредством иска со всеми относящимися к этому положениями судить следует согласно праву места, где ведется процесс²⁶⁷.

Им *может* быть место нахождения вещи, обоснованное подсудностью в этом месте (§ 366, сн. 237) — и тогда применима *lex rei sitae*. Но им *может* быть также место жительства ответчика, потому что оба вида подсудности, согласно общему праву, конкурируют между собой так, что истец может выбрать один из них; тогда ко всем правовым

что тот в ходе приобретения по давности владения уже обладает преторской собственностью. У Шеффнера (*Schäffner*, § 67) все остается неясным.

²⁶⁴ A. L. R., I, 9, § 260.

²⁶⁵ Code civil, art. 2279.

²⁶⁶ Здесь, стало быть, действует такой же принцип, как и при временной коллизии законов о приобретении по давности владения (§ 391, сн. 583).

²⁶⁷ См. выше, § 361, п. 3(С).

вопросам, касающимся виндикационного иска, следует применять *lex domicilii* ответчика. Нельзя не заметить, что это альтернативное право предоставляет истцу опасный произвол, но здесь он неизбежен.

Большое различие между законодательствами встречается в ограничении виндикационного иска. Римское право безоговорочно разрешает иск против любого владельца, не являющегося собственником, и притом без права этого владельца на возмещение уплаченной покупной цены. Прусское право тоже допускает безоговорочную виндикацию, однако с условием только что упомянутого возмещения добросовестному владельцу²⁶⁸. Французское право по общему правилу не допускает виндикацию движимых вещей и делает из этого лишь несколько исключений: для украденных или утерянных вещей — в течение трех лет; для проданных, но оставшихся еще не оплаченными вещей, которые могут быть истребованы у покупателя, — в течение восьми дней²⁶⁹. Один из этих принципов должен будет применяться в зависимости от того, какое право действует в месте нахождения суда, в котором ведется процесс, — римское, прусское или французское.

Возбужденное судебное разбирательство по поводу собственности может сопровождаться особыми последствиями, в частности из-за плодов, из-за возмещения ущерба, вызванного гибелью или порчей виндицируемой вещи, и т.п.²⁷⁰ Обо всех касающихся этого вопросах судить следует тоже по праву, действующему в месте нахождения суда.

§ 368. II. Вещное право. *Jura in re*

К вещным правам помимо собственности (*jura in re*) чаще всего следует применять те же принципы, что и к собственности.

1. Ни одна из сторон не спорит с тем, что о земельных сервитутах можно судить только по *lex rei sitae*.

Точно так же дело обстоит с личными сервитутами, предметом которых является недвижимое имущество.

Если предметом является движимая вещь, то многие неправильно считают применимой *lex domicilii*, как и в случае собственности на движимые вещи. Спор сторон по этому вопросу в целом уже был подробно рассмотрен выше (§ 366).

²⁶⁸ A. L. R., I, 15, § 1, 26.

²⁶⁹ Code civil, art. 2279, 2102, N. 4.

²⁷⁰ См. выше, т. IV, § 260 сл.

2. Эмфитевзис и суперфиций не вызывают сомнений, поскольку они могут встречаться только у недвижимого имущества, следовательно, как считают все стороны, о них следует судить по праву местонахождения вещи.

3. Прусское право дает нанимателю, арендатору и аналогичным владельцам чужих вещей, которые пользуются ими в личных целях, вещное право с иском *in rem* против любого третьего владельца, при условии, что вещь им передана²⁷¹. В римском праве, как известно, подобное вещное право не встречается.

Несомненно, такое вещное право возникнет, если вещь — движимая или недвижимая — в момент передачи находится в Прусском государстве; если же она в это время будет находиться в стране, следующей римскому праву, то вещное право не возникнет.

Допустив, что это вещное право будет обосновано в Пруссии вследствие передачи арендованной движимой вещи и владелец привезет вещь в страну римского права, можно было бы предположить, что здесь он тоже сможет воспользоваться однажды приобретенным правом против третьего владельца. Мне кажется, однако, что это следует отрицать, потому что его право основывается на абсолютно своеобразном институте права, который в этой стране вообще не признается²⁷². Впрочем, этот вопрос не имеет практического значения, потому что упоминаемое здесь вещное право выражается в важных последствиях только в случае недвижимого имущества.

4. Залоговое право не только обладает большей действенностью, чем до сих пор названные *jura in re*, но и вызывает больше сомнений и споров по рассматриваемому здесь вопросу.

Тут тоже следует придерживаться права местонахождения вещи как правила, а большинство высказываемых в отношении этого сомнений обоснованы чистой видимостью.

Начну с того, что дам обзор самых важных различий, касающихся данного института права в целом, которые встречаются в немецких государствах.

Римское право базируется на следующих принципах: а) залоговое право возникает (как вещное) в отношении любого третьего владельца защищаемого права вследствие простого договора, даже без передачи

²⁷¹ A. L. R., I, 2, § 135–137; I, 7, § 169, 170 (ср.: *Koch*, Preuß. Recht, Bd. 1, § 317, 318).

²⁷² См. выше, § 349, п. В. Такого же мнения придерживается и Вехтер (*Wächter*, II, S. 388, 389), правда, не в этом названном здесь особом случае, но, пожалуй, в совершенно аналогичном случае залогового права, о котором речь пойдет ниже.

владения²⁷³; b) договор может быть заключен даже молчаливо, поскольку наряду с несколькими обязательственными сделками в силу общей нормы права используется фикция, что для обеспечения требования вместе с тем согласовано и установление залога²⁷⁴; c) не различают движимое и недвижимое имущество в качестве предмета залога; d) как прямой, так и молчаливый договор может касаться не только отдельных вещей, но и всего имущества. Залог этого последнего вида означает, что он охватывает все ныне относящиеся к данному имуществу вещи и все вещи, которые в будущем добавятся к нему, т.е. и такие вещи, которые не названы отдельно, даже не осознаются отдельно сторонами. Предметом подобного залогового права неправильно считали имущество в его идеальном понятии, абстрагированном от всякого содержания, и поэтому хотели применять к нему юридические понятия «*universitas*» и «*successio per universitatem*» по аналогии с отношениями в наследственном праве²⁷⁵; на самом деле при этом речь идет только о косвенном обозначении и ограничении предметов, которые должны быть охвачены залоговым правом как отдельные вещи.

В разных землях, которые в целом придерживаются римского права, именно в залоговом праве наряду с только что изложенной общей основой встречаются некоторые второстепенные различия. Главным образом они касаются объема молчаливого залогового права, которое в зависимости от отдельных законодательств земель охватывает больше или меньше случаев обязательств, которые должны быть связаны с фикцией договора о залоге.

Предположим теперь, что речь идет о двух землях, которые в целом придерживаются римского права. В одной из них действует правило римского права, согласно которому обещание дать приданое невесте всегда гарантируется молчаливым залогом всего имущества²⁷⁶, а в другой это правило отменено. Итак, если два жителя этой первой земли заключают подобный договор о приданом, а должник владеет

²⁷³ Я сознательно ограничиваюсь здесь залоговым правом в его прямом значении *jus in re*, т.е. права, отвечающего от собственности, пропуская его искусственное применение к обязательствам, и т.п.

²⁷⁴ L. 3 in quib. caus. (20. 2): «...*tacitam conventionem de investis illatis...*»; L. 4 pr. eod.: «...*quasi id tacite convenerit...*»; L. 6 eod.: «...*tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur investa et illata, ac si specialiter convenisset...*»; L. 7 pr. eod.: «...*tacite intelliguntur pignori esse... etiamsi nominatim id non convenerit*». Обычно употребляемое новыми авторами выражение «законное залоговое право» (*pignus legale*) затемняет подлинный характер данного института права.

²⁷⁵ Об этих понятиях ср. выше, т. II, § 105.

²⁷⁶ L. un. § 1 C., de rei ux. act. (5. 13).

во второй земле земельным участком, то спрашивается, распространяется ли молчаливое залоговое право на этот земельный участок? Можно было бы попытаться ответить на этот вопрос отрицательно, применив *lex rei sitae*, но это было бы неправильно. Ведь вторая земля тоже признает возможность залога посредством простого договора, и даже посредством молчаливого договора. Существует ли в данном случае подобный договор о залоге — это фактический вопрос, который может быть решен по тому местному праву, которому вообще подчиняется заключенная здесь юридическая сделка²⁷⁷. А согласно этому праву используется фикция, что был осуществлен прямой залог всего имущества, стало быть, и того иноземного земельного участка, а потому последний тоже должен считаться заложеным²⁷⁸. Если бы договор о приданом был заключен жителями второй земли, тогда ни земельный участок, ни прочее имущество должника не считались бы заложеными.

Но гораздо сильнее различие между немецкими землями, которые признают римское залоговое право в целом, и теми, где залоговое право поставлено на совершенно новую основу. В качестве типичного примера этих последних хочу взять прусское законодательство, где подобное новое право кажется развитым лучше всего. Отдельные элементы этого встречаются также в других землях, а применение к ним следующих ниже правил не будет представлять трудностей.

Прусское право вообще отрицает за простым договором способность создать право залога как вещное право. Кроме того, в нем различают недвижимое и движимое имущество. В случае недвижимого имущества вещное право возникает только вследствие записи в закладную книгу²⁷⁹. Договор о записи определенной недвижимости является правооснованием, по которому можно потребовать произвести саму запись; общий договор о залоге всего имущества не дает подобного права для отдельных недвижимых вещей²⁸⁰. Вещное залоговое право на движимое имущество возникает только вследствие передачи²⁸¹; дого-

²⁷⁷ Какое местное право следует считать таковым, будет установлено в следующем разделе об обязательственном праве (§ 374, п. D).

²⁷⁸ Такое же решение дают Майер (*Meier*, p. 39), Майснер (*Meißner*, Vom stillschweigenden Pfandrecht, § 23, 24), но последний на том основании, которое я не считаю правильным. Решающим должно быть право места жительства как таковое, точно так же, как и в вопросах права наследования, потому что здесь предметом залога является идеальное имущество — *universitas*.

²⁷⁹ A. L. R., I, 20, § 411, 412.

²⁸⁰ Ibid., § 402, 403.

²⁸¹ Ibid., § 111.

вор о залоге определенных отдельных вещей является правооснованием требовать этой передачи.

Итак, если в земле, в которой действует римское право, происходит передача в залог путем прямого или молчаливого договора, она не может породить право залога на вещи должника, находящиеся в Пруссии. В крайнем случае она может считаться правооснованием для требования установить право залога на эти вещи (путем записи или передачи), да и то лишь при только что названных особых условиях (сн. 280). Если же, наоборот, договор о залоге отдельных вещей или всего имущества заключают в Пруссии и если у должника есть имущество, находящееся в земле, где действует римское право, то нет препятствий для того, чтобы считать это имущество находящимся в действительном залоге, поскольку римское право залог посредством договора не связывает ни с определенным местом заключения договора, ни с определенным местом жительства залогодателя. Следовательно, и в этом случае может и должна применяться *lex rei sitae*²⁸².

Осталось упомянуть еще только следующий случай. Движимая вещь действительно закладывается в земле, где действует римское право, путем прямого или молчаливого договора, а затем попадает в Пруссию; итак, продолжает ли действовать залоговое право, так что вещь и здесь можно требовать иском против любого владельца (будь то должник или третье лицо), а также может ли залогополучатель отчуждать вещь, если он случайно, без передачи, завладеет ею? Хотелось бы ответить на этот вопрос утвердительно, потому что однажды приобретенное право не может, кажется, утратить свою силу вследствие изменения места.

Тем не менее я полагаю, что на него следует ответить отрицательно. Ведь в подобном случае речь идет не об одном и том же залоговом праве, которое лишь разным образом можно было бы приобрести в нескольких странах, подобно тому, как, например, собственность здесь приобретается путем традиции, там — путем простого договора и тем не менее всюду одинаково признана, действует как собствен-

²⁸² Буквальное применение § 28 Введения к Общему земскому праву привело бы к тому, что берлинец в Штральзунде (где действует римское право) не смог бы путем простого договора заложить свою движимую вещь так, чтобы этот залог в Штральзунде считался действительным (§ 366, сн. 244). Абсурдность данного утверждения станет особенно явной, если представить себе обратный случай. Ведь тогда и у жителя Штральзунда должна была бы быть возможность путем простого договора заложить свою движимую вещь в Берлине так, чтобы залог считался действительным в Берлине. Это последнее утверждение едва ли найдет какого-либо защитника, и тем не менее оно тоже следует из буквального применения § 28.

ность. Напротив, право залога посредством простого договора является совсем другим институтом права, чем тот, который может быть обоснован только путем передачи, и у обоих совпадают лишь название и общая цель. Поэтому если вышеназванная движимая вещь попадает в область действия прусского права и здесь возникает необходимость воспользоваться залоговым правом, обоснованным простым договором в другом месте, то мнимый залогодержатель ссылается на институт права, не признанный в Прусском государстве, а выше уже было показано, что такое недопустимо²⁸³. Зато, наоборот, кредитор по залогу, которому в Пруссии путем передачи заложили движимую вещь, может воспользоваться своим правом и в земле, где действует римское право, поскольку в нем объединяются все условия, которые здесь требуются для действительного права залога.

Об очередности нескольких установленных в отношении одной и той же вещи залоговых прав судить следует по *lex rei sitae*. В частности, она может обсуждаться также в конкурсном производстве; об этих случаях речь пойдет ниже (§ 374).

5. То, что здесь было сказано о вещных правах, относящихся к римскому праву, и созданных по их образцу вещных правах новых законодательств, должно быть равным образом действительно и в отношении чисто германских прав. Право на лен и фидеикомиссы всегда является правом на определенные земельные участки, следовательно, оно подчиняется закону места, в котором расположены эти земельные участки.

В ходе данного исследования закона, которому подчиняются вещные права, я в каждом соответствующем месте немедленно включал оговоренный выше (§ 344, сн. 5) вопрос о том, в какой мере изменение местонахождения движимой вещи, являющейся предметом вещного права, должно определять применимый закон.

Хотя *владение* не относится к вещным правам, однако здесь рассмотрение вопроса о местном праве, применимом к владению, наряду

²⁸³ См. выше, § 349, п. В. Это же мнение защищают Грефф и др. (*Gräff, Ergänzungen zum A. L. R.*, Bd. 1, S. 116), равно как и Вехтер (*Wächter*, II, S. 386, 388, 389) в отношении вюртембергского права, которое в этом совпадает с прусским. В качестве основания он называет то, что закон признает здесь возникновение и *дальнейшее существование* залогового права на движимое имущество только в форме ручного залога. По существу, это такое же обоснование, как и данное мною: они различаются только способом выражения.

с вещными правами будет целесообразнее, чем в каком-либо другом месте.

Само владение по своему характеру представляет собой чисто фактическое отношение²⁸⁴, и как таковое оно может подчиняться только местному праву местонахождения вещи независимо от того, касается ли оно движимой или недвижимой вещи. Таким образом, только по этому праву необходимо решать вопрос о приобретении и утрате какого-либо владения, т.е. о его существовании, независимо от того, с какой целью или ради какого результата будет поставлен данный вопрос. А с владением связаны два правовых последствия: приобретение по давности владения и владельческие интердикты. Первое не обладает самостоятельным характером, совпадает скорее с собственностью и относится вместе с нею к *lex rei sitae* (§ 367, п. 5). Владельческие интердикты как второй результат владения относятся к *obligationes ex delicto*²⁸⁵, подчиняются, следовательно, местному праву суда, в котором ведется тяжба²⁸⁶. Однако это положение имеет гораздо меньшее значение, чем ему можно было бы приписать на первый взгляд. Ведь оно касается, собственно говоря, только деликтоподобного элемента в исках о защите владения, т.е. их штрафного характера, что является гораздо менее важным элементом их юридического содержания. Зато о значительно более важном элементе — о существовании и признании владения — любой судья должен принимать решение, как только что было замечено, исключительно по *lex rei sitae*.

§ 369. III. Обязательственное право. Введение

В обязательствах, как и в вещных правах, лицо выходит из своей абстрактной индивидуальности в область местного права отдельного правоотношения (§ 345, 360, 366). Здесь, следовательно, нам также надо ответить на постоянно возникающий вопрос о том, где находится подлинное местонахождение любого обязательства, где в пространстве его «родина». Ведь по этому местонахождению обязательства, по этой его «родине» мы узнаем одновременно его особую подсудность, а также местное право, по которому следует судить о нем.

²⁸⁴ Savigny, *Recht d. Besitzes*, § 5.

²⁸⁵ *Ibid.*, § 6, 37.

²⁸⁶ См. ниже, § 374. Им *может* быть *forum rei sitae*, что, бесспорно, всегда обосновано для исков о защите владения (L. un. C., *ubi de poss.* (3. 16); Nov. 69, с. 1). Но им также *может* быть, возможно, отличное от него *forum domicilii*, поскольку оно избирательно конкурирует с первым (§ 371, сн. 335 и 338).

Ответ на данный вопрос именно для обязательств будет трудным и сомнительным по следующим причинам.

Во-первых, предмет обязательства невидим по сравнению с вещным правом, предмет которого связан с чувственно воспринимаемым объектом — вещью. Нам необходимо сначала, стало быть, попытаться воплотить этот невидимый элемент обязательства.

Кроме того, любое обязательство касается в основном двух разных лиц: в одном оно выражается как расширение свободы, как господство над чужой волей, в другом — как ограничение свободы, как зависимость от чужой воли²⁸⁷. По какому из этих двух отношений, хотя и тесно связанных, но тем не менее различных, нам следует устанавливать местонахождение обязательства? Несомненно, по отношению должника, поскольку необходимость действия, содержащаяся в лице должника, представляет собой подлинную сущность обязательства. Это предположение подтверждается неоспоримо большим влиянием места исполнения на подсудность, так как исполнение преимущественно заключается в действии должника, наряду с которым действие кредитора или вообще не встречается, или все же является только подчиненным, вспомогательным; кроме того, внутренней связью местного права с подсудностью, а последняя всегда касается ответчика, здесь, следовательно, должника.

Наконец, из взаимности, которая встречается если и не во всех, то все же во многих обязательствах, возникает еще одна трудность. Там, где она присутствует, каждое из двух лиц следует считать должником, но относительно разных действий, отчего только что высказанного правила преимущественного учета должника, кажется, уже недостаточно. Однако в любом взаимном обязательстве оба отдельных обязательственных отношения всегда можно трактовать как самостоятельные, так что нам и в этом случае ничто не мешает установить для каждой из частей, возникающей вследствие такого разделения, подсудность и местное право по лицу должника. И подобное раздельное восприятие следует считать даже изначальным и естественным, обобщающее же рассмотрение и обозначение — производным и искусственным, что, однако, оправдывается тесной связью обоих обязательств. Правильность высказанного здесь мнения подтверждается весьма обычным у римлян заключением договора купли и т.п. посредством двух отдельных стипуляций²⁸⁸.

²⁸⁷ См. выше, т. I, § 56.

²⁸⁸ При этом не следует отрицать того, что в некоторых случаях такая раздельная трактовка обеих частей взаимного обязательства, а именно относительно местного права, может приводить к сомнениям и путанице. Но из-за этого она не становится менее

В обязательствах мы снова обнаруживаем уже часто подчеркивавшуюся связь между подсудностью и правом (§ 360, п. 1). Но здесь она важнее и имеет большее влияние, чем где-либо в ином месте, потому что в римском праве особая подсудность, действительная для обязательств, оказывается тщательно разработанной, в то время как почти не упоминается местное право. Тем не менее основания, определяющие подсудность, вполне подходят и к местному праву, поскольку и то, и другое основывается на одинаковом подчинении различным ветвям местных публичных порядков. Поэтому на основании положений римского права о подсудности обязательств мы можем уверенно судить о том, в каком смысле следует понимать местное обязательственное право.

Особая подсудность, как и местное обязательственное право, основывается на добровольном подчинении (§ 360, п. 2), о котором в большинстве случаев прямо не заявляют, но о котором можно сделать вывод исходя лишь из обстоятельств, зато именно поэтому оно исключается противоположным прямым заявлением²⁸⁹. Таким образом, обстоятельства, при которых возникает обязательство, могут часто порождать у других определенное, хорошо обоснованное *ожидание*, и тогда такое ожидание не должно быть обманчивым. Это та точка зрения, исходя из которой следует понимать и подсудность обязательств, и местное право, распространяющееся на них.

Добровольное подчинение также является основанием договорной подсудности, и поэтому не вызывает сомнений сходство между нею и подсудностью обязательств, хотя эта последняя обладает более объективным характером, а договорная — более субъективным, учитывая определенный суд, часто даже определенных судей. Понимание подсудности обязательства как чистого применения договорной подсудности, как отдельного случая таковой, едва ли будет оправданным²⁹⁰. Истинный интерес этого вопроса заключается, пожалуй, в том, что, согласно римскому праву, сомнительно, является ли пророгация строго

правильной в принципе, и его утверждают другие авторы в некоторых случаях применения (ср.: *Wächter*, II, S. 45).

²⁸⁹ L. 19, § 2 de jud. (5. 1): «...nisi alio loci, ut defenderet, convenit».

²⁹⁰ По этому вопросу идет спор между Бетман-Хольвегом (*Bethmann-Hollweg*, *Ver-suche*, S. 20–27, 50) и Линде (*Linde*, *Abhandlungen*, Bd. 2, S. 75 fg.). Но последний явно ошибается в том, что в обязательствах отвергает не только выражение договорной подсудности, но даже добровольное подчинение как правооснование. Основными фрагментами о договорной подсудности являются: L. 1, L. 2 pr., § 1 de jud. (5. 1); L. 15 de jurisdict. (2. 1); L. 1 C., de jurisdict. (3. 13).

обязывающей²⁹¹. Зато подсудность обязательства совершенно определенно является обязывающей для ответчика и совершенно определенно не является обязывающей для истца, который мог свободно выбрать между этой особой подсудностью и *forum domicilii* ответчика²⁹².

§ 370. III. Обязательственное право. Подсудность обязательства

Авторы:

Linde, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 7, 1824, S. 59—79;

Abhandlungen, Bd. 2, 1829, S. 75—121;

V. Bethmann-Hollweg, Versuche, 1827, Num. I, S. 1—77;

Mühlenbruch, Archiv, 1836, Bd. 19, S. 337—384;

Albrecht, Programm über das Motiv des *forum contractus*, Würzburg, 1845.

Выше были поставлены три взаимосвязанных вопроса (§ 369): где местонахождение обязательства; где его особая подсудность; где искать местное право, которое следует к нему применить? Первый из этих трех вопросов обладает теоретическим характером и служит только основанием для правильного ответа на два других, поэтому его сразу можно объединить со вторым вопросом. Второй же вопрос, касающийся подсудности обязательства, привел в римском праве к ряду практических решений в отдельных случаях, отчего разногласия наших авторов меньше касаются содержания норм права, чем их классификации и обоснования, т.е. носят больше теоретический, чем практический, характер.

Особая подсудность обязательства (совпадающая с его подлинным местонахождением) основывается на добровольном подчинении сторон, которое, однако, в большинстве случаев заключается не в прямом, а в молчаливом волеизъявлении и поэтому всегда исключается прямым противоположным заявлением (§ 369). Таким образом, нам необходи-

²⁹¹ Согласно L. 29 C., de pact. (2. 3) она кажется обязывающей, согласно L. 18 de jurisdict. (2. 1) — отменяемой. В последнем фрагменте предполагается, пожалуй, *nudum pactum*, так что стипуляция все же была обязывающей, равно как *pactum adjectum* наряду с *b. f. contractus* (*Cato*, De re rust., 149; ср. также: *Hollweg*, Versuche, S. 12).

²⁹² Ср. ниже, § 371. Основанием особой подсудности обязательств является, стало быть, благоприятствование точно не ответчику, как считает Линде (Archiv, Bd. 7, S. 67), а истцу. Последнему следовало облегчить доказывание и принудительное исполнение судебного решения, возможно, даже ведение самого процесса, поскольку благодаря этому он часто мог подавать иск по месту своего жительства, а не только по месту жительства ответчика.

мо исследовать, с каким местом было связано ожидание сторон, какое место они считали местонахождением обязательства. Здесь мы должны будем предположить особую подсудность обязательства вследствие добровольного подчинения. А поскольку обязательство как таковое, как правоотношение, обладает бестелесным, внепространственным существованием, то в естественном ходе развития такового нам следует найти зримые проявления, с которыми мы сможем связать невидимую сущность обязательства, словно облекая его в тело.

Итак, в любом обязательстве мы обнаруживаем два подобных зримых, главенствующих и схожих явления, которые могли бы считать путеводными. Ведь любое обязательство возникает из явных фактов и любое обязательство исполняется посредством явных фактов; и те, и другие должны происходить в каком-либо месте. Поэтому в качестве основания мы можем выбрать либо *основание возникновения* обязательства, либо его *исполнение*, т.е. либо начало, либо конец обязательства, для того, чтобы по нему установить местонахождение обязательства, а также его особую подсудность. Какому из этих моментов следует отдать предпочтение согласно общему рассуждению?

Не осованию возникновения. Оно как таковое является случайным, преходящим, чуждым сути обязательства и его дальнейшему развитию и действию. Если бы месту возникновения обязательства стороны приписывали непреходящее значение, сохраняющееся и в будущем, это, несомненно, следовало бы не из основания возникновения как такового, а только из его связи с внешними, чуждыми ему самому обстоятельствами, из-за которых определенное ожидание сторон было бы связано именно с этим местом.

Совсем по-другому дело обстоит с исполнением, которое совпадает с самой сутью обязательства. Ведь обязательство заключается именно в том, что нечто, ранее зависевшее от произвола лица, превращается в необходимое, до сих пор неопределенное — в определенное, и тем, что стало необходимым и определенным, как раз и является исполнение. Таким образом, ожидание сторон нацелено именно на него, и поэтому то, что место исполнения считается местонахождением обязательства, что вследствие добровольного подчинения в это место переносится его особая подсудность, заложено в сущности обязательства. Но прежде чем данная мысль будет реализована в отдельных случаях, стоит, кажется, бросить взгляд на мнения по рассматриваемому вопросу, господствующие среди новых авторов.

Большинство из них особую подсудность обязательства издавна связывали с тем местом, где оно возникло. А поскольку большинство

обязательств возникает из договоров, то место заключения договора должно было быть определяющим для подсудности, и этим объясняется широко распространенное, не подтверждаемое источниками специальное выражение «*forum contractus*» для особой подсудности обязательств. Объяснение и кажущееся оправдание данного учения заключается в некоторых основных фрагментах римского права, в которых из-за поверхностного толкования не поняли и изменили истинное отношение правила к исключению, главного к подчиненным положениям. Практические ошибки, к которым мог бы привести указанный принцип, были предотвращены благодаря добавлению ряда исключений, которые сам принцип по большей части свели к простой видимости²⁹³. Согласно высказанному выше мнению, нам следует отвергнуть это учение в целом, потому что в нем полностью отсутствует внутреннее основание, которое может следовать только из сути обязательства. То же, что в нем отчасти верно, найдет свое истинное место в следующем ниже учении и оценено по достоинству.

Другие авторы, напротив, отказались в новое время от указанного принципа и попытались связать подсудность обязательства с местом исполнения. В целом я уже заявил о своей согласии с этим основанием. Но правильный результат данного метода зависит способа установления места исполнения. Прежде всего это можно сделать по воле сторон, выраженной для данного особого обязательства. Никогда не вызывало сомнений то, что в подобном месте следует предполагать подсудность обязательства. Однако предполагаемый здесь случай как раз является редким, и поэтому для большинства случаев необходимо исследовать, какое место при отсутствии такой отдельно выраженной воли следует считать местом исполнения и одновременно (связанной с ним) особой подсудностью обязательства.

Некоторые авторы высказывают для этого следующий принцип: при отсутствии воли частного лица решает закон. Таким образом, для любого обязательства всегда существует определенное место исполнения, оно обосновывается либо особой волей сторон, либо — при

²⁹³ Ср. выше, с. 271 [т. I русского перевода «Системы...»]. Указанными фрагментами являются: L. 3 de reb. auct. jud. (42. 5); L. 21 de O. et A. (44. 7), но прежде всего L. 19, § 2 de jud. (5. 1), которая, правда, на первый взгляд выглядит так, будто в ней правило и исключение хотят поставить рядом, как это обычно делают новые авторы, в то время как в ней на самом деле только в виде опыта во главу угла ставят якобы общее положение, но затем благодаря добавлению ограничений читателя подводят к тому, чтобы он путем абстракции нашел истинное правило, которое здесь прямо не высказано, — в полном соответствии с методом древних юристов.

отсутствии таковой — предписанием закона. Как первое, так и второе определяет одновременно и особую подсудность обязательства.

Я считаю это учение совершенно неприемлемым, но попытаюсь опровергнуть его лишь после того, как представлю другое учение. Его в нескольких словах можно выразить так:

Место исполнения всегда определяется особой волей сторон, а она может быть выражена либо *прямо*, либо *молчаливо*; в обоих случаях она одновременно определяет особую подсудность обязательства, которая, следовательно, всегда основывается на добровольном подчинении (§ 369)²⁹⁴.

Обозначенное здесь учение, стало быть, отличается от ранее названного и отвергнутого тем, что устанавливаемое *законом* место исполнения заменяется местом, установленным *молчаливым соглашением*.

Перехожу теперь к подробному изложению учения.

I. Первый возможный случай, который нам следует учесть, предполагает само по себе случайное обстоятельство, что особая воля сторон установила место исполнения. Это может произойти, например, посредством того, что в договоре, в котором обещают выплатить денежную сумму, одновременно прямо называют город, где данное действие следует совершить. О том, что в подобном случае названное место должно считаться особой подсудностью обязательства, в наших источниках права сказано настолько ясно и в то же время настолько разнообразно²⁹⁵, что это никогда не порождало сомнений²⁹⁶.

Однако данный случай был бы помещен в слишком узкие рамки, если бы его захотели ограничить видом, который только что был

²⁹⁴ По существу с этим совпадает мнение Альбрехта (*Albrecht*, S. 13–27), рассуждение которого я нахожу совершенно правильным. Но в следующей части своего трактата (S. 28–35) он снова возвращается к вышеназванному ошибочному учению, о чем еще будет сказано ниже (сн. 318).

²⁹⁵ L. 19, § 4 de jud. (5. 1); L. 1–3 de reb. auct. jud. (42. 5); L. 21 de O. et A. (44. 7): «*contraixisse... in eo loco intelligitur*»; C. 17 X. de foro comp. (2. 2). Сюда относится также L. 1 de eo quod certo loco (13. 4). Ведь поскольку в этом фрагменте сказано, что, по сути дела (т.е. за исключением *actio abitratia*), иск нельзя подавать *ни в каком другом* месте, кроме условленного места исполнения, то в этом выражено, несомненно, прежде всего правило, что иск допустим в *этом* месте.

²⁹⁶ Некоторые авторы затемняли истинную точку зрения, называя этот случай «*forum solutionis*» и потому неправильно считая его по существу отличным от последующих случаев. Другие доводили это мнимое отличие до практической ошибки, одновременно предполагая наряду с данной подсудностью еще второе — *forum contractus* в месте заключения договора (см., например: *Linde*, Abhandlungen, S. 112–114; ср.: *Hollweg*, S. 46). Правда, наряду с этой особой подсудностью всегда существует общая подсудность *forum domicilii*, так что у истца есть выбор между ними (§ 371).

наглядно представлен примером. Чтобы уяснить это, необходимо подчеркнуть естественное различие между действиями, которые могут встречаться в качестве предметов обязательств. Некоторые из этих действий, притом большинство из них, обладают такими свойствами, что могут совершаться в любом месте. К ним относятся личные услуги, кроме того, обработка движимых вещей, а также передача владения движимыми вещами, в частности выплата наличных денег. Для указанных действий определенное место исполнения может быть установлено только в том виде, который выше был приведен в качестве примера, а именно посредством точного названия места, где они должны совершаться. Другие действия, напротив, уже по своему характеру настолько исключительно связаны с некоторым местом, что возможны только в нем. К ним относятся любая обработка определенного земельного участка, строительство или ремонт дома, сдача внаем, сдача в аренду, продажа дома или поместья. Ведь при любой продаже существует обязанность продавца передать владение²⁹⁷, а в случае с недвижимостью это возможно только там, где она расположена²⁹⁸. Поэтому совершенно бесполезной и излишней была бы формальность обещать при продаже, что передача проданного дома должна совершиться именно в том городе, где он расположен. Нет никаких оснований для того, чтобы применение нашего принципа делать зависимым от этой формальности, стало быть, нам следует скорее утверждать, что место исполнения и его последствия могут устанавливаться не только точным указанием места, но и равным образом характером подобного действия, которое возможно только в данном месте²⁹⁹. Ведь желание допустить в этом случае только молчаливое волеизъявление вело бы даже к неточности, поскольку под ним мы понимаем полученный путем толкования вывод из действия, целью которого было нечто иное, чем волеизъявление, и такой вывод всегда может быть исключен противоположным прямым заявлением³⁰⁰. А когда кто-либо продает дом, т.е. обещает его передать, уже в самом обещании содержится особое обстоятельство, что передача должна произойти именно там, где расположен дом, поскольку передача в другом месте невозможна, так что даже противоположное прямое

²⁹⁷ L. 11, § 2 de act. emti (19. 1).

²⁹⁸ Овладение возможно только благодаря присутствию приобретателя владения (*Savigny*, *Recht des Besitzes*, § 15), тогда как прежний владелец может отсутствовать (*Ibid.*, S. 239).

²⁹⁹ У Бетман-Хольвега (*Bethmann Hollweg*, S. 47–50) иное мнение об этом.

³⁰⁰ См. выше, т. II, § 131.

заявление по этому второстепенному вопросу было бы совершенно бессмысленным.

Мы переходим теперь к намного более частым и весьма разнообразным случаям, в которых твердо определенное место исполнения обязательства отсутствует, но эти случаи могут касаться только действий, которые по своему характеру могут встречаться всюду, т.е. не связаны с определенным местом, потому что иначе (как только что было показано) следствием данной связи как раз было бы место исполнения. Итак, для всех этих случаев нужно исследовать, в каком месте стороны могли бы предполагать и ожидать исполнение; такое место нам следует считать подлинным местонахождением обязательства и его особой подсудностью, поскольку в нем благодаря обоснованному обстоятельством ожиданию выражается *молчаливое* установление места исполнения, следовательно, и молчаливое подчинение ответчика подсудности этого места. А из данного допущения молчаливого соглашения и подчинения само собой следует, что особая подсудность обязательства, устанавливаемая благодаря последующим рассуждениям, всегда может быть исключена противоположным прямым волеизъявлением (§ 369, сн. 288). Указанный принцип дословно нигде не высказывается в римском праве, однако все отдельные решения римских юристов можно естественно свести к нему и только к нему; он также явно связан с добровольным подчинением (§ 369), которое во всем этом учении всюду следует считать решающим.

Таким образом, мы обратимся теперь к фактам, которые стали основанием возникновения обязательства, и нам нужно поочередно назвать те внешние обстоятельства, предполагая которые стороны ожидали, что место возникновения обязательства одновременно будет местом исполнения. Если в этом исследовании мы будем придерживаться высказываний римских юристов, что с позиции общего права правильно и необходимо и не может вызывать сомнений, то одновременно нам нельзя не замечать того, каков характер данных высказываний. В них содержатся не положения позитивного права, а руководящие точки зрения, исходя из которых следует выявлять вероятную, естественную мысль сторон, наряду с которыми, стало быть, всегда необходимо учитывать особые обстоятельства любого отдельного случая. Следовательно, там, где эти обстоятельства могли бы привести к другому решению, мы поступаем всецело в духе названных римских высказываний, когда их не используем. Однако данное замечание не будет часто высказываться.

II. Чтобы разъяснить первый случай этого вида, необходимо предварительно рассмотреть разные свойства и внешние проявления фактов, из которых возникают обязательства. Большинство обязательств возникает из отдельных временных действий. Так обстоит дело с самым частым из всех оснований возникновения — с договором, который, правда, нередко долго подготавливается, зато реальное заключение которого всегда представляет собой мгновенное явление, стало быть, занимает едва заметный отрезок времени. По сравнению с этим существуют другие, правда, редкие обязательства, которые возникают из непрерывной последовательности взаимосвязанных действий должника, из деятельности, которая всегда занимает длительный промежуток времени и вместе с тем связана с определенным местом. Мы можем дать деятельности подобного вида, из которой с течением времени обычно возникает больше или меньше отдельных обязательств, общее название «ведение дел». Все это наглядно продемонстрирует обзор самых важных случаев подобного вида, которые упоминаются в наших источниках права, с признанием обоснованной этим подсудности³⁰¹.

Сюда относятся следующие случаи: опека над несовершеннолетними, а также любой вид попечительства; кроме того, ведение дел другого лица, будь то всех его дел (генеральное поручение) или определенного их класса (например заведование фабрикой, торговлей и т.п.), будь то вследствие договора (поручения или *operae locatae*) или же односторонней воли (*negotiorum gestio*)³⁰²; наконец, текущие банковские и комиссионные сделки (*argentaria*). Из данного обзора следует, что эту подсудность могут обосновывать как личное ведение дел, так и ведение дел посторонним лицом, кроме того, как договор, так и квазиконтракт, который лежит в основе ведения дел посторонним лицом. Существенная предпосылка заключается только в том, что непрерывное ведение дел постоянно связано с определенным местом³⁰³. В большинстве случаев эта особая подсудность незаметна оттого, что ведение дел совпадает с местом жительства, но то и другое могут быть разными, и тогда она выражена явно (сн. 303).

³⁰¹ L. 19, § 1 de jud. (5. 1); L. 36, § 1, L. 45 pr. eod.; L. 4, § 5 de ed. (2. 13); L. 54, § 1 de proc. (3. 3); L. 1, 2 C., ubi de ratiocin. (3. 21). Основание добровольного подчинения прямо называют в случае *negotiorum gestio* в L. 36, § 1 de jud. (5. 1): «non debet iudicium recusare... cum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit».

³⁰² Не любое поручение и не любая *negotiorum gestio* относятся к этой категории, потому что предметом того и другого может быть отдельное временное дело, о чем мы здесь не говорим.

³⁰³ L. 19, § 1 de jud. (5. 1): «Si quis tutelam... vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debet defendere».

Некоторые авторы пытались рассматривать эту подсудность как совершенно своеобразную, называя ее «*forum gestae administrationis*» и отличая от так называемого *forum contractus*, что абсолютно неверно, поскольку обе базируются на одном и том же основании — ожидании сторон, обоснованном тем, что возникающие из ведения дел обязательства будут исполнены также в месте ведения дел, а для такого ожидания непрерывный характер подобного управления дает, несомненно, достаточное основание, ведь в таком ведении дел совокупность возникающих из него обязательства как бы приобретает пространственное, видимое существование, кажется как бы воплощенным в нем. Следовательно, если вообще есть желание употреблять искусственное выражение «*forum contractus*», указанный случай, по-видимому, к нему относится. Только здесь под местом возникновения обязательства не следует понимать то место, где, например, заключили договор о ведении дел, а также те места, где заключались отдельные договоры купли-продажи, поступали деньги и т.п., из-за чего управляющий мог стать ответственным перед хозяином дела. Оба этих места исчезают здесь как подчиненные, а само ведение дел как длящееся целое должно считаться общей основой возникновения из него отдельных обязательств³⁰⁴. Мысли, ожидания, добровольное подчинение сторон ориентировались на постоянное место осуществления этой деятельности.

III. Остались еще те обязательства, для которых не указано постоянное место исполнения (п. I) и основанием которых не служит непрерывная деятельность в определенном месте (п. II). Таким образом, все они должны быть направлены на действия, которые могут встречаться повсюду, и вместе с тем возникать из отдельных временных действий, ибо иначе они относились бы к ранее названным категориям. Следовательно, для них нам необходимо исследовать, при каких условиях учет места возникновения будет обосновывать ожидание, что оно одновременно будет местом исполнения и поэтому подлинным местонахождением обязательства.

Первый случай, к которому мы обращаемся в этой серии рассмотрений, заключается в том, что должник по месту своего проживания вступает в обязательство. Тем самым он подчиняется суду этого места как особой подсудности данного обязательства. На первый взгляд кажется излишней (даже противоречивой) попытка считать подсудность, которая и без того для этого лица обоснована как общая, чем-то новым, особой подсудностью, поскольку хочется допустить, что будет

³⁰⁴ Ср.: *Albrecht*, S. 23.

достаточно, если в подобном случае будет признано обычное действие и без того действительного *forum domicilii*.

Однако практическая важность высказанного здесь различия касается случаев возможных изменений. Когда названный должник произвольно меняет свое место жительства или же умирает, его прежнее *forum domicilii* как таковое полностью исчезает. Зато оно продолжает существовать в высказанном здесь качестве особой подсудности обязательства: эта подсудность следует за переезжающим в его новое место жительства, в случае смерти обязывает наследника, даже если у того иное место жительства³⁰⁵.

Основание этого своеобразного положения заключается в том, что должник вследствие принятия здесь обязательства породил *ожидание*, что в том же месте он также подчинится его последствиям (§ 369); это ожидание нельзя обмануть, стало быть, хотя и нельзя препятствовать должнику произвольно менять свое место жительства, но он должен исполнять взятые на себя в прежнем месте жительства обязательства там же.

IV. Но и вне своего места жительства кто-либо может вступить в обязательство как должник при таких обстоятельствах, которые порождают естественное ожидание, что место возникновения обязательства одновременно будет и местом его исполнения.

Подобное ожидание порождает тот, кто вне своего места жительства надолго открывает дело и вместе с тем организует его так, что по соответствующим действиям можно судить, что товары, которые он здесь продает, он будет отпускать там же. Тем самым он подчиняет себя особой подсудности обязательства в месте заключения договора. Ульпиан подробно описывает это, предостерегая, что не следует безусловно предполагать подсудность лишь потому, что в каком-то месте был заключен договор; он обосновывает данное предостережение, упоминая проезжающего путника, который заключил договор и в отношении которого едва ли захочется утверждать, что он подчинился подсудности в месте его заключения³⁰⁶.

³⁰⁵ L. 19 pr. de jud. (5. 1); L. 2 C., de jurisdict. (3. 13) (ср.: *Bethmann-Hollweg*, S. 24). Это важное положение связано со сделанной выше оговоркой (§ 344, сн. 5). Исходя из него следует также объяснить L. 45 de jud. (5. 1), в которой предполагается следующий случай. Жительница Рима берет на своей родине заем. После ее смерти наследницей становится дочь, живущая в провинции. Здесь опекунов от имени опекаемой осуждают. Тем не менее, говорит Ульпиан, *judicati actio* снова относится к Риму, поскольку подсудность обязательства завещательница обосновала там.

³⁰⁶ L. 19, § 2 de jud. (5. 1): «...durissimum est, quotquot locis quis navigans, vel iter faciens, delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam...

Но упомянутое здесь коммерческое отношение следует считать вообще только примером, отнюдь не исключительным условием подсудности обязательства. Ибо если во время нахождения вне места жительства заключают договоры, то по их содержанию необходимо судить о том, каким может быть вероятное намерение сторон, которое они с этим связывали. Если, стало быть, чиновник по служебным делам или депутат законодательного собрания пребывает в одном и том же месте несколько месяцев и там заключает обязательственные договоры, касающиеся его повседневных нужд, то обоснование особой подсудности обязательства не должно вызывать сомнений; равным образом — если аналогичные обязательства возникают во время пребывания на водах. Если, напротив, во время пребывания на водах заключают коммерческие договоры, дальнейшее развитие которых ожидается только на родине, то подобную подсудность места заключения договора следует отрицать³⁰⁷. Поскольку здесь все зависит от вероятного намерения сторон, то при определенных условиях и весьма краткого пребывания может быть достаточно для обоснования указанной подсудности. Так, указанное обоснование можно допустить в отношении путешественника, который не хочет оплатить свой счет в гостинице, поскольку в этой сделке немедленное исполнение является общепринятым, следовательно, этого можно ожидать от каждого. Все зависит, стало быть, от того, как соотносятся характер и продолжительность пребывания с содержанием обязательства.

Если мы сравним до сих пор высказанные правила (п. II–IV) с представленным выше и отвергнутым мнением, то получится следующее отношение обеих позиций: в этом мнении место обязательственного действия считалось основанием подсудности обязательства (но с исключениями); в излагаемом здесь учении данный эффект не связывается с обязательственным действием самим по себе, а лишь в сочетании с другими лежащими в его основе и предшествующими обстоятельствами³⁰⁸.

officinam conduxit, ibique distraxit, egit: defendere se eo loci debebit; L. 19, § 3 eod. B L. un C., de nund. (4. 60) отрицают *forum contractus* только для тех, кто как путешественник посещает публичный рынок для отдельных покупок, но не для тех, к кому подходят признаки, указанные выше Ульпианом.

³⁰⁷ *Bethmann-Hollweg*, S. 24, 25 (ср.: *Seuffert*, Archiv, Bd. 2, N. 119).

³⁰⁸ Мюленбрух правильно судит о собранных в п. IV случаях, практически вникая в отношения реальной жизни (S. 355–357, 360–361, 365–375), однако ошибается в их теоретическом обосновании, предполагая в этих случаях квазидомициль, или временный домициль, и связывая их, таким образом, со случаем из п. III. Эта связь неестественна и бесполезна.

V. Наконец, осталось установить местонахождение обязательства для тех случаев, в которых всех до сих пор названных условий недостаточно, так как отсутствует твердо определенное место исполнения (п. I), зато место возникновения обязательства вследствие сопутствующих обстоятельств кажется подходящим для того, чтобы стороны одновременно подразумевали его местом исполнения (п. II–IV). Сюда следует, стало быть, причислить приводимый Ульпианом случай, когда проезжающий путник во время своего временного пребывания заключает договор (сн. 306). Если здесь отсутствует любой намек на какое-либо определенное место исполнения, то следует предположить, что в качестве такового подразумевается место жительства должника, куда он все же всегда возвращается. О подобном случае, стало быть, следует судить как раз так, будто должник заключил договор не во время поездки, а в собственном месте жительства (п. III).

Чаще всего этот случай будет встречаться в следующем виде, который к тому же требует особого упоминания из-за двусмысленного характера содержания обязательства. Когда собственник фабрики или торгового дела разъезжает сам или отправляет своего служащего, чтобы набрать заказов, т.е. заключить договоры о поставке товаров, может вызвать сомнение то, в чем, собственно, заключается содержание взятого им на себя обязательства, а от этого одновременно будет зависеть место исполнения. Поставка представляет собой сложную сделку, занимающую некоторое время. Сначала продавец отправляет товар, затем он некоторое время находится в пути и, наконец, попадает во владение покупателя. При этом подлинным содержанием обязательства можно было бы предполагать или отправку, так что получение являлось бы просто последующим результатом заверченного исполнения, или же получение, так что отправка могла бы считаться просто подготовкой реального исполнения. В первом случае местом исполнения предполагалось бы место жительства продавца, во втором — место жительства покупателя. Какому же из этих мнений следует отдать предпочтение согласно общим правовым принципам? Я считаю правильным первое, согласно которому настоящее исполнение заключается в отправке, местом исполнения, стало быть, следует считать место жительства *продавца*. В пользу этого, как я полагаю, говорят два положения римского права: во-первых, переход риска случайной гибели на покупателя с момента заключения договора купли, значит, еще до того, как вследствие передачи будет приобретено право собственности³⁰⁹; во-вторых, общее правило, согласно которому

³⁰⁹ § 3 J., de emt. (3. 23).

обещанную передачу движимой вещи можно требовать только в том месте, где она находится именно сейчас³¹⁰. В прусском праве это мнение бесспорно признано, ибо здесь с отправкой не только риск, но уже даже собственность переходит к покупателю, при условии, что вид отправки был либо указан, либо (молчаливо) одобрен покупателем ввиду отсутствия возражений³¹¹.

К этой же категории, полагаю, следует отнести и случай из L. 65 de iudiciis (5. 1) о приданом, о котором будущий супруг заключает письменный договор за пределами своего места жительства (например, в месте жительства невесты или ее отца). Иск о возврате приданого, говорит Ульпиан, в будущем следует предъявлять не в месте заключения договора о приданом, а в месте жительства мужа, ибо оно одновременно является местонахождением брака, стало быть, местонахождением приданого, и поэтому в будущем его возврат следовало ожидать из этого места.

Ради удобства обзора хочу кратко обобщить подробно изложенные здесь правила особой подсудности обязательства. Эту подсудность следует считать обоснованной в следующих разных случаях.

I. В месте, которое по воле сторон особо установлено как место исполнения, независимо от того, достигается ли это установление посредством точного указания какого-либо места или вытекает из характера действия, подлежащего совершению по обязательству, которое возможно только в одном определенном месте.

II. При отсутствии установленного места исполнения подсудность может быть обоснована тем, что обязательство возникает из ведения дел должником, которое связано с определенным местом.

III. Кроме того, подсудность обосновывается местом возникновения обязательства, если оно совпадает с местом жительства должника.

IV. Место возникновения обязательства может обосновывать подсудность даже вне места жительства должника, если обстоятельства обосновывают ожидание, что в том же самом месте произойдет исполнение.

V. Если отсутствуют все названные условия, то подсудность обязательства приходится на место жительства должника.

³¹⁰ L. 12, § 1 depos. (16. 3). Об этом положении поговорим подробнее ниже. В связи с ним Тёль (*Thöl*, *Handelsrecht*, § 78, Note 5, 6) утверждает также, что передача товара обыкновенно должна происходить там, где располагается товарный склад продавца.

³¹¹ A. L. R., I, 11, § 128–133.

Все эти случаи, какими бы разными они ни казались и какой бы случайной ни казалась их связь, все же можно свести к одному общему принципу. Тем, что определяет особую подсудность, всюду является место исполнения, либо прямо установленное (п. I), либо обоснованное молчаливым ожиданием (п. II–V). В обоих случаях следует предполагать добровольное подчинение ответчика этой подсудности, если ее не исключает противоположное прямое заявление.

Изложенное здесь учение было сопоставлено выше с другим, отчасти схожим учением, которое теперь следует проверить и опровергнуть, поскольку это не было сделано ранее. Доведенное до своего логического конца, это учение звучит следующим образом. Для каждого обязательства всегда можно назвать определенное место, где оно должно быть исполнено. Оно может быть установлено по воле сторон; если такое установление отсутствует, определенное место исполнения обеспечивает закон. В обоих случаях обоснована подсудность обязательства в месте исполнения.

Все это учение базируется на утверждении (и рухнет вместе с ним), согласно которому для любого обязательства существует законное место исполнения; стало быть, проверим сначала правильность этого утверждения. Можно было бы подумать, будто закон устанавливает, что любое обязательство должно быть исполнено там, где оно возникло; тогда *forum contractus* в буквальном смысле обосновывалось бы тем, что место заключения договора предписывалось бы как место исполнения³¹², и тогда названному учению нельзя было бы отказать во внутренней стройности. Однако ни это, ни какое-либо аналогичное правило о законном месте исполнения неверно. Истинное правило звучит скорее следующим образом: при отсутствии определенного договором места исполнения должник обязан исполнить там, где против него предъявляют иск (*ubi petitur*)³¹³, так что всецело от произвола истца зависит то, в каком месте он захочет принудить к исполнению, — естественно, при условии, что в этом месте он усмотрит подсудность, которую ответчик обязан признать. Таким образом, не законное место исполнения определяет подсудность

³¹² Так полагал ранее Линде (*Linde*, Archiv, S. 61–63, 75), но позже утратил уверенность в этом принципе (*Abhandlungen*, Bd. II, S. 111). То, что он частично придерживается его, будет показано ниже.

³¹³ L. 1 de ann. leg. (33. 1); L. 38 de jud. (5. 1); L. 47, § 1 de leg. 1 (30. un.); L. 4 de cond. trit. (13. 3); L. 22 de reb. cred. (12. 1).

(как утверждает оспариваемое учение), а как раз наоборот, любая где-либо обоснованная подсудность определит законное место исполнения, как только кредитор решит воспользоваться той или иной подсудностью. Согласно римскому праву, для любого должника было обосновано как *forum originis*, так и *forum domicilii*, которые могли быть совершенно разными, ведь должник мог быть гражданином нескольких городов, а также иметь в нескольких городах настоящее место жительства. В таком случае истец мог свободно выбирать, в каком из этих нескольких мест предъявить иск, и где бы он его ни предъявлял, там одновременно было место исполнения по закону. Следовательно, согласно оспариваемому учению истинное положение вещей становится прямо противоположным, потому что, согласно истинному учению римского права, место исполнения является не определяющим для подсудности, а, наоборот, зависящим от нее.

Итак, если бы существовало лишь это только что названное правило римского права, тогда нельзя было бы не заметить столь явный замкнутый круг, а упомянутое ошибочное учение вряд ли нашло бы защитников. Однако к названному правилу в римском праве добавлено ограничение, и оно является источником всех ошибок. Полная картина выглядит следующим образом.

Действительно, любой кредитор, как правило, может добиться исполнения требования в любом месте, где он усмотрит подсудность должника. Но если требование направлено на передачу индивидуально-определенных движимых вещей (*certa species*), то положение должника облегчается тем, что он может освободиться вследствие передачи в том месте, где именно сейчас вещь случайно находится, что он, следовательно, не обязан за свой счет и на свой риск доставлять вещь в место предъявления иска. Однако он утрачивает это преимущество, если вещь находится в другом месте не случайно, а вследствие его недобросовестного действия. Кроме того, данное облегчение действует не во всех исках о взыскании долга, а только в исках из договоров *bonae fidei*³¹⁴ или из завещания в отношении выплаты легата³¹⁵, следо-

³¹⁴ L. 12, § 1 depos. (16. 3).

³¹⁵ L. 38 de jud. (5. 1); L. 47 pr., § 1 de leg. 1 (30. un.). Может обратить на себя внимание то, что здесь личный иск о завещательном отказе ставят наравне с *b. f. actiones*, поскольку сам по себе он все же был кондикцией (см. выше, с. 659 [т. III русского перевода «Системы...»]). Должно быть, изначально указанные фрагменты касались только *sinendi modo legatum*, в понятии которого уже заключалась эта льгота и которое Юлиан и в других отношениях трактовал так же, как и фидеикомиссы, т.е. очень свободно (*Gajus*, II, § 280). С рассматриваемым здесь спорным вопросом это сомнение никак не связано.

вательно, не при кондикции из стипуляции³¹⁶. Зато те же положения действительны также для исков *in rem*, особенно для виндикационного иска, а также для *actio ad exhibendum*, которые оба являются исками по усмотрению³¹⁷.

Если истолковать данное исключительное предписание так, как это сделано здесь, — как обоснованную справедливостью простую льготу, предоставляемую должнику, то станет ясно, что оно не имеет никакого отношения к месту исполнения и обоснованной им подсудности, потому что они, как раз наоборот, являются обязывающими и ограничивающими должника. Правильность моего понимания следует из того, что злой умысел должника должен был устранять эту исключительную меру, что может иметь смысл только в том случае, если считать ее льготой, предоставляемой должнику. Но отсюда следует, что защитники опровергаемого здесь учения ошибаются, когда усматривают в данной мере законное место исполнения и пытаются обосновать им особую подсудность обязательства, а именно в том месте, где случайно находится движимая вещь³¹⁸. Более того, этот последний вывод (к которому здесь все сводится) совершенно неприемлем уже потому, что из него вытекало бы *forum rei sitae* для личных исков, что едва ли кто будет утверждать.

Опроверяемое здесь мнение подкреплялось еще следующим обстоятельством. В фидеикомиссах (под которыми, несомненно, подразумевается *fideicommissum hereditatis*) существует предписание, обоснованное справедливой снисходительностью к наследнику, на которого он возложен, согласно которому он должен выплатить его только там, где находится большая часть наследства. В данном месте для этого должна была обосновываться и особая подсудность³¹⁹. Подобный справедливый учет должен действовать и в пользу фидеикомиссарного наследника, которого привлекают к ответу по наследственным долгам³²⁰. Совер-

³¹⁶ L. 137, § 4 de V. O. (45. 1): «...ut sic non multum referre videatur, *Ephesi daturum se*, an (quod *Ephesi sit*, cum ipse *Romae sit*) *dare spondeat*...»

³¹⁷ L. 10—12 de rei vind. (6. 1); L. 38 in f. de jud. (5. 1); L. 11, § 1 ad exhib. (10. 4).

³¹⁸ *Linde*, *Abhandlungen*, Bd. 2, S. 118; *Albrecht*, S. 29—32. Последний ошибочно придает значение таким выражениям, как «*ibi dari debet*, ubi est», в L. 38 de jud. (5. 1). Согласно всему контексту это означает: «он лишь обязан передать в этом месте», на что явно указывает следующее вслед за тем исключение; стало быть, ему не нужно тратить деньги на перевозку — «*nisi dolo malo heredis subductum fuerit, tunc enim ibi dari debet, ubi petitur*». Так сказано и в L. 38 de jud. (5. 1): «*per in rem actionem... ibi peti debet, ubi res est*». И все же у истца всегда есть выбор между *forum rei sitae* и *forum domicilii* (*Bethmann-Hollweg*, S. 70).

³¹⁹ L. 50 pr. de jud. (5. 1); L. un. C., ubi fideicomm. (3. 17).

³²⁰ L. 66, § 4 ad Sc. Treb. (36. 1).

шенно неправильно эти весьма определенные в аспекте подсудности предписания связали с вышеупомянутым правилом о выдаче движимых вещей в месте, где они находятся, таким образом, что захотели вывести из этого особую подсудность и для них³²¹. Но гораздо большей ошибкой было то, что эти весьма произвольные предписания хотели использовать для поддержки общего правового принципа о подсудности обязательств. Всецело позитивный и единичный характер упомянутых предписаний следует отчасти из очень неопределенного выражения «*major pars hereditatis*», которое, несомненно, не указывает на выведение из общей нормы права, отчасти из исторического развития фидеикомиссов вообще, на которые, коль скоро они защищались *extraordinaria cognitio*, законодательство всегда воздействовало более свободно и решительно, чем на обязательства³²².

§ 371. III. Обязательственное право. Подсудность обязательства (продолжение)

Теперь необходимо сделать некоторые дополнения и уточнения, в которых нуждаются высказанные здесь правила об особой подсудности обязательств.

Согласно весьма распространенному ранее мнению, которое даже положено в основу специального выражения «*forum contractus*», указанную подсудность следовало, как правило, предполагать в том месте, где было совершено обязательственное действие, т.е. фактически возникло обязательство (§ 370). И хотя это мнение пришлось отвергнуть, поскольку не всякое действие как таковое, а только связанное с другими, ему предшествующими и лежащими в его основе фактами способно обосновать подобную подсудность (с. 121—122), тем не менее не всякому обязательственному действию, даже согласно этому изменившемуся мнению, следует приписывать важное влияние на обоснование указанной подсудности. Таким образом, и сегодня для нас важен вопрос о том, где подлинное местонахождение обязательственного действия, или, другими словами, где возникает обязательство. Попробуем ответить на этот вопрос, который часто будет вызывать трудности, согласно трем наиболее важным видам обязательственных действий — договорам, односторонним разрешенным действиям, деликтам.

³²¹ Albrecht, S. 29.

³²² Ср.: Bethmann-Hollweg, S. 32—35, 48.

А. *Договоры*. Обычно они заключаются при личной встрече обеих сторон — тогда место этой встречи одновременно является местом возникновения обязательства. Но могут иметь место следующие отклонения от этой простейшей и самой обычной процедуры.

Во-первых, действительность договора предписанием закона или же по воле сторон может быть поставлена в зависимость от соблюдения особой формы, например от письменного оформления, нотариального или судебного удостоверения. В таком случае место, где данная формальность совершается, является подлинным местом договора, потому что до этого ни одна из сторон не является связанной³²³.

Но более частым и более трудным является случай, когда договор заключается не при личной встрече обеих сторон, а через посылного, посредством документа, подписанного ими в разных местах, или, что бывает чаще всего, путем простого обмена письмами. Здесь подлинное место договора крайне спорно. В этом случае возникают, собственно говоря, три различных вопроса, которые, однако, большинство рассматривает вперемешку: где заключен договор, какое место относится к подсудности, какое — к местному праву? На первый вопрос я без сомнений отвечаю, что договор заключен там, где было получено первое письмо и отправлен получателем утвердительный ответ, ибо в этом месте произошло согласование волеизъявлений. Следовательно, отправителя первого письма следует рассматривать так, словно он съездил ко второму и получил его согласие³²⁴. Данное мнение приняли и некоторые другие авторы³²⁵. Но некоторые высказывают при этом следующее сомнение. Ведь письмо с согласием, полагают они, можно вернуть или лишить силы посредством отказа, поэтому договор считается заключенным лишь в том месте, где отправитель первого письма получил ответ, т.е. узнал о согласии³²⁶. Совершенно неприемлемо

³²³ L. 17 C., de fide instr. (4. 21) (ср.: *Meier*, p. 58).

³²⁴ То же самое, следовательно, следует предположить и в случае с посылным в том месте, где ему высказывают согласие, в случае дважды подписанного документа — в месте последней подписи, в случае векселя — в каждом месте, где кто-либо акцептует или индоссирует.

³²⁵ *Hommel*, Obs. 409, N. 17, 18; *Meier*, p. 59 (оба при рассмотрении вопроса о действующем местном праве); *Wening*, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 2, S. 267—271 (который говорит главным образом о моменте заключения договора, однако так, что его решение можно одновременно отнести и к месту); *Lauterbach*, De nuncio, § 25 (Diss., t. 3, N. 107) (где главным образом речь идет о посылном, но он полностью приравняется письму).

³²⁶ *Hert.*, De comaeatu literarum, § 16—19 in: Comment., vol. I, p. 243; *Hasse*, Rhein. Museum, Bd. II, S. 371—382; *Wächter*, Archiv, Bd. 19, S. 116; немного неясен И. Воэций (*J. Voetius*, V, 1, § 73).

пытаться лишить силы правильный принцип, принимая во внимание подобные и без того очень редкие случаи. В большинстве случаев оба заявления будут делать без подобного колебания при принятии решения, а там, где подобное однажды встретится, вопрос можно будет решить только с учетом весьма разных, отдельных обстоятельств, так что тогда отнюдь не будет достаточно и указанного правила, весьма произвольно высказываемого противниками³²⁷.

Перехожу теперь ко второму вопросу — о том, где подсудность обязательства в случае договора, заключенного путем обмена письмами. Хочется, согласно только что высказанному утверждению, полагать, что в том месте, где было получено первое письмо, на которое ответили согласием. Но это следует решительно отвергнуть³²⁸. Ведь отправителя первого письма все-таки можно сравнить не более чем с проезжающим путником, несомненно, не с тем, кто постоянным местом пребывания сделал место жительства противной стороны; стало быть, он не хотел подчиниться подсудности этого места (§ 370, сн. 306). Напротив, договор, заключенный путем обмена письмами, следует считать для каждой из сторон заключенным в месте *ее* жительства, и здесь она должна признать особую подсудность обязательства (§ 379, п. V). Если же в договоре названо определенное место исполнения, это одновременно обосновывает и подсудность обязательства. Своеобразное требование вексельной сделки (сн. 324) может оправдать значительную модификацию этих принципов подсудности. Например, даже в прусском Законе о введении в действие нового Германского вексельного устава³²⁹ предписано, что не только место платежа и место жительства обосновывают подсудность — в месте однажды предъявленного иска по векселю могут быть привлечены к ответственности и другие вексельные должники.

На третий вопрос — о местном праве, действительном в случае заключенного посредством обмена письмами договора, — можно будет ответить лишь ниже (§ 373).

В. Односторонние разрешенные действия. О том, что к ним в этом случае следует подходить так же, как к договорам, прямо сказано в наших источниках права³³⁰; это положение уже было использовано выше

³²⁷ Венинг (*Wening*, а.а.О.) делает для этого практические предложения. Вместе с тем могли бы применяться положения Общего земского права (A. L. R., I, 5, § 90 fg.), касающиеся других, но схожих вопросов.

³²⁸ Так заявляет и Мюленбрух (*Mühlenbruch*, S. 348, 351).

³²⁹ § 5 (см.: *Gesetzsamml.*, 1849, S. 50).

³³⁰ L. 20 de jud. (5. 1): «Omnem obligationem pro contractu habendam, existimandum est...» Так сказано, несомненно, с принятием во внимание подсудности.

применительно к важным обязательствам, которые возникают вследствие ведения дел, и т.п. (§ 370, п. II). Однако один случай требует особого упоминания.

Наследник, вступающий в наследство, принимает тем самым разные обязательства, особенно относительно кредиторов наследственной массы и легатариев. Эти обязательства в наших источниках права называют квазиконтрактными³³¹. Поэтому некоторые новые авторы допустили для подобного случая *forum contractus*, и притом то в том месте, где заявляют о вступлении в наследство, то в том, где находится наследство, или по месту жительства умершего³³². Однако данное мнение следует отвергнуть, а подобную подсудность не допускать. Только в виде исключения вследствие совершенно позитивного предписания подобная подсудность обоснована для фидеикомиссов, притом в том месте, где находится большая часть наследства³³³. Вышеупомянутое высказывание в источниках права касается только личного вступления наследника в обязательственное отношение с кредиторами и легатариями, а не его непосредственного возникновения и юридических свойств.

С. Деликты. Подсудность, обоснованная деликтом, неизвестна древнему римскому праву и возникла только в эпоху императоров³³⁴. Зато потом она получила такое всеобщее признание, что отныне ее даже в законах ставят в один ряд с *forum domicilii*, *contractus*, *rei sitae*³³⁵. Но было бы совершенно неправильно, если бы эту подсудность считали отдельным применением подсудности обязательства — так называемого *forum contractus*³³⁶. Ведь *forum delicti* возникает не вследствие предполагаемого добровольного подчинения, и поэтому на него даже не распространяются ограничения, которые выше были высказаны для подсудности обязательства (§ 370). Для обоснования этой подсудности не требуется ни место жительства, ни еще какое-либо внешнее обстоятельство; напротив, она возникает из совершения деликта как такового, даже при совершенно случайном и временном пребывании. Следовательно, данная подсудность обладает со-

³³¹ § 5 J., de obl. quasi ex contr. (3. 27); L. 3, § 3, L. 4 quib. ex caus. (42. 4); L. 5, § 2 de O. et A. (44. 7); L. 19 pr. de R. J. (50. 17).

³³² Linde, Abhandlung, Bd. 2, S. 101—109; Mühlenbruch, S. 379—382.

³³³ Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 32—35, 48 (ср. выше, § 370 (в конце)).

³³⁴ Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 29, 52.

³³⁵ Nov. 69, c. 1; C. 20 X. de foro comp. (2. 2).

³³⁶ В приведенном фрагменте канонического права обе даже дословно различают-ся и согласуются друг с другом.

вершенно своеобразным характером, поскольку обосновывается не добровольным, а необходимым подчинением, но оно является прямым следствием правонарушения, виновником которого стало лицо. Впрочем, подсудность из деликта, равно как и подсудность из договора, тоже не является исключительной, напротив, у истца всегда есть выбор между этой особой и общей подсудностью, обоснованной местом жительства должника, что следует уже из дословного упоминания указанной подсудности в названных фрагментах (сн. 335), но еще больше из того, что она была введена, несомненно, не ради ответчика, а ради истца³³⁷.

Поднимали вопрос о том, обоснована ли подсудность обязательства только для исков, которые относятся к естественному развитию обязательства, т.е. ведут к его исполнению, или же и для тех, которые действуют в обратном направлении, поскольку их целью является прекращение обязательства, или хотят аннулировать то, что уже сделано во исполнение обязательства. Здесь, как правило, следует утверждать первое, ограниченное применение названной подсудности³³⁸. Второе, более широкое применение подсудности может иметь место лишь в виде исключения в редких случаях, в которых прекращение обязательства и его возникновение связаны общим источником, т.е. когда прекращение обязательства, обоснованного договором, выводят из дополнительного соглашения, добавленного к этому договору³³⁹.

Особая подсудность обязательства не исключает общую подсудность по месту жительства, напротив, истец может свободно выбирать, где ему предъявить иск — там или здесь³⁴⁰. Некоторые ошибочно это право выбора хотели ограничить случаем, когда подсудность обоснована специально оговоренным местом исполнения. Право выбора, напротив, действительно на самом деле и тогда, когда подсудность

³³⁷ Linde, Lehrbuch des Prozesses, § 93, Note 10.

³³⁸ L. 2 C., ubi et apud quem. (2. 47).

³³⁹ Glück, Bd. 6, S. 301–303. Линде (Linde, Archiv, Bd. 7, S. 67–69) безоговорочно отрицает такое применение подсудности.

³⁴⁰ L. 19, § 4 de jud. (5. 1) (где читать следует «habeat» вместо «habuit» (см.: Hollweg, S. 46)); L. 1–3 de reb. auct. jud. (42. 5); L. un C., ubi conv. (3. 18); C. 17 X. de foro comp. (2. 2). Согласно римскому праву, истец мог также предъявить иск в *forum originis* (§ 355).

обосновывается самим по себе договором (без места исполнения)³⁴¹ или осуществлением управления³⁴².

Как раз наоборот, для места исполнения, установленного стипуляцией, изначально следовало утверждать, что *только* в этом месте можно предъявить иск, поскольку кредитор вследствие особого содержания этой стипуляции отказался бы использовать для иска общую личную подсудность своего должника. Но поскольку это могло бы привести к полному отказу в правовой защите (когда, например, должник предусмотрительно не появился бы в условленном месте исполнения), то был введен особый иск, который можно было предъявить по месту личной подсудности, но с учетом возможно отличного интереса в предоставлении в определенном месте³⁴³. Благодаря этому иску, стало быть, даже в подобных случаях обосновано право выбора истца.

Напротив, нельзя оправдать желание некоторых допустить право выбора истца между подсудностью, обоснованной прямой договоренностью о месте исполнения, и подсудностью, обоснованной молчаливой договоренностью о месте исполнения³⁴⁴, поскольку наличие прямого уговора всегда исключает предположение подобной молчаливой договоренности.

³⁴¹ L. 2 C., de jurisdict. (3. 13). В словах «ubi domicilium reus habet» акцент делается на «reus», а не на «domicilium». Стало быть, должно быть сказано, что место жительства *ответчика* (не истца) определяет подсудность (на это указывают начальные слова фрагмента). Но это не должно мешать истцу отдавать предпочтение *forum contractus* там, где оно обосновано.

³⁴² Так называемое *forum gestae administrationis* вообще не обладает особым характером (§ 370, п. II). Право выбора прямо признано также в случае аргентария (L. 4, § 5 de ed. (2. 13)). И как раз для данного случая это хотели отрицать из-за L. 45 pr. de jud. (5. 1). Однако здесь сказано «*conveniri oportet*», что означает, что он должен смириться с тем, что ему предъявят иск. Правильное мнение встречается у Штрубена (*Struben*, Bedenken, III, 96), Гённера (*Gönnner*, Handbuch, Bd. 1, Abh. XI), ошибочное — у Лейзера (*Leyser*, 73, 8), Вебера (*Weber*, Beiträge, Bd. 2, S. 35), Линде (*Linde*, Archiv, Bd. 7, S. 73).

³⁴³ L. 1 de eo quod certo loco (13. 4): «Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare». То, что здесь сказано о стипуляции, действительно также и для любого другого обязательства с определенным местом исполнения, если оно порождает кондикцию (например, заем и легат), но только не для *b.f. obligationes*, при которых уже достаточно иска из договора (L. 7 eod.).

³⁴⁴ Так что истец, стало быть, может воспользоваться *forum contractus* по своему усмотрению или в условленном месте исполнения, или в месте заключения договора (§ 370).

Особой подсудностью обязательства можно воспользоваться только тогда, когда должник в этом судебном округе *или* лично присутствует, *или* владеет имуществом; в последнем случае против него применяется принуждение в виде *missio in possessionem*. Данное альтернативное условие не вызывает сомнений согласно древнему римскому праву³⁴⁵. В соответствии с законом Юстиниана его можно было бы считать упраздненным³⁴⁶. Однако этот закон сформулирован в настолько общих и неопределенных словах и в нем настолько сильно перемешаны разные подсудности, что из него нельзя сделать уверенный вывод о намерении изменить прежнее право. Вот почему он не был принят во внимание в декреталии, которая, напротив, полностью следовала за прежним римским правом и даже употребляла выражения из него³⁴⁷. Преобладающая практика нового времени согласилась с этим мнением³⁴⁸, так что, стало быть, подсудностью обязательства против отсутствующего лица нельзя воспользоваться путем обращения за помощью в посторонний суд. Нельзя не заметить, что из-за этого ограничительного условия особая подсудность обязательства утрачивает большую часть своей важности.

В новых законодательствах подсудность обязательства, как и следовало ожидать, приняла ту форму, которая во время их составления была господствующей среди авторов, стало быть, отчасти не соответствующей истинному римскому праву, которому, как полагали, все же следуют. Так, прусское право устанавливает названную подсудность сначала в условленном месте исполнения, а если подобное отсутствует — в месте *заключения договора*³⁴⁹, без учета ограничительных условий, только при которых римское право считает решающим место заключения догово-

³⁴⁵ L. 1 de eo quod certo loco (сн. 343): «...si nunquam accederet»; L. 19 pr. de jud. (5. 1): «si ibi inveniatur»; § 1 eod.: «si non defendat... bona possideri patietur». Аналогично звучит предписание для *forum rei sitae* в L. 2 C., ubi in rem (3. 19).

³⁴⁶ Nov. 69, с. 1, 2.

³⁴⁷ C. 1, § 3 de foro comp. in VI. (2. 2): «...nisi inveniatur ibidem [ср. сн. 345] trahere coram se non debent invitos, licet in possessionem bonorum, quae ibi habent... possint missionem facere». Некоторые авторы весьма неестественно толкуют этот фрагмент так, будто судья не может заставить отсутствующего своей властью (а только путем обращения за помощью к его судье) (*Cocceji*, Jus contrrov., V, 1, qu. 15; *Glück*, Bd. VI, S. 304; *Linde*, Archiv, Bd. 7, S. 69, 70).

³⁴⁸ Эту преобладающую практику признают даже противники (*Cocceji*, l. c.; *Glück*, Bd. VI, S. 304–306; *Linde*, S. 69).

³⁴⁹ Allg. Ger. Ordn., I, 2, § 148–152. Эту подсудность признают также в договорах со многими соседними государствами, например с Веймаром (1824) (ст. 29) (*Gesetzsammlung*, 1824, S. 153).

ра. Право выбора истца здесь также признают, и вместе с тем ответчик в духе новой практики (сн. 348) считается связанным этой подсудностью только тогда, когда его можно заставить в таком месте.

§ 372. III. Обязательственное право. Местное право

Учение о подсудности обязательства до сих пор излагалось настолько подробно потому (§ 370, 371), что только оно дает уверенность в вопросе о местном праве, применимом к обязательствам, — в вопросе, по которому, собственно говоря, полностью отсутствуют достоверные положения римского права. Именно здесь внутренняя взаимосвязь между подсудностью и местным правом представляется столь же плодотворной, сколь и хорошо обоснованной, так как то же самое предполагаемое подчинение, устанавливающее местонахождение обязательства, а вместе с ним и подсудность, должно быть признано определяющим и для применимого местного права³⁵⁰.

Весь ряд практических правил, высказанных выше для подсудности, я, без сомнений, одновременно считаю определяющим для применимого местного права (§ 370). Стало быть, его следует сводить, в зависимости от различия случаев, к следующим местам (с. 131):

I) если у обязательства есть установленное место исполнения, то к этому месту исполнения;

II) если обязательство возникло из непрерывного ведения дел должником, то к тому месту, где находится постоянное место этого ведения дел;

III) если обязательство возникло из отдельного действия должника по месту его жительства, то к месту совершения данного действия, так что последующее изменение места жительства в этом ничего не меняет;

IV) если обязательство возникло из отдельного действия должника за пределами его места жительства, но при таких обстоятельствах, которые позволяют надеяться на его исполнение там же, то к месту совершения этого действия;

V) если отсутствует любое из этих условий, то к месту жительства должника³⁵¹.

³⁵⁰ Эйхгорн (*Eichhorn*, Deutsches Recht, § 37, Note b) также относит фрагменты римского права, в которых говорится о подсудности, непосредственно к местному праву.

³⁵¹ Могло бы показаться, что здесь я намереваюсь последовать отвергнутому выше принципу (§ 361, сн. 171), согласно которому местное право места жительства должно субсидиарно действовать во всех тех случаях, в которых невозможно отдельно до-

В этом отношении, стало быть, определение местного права полностью совпадает с определением подсудности. Только в одном обнаруживается важное различие: наряду с особой подсудностью обязательства действительна также общая подсудность места жительства с правом свободного выбора истца, тогда как применимое местное право не может подчиняться подобному одностороннему праву выбора, а должно определяться исключительно установленным местом исполнения, в случае отсутствия такового — местом возникновения обязательства или местом жительства должника, в зависимости от различия случаев.

Выведение высказанных здесь правил из предполагаемого добровольного подчинения должника определенному местному праву имеет несколько важных последствий, которые здесь следует представить.

А. Это местное право отходит на задний план, когда оно противоречит императивной, строго позитивной норме права, имеющей силу в месте нахождения судьи, выносящего решение, поскольку в подобных случаях свободная воля сторон вообще не может иметь никакого влияния³⁵².

В. Названное местное право опять же отходит на задний план, когда предположение добровольного подчинения исключается прямым отличным волеизъявлением³⁵³.

С. С разных сторон утверждали, что из нескольких возможных местных прав в каждом случае следует применять то, согласно которому имеющаяся юридическая сделка может быть лучше всего сохранена в силе³⁵⁴. Существующим правом подобную универсальность этого положения едва ли можно обосновать, зато его можно было бы высказать в качестве нового позитивного закона³⁵⁵. Однако в следующем смысле

казать другое местное право. Но это не так. Ведь здесь к праву места жительства обращаются не потому, что невозможно обосновать никакое другое право, а потому, что в этом случае для сторон более естественно ожидать исполнения обязательства в месте жительства должника, чем в любом другом месте. А данное основание, которое представляет собой просто отдельный случай применения общего правила о местонахождении обязательства, применимо к подсудности (§ 370, п. V) не больше и не меньше, чем к местному праву.

³⁵² Ср.: *Wächter*, II, S. 397–405; *Foelix*, p. 145.

³⁵³ L. 19, § 2 de jud. (5. 1): «...nisi alio loci, ut defenderet, convenit». То, что здесь говорится о подсудности, должно быть действительно и для местного права, если его положения могут быть изменены частной волей (ср. выше, § 369, сн. 289, и § 370).

³⁵⁴ *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 37, Noten f, g.

³⁵⁵ Для одного случая его высказывают в Прусском общем земском праве (A. L. R., I, 5, § 113), а именно для разных законных форм в случае договора, заключенного посредством обмена письмами.

данное положение все же можно защитить. Если применение высказанных выше правил привело бы к подчинению договора местному праву (например, места исполнения), согласно которому он был бы недействительным, в то время как он был бы действительным согласно праву места жительства, то, несомненно, не следует предполагать, что стороны хотели подчиниться местному праву, поскольку это полностью противоречило бы их намерению³⁵⁶.

И хотя с помощью высказанных здесь правил можно в целом уверенно установить местонахождение обязательства, а вместе с ним применимое к нему местное право, это не должно говорить о том, что все правовые вопросы, которые могут возникнуть в случае обязательства, должны решаться именно в соответствии с таким местным правом. Для этого требуется более глубокое обсуждение данных вопросов в их полной взаимосвязи, что будет сделано в продолжении настоящего исследования (§ 374)³⁵⁷.

От высказанного здесь учения о местном праве, применимом в случае обязательств, мнения наших авторов отличаются в двух следующих важных пунктах.

Во-первых, почти все связывают применимое местное право с местом совершения обязательственного действия, не учитывая вместе с тем добавленные в римском праве особые условия (§ 370), хотя многие все же полагают, что в целом стоят на почве римского права. Это тем более достойно осуждения, что упомянутые условия римского права, благодаря которым дело обретает другой вид, основываются не на произвольных позитивных предписаниях, а, напротив, на обусловленном существом дела принятии во внимание того, в каких случаях добровольное подчинение определенному местному праву можно считать вероятным, а в каких — нет.

Во-вторых, часто встречается возражение против принятого здесь мнения, согласно которому преимущественно условленное место исполнения должно одновременно устанавливать применимое право. Однако здесь мнения сильно расходятся. Одна часть авторов, и при-

³⁵⁶ В таком понимании указанное положение полностью соответствует известному правилу толкования в случае неясно сформулированных юридических сделок (L. 12 de reb. dub. (34. 5)).

³⁵⁷ На разнообразную оценку подобных отдельных правовых вопросов указывали уже Лейзер и Феликс (*Leyser*, 73; *Foelix*, p. 142—145). Поэтому я не могу считать этих авторов противниками высказываемого принципа — все будет зависеть от достижения соглашения в случае отдельных правовых вопросов. Аналогичный способ уже применялся выше, в учении о собственности (§ 367).

том бóльшая, согласна с изложенным здесь учением³⁵⁸. Зато другая утверждает, что местное право может устанавливаться только по месту совершения обязательственного действия, условленное место не оказывает на это никакого влияния, поскольку касающиеся этого фрагменты римского право следует относить только к подсудности, а вовсе не к местному праву³⁵⁹.

В данном спорном вопросе дело сводится к объяснению относящихся сюда фрагментов римского права, которые ради облегчения обзора я приведу вначале.

1. L. 6 de evict. (21. 2): «Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione cavendi oportet».
2. L. 21 de oblig. et act. (44. 7): «Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit».
3. L. 1—3 de reb. auct. jud. (42. 5): «Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est — ubi domicilium habet — aut ubi quisque contraxerit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia».

Эти фрагменты противники объясняют следующим образом. В первом фрагменте, говорят они, речь идет только о местном праве, для которого во внимание должно приниматься исключительно то место, где совершено обязательственное действие (in qua negotium gestum est), что, стало быть, отрицает учет места исполнения. Напротив, во втором и третьем фрагментах речь идет якобы только о подсудности, но не о местном праве, а для подсудности они требуют принимать во внимание место заключения договора, и в качестве такового они называют не место совершения обязательственного действия, а место исполнения. Таким образом, говорят они, в этих фрагментах подсудность и местное право четко различают и подходят к ним с разными правилами.

Это объяснение лишь кажется истинным, но таковым не является. Конечно, в третьем фрагменте говорится о подсудности, а не о местном праве, зато высказывание во втором настолько неопределенное, что его можно применить как к одному, так и к другому. И если приведенные выше основания в пользу внутренней взаимосвязи местного права с подсудностью убедительны, то практическое различие в трактовке обоих вопросов следует отрицать до тех пор, пока не будут представле-

³⁵⁸ *Christinaeus*, vol. I, dec. 283, n. 8, 11; *P. Voet.*, sect. 9, c. 2, § 12, 15; *Mühlenbruch*, Doctr. Pand., § 73, not. 17; *Foelix*, p. 142—145; *Story*, § 280, 299.

³⁵⁹ *Hert.*, § 10, ampl. 2; *Meier*, p. 57, 58; *Wächter*, II, S. 41—47.

ны определенные свидетельства этого различия; именно они должны содержаться в приведенных выше фрагментах, и теперь дело будет сводиться главным образом к тому, чтобы показать путем объяснения первого фрагмента, что в нем на самом деле не содержится практическая противоположность двум другим фрагментам.

Итак, о первом фрагменте (L. 6 de evict.) выше уже было сказано, что в нем говорится, по сути дела, вовсе не о подлежащем применению местном праве, а о фактических обычаях, которые отнюдь не обосновывают нормы права (§ 356, сн. 134, 135). Между тем мы можем не обращать на это внимание и охотно допустить косвенное применение данного фрагмента к нашему вопросу. Ведь с такой же вероятностью, которая говорит в пользу того, что стороны хотели молчаливо соблюсти определенные фактические местные обычаи, можно также говорить об их добровольном подчинении местному праву того же самого места. Таким образом, мы хотим трактовать этот фрагмент так, будто в нем хотели высказать суждение о местном праве, и спрашивать только о том, в пользу какого определенного места в нем решают. В нем словами «*ejus regionis, in qua negotium gestum est*» хотят, видимо, исключить любое другое возможное место; какое же это исключаемое место? Чтобы наглядно продемонстрировать разные возможности, которые при этом могут приниматься во внимание, хочу привести следующий пример. Два жителя Путеол, один из которых владеет недвижимостью в этом городе, встречаются на водах Байи и заключают там договор купли-продажи названной недвижимости; вслед за тем возникает спор об эвикции и спрашивается, какое местное право должно при этом применяться. Согласно объяснению противников, им якобы должно быть право Байи (*regionis, in qua negotium gestum est*), а не Путеол, и именно это последнее якобы должно отрицать высказывание юриста. Итак, я согласен с тем, что, возможно, древний юрист думал о противоположности, обоснованной таким запутанным случаем, и хотел дать ее решение, но в самом фрагменте нет даже отдаленного намека на это, а естественное объяснение должно скорее привести к предположению следующего, гораздо более простого случая. Два жителя Путеол заключили договор купли-продажи в своем родном городе³⁶⁰, но на этой городской территории в случае эвикции действует своеоб-

³⁶⁰ Так фрагмент объясняет и Молиней (*C. Molinaeus, Conclusiones de statutis*, in: *Comm. in Codicem* после L. 1 C., de *summa trin.*, p. 6, 7, ed. Hanov., 1604, f.): «*Quod est intelligendum non de loco contractus fortuiti, sed domicilii, prout crebrius usu venit, immobilia non vendi peregre, sed in loco domicilii. Lex autem debet adaptari ad casus vel hypotheses, quae solent frequenter accidere: nec extendi ad casus raro accidentes*».

разный обычай, отличный от привычных в других местах. В то время как общий обычай в других местах привел бы в случае эвикции к выплате двойной покупной стоимости³⁶¹, в ПUTEОЛАХ обычно платили иное возмещение, например полуторную или тройную покупную цену. Высказывание юриста, стало быть, сводится к тому, что в подобном случае должна действовать не общая принятая в других местах величина возмещения, а установленная в этом месте, потому что стороны, вероятно, мысленно представляли себе ее. Допустим, что ему задали бы еще вопрос о том, как следует поступить, если бы договор заключили не в ПUTEОЛАХ, а в БАЙИ (следов чего, впрочем, в самом фрагменте нет); тогда он, несомненно, снова указал бы на обычай ПUTEОЛ, потому что договор следовало исполнить в этом городе, а не в БАЙИ; в таком случае он больше не употребил бы выражение «in quia negotium gestum est», потому что его, если бы возник вопрос о подобной противоположности, почти неизбежно поняли бы неправильно. Итак, если принять это объяснение фрагмента, которое полностью придерживается его слов и не навязывает ему никаких чужеродных допущений, то в нем отнюдь не содержится основание для того, чтобы устанавливать местное право по другому правилу, чем подсудность.

§ 373. III. Обязательственное право. Местное право (продолжение)

Теперь необходимо рассмотреть некоторые дополнительные вопросы, касающиеся примененного к обязательству местного права, по большей части связанные с аналогичными вопросами, которые выше были исследованы для подсудности обязательства (§ 371).

В некоторых случаях местное право, так же как и подсудность обязательства, обосновывается *местом его возникновения* (§ 372, п. III, IV), и тогда точное установление этого места может быть важным, но иногда тоже сомнительным. С учетом подобных сомнений здесь следует привести и исследовать несколько особых случаев аналогично тому, как это уже было сделано при рассмотрении подсудности.

А. Договоры. Самым сомнительным и самым спорным случаем является случай договора, который заключают путем обмена письмами. А с этим случаем полностью сопоставим договор, который заключают путем подписания документа в разных местах или посредством уст-

³⁶¹ L. 31, § 20 de aedil. ed. (21. 1); L. 2, 37 de evict. (21. 2).

ного волеизъявления через посыльного (§ 371, сн. 324). Здесь можно повторить лишь то, что выше (§ 371, п. А) было сказано о подсудности в подобных случаях. Договор путем обмена письмами следует считать заключенным в месте, где получают письмо и отвечают на него согласием. Стало быть, если бы все сводилось к этому, то данное место определяло бы и местное право, и так на самом деле полагают некоторые авторы³⁶². Но это мнение следует отвергнуть, потому что автора письма можно сравнить в крайнем случае с проезжающим путником, который на мгновение заехал к получателю для заключения договора, а такое сугубо временное пребывание, даже если за это время заключают договор, не обосновывает местонахождение обязательства с его правовыми последствиями. Поэтому здесь о местном праве следует судить прежде всего по месту исполнения, если оно установлено; если же нет, то для каждой из сторон действительно право ее места жительства³⁶³. В отличие от этих разных взглядов другие авторы полагали, что о заключенном путем обмена письмами договоре судить следует согласно естественному праву³⁶⁴; при этом остается лишь выразить сожаление по поводу того, что они одновременно не называли естественно-правовую систему, которую хотели бы применять. Прусское уложение решает рассматриваемый здесь вопрос только в ограниченном применении к случаю, когда в местах жительства обеих сторон действует разное право о *форме* договора; в таком случае применяться должно то право, которое наиболее благоприятно для существования договора³⁶⁵. В том же предписании выражено и то, что в других отношениях (когда дело сводится не к существованию договора, а к виду действия) о долге каждой из сторон судить следует по праву места жительства.

Наиболее важный случай применения этого спорного вопроса относится к вексельному праву. В соответствии с высказанным принципом нам следует полагать, что об обязательстве каждого отдельного лица, подписавшего вексель, судить следует по праву его места жительства. А совершенно своеобразное требование этой сделки может хорошо оправдать иное позитивное положение. Новый Германский вексельный устав устанавливает в ст. 85 следующее. Любое вексельное

³⁶² *Hommel*, Rhaps., obs. 409, n. 17, 18; *Meier*, p. 59.

³⁶³ Вехтер (*Wächter*, II, S. 45) в целом принимает право места жительства без учета места исполнения.

³⁶⁴ *Grotius*, De j. belli, lib. 2, c. 11, § 5, n. 3; *Hert.*, De comiteatu literarum, § 16–19 (Comm., vol. I, pag. 243).

³⁶⁵ A. L. R., I, 5, § 113, 114.

волеизъявление следует оценивать согласно закону места, где оно произошло. Однако если оно, согласно этому закону, имеет недостатки, но удовлетворяет требованиям внутреннего закона, то действительны волеизъявления, последовавшие внутри страны в связи с векселем. Действительны также вексельные волеизъявления, которые один житель страны делает другому жителю той же страны за границей, если только они отвечают внутреннему закону³⁶⁶.

В. Односторонние разрешенные действия. Из этой категории здесь во внимание принимаются главным образом разнообразные обязательства, вытекающие из искового права, в частности из литисконтестации (вчинения иска), из судебного признания, из вступившего в законную силу судебного решения. Ранее в отношении этого существовало множество сомнений и разногласий, которые, однако, постепенно все больше приближались к правильному принципу, согласно которому применимым должно считаться местное право, существующее в месте нахождения суда (а именно первой инстанции), даже если позже этот вопрос возникнет в других судах³⁶⁷.

Следует, однако, заметить, что здесь необходимо, собственно говоря, ответить на два хотя и схожих, но разных вопроса, смысл которых станет понятнее, если я сразу отнесу их к самому важному случаю применения — к вступившему в законную силу судебному решению. Первым, и притом самым важным, является вопрос о том, следует ли вообще вынесенное и вступившее в законную силу судебное решение признавать также в другом месте, даже в другой стране. Второй вопрос касается вида условий и эффектов вступившего в законную силу судебного решения, которые в законах разных стран могут быть определены по-разному. Наши авторы думают по преимуществу только о первом вопросе. Тот же, кто отвечает на него в пользу действительности вступившего в законную силу судебного решения, должен также, будучи последовательным, применить к указанным условиям и эффектам закон места вынесения решения, поскольку последнее вообще можно применить только в том смысле, в котором вынес его судья.

Данная противоположность выделяется в формулировке многих договоров, которые прусское правительство заключило с соседними государствами³⁶⁸. Согласно буквальному пониманию этих договоров

³⁶⁶ Preußische Gesetz-Sammlung, 1849, S. 68. Аналогичные положения содержатся в Общем земском праве (A. L. R., II, 8, § 936–938).

³⁶⁷ Huber, § 6; Meier, p. 29; Story, § 584 fg.

³⁶⁸ Статья 3 Договора с Веймаром (см. выше, § 348): «Вынесенное компетентным судом и вступившее в законную силу решение обосновывает в судах других государств

можно было бы предположить, что если в прусском суде выдвинуто как довод вынесенное в Веймаре судебное решение, то *exceptio rei judicatae* должна применяться в том порядке, который соответствует прусским нормам об этой эксцепции, а не веймарским (нормам общего права). Но о такой тонкой противоположности при этом не думали, тем более что при обсуждении соответствующих договоров точно не принимали во внимание возможные различия в теории *exceptio rei judicatae*. Напротив, мнение, несомненно, сводилось просто к тому, что эксцепция из решения, вынесенного в соседнем государстве, может применяться *точно так же*, как и эксцепция из внутреннего решения, т.е. не может быть отвергнута из-за того, что прежний судья был иностранцем.

С. *Деликты*. Согласно законам и практике подсудность в месте совершения правонарушения не вызывает сомнений, хотя ее следует обосновывать иначе, чем подсудность других обязательств (§ 371, п. С). Зато для местного права должно действовать другое правило. Между тем будет более целесообразно, если этот вопрос будет рассмотрен в другом контексте (§ 374, п. С), поэтому здесь он пока что не рассматривается.

Новые законодательства содержат лишь весьма неполные положения о местном праве, применимом к обязательствам. В Прусском земском праве есть положение о договорах, заключенных путем обмена письмами (сн. 365). Кроме того, по вопросам о мере и весе, а также о местной монете, которые могут подразумеваться в договоре, оно признает принцип, согласно которому применима практика, сложившаяся в месте исполнения, соответствующем договору³⁶⁹; правда, это положение касается, собственно говоря, не вопроса о местном праве, а отличного от него вопроса толкования договоров (§ 374, сн. 376), но я считаю несомненным, что, по смыслу Земского права, признаваемый здесь принцип можно применять и к местному праву, регулирующему

возражение, основанное на законной силе (*exceptio rei judicatae*), с *такими же последствиями*, как если бы это решение было вынесено судом того государства, в котором заявляют подобное возражение». То же самое и в договорах с некоторыми другими соседними государствами.

³⁶⁹ A. L. R., I, § 256, 257. Кох (*Koch*, Preuß. Recht, Bd. 1, S. 133) высказывает совершенно правильный принцип, что должно иметь силу местное право, которому стороны желают подчиниться, но без достаточных оснований полагает, что им в большинстве случаев будет *locus contractus*. Борнеманн (*Bornemann*, Bd. 1, S. 65) также считает это место главенствующим правилом. О форме договоров речь пойдет ниже, при рассмотрении правила *locus regit actum* (ср. также выдержки из законов, названные выше, в сн. 366).

последствия договоров, поскольку в нем едва ли можно предположить названное четкое различие.

Австрийское уложение при определении применимого местного права придает преимущественное значение месту заключения договора и добавляет лишь естественное исключение: если стороны доказуемо не намеревались применить другое местное право³⁷⁰.

§ 374. III. Обязательственное право.

Местное право.

Отдельные правовые вопросы

До сих пор высказанные принципы касались местного права, применимого к обязательству, в целом. Но при этом было признано, что данное местное право не должно быть применимо ко всем отдельным правовым вопросам, которые могут встретиться в случае обязательства, и было оговорено их отдельное исследование (§ 372). Перехожу теперь к этому исследованию.

А. Первый из таких правовых вопросов касается *личной способности* кредитора или должника вступить в это особое правоотношение.

Именно на данный вопрос отвечать следует не согласно местному праву, применимому к обязательству как таковому, а исключительно согласно местному праву, действующему в месте жительства лица. Это следует утверждать безусловно, поскольку высказываемое многими различие между общей и специальной дееспособностью совершенно неосновательно (§ 364).

Согласно общему праву это касается главным образом *личной вексельной дееспособности*, о которой всегда следует судить по праву места жительства подписанта векселя. Однако было бы неправильно смешивать личную вексельную недееспособность с вексельным правом, не имеющим силу в каком-либо месте. В таком месте невозможно лишь успешно предъявить иск по векселю, даже по действительному векселю, зато право подобного места не влияет на действительность выданных в нем векселей, так что по ним в другом месте, где действует вексельное право, конечно, можно предъявить иски (§ 364).

В. Другой правовой вопрос касается *толкования* юридических сделок, особенно договоров, из которых возникают обязательства³⁷¹.

³⁷⁰ Oesterreichisches Gesetzbuch, § 36, 37.

³⁷¹ Авторы, рассматривающие этот вопрос: *Boullenois*, t. 2, obs. 46, dixième règle, p. 489–538; *Story*, § 272 fg., 280 fg.; *Wächter*, Archiv für civil. Praxis, Bd. 19, S. 114–125.

Вместе с некоторыми авторами этот вопрос можно трактовать столь широко, что он будет включать в себя все другие вопросы о местном праве, поскольку применение какой-либо местной нормы права к договору всегда можно понять так, что ее, согласно вероятной воле сторон, следовало бы мысленно добавить к договору. Это можно назвать восполняющим толкованием, поскольку оно вообще лежит в основе содействующих норм права³⁷². Однако при столь общем понимании вопрос о толковании утрачивает всякое свойственное ему значение. Если же его следует сохранить, то нам нужно воспринимать его в более узком смысле, относя к сомнениям, которые возникают из неопределенной формулировки договора, т.е. из его выражений. Это фактический вопрос, так же как и при толковании законов; здесь и там он касается выявления истинной мысли, содержащейся в устной или письменной речи³⁷³. В этом вопросе речь идет отнюдь не о применении какого-либо местного *права*, зато местное *словоупотребление* часто может способствовать выявлению намерения лица, изъявившего волю. И если мы спросим теперь о месте, словоупотребление которого следует принять во внимание, то при этом не могут быть решающими правила о применении местного права, и совершенно неосновательно, когда некоторые ссылаются на место возникновения или исполнения обязательства лишь потому, что во многих случаях с этим местом сообразуется применимое местное право.

Так, в заключенном путем обмена письмами договоре учитывать надо, как правило, словоупотребление того места, где живет автор первого письма, а не места получения и принятия, хотя договор считается заключенным в этом последнем месте (§ 371)³⁷⁴, поскольку следует полагать, что автор письма имел в виду привычное для него словоупотребление.

Кроме того, когда устный или письменный договор заключается в месте жительства обеих сторон, то, бесспорно, используются слова

³⁷² См. выше, т. I, § 16.

³⁷³ См. выше, с. 347 [т. II русского перевода «Системы...»]. Так говорят и римские юристы (L. 34 de R. J. (50. 17): «id sequimur, quod actum est»; L. 114 eod.: «In obscuris inspicere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet»).

³⁷⁴ Wächter, a.a.O., S. 117. Он поясняет это положение следующим случаем из судебной практики. Одна лейпцигская страховая компания в своем формуляре исключила случай разрушения (порчи) вследствие общественного волнения. В случае пожара, происшедшего за границей, возник вопрос, применимо ли при этом юридическое понятие общественного волнения, поскольку законы разных земель дают ему разные определения. Вехтер совершенно правильно решает, что учитывать надо словоупотребление в законах Саксонии, поскольку по ним был составлен формуляр, на основании которого был заключен договор страхования.

этого места. Здесь в каждом отдельном случае необходимо учитывать, следует ли допустить, что иноземец, участвующий в договоре, был знаком с этим местным словоупотреблением и хотел его, возможно, перенять³⁷⁵.

По тем же причинам мы не можем словоупотребление условленного места исполнения безоговорочно брать за основу при толковании договора, хотя местное право, применимое к обязательству, всегда соотнобразится с местом исполнения. И в данном случае все будет зависеть от того, были ли стороны знакомы со словоупотреблением в этом месте и хотели ли они его перенять. За основу толкования некоторых частей содержания договора мы сможем брать, разумеется, словоупотребление в месте исполнения в целом. Ведь если в чужом месте должна быть выплачена денежная сумма, передан товар согласно мере и весу или передан земельный участок определенного размера согласно мере площади, а в договоре для денежной единицы, меры или веса употребляют выражения, которые обычно могут иметь разные значения, указывать на разный размер и стоимость, то за основу следует взять словоупотребление места исполнения не только потому, что следует допустить, что стороны подразумевали принятые там денежные единицы, меры, веса, но и потому, что в этом месте часто будет невозможно исполнить и отмерить в соответствии с другими весами, и т.п.³⁷⁶

Можно было бы подумать, что высказанные здесь правила толкования договоров противоречат определенным предписаниям римского права. Ведь, согласно им, сомнительный договор всегда должен толковаться не в пользу стипулятора в случае стипуляции³⁷⁷, а также не в пользу продавца или арендодателя, когда речь идет о соответствующих договорах³⁷⁸. При этом в качестве основания называют то обстоятельство, что предотвращение сомнений посредством другой формулировки было во власти указанных лиц, чем хотят сказать, что они виновны в сомнениях либо из-за своей небрежности, либо даже из-за нечестного намерения. И именно данное основание указывает на то, что предполагается совершенно другой случай, чем в рассматриваемом здесь во-

³⁷⁵ Это утверждение можно было бы попытаться опровергнуть с помощью L. 34 de R. J. (50. 17): «*id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur*». Однако в данном фрагменте точно не хотят дать произвольное предписание, следовательно, его нужно понимать в свете того естественного условия, что договаривающиеся стороны живут в этом месте. Точно так же и в L. 6 de evict. (21. 2) (см. выше, § 372, сн. 360).

³⁷⁶ *Boullenois*, р. 496—498. Так же прямо предписывает и прусский закон (A. L. R., I, 5, § 256, 257).

³⁷⁷ L. 26 de reb. dub. (34. 5); L. 38, § 18, L. 99 pr. de V. O. (45. 1).

³⁷⁸ L. 39 de pactis (2. 14); L. 21, 33 de contr. emt. (18. 1); L. 172 pe. de R. J. (50. 17).

просе. Кроме того, указанные предписания явно касаются непонятных, двусмысленных выражений³⁷⁹, в то время как в нашем вопросе речь идет о выражениях, которые сами по себе не являются ни непонятными, ни двусмысленными, а просто имеют в разных местах разные значения, понятные и определенные в каждом из этих мест.

Рассматриваемый здесь вопрос толкования договоров с давних пор трактовался большинством авторов иначе, чем здесь, и, напротив, сводился к принципам местного права. Поэтому обычно полагали, что толковать надо согласно словоупотреблению места договора либо места исполнения, если оно условлено³⁸⁰. Зато некоторые совершенно правильно усмотрели задачу не в установлении юридического правила, а в обнаружении в каждом отдельном случае подлинного намерения сторон согласно принципам, действительным для толкования вообще³⁸¹.

С. *Действительность* обязательства зависит отчасти от формальных, отчасти от материальных условий. Формальные условия будут приняты во внимание ниже в связи с формами, применяемыми при других правоотношениях, когда речь пойдет о правиле *locus regit actum* (§ 381). Здесь для материальных условий действительности необходимо установить местное право, согласно которому их следует оценивать.

Нам следует считать правилом, что действительность обязательства зависит от местного права, которому вообще подчиняется обязательство (§ 372), стало быть, в зависимости от различия случаев от права места исполнения или места возникновения обязательства либо места жительства должника. А из этого правила должно утверждаться исключение во всех случаях, в которых в месте предъявления иска ему противостоит действующий закон строго позитивного, императивного характера.

Большинство авторов также признают высказанное здесь правило, — естественно, с оговоркой весьма разных применений, обоснованных разногласиями о местном праве, применением к самому обязательству³⁸².

Однако это согласие ограничивается кардинальной противоположностью полностью действительного и полностью недействительного (ничтожного) обязательства. Между этими двумя крайними случаями встречаются различные промежуточные звенья, а о местном праве, согласно которому следует судить о них, мнения очень сильно разнятся.

³⁷⁹ L. 39 de pactis (2. 14); L. 21, 33 de contr. emt. (18. 1); L. 26 de reb. dub. (34. 5); L. 172 pr. de R. J. (50. 17).

³⁸⁰ Например, Стори (*Story*, § 272, 280) и называемые у него авторы.

³⁸¹ Например, Бульёнуа (*Boullenois*, а.а.О., р. 494—498), Вехтер (*Wächter*, а.а.О.).

³⁸² *Voet.*, Pand. IV, 1, § 29; *Hert.*, § 66; *Story*, § 332 fg.; *Wächter*, II, S. 397, 403, 404.

Прежде всего здесь надо учесть случаи, в которых самому по себе действительному обязательству просто отказывают в юридической помощи иском (*naturalis obligatio*); кроме того, гораздо более часты случаи, в которых обязательство, которое может быть реализовано в судебном порядке, утрачивает силу из-за противостоящих отменительных возражений. Некоторые авторы трактовали здесь иски и возражения как процессуальные институты и поэтому пытались применить ко всем случаям подобного вида закон, действительный в месте предъявления иска³⁸³. Но это мнение абсолютно неприемлемо: все нормы права упомянутого здесь вида устанавливают лишь разные степени и формы неполной действительности обязательства³⁸⁴ и потому относятся, так же как и нормы о полной действительности или недействительности, к материальному, а не к процессуальному праву³⁸⁵. Следовательно, совершенно непоследовательно трактовать оба вида норм права исходя из разных принципов. Но, должно быть, особенно сомнительным это будет казаться тогда, когда данная трактовка будет применена в новых законодательствах, в которых часто отсутствуют четко определенные понятия и специальные выражения, ибо только на них могло бы основываться указанное различие.

Высказанное здесь правило, стало быть, должно применяться главным образом к *exceptio non numeratae pecuniae*, ибо хотя в ней речь идет прежде всего о своеобразном правиле доказывания, которое кажется относящимся к процессуальному праву, тем не менее оно полностью обосновывается материальным правом определенных видов обязательств. Далее, сюда относится *exceptio excussionis*, равно как и возражение, обоснованное *beneficium competentiae*. Зато к этому правилу не следует относить *exceptio Sc. Macedoniani* и *Sc. Vellejani*, поскольку данные возражения обосновываются не недостаточным характером самого обязательства, а неполной дееспособностью участвующих лиц, следовательно, так же как и все правоотношения, касающиеся этого предмета, должны оцениваться в соответствии с правом, действующим в местах жительства подобных лиц (§ 364).

³⁸³ Weber, *Natürliche Verbindlichkeit*, § 62, 95; Foelix, p. 146.

³⁸⁴ См. выше, т. III, § 202, 203. Само собой понятно, что высказанное здесь правило применимо только к возражениям, имеющим материально-правовое основание (т.е. ко всем отменительным), а не к тем, которые обосновываются только процессуальными правилами и всегда обладают только отлагательным характером (см. выше, § 227, с. 417—418 [т. III русского перевода «Системы...»]). Эти последние соотносятся, несомненно, с правом, действующим в месте предъявления иска, и, пожалуй, смешение обоих видов способствовало утверждению ошибочного учения.

³⁸⁵ Eichhorn, *Deutsches Recht*, § 36, Note n; Wächter, II, S. 401, 402.

С исками, которыми оспаривают и лишают силы обязательство, дело обстоит так же, как с возражениями: о них следует судить согласно праву места, которому вообще подчиняется обязательство³⁸⁶.

Случаями применения этого правила являются следующие: оспаривание продажи из-за продажи ниже половины стоимости; оспаривание покупки с помощью иска о возврате купленного или *actio quanti minoris*; кроме того, любая реституция против обязательственного договора³⁸⁷.

Из названных здесь возражений, с помощью которых можно лишить силы обязательство, наибольшей всеобщностью в применении и поэтому наибольшим значением обладает возражение, *обоснованное исковой давностью*, и оно требует отдельного рассмотрения, потому что именно об этом авторы высказывались весьма различным образом, однако так, что общее разногласие, которое уже было упомянуто в связи с возражениями вообще, здесь выступает более выпукло. Итак, если, в частности, в условленном месте исполнения, где мы предполагаем местонахождение обязательства, и в месте, где был действительно предъявлен иск (например, в месте жительства должника), силу имеют разные сроки давности, то возникает вопрос, какой срок давности должен применяться.

Многие утверждают, что законы о давности являются процессуальными и поэтому должны применяться ко всем предъявленным искам без учета местного права, применимого к обязательству³⁸⁸.

Согласно правильному учению, решающим должно быть местное право обязательства о сроках давности, а не места предъявления иска, и это правило, которое только что было высказано для возражений вообще, подтверждается при давности еще и благодаря тому, что разные основания, на которых она базируется, связаны с сущностью самого

³⁸⁶ Следовательно, в отношении исков об оспаривании применимость местного права обязательства обладает даже более общим и безусловным характером, чем подсудность обязательства, поскольку эта последняя предназначена только для его сохранения и принудительного исполнения (§ 371).

³⁸⁷ И даже если реституция обосновывается неолететимом, поскольку ее в соответствии с постепенным развитием в римском праве можно считать только юридическим средством, лишаящим силы обязательство как таковое, а не чистым следствием недееспособности (§ 365, п. B(3)).

³⁸⁸ *Huber*, § 7; *Weber*, *Natürliche Verbindlichkeit*, § 95, S. 413, 419; *Story*, § 576 fg.; *Foelix*, p. 147–149 (который, однако, высказывается неуверенно). Вебер добавляет непоследовательное исключение для случая, когда должник из места с большим сроком давности переезжает в место, где действует короткий срок давности; в этом случае течение короткого срока давности должно начинаться лишь с момента создания нового места жительства.

обязательства³⁸⁹. Немалое число авторов во все времена тоже считало это мнение правильным³⁹⁰.

И данное учение не только принципиально правильно, но и говорит само за себя благодаря определенной справедливости, поскольку в силу вытекающего из него четкого предписания закона о давности исключается любой односторонний произвол одной стороны во вред другой. Теперь, например, в случае конкурирующих подсудностей истец не может выбрать именно то место для иска, где действует самый большой срок давности. И точно так же, наоборот, ответчик не может путем произвольного переноса места жительства в другое место использовать это в свою пользу, поскольку для его договорного долга по прежнему месту жительства неизменно установлены местное право, а также особая подсудность обязательства³⁹¹. Нельзя также усмотреть трудность для истца в том, что в случае условленного места исполнения, в котором, возможно, действует весьма короткий срок давности, должник может произвольно не появляться в этом месте, вследствие чего иск здесь пока будет исключен (§ 371, сн. 348). Ведь кредитору ничего не мешает предъявить иск в любое время в месте жительства ответчика (§ 371, сн. 340). Однако если подсудность места исполнения была бы исключительной, то в подобном случае кредитору пришлось бы помогать только с помощью тех средств, которые вообще защищают от исковой давности в случаях наличия препятствий судебному осуществлению права³⁹².

Высказанное выше правило, согласно которому о действительности обязательства судить следует по праву места, которому вообще подчиняется обязательство (см. с. 154), должно быть ограничено важным исключением. Ведь если действительности обязательства

³⁸⁹ См. выше, т. III, § 237.

³⁹⁰ *Hert.*, § 65; *Schäffner*, § 87; *Wächter*, II, S. 408—412 (где названы и другие авторы). Понятно само собой, что утверждаемое здесь согласие касается только принципа, а не всех случаев применения, потому что местное право, применимое к обязательству, именно эти авторы определяют по-разному. Данный принцип признан также в решении Берлинской ревизионной палаты от 1843 г. (*Seuffert*, Archiv, Bd. 2, Num. 120). С прусским правом соглашаются Кох (*Koch*, Bd. I, S. 133, Note 23), Борнеманн (*Bornemann*, Bd. I, S. 65).

³⁹¹ Ср. выше, § 370, п. III; § 372. Если бы это было не так, то тогда должнику нужно было бы в течение указанного более короткого срока давности не посещать прежнее место жительства (§ 371, сн. 348), чтобы побыстрее освободиться от долга. Как против этого хочет помочь Вебер, было сказано выше, в сн. 388.

³⁹² А именно посредством реституции или путем предъявления иска перед наместником, дефенсором и т.п. (см. выше, § 328).

противопоставляют закон строго позитивного, императивного характера, то следует применять не только что упомянутое местное право, а, напротив, право, действующее в месте предъявления иска, право ныне судящего судьи³⁹³.

Данное исключение является простым следствием весьма общего принципа применения императивных законов (§ 349, 372, п. А). Его следует применять как позитивно, так и негативно: это означает, что судья должен применять действующий для него императивный закон, даже если он не имеет силы в месте нахождения обязательства, а также что он не должен применять действующий в другом месте (в местонахождении обязательства) императивный закон, если тот не является для него законом.

Названное исключение встречается как в случае договоров, так и в случае деликтов.

К договорам этого вида относятся договоры, исключенные законами о запрете ростовщичества. Если, стало быть, взыскивается долг по процентам, который противоречит закону, имеющему силу для этого судьи, то он должен считать его недействительным, даже если в местонахождении обязательства нет соответствующего ограничительного закона о запрещении ростовщичества, ибо смысл подобного закона сводится к тому, что ни один судья, живущий при таком законе, не должен использовать свою власть для осуществления настолько безнравственного, общественно вредного предприятия, как ростовщический договор. И точно так же, наоборот, судья, в округе которого не существует запрета на взыскание процентов, должен считать их действительными без учета запрета, возможно, действующего в другом месте (в местонахождении обязательства). Это негативное положение требуется не только из-за конкуренции с первым, позитивным, но и по следующей причине. Применимость определенного местного права к обязательству в целом обосновывается предполагаемым добровольным подчинением, но подобное подчинение вовсе нельзя предположить, если оно привело бы к закону, который лишил бы силы именно имеющееся обязательство (§ 372, п. С).

То же, что и в случае ростовщических договоров, следует утверждать и в отношении карточных долгов, если они будут считаться по одному закону действительными, а по другому недействительными. Только закон места, в котором предъявлен иск, может быть решающим относительно действительности обязательства.

³⁹³ С этим согласен Вехтер (*Wächter*, II, S. 389–405).

Так же дело обстоит с *Lex Anastasiana* в случае долговых требований, которые продают ниже их номинальной стоимости. Этот закон основывается на предпосылке, что подобная сделка может быть опасной и обременительной для должника, и пытается предотвратить ее как безнравственную и общественно вредную с помощью предписания, согласно которому приобретенное на таких условиях требование может быть предъявлено лишь в размере, не превышающем уплаченную покупную цену³⁹⁴. Применимость этого закона зависит от того, действует он в месте предъявления иска или нет; при этом безразлично право, действующее в месте возникновения требования или цессии³⁹⁵.

Кажется, что сюда же относится и французский Закон о требованиях евреев к христианам; на самом же деле он относится скорее к вопросу, касающемуся дееспособности, и уже упоминался выше при ее рассмотрении (§ 365, п. А(5)). Практический подход к случаю совпадает со здесь указанным.

Названное исключение следует применять, кроме того, к обязательствам из деликтов, притом в целом, поскольку законы, касающиеся деликтов, всегда следует относить к императивным, строго позитивным.

В таком случае, следовательно, всегда следует учитывать закон, действующий в месте подачи иска, а не закон места, где был совершен деликт³⁹⁶. И здесь рассматриваемое положение действует как позитивно, так и негативно, как и в случае договоров, т.е. в пользу и против применения закона, который признает обязательство из деликта. Ни в одном виде обязательств этот вопрос не возникал настолько часто, вызывал сомнения, оспаривался, как в обязательствах, вытекающих из внебрачного сожительства. Данный вопрос можно особенно наглядно представить, если исходить при этом из безусловного предписания Французского гражданского кодекса, где в ст. 340 сказано: «la recherche de la paternité est interdite». Этот закон явно базируется на убеждении, что в интересах нравственности должны быть запрещены любые притязания и правовые споры, основанные на внебрачном сожительстве³⁹⁷;

³⁹⁴ L. 22 C., mandati (4. 35).

³⁹⁵ В отличие от этого в решении Высшего земельного суда Мюнхена от 1845 г. принято, что следует учесть право, при котором изначально возникло требование (*Seuffert*, Archiv, Bd. 1, N. 402).

³⁹⁶ Это, стало быть, следует применять главным образом к владельческим интердиктам, однако весьма ограниченно (см. выше, § 368 (в конце)).

³⁹⁷ Это намерение французского Закона недвусмысленно высказано в адресованном судьям безоговорочном запрете любой процедуры.

другие законодательства базируются на противоположном убеждении. Стало быть, оба обладают императивным, строго позитивным характером. Итак, если перед судом, подчиняющимся французскому закону, будет заявлено подобное притязание, то его следует отклонить, даже если утверждаемое сожителство происходило в месте, закон которого допускает и помогает подобному притязанию. Зато, наоборот, это притязание должно быть принято судом такого места, даже если сожителство происходило в месте, подчиняющемся французскому праву. То, что здесь имеет силу для крайней противоположности — для безусловного отказа или принятия, следует утверждать и в том случае, когда законы разных мест незначительно отличаются друг от друга, например условиями или размером притязаний. Решения судов по данному вопросу разнятся очень сильно³⁹⁸.

Весь этот вопрос похож на вопрос из уголовного права о том, должны ли наши суды наказывать за преступление, совершенное за границей, и каким должно быть наказание. Тем не менее их нельзя отождествлять, поскольку в уголовном праве как составной части публичного права во внимание должно приниматься то, о чем не идет речь в случае обязательств из деликтов.

И все же из высказанных выше основных положений о местном праве в случаях императивных законов следует, что в подобных случаях весьма часто истец обладает большой властью, поскольку он зачастую может выбирать один из нескольких судов, стало быть, тем самым также может устанавливать, какое из нескольких местных прав должно быть применено. Это, однако, является неизбежным следствием особого характера данного класса законов. Да и опасность для ответчика уменьшается благодаря весьма ограниченным условиям, с которыми связана любая особая подсудность обязательства (§ 371, сн. 348).

Д. Действие обязательства, и в частности объем такого действия, всегда необходимо устанавливать по праву места, которое вообще следует считать местонахождением обязательства, ведь в этом состоит главное значение местного права, примененного к обязательству. И именно потому этот отдельный вопрос давал меньше всего поводов для сомнений и спора. Для пояснения данного вопроса будет достаточно нескольких примеров.

³⁹⁸ В пользу места предъявления иска (которое часто будет совпадать с местом жительства ответчика) — Верховный трибунал Штутгарта (*Seuffert*, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bd. 2, N. 4); в пользу места сожителства — Высший апелляционный суд Мюнхена и два решения из Йены (*Seuffert*, Bd. 1, N. 153; Bd. 2, N. 118).

Согласно некоторым местным законам продавец имеет право на односторонний отказ до совершения передачи, и это положение чуждо общему праву. Здесь все будет зависеть от того, действует ли подобный закон в месте, где находится недвижимая вещь, без учета места заключения договора или места предъявления иска, ведь поскольку продажа недвижимости всегда имеет определенное место исполнения, то оно одновременно является местонахождением обязательства, которое определяет местное право (§ 370, 372). Точно так же дело обстоит с местным законом, который для недвижимости устанавливает молчаливую повторную сдачу в аренду поместья сроком на три года. Этот закон также должен применяться ко всем расположенным в сфере его действия недвижимым вещам, и притом по причине, названной в предыдущем случае³⁹⁹.

Размер пени, согласно общему праву, зависит от процентной ставки, действующей в любое конкретное время, т.е. от фактически сложившейся практики. Но если в некоторых местах закон предписывает ее размер, и притом разный, то для любого обязательства необходимо будет применять закон места, считающегося местонахождением обязательства, стало быть, в случае условленного места платежа — закон этого места⁴⁰⁰.

Обязательство может быть связано с молчаливым залоговым правом (или с общим, или со специальным). То, следует ли предполагать подобный молчаливый договор о залоге, зависит от местного права, которое вообще распространяется на это обязательство. Но то, стоит ли приписывать ему действие залогового права, можно установить только по праву места, где находится вещь (§ 368).

Е. Положение обязательств при *банкротстве* требует отдельного обсуждения, поскольку именно здесь встречаются самые большие различия в отдельных законодательствах. При этом прежде всего необходимо внимательно присмотреться к своеобразному характеру банкротства.

Банкротство предполагает неплатежеспособного должника, которому противостоят несколько кредиторов, т.е. случай, когда невозможно

³⁹⁹ Оба случая приводит Бульнуа (*Boullenois*, t. 2, p. 452 fg.). Второй случай он решает так же, как он решен здесь, но в первом случае у него ни с того ни с сего возникают сомнения.

⁴⁰⁰ *Voet.*, Pand., XXII, 1, § 11. В L. 1 pr. de usur. (22. 1) сказано: «ex more regionis, ubi contractum est». При этом предполагается самый обычный случай, когда два жителя одного и того же города заключают договор в этом городе; там не говорится о договоре или месте платежа вне места жительства.

полностью исполнить все вынесенные или еще подлежащие вынесению осуждающие должника судебные решения, так что цель должна быть ограничена достижением максимально возможного частичного исполнения. Это происходит путем аккумулярования имеющегося именно на данный момент имущества должника, превращения его в наличные деньги посредством продажи и последующего распределения между кредиторами по какому-либо правилу. Таким образом, процедура банкротства, по своей сути, оказывается простым исполнительным производством относительно определенной имущественной массы, а задача судьи заключается в выравнивании притязаний отдельных кредиторов на эту массу. На окончательную судьбу требований конкурсное производство не влияет, так что любой кредитор, который полностью или частично из него выпадает, все же может воспользоваться своим правом против должника, если тот позже приобретет новое имущество.

Поскольку целью конкурсного производства является распределение имущества между несколькими кредиторами, то оно возможно только в одном месте, а именно в месте жительства должника, так что здесь особая подсудность обязательства вытесняется общей личной подсудностью.

Действия судьи в рамках процедуры банкротства распадаются на два разных этапа: подготовительные действия и само конкурсное производство.

К подготовительным действиям отчасти относится установление самих требований (ликвидация), отчасти образование и установление конкурсной массы посредством исключения всех не относящихся к имуществу должника элементов (истребуемых вещей (виндикантов), вещей, подлежащих выделению по требованию (сепаратистов)), аккумулярования всех действительно относящихся к этому имуществу частей и превращения их в наличные деньги путем продажи. При этом, учитывая применимое местное право, силу имеют общие основные положения о вещных правах и обязательствах. В то же время их осуществление в рамках процедуры банкротства, будучи случайным обстоятельством, не имеет никакого значения. Что же касается, в частности, первого пункта — установления требований, то не отдается на волю случая вопрос о том, какие кредиторы хотят заявить о себе, напротив, все они путем публичного уведомления до истечения определенного срока приглашаются сделать такое заявление. Тот, кто не соблюдает этот срок, заранее исключается судебным решением и тем самым утрачивает не само свое требование, а право на удовлетворение в этом

конкурсном производстве из этой массы. Публичное уведомление связывает даже тех кредиторов, которые уже подали иски о взыскании долгов в другом месте или не довели их до конца, так что конкурсное производство притягивает к себе иски о взыскании долгов, еще находящиеся на рассмотрении в других местах⁴⁰¹.

Предметом конкурсного производства является приведение в соответствие притязаний отдельных кредиторов с имеющейся конкурсной массой (классификация). Поскольку такое выравнивание относится к вышеназванному исполнительному производству, которое является чисто процессуальной деятельностью, то к нему не может применяться никакое иное местное право, кроме действующего в месте нахождения конкурсного суда, косвенно, стало быть, местное право места жительства должника⁴⁰².

С помощью данного простого правила можно было бы решить весь этот вопрос, если бы многие и обычно самые важные требования кредиторов не обладали смешанным характером, не были бы смесью из обязательств и вещных прав — ипотечных прав. В этом заключается главная трудность.

Вопрос предстанет более наглядно применительно к общему конкурсному праву в том виде, в каком оно, основываясь на положениях новейшего римского права, сформировалось в теории и практике нового времени.

Все кредиторы распределяются по пяти классам: 1) абсолютно привилегированные; 2) привилегированные ипотеки; 3) общие ипотеки; 4) лично привилегированные; 5) все остальные⁴⁰³. В первом, четвертом и пятом из этих пяти классов содержатся чистые обязательства, и для них решающим является исключительно местное право, действующее в месте нахождения конкурсного суда, без учета, возможно, отличного права места возникновения и места исполнения обязательства. Таким образом, для подробного рассмотрения остаются только второй и третий классы, в которые входят ипотечные кредиторы.

Любой ипотечный кредитор обладает на самом деле составным правом, обе части которого имеют совершенно разный характер: он является подлинным кредитором и наряду с этим для обеспечения своего требования обладает вещным правом. Чтобы объяснить теперь, как эти два разнородных права могут быть включены вместе в конкурсное

⁴⁰¹ Wernher, Obs., t. 2, p. 10, obs. 297; Leyser, sp. 478, med. 8.

⁴⁰² Leyser, 478, 10.

⁴⁰³ Более подробное описание этой классификации выходит за рамки рассматриваемого вопроса (ср.: Muehlenbruch, I, § 173; Götschen, Vorlesungen, II, 2, § 424).

производство, прежде необходимо вернуться к упоминавшемуся выше формированию конкурсной массы и до поры до времени оставить в покое ипотечных кредиторов.

Формирование конкурсной массы посредством аккумуляирования и продажи частей имущества не представляет трудности, если все они находятся в округе конкурсного суда. Зато трактовка вопроса крайне спорна при принятии во внимание частей имущества, находящихся в других судебных округах или даже за границей. Хочу сразу рассмотреть этот последний, крайний случай. Для него многие высказывают следующее утверждение. Иностранный суверен и его судья не должны следовать решениям нашего конкурсного суда и, как показывает опыт, на самом деле обычно уклоняются от их исполнения⁴⁰⁴. Поэтому, согласно указанному мнению, остается только один выход из положения, заключающийся в том, что наш конкурсный судья откажется от привлечения находящегося за границей имущества, зато кредитор здесь точно так же может подать иск против должника, благодаря чему возможно будет наряду с первым конкурсным производством второе, а также, возможно, третье или четвертое, в случае если имущество разбросано по разным местам.

Не могу согласиться ни с названным подходом, ни с трудностью, лежащей в его основе. Что касается подхода, то он предполагает, что любой иск о взыскании долга можно предъявить повсюду, где должник владеет имуществом, или, другими словами, он допускает общее *forum rei sitae* для личных исков. Но именно это должно быть решительно отвергнуто, а значит, недопустимо возбуждение нескольких конкурсных производств в разных землях. Ниже будет показано, в какой мере нечто подобное может встречаться вследствие ипотеки. Но и указанная трудность не столь существенна, как обычно полагают. Поскольку назначенный судом управляющий имуществом⁴⁰⁵ под надзором конкурсного судьи продает вещи должника, он совершает только одно из тех действий, которые относятся к принудительному исполнению решения, будь то уже вынесенного либо предстоящего или ожидаемого. К упоминавшейся выше уже долгое время постоянно распространяющейся среди независимых госу-

⁴⁰⁴ Допускают, что эта трудность сильно уменьшается в случае дел в другом судебном округе той же самой страны, поскольку в этом случае можно помочь отчасти путем простого обращения за помощью к равным судам, отчасти посредством постановления, адресованного другому суду, которое по запросу конкурсного суда выносится общим для них обоих высшим судом.

⁴⁰⁵ Tit. D. de curatore bonis dando (42. 7) (особенно в L. 2 tit. cit.).

дарств правовой общности относится взаимное оказание одинаковой правовой помощи (§ 348). Сюда относится приведение в исполнение решения, вынесенного в одном государстве, в любом другом государстве (§ 373, п. В), стало быть, и оказание содействия только что названным мерам, принимаемым управляющим, которые ведут к продаже иностранных частей имущества, следовательно, к образованию конкурсной массы. Если ему захотят отказать в такой поддержке, то в этом будет заключаться полный отказ от обязанностей по защите права, поскольку только что было замечено, что в этой чужой стране совсем не обоснована подсудность для личных исков против должника.

Высказанное здесь утверждение уже давно признано правильным некоторыми авторами⁴⁰⁶. Другие допускают обратное, но не вследствие юридического принципа, а только потому, что иностранные суверены якобы отказывают в своем содействии⁴⁰⁷. В английских судах в конкурсное производство по месту жительства включаются движимые вещи, находящиеся за границей, недвижимые — нет; в большинстве американских судов не включаются ни движимые, ни недвижимые вещи⁴⁰⁸.

Правда, необычное осложнение и трудность возникают в случае, когда находящиеся за границей вещи обременены залогом, а принятие во внимание этого весьма распространенного случая, несомненно, повлияло на только что упомянутое различие во мнениях некоторых авторов и судов, хотя оба вопроса явно отличаются друг от друга и для успешного исследования их целесообразно рассматривать отдельно.

Этот последний случай отличается от предыдущего, в котором находящиеся за границей вещи подразумевались незаложенными, прежде всего тем, что залогодержатели могут предъявить свои ипотечные иски в суд по месту нахождения вещи. Итак, если ипотечный иск предъявляют против другого залогодержателя, который владеет вещью, или одновременно двумя залогодержателями против третьего владельца, то судья должен установить приоритет по тем же самым принципам,

⁴⁰⁶ *I. Voet.*, § 17; *Comm. ad Pand.*, XX, 4, § 12 (где он выводит это правило именно из упоминавшейся выше *comitas*); *Pufendorf*, t. 1, obs. 217 (с ограничением для случая ипотеки, о чем речь пойдет ниже); *Dabelow*, *Lehre vom Concurse*, S. 746—765 (только он сводит на нет правильность своего рассуждения замечанием в конце, что практика этому противится, а значит, необходимо несколько конкурсных производств).

⁴⁰⁷ *Struben*, *Bedenken*, I, 118; V, 27.

⁴⁰⁸ *Story*, § 403 fg. Он сам отдает предпочтение английской практике перед американской. То, что он хочет говорить только о движимых вещах, следует уже из того, что весь этот вопрос он рассматривает в гл. IX о *personal property* (движимом имуществе).

что и в случае банкротства⁴⁰⁹, и это правило следует применять независимо от того, находится вещь в той же самой стране или нет. Тем не менее было бы неправильно, если бы эту процедуру воспринимали как особое конкурсное производство, поскольку формы конкурсного производства при этом вовсе не встречаются. И все же ничто не мешает включить вещи, заложенные за границей, в конкурсное производство по месту жительства должника, если только будет обеспечено, чтобы каждый, у кого есть право залога на подобную вещь, заложенную за границей, получил такой приоритет в покупной цене этой вещи, который ему полагается согласно праву места, где находится вещь в момент продажи, поскольку *lex rei sitae* имеет решающее значение и для приоритета (§ 368).

Пожалуй, иногда достичь этой цели будет трудно, но не невозможно, а для облегчения дела послужит, в частности, образование особых масс из обнаруженных за границей вещей. Поскольку это делает тот же самый судья, вернее достигается единство при стечении притязаний, чем при возбуждении нескольких конкурсных производств в разных судах⁴¹⁰.

То, что подобный подход к вопросу действительно возможен, достовернее всего явствует из того обстоятельства, что он действительно установлен в значительном числе государственных договоров прусского правительства с соседними государствами. Основой этих договоров является прусский Закон о банкротстве. Согласно ему всегда возбуждается только одно конкурсное производство, а именно в месте жительства несостоятельного должника нескольких кредиторов. Конкурсный судья обращается за содействием во внутренние суды, в округах которых находятся части имущества. Если части имущества расположены за границей, то судья обязан прежде всего проверить, есть ли соответствующие государственные договоры. При отсутствии таковых он обращается к иностранному судье с предложением оказать содействие внутреннему конкурсному производству, аналогичное тому, которое оказывается в только что упомянутом случае внутренними судами. Если это не удастся, то управляющий имуществом обязан защитить интересы отечественных кредиторов в иностранном конкур-

⁴⁰⁹ L. 12 pr. § 7 qui pot. (20. 4) (ср.: *P. Voet.*, sect. 10, C. un., § 5). Новейшее прусское законодательство разрешает любому залоговому и ипотечному кредитору, когда речь не идет об отношении к за границе, подавать иск о своем удовлетворении непосредственно из вещи, не вступая в конкурсное производство (*Gesetzsammlung*, 1842, S. 4).

⁴¹⁰ Пуфендорф (сн. 406) считает установление приоритета в иностранном суде настолько трудным, что отдает предпочтение возбуждению отдельного конкурсного производства по месту нахождения вещи, как только этого потребуют залоговые кредиторы.

сном производстве⁴¹¹. Все впоследствии действительно заключенные договоры основываются на принципе, что возбуждается только одно конкурсное производство, и притом, как правило, в месте жительства должника. Находящиеся в другом государстве вещи должника нескольких кредиторов продаются, а полученная от продажи сумма передается конкурсному суду. В этом должны принимать участие все кредиторы. Очередность чисто личных требований кредиторов должна устанавливаться по законам места нахождения суда, всех вещных прав — *по законам места нахождения вещи*⁴¹². Только в том встречается отличие, что в соответствии с последними договорами (с 1839 г.) вещные притязания на вещи, находящихся за пределами страны банкротства, можно заявить и в месте нахождения вещи до ее передачи конкурсному суду. Если это делают ипотечные кредиторы, то заложенные вещи следует там продать, выплатить данным кредиторам полученные от продажи деньги в размере их требований и лишь остаток передать конкурсному суду.

То, что здесь установлено договорами, отнюдь нельзя считать новым произвольным изобретением — это лишь выражение и без того все возрастающей в новое время правовой общности (§ 348). Поэтому не вызывает сомнений, что тот же самый принцип мог бы быть установлен в государственных договорах и в другом месте, более того, что даже без подобных договоров его могли бы использовать согласные с ним суды разных государств с прямого или молчаливого одобрения своих правительств.

Содержание названных здесь договоров непосредственно важно не только для отношений Пруссии с участвующими в них государствами, но и косвенно, как только что было отмечено, для отношений с другими иностранными государствами в качестве основы добрых переговоров с ними. Более того, эти договоры, поскольку они разъясняют смысл нашего законодательства, в то же время могут послужить для того, чтобы ответить на правовой вопрос, касающийся внутренних отношений между разными частями нашей страны. Если в Берлине возбуждается конкурсное производство, а к имуществу должника относятся недвижимые и движимые вещи, находящиеся в Новой Передней Померании (где действует римское право), которые там заложены по простому договору,

⁴¹¹ Allg. Ger. Ordnung, I, 50, § 25–32, 647–671.

⁴¹² Договор с Веймаром (1824), ст. 18–22. Затем аналогичные договоры были заключены с герцогствами Альтенбург, Кобург-Гота, княжеством Рейсс-Гера, впоследствии — с королевством Саксония (1839) (ст. 19–21) и с Рудольштадтом, Бернбургом, Брауншвейгом (см. выше, § 348).

то спрашивается, как относится стоимость этих вещей к названному конкурсному производству. Если бы судьи названной части страны подчинялись Общему порядку судопроизводства Пруссии, то стоимость упомянутых вещей (или движимые вещи в натуре) они должны были бы передать конкурсному судье Берлина⁴¹³, который распорядился бы полученными деньгами в соответствии с прусской классификацией. При этом названные кредиторы сильно проиграли бы, поскольку их требования не попали бы ни во второй, ни в третий класс Прусского конкурсного устава. Однако указанные судьи не связаны названными законами, и, стало быть, к упомянутым требованиям и залоговым правам следует подходить так, словно они относятся к загранице, и притом к такой, органы власти которой готовы помогать нашим органам в соответствии с принципами справедливости и взаимности. А это ведет к применению принципов вышеназванных договоров. Следовательно, суды Новой Передней Померании должны были бы продать части имущества, находящиеся в их области, и полученные от продажи деньги передать берлинскому конкурсному судье. А кредиторы, у которых есть залоговые права на эти вещи, могли бы требовать в берлинском конкурсном производстве, насколько хватает вырученных от продажи денег, тот же самый приоритет, который им полагался бы, если бы конкурсное производство велось в Новой Передней Померании.

§ 375. IV. Наследственное право

Для наследственного права, как это уже было сделано для других институтов права, сначала необходимо исследовать то, к какому местному праву оно относится в соответствии со своим особым характером, стало быть, где его настоящее местонахождение (§ 360). Чтобы выявить это, нам надо оглянуться на обозначенную выше природу наследственного права (т. I, § 57). Она заключается в переходе имущества в случае смерти владельца к другим лицам. В этом заключается искусственное распространение власти человека (стало быть, и воли) за рамки его жизни, и такая продолжающая действовать воля может быть либо прямой (в завещании), либо молчаливой (в наследовании по закону)⁴¹⁴. Данное отношение связано всецело и непосредственно с личностью умершего, точно так же как и правоспособность, что

⁴¹³ Allg. Ger. Ordnung, I, 50, § 648; Gesetz vom 28. Dec. 1840, § 2 (Gesetzsammlung, 1841, S. 41).

⁴¹⁴ Этот второй вид продолжающей действовать воли одновременно связан с продолжением индивидуальности человека через родство (см. выше, т. I, § 53).

было показано выше (§ 362) и будет показано ниже при рассмотрении семьи. Если же данная трактовка вопроса верна, то следует утверждать, что наследственное право в целом соотнобразуется с местным правом места жительства, которое было у умершего на момент его смерти⁴¹⁵. Чтобы связать это утверждение с объясненными выше специальными выражениями, нам следует сказать, что законы о праве наследования относятся к *личным статутам*, поскольку *principaliter* их предметом является личность, а вещи лишь опосредованно (§ 361).

Правильность данного утверждения подтверждается еще следующими рассуждениями. Если бы место жительства наследодателя не захотели считать решающим в отношении местного права, то не осталось бы другого места, с которым можно было бы связать право наследования в качестве места, где находится оставленное имущество, наследство, так что тогда решающей должна была бы быть *lex rei sitae*. Но где тогда это место? Имущество как целое представляет собой идеальный объект совершенно неопределенного содержания, состоящий, возможно, из права собственности и других прав на отдельные вещи, из требований и долгов, а эти последние и вовсе совершенно невидимы. Данное имущество, стало быть, есть везде и нигде, так что для него никак нельзя найти *locus rei sitae*. Если бы им захотели считать место, где располагается большая часть наследства, это было бы совершенно произвольной помощью, поскольку отчасти данное понятие совершенно неопределенно, отчасти меньшая часть имеет ровно столько же прав на принятие во внимание, как и большая. Но если мы от этого откажемся, то останется только одно — допускать место наследства везде, где находится какая-либо его отдельная вещь. А это снова привело бы к предположению множества независимых друг от друга наследств (в случае большого и разбросанного по разным местам имущества), на которые, возможно, распространялись бы совершенно разные законы, вследствие чего охватывалась бы лишь часть наследства (вещные права), а другая часть (обязательства) осталась бы неохваченной. Понятно, что это совершенно произвольный и необоснованный подход, ведущий к пустой видимости без тени истины. Тем не менее он нашел множество приверженцев, о чем речь пойдет ниже.

Основу римского наследственного права представляет *Successio per universitatem*, которая должна предполагаться при любом наследовании

⁴¹⁵ См. выше, § 359. Согласно римскому праву, напротив, решающим было прежде всего право *origo* (§ 357). В случае смерти бродяги, у которого не было места жительства, решающим было право места его происхождения, а если и его невозможно было установить, то право места последнего пребывания, т.е. место, где он умер (§ 359).

и наряду с которой все остальные правоотношения кажутся совершенно неважными. Но это лишь юридическая форма, в которой выражается только что объясненная сущность наследственного права, и с данной точки зрения мы вынуждены отдельно утверждать относительно римского права, что в соответствии с ним высказанное здесь утверждение о местонахождении наследственного права представляется полностью несомненным. Зато абсолютно неприемлемо мнение некоторых новых авторов, согласно которым универсальное правопреемство является своеобразным институтом права римлян в противоположность другим (германским) законодательствам, которые, как утверждают, не желают знать об этом. Подлинное отношение следует скорее понимать так, что в позитивном праве многих государств наследственное право осталось на более низкой ступени развития, тогда как у римлян благодаря удачным обстоятельствам оно уже с раннего времени получило трактовку, соответствующую только его своеобразной природе, к чему затем неудержимо стремится и любое отличное позитивное право⁴¹⁶. И было бы неверно воспринимать это различие только как теоретическое, о значимости либо несущественности которого можно было бы думать так или иначе. Напротив, это как раз представляет собой практическую потребность нового времени, которая находит свое полное удовлетворение в развитом универсальном правопреемстве, поскольку в условиях необычайного расцвета всех имущественных отношений обязательства обретают все большее значение.

§ 376. IV. Наследственное право (продолжение)

Перехожу теперь к представлению наиболее важных разногласий касательно применимых к наследственному праву законов в том виде, в котором они в разное время постепенно формировались у авторов и в связи с этим в практике разных стран. Эти мнения можно свести к трем главным классам.

Первым является вышепредставленное мнение, согласно которому право наследования в целом подчиняется закону того места, где находилось место жительства наследодателя на момент смерти. Оно считает законы о праве наследования *личными статутами*.

Другое, совершенно противоположное мнение, которое тоже уже было обозначено, сводится к тому, что право наследования соотнобразует-

⁴¹⁶ См. выше, с. 484–485 [т. I русского перевода «Системы...»].

ся с тем местом, где находятся наследственные вещи. Это мнение ведет к возможности оценки частей наследства в соответствии с разными правами; кроме того, требования и долги, относящиеся к имуществу, сначала остаются неопределенными с тем естественным условием, что в каждом отдельном случае практическая потребность в этом будет удовлетворена получением соответствующих сведений.

Наконец, последнее мнение располагается посередине между двумя только что названными. Оно принимает для недвижимой собственности *lex rei sitae*, для всего прочего имущества (движимой собственности и обязательств) — закон, действующий в месте жительства наследодателя. Это мнение частично свободно от практического недостатка предыдущих мнений, поскольку, согласно ему, точно известно, кто должен получить требования, но тоже лишь частично, поскольку долги в любом случае обременяют все имущество, даже иностранную недвижимость, так что они могут лежать на весьма разных лицах⁴¹⁷. Это мнение, согласно объясненному выше специальному выражению, можно кратко выразить так, что оно объявляет законы о праве наследования *вещными статутами* (§ 361)⁴¹⁸.

Представлю теперь эти три мнения отдельно, а именно согласно хронологическому порядку их возникновения и степени влияния.

А. Самым древним мнением является такое, согласно которому право наследования всех вещей (движимых и недвижимых) должно подчиняться исключительно закону страны, в которой находится вещь⁴¹⁹; это мнение представляет собой единственное применение строго территориального права (§ 348).

Самая древняя и самая категоричная его форма сводится к тому, что все находящиеся в пределах страны части наследства (движимые и недвижимые) должны доставаться отнюдь не иностранным наследникам, а вместо них суверену (или фогту)⁴²⁰. Более мягкая форма распространяет на эти части наследства только и безусловно внутренний

⁴¹⁷ Авторы тоже не отрицают эту чрезвычайную трудность в осуществлении указанной позиции и предлагают выходы из положения, которые по большей части оказываются произвольными и недостаточными (ср.: *Hert.*, § 29), что является лишь признаком внутренней неправильности всей этой системы. Тот же упрек касается, естественно, и предыдущего мнения, только в еще большей степени.

⁴¹⁸ Это название в большей степени подошло бы к предыдущему мнению, если бы не было принято ограничивать выражение «вещные статуты» недвижимым имуществом.

⁴¹⁹ Большое число авторов в пользу этого мнения приводит Вехтер (*Wächter*, I, 275, 276; II, 192).

⁴²⁰ *Droit d'aubaine* (ср.: *Eichhorn*, *Deutsches Recht*, § 75).

закон без учета места жительства наследодателя, но тоже не проводя различия между отечественными и иностранными лицами, имеющими право на наследство.

Возражения против этого учения уже были приведены выше — осталось лишь добавить к ним следующее практическое замечание. Если бы данный принцип был повсеместно признан и реализован, то любой предусмотрительный домовладыка, если он владеет иностранным имуществом, должен был бы искать защиту от нежелательных наследников, а также от угрозы путаницы относительно обязательственных отношений. Эту защиту от давления названного принципа он мог бы найти только в том, что вовремя продал бы всю иностранную собственность или же доставил все движимое имущество в страну своего места жительства. И в этой естественной потребности и стремлении выражается верный признак необоснованной суровости, вытекающей из названного принципа.

В. Среднее мнение полностью следует за предшествующим, но ограничивает его недвижимой собственностью, относящейся к наследству, движимую же подчиняет праву, действующему в месте жительства наследодателя, даже если она находится за границей. Все основания, высказанные против предыдущего мнения, действительны и против этого мнения — только в меньшей степени, поскольку оно не так сильно отличается от правильного подхода.

Данное мнение обрело силу в особенности с XVI в.⁴²¹ В Германии с XVIII в. оно все больше и больше вытеснялось. Зато оно сохранилось до нашего времени в Англии и Америке⁴²², а также во Франции⁴²³. Оно связано с общим различием между движимым и недвижимым имуществом, которого обычно придерживаются в названных странах (§ 360, п. 3).

С. Наконец, защищаемое мнение, согласно которому во всех случаях решающим является место жительства, с XVIII в. особенно в Германии стало все больше приобретать общее признание, после того как его сначала приняли преимущественно для наследования по закону⁴²⁴.

⁴²¹ Множество авторов названы у Вехтера (*Wächter*, II, S. 188—192), Феликса (*Foelix*, p. 72—85).

⁴²² *Story*, Ch. 11, 12.

⁴²³ *Foelix* (сн. 421). То же самое о Голландии говорит Винниус (*Vinnius*, Sel. quaest., II, 19) (естественно, для своего времени).

⁴²⁴ Множество авторов называют Вехтер (*Wächter*, II, 192—198) и Шеффнер (*Schäffner*, § 130). Следует выделить: *Pufendorf*, I, obs. 28; *Glück*, Intestaterbfolge, § 42; *Martin*, Rechtsgutachten der Heidelberger Fakultät, Bd. 1, S. 175—186. Вехтер, который присоединяется к этому мнению, правильно оправдывает его (II, 198, 199, 363) следующим обра-

Его защищают не только романисты (как можно было бы, пожалуй, подумать в связи с универсальным преемством), но и германисты, правильно ощущая практическую потребность⁴²⁵; его приняла также практика высших судов⁴²⁶. Прямое обоснование данного мнения заключается в показанном выше характере права наследования вообще, и это обоснование одинаково применимо как к завещаниям, так и к наследованию по закону. Но при наследовании по закону во внимание принимается еще следующее. Оно вообще основывается на предполагаемой, т.е. молчаливой, воле умершего, но не так, будто подобная воля касательно личных отношений этого определенного лица утверждается как достоверный факт, а так, что каждое позитивное право выдвигает общую презумпцию, которая предположительно отвечает характеру семейных отношений. Совершенно естественно, что подобная презумпция в разных законодательствах может быть принята в том или ином виде. Зато было бы весьма неестественно в отдельно взятом случае наследования презумптивно приписывать наследодателю разную волю для разных частей имущества, т.е. допускать, что наследником своего дома он желал видеть одно лицо, а наследником своего поместья или наличных денег — другое, если он не распорядился об этом особо (в завещании).

О представленном в п. В среднем мнении, которое проводит различие между движимым и недвижимым имуществом, были высказаны еще два суждения, более подробная проверка которых, пожалуй, может поспособствовать сближению мнений.

Один новый автор осуждает других за то, что они высказываются в целом в пользу одного или другого мнения, тогда как каждое из них правильно при определенных условиях⁴²⁷. В странах, в которых право наследования (согласно римскому принципу) трактовали как универсальную преемственность, решающим для всего имущества является место жительства, зато в странах, где право наследования не считают универсальной преемственностью (как в Англии и Америке), порядок наследования недвижимости должен оцениваться по *lex rei sitae*. В основе этого взгляда лежит недоразумение, будто принятие или отклонение

зом: государство законами о порядке наследования хочет управлять не судьбой объектов (имущества), а судьбой субъектов, лиц, поэтому подобные законы оно адресует подданным (жителям), а порядок наследования имущества умерших иностранцев ему безразличен. Это лишь иное выражение того, что законы о порядке наследования задумывались как личные, а не вещные статуты.

⁴²⁵ *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 35; *Mittermeier*, Deutsches Recht, § 32.

⁴²⁶ O.A. Gericht zu Cassel, 1840; *Seuffert*, Archiv, Bd. 1, N. 92.

⁴²⁷ *Schäffner*, § 57–59, 126–152.

универсальной преемственности является чем-то самим по себе существующим, из чего можно тогда сделать вывод о местонахождении права наследования и действующем в этом случае местном праве. На самом же деле оба они идентичны, а универсальная преемственность представляет собой лишь юридическую форму и специальное выражение для обозначения такого подхода к праву наследования, согласно которому его местонахождением вообще (независимо от различия частей имущества) считается место жительства. При таком подходе, стало быть, высказанное различие нужно выразить следующим образом: с точки зрения стран и авторов, которые связывают право наследования с имуществом как целым, *lex domicilii* является решающей и для недвижимого имущества, с другой точки зрения — нет. А в этом смысле различие точно не будет вызывать сомнений ни у одной из сторон.

Гораздо важнее следующее основание, которое нередко использовали для оправдания среднего мнения (п. В). Существуют определенные виды недвижимости, говорят, в отношении которых любой согласится с тем, что о порядке их наследования следует судить согласно *lex rei sitae*; сюда относятся лены и фидеикомиссы. Итак, то, что вообще для них допускается, должно, если быть последовательным, иметь силу и для всех других недвижимых вещей. Рассмотрим подробнее это основание.

С ленами и фидеикомиссами дело обстоит так же, как с римским узуфруктом: они не относятся к имуществу, а значит, и к наследству. Узуфруктуарий обладает пожизненным правом пользования плодами, однако это относится к его имуществу, исчезает с его смертью, от чего, стало быть, не остается ни следа в наследстве. Совершенно аналогично дело обстоит с фидеикомиссом, а также с леном. Фидеикомиссарный владелец обладает пожизненным правом пользования плодами, с его смертью оно исчезает, и имущество переходит к собственнику — к семье, управомоченной на фидеикомисс, но не в виде свободной собственности с произвольным распоряжением посредством деления или продажи, как в случае узуфрукта, а так, что член семьи, названный при учреждении фидеикомисса, приобретает право пользования плодами, освободившееся в результате смерти, опять же пожизненно. Стало быть, поскольку лены и фидеикомиссы по своей сущности вообще не могут относиться к наследству, они также совсем не затрагиваются законами о наследовании страны, где жил усопший владелец, равно как и законами страны, где они расположены. Это особые институты права для отдельных, определенных недвижимых вещей, и на них всюду может распространяться только *lex rei sitae* (§ 366; § 368, п. 5). Дан-

ное положение мы можем выразить и так: законы о преемственности в ленах и фидеикомиссах представляют собой вещные статуты. Или, другими словами, любой законодатель, создавая положения о ленах и фидеикомиссах, хочет предписать нечто для расположенного в его стране имущества подобного рода, а не для иностранного, нынешние владельцы которого лишь проживают в его стране.

Немного отличается отношение некоторых других классов недвижимых вещей, но тем не менее результат тот же. Если закон страны пытается содействовать сохранению зажиточного крестьянского состояния посредством того, что устанавливает лишь (без ограничения собственности, в частности права отчуждения) порядок наследования крестьянского хозяйства таким образом, что всегда старший (или даже младший) сын должен быть единственным наследником, то суть его состоит в следующем. Он исключает наследование по завещанию, деление имущества, право наследования дочерей, пока существуют сыновья. Стало быть, хотя он представляет собой закон о порядке наследования, но имеет политическую, выходящую за рамки чистого права цель и поэтому является законом императивного, строго позитивного характера (§ 349). Подобный закон является вещным статутом и охватывает все находящиеся в стране крестьянские хозяйства без учета места жительства теперешнего собственника. Но он вовсе не касается крестьянских хозяйств, которыми, например, житель страны мог бы владеть за рубежом. Поэтому он не хочет, как обычные законы о наследовании, назначать самую подходящую часть имуществу умерших жителей, зато хочет содействовать определенным целям государства, устанавливая судьбу определенного класса недвижимых вещей. Аналогичные положения и с совершенно таким же результатом встречаются и в дворянском имуществе с целью сохранения и поддержания состоятельных знатных фамилий. Подобным законом в герцогстве Вестфалия был Закон об объединении коренных земель 1590 г., который запретил дочерям владельца наследовать дворянское имущество. В 1838 г. возник примечательный спор о применении этого Закона, который Высший земельный суд Мюнстера, а также Верховный трибунал Берлина совершенно правильно решили так, что данный Закон представляет собой вещный статут, применимый к находящемуся в герцогстве дворянскому имуществу без учета места жительства участвующих лиц⁴²⁸.

⁴²⁸ Граф Бохольц против баронессы фон Беннинген (*Ulrich und Sommer*, Neues Archiv, Bd. 6, S. 476–512). Наиболее важные фрагменты мотивировочной части решения находятся на с. 481, 507, 508.

Все приведенные здесь случаи, сколь бы разными они ни были, совпадают друг с другом в том, что целью законов о преемстве является не назначение подобающей участи имуществу умершего, а скорее установление судьбы отдельных, определенных недвижимых вещей или даже классов недвижимых вещей, и поэтому их следует считать вещными, а не личными статутами⁴²⁹. Высказанное утверждение, стало быть, не противоречит вышеназванному правилу трактовки чистых законов о порядке наследования и не может, следовательно, использоваться для того, чтобы подвергать сомнению упомянутое правило.

В до сих пор рассмотренных отдельных правоотношениях постоянно указывалось на внутреннюю взаимосвязь между особой подсудностью и применимым местным правом (§ 360, п. 1). Подобную взаимосвязь можно было бы ожидать и в праве наследования, однако здесь ее следует решительно отвергнуть, а именно на том основании, что для права наследования вообще невозможно найти какое-либо другое место, кроме общего, обоснованного местом жительства наследодателя (§ 375).

В римском праве⁴³⁰ долгое время для иска о праве наследования не было вообще никакой другой подсудности, кроме подсудности по месту жительства ответчика⁴³¹. Согласно законодательству Юстиниана его разрешили предъявлять и в *forum rei sitae*⁴³². А это значит, что всякий, кто нарушает право наследника тем, что владеет *pro herede* или *pro possessore* какой-либо наследственной вещью, может быть привлечен к суду именно там, где находится вещь, т.е. где осуществляется неправомерное владение, заключающее в себе правонарушение⁴³³. По-

⁴²⁹ Высказывание Вехтера (*Wächter*, II, S. 364) полностью совпадает с этим.

⁴³⁰ Ср.: *Bethmann-Hollweg*, *Versuche*, S. 61–69; *Arndts*, *Beiträge*, Num. 2.

⁴³¹ L. un. C., *ubi de hered.* (3. 20). Слова «*vel si ibi, ubi res hereditariae sitae sunt, degit*» следует переводить так: «*hereditatis petitio* относится исключительно к *forum domicilii* ответчика, и это правило следует применять даже тогда (*vel si ibi etc.*), когда ответчик некоторое время находится в месте, где расположены наследственные вещи (*si ibi degit*)» (*Arndts*, *Beiträge*, S. 122–124).

⁴³² Nov. 69, с. 1, высказанная в весьма общих словах. L. 3 C., *ubi in rem* (3. 19) касается (согласно правильному толкованию) только виндикационного иска, а не других исков *in rem*, стало быть, и не *hereditatis petitio*.

⁴³³ В Nov. 69, с. 1 подсудность всегда сводится к месту правонарушения. Равным образом в L. 3 C., *ubi in rem* (если вообще есть желание применить ее к *hereditatis petitio*) говорится: «*in locis, in quibus res... constitutae sunt, adversus possidentem moverit*».

нятно, что по этому месту нельзя определить и местное право наследства, поскольку возможно, что наследственные вещи будут находиться во многих местах и ими будут владеть лица, не имеющие на это право. Наследство в целом или даже только большую его часть невозможно уверенно свести к какому-либо определенному месту (§ 375), и подобное место не называют ни в одном законе в качестве основания особой подсудности. Правда, для фидеикомиссов римское право предписало особую подсудность там, где находится большая часть наследства⁴³⁴, однако само собой понятно, что это произвольное, исключительное предписание для совершенно отдельного института права не может быть определяющим для местного права наследства вообще.

Некоторые новые законодательства установили в качестве подсудности наследства то место, где оно было открыто⁴³⁵, что равнозначно последнему месту жительства наследодателя⁴³⁶.

§ 377. IV. Наследственное право. Отдельные правовые вопросы

Как выше для обязательств (§ 374), теперь следует поставить отдельные правовые вопросы, которые могут касаться местного права, и для права наследования. Они требуют отдельного упоминания лишь тогда, когда недостаточно общего правила, согласно которому решающим является место жительства на момент смерти⁴³⁷.

1. Требуется личная способность завещателя в отношении своих *правоотношений* как в два разных момента времени⁴³⁸, так и в двух разных местах в случае изменения места жительства. Если, стало быть, у него эта способность отсутствует согласно закону места жительства, в котором он составляет завещание, то завещание является и будет недействительным даже после изменения места жительства. Равным образом оно также недействительно, если у него отсутствует названная способность по закону, существующему в последнем месте жительства на момент смерти. Причина заключается в том, что последнюю волю следует считать изъявленной в два разных момента времени и,

⁴³⁴ См. выше, § 370, сн. 319–322.

⁴³⁵ Code de procedure, art. 59: «le tribunal du lieu ou la succession est ouverte».

⁴³⁶ Preußische Allg. Gerichtsordnung, I, 2, § 121–125.

⁴³⁷ При этом необходимо сравнить правила, которые будут высказаны ниже (§ 393, 395), касательно временной коллизии законов о праве наследования. И здесь решающее значение имеет подробное объяснение характера завещания, которое там дается.

⁴³⁸ На момент составления и на момент смерти (§ 393).

возможно, в двух разных местах: фактически — в момент составления и в месте, которое является в это время местом жительства завещателя, юридически — в момент смерти и в месте, которое в это время является местом жительства (§ 393).

2. Личная способность завещателя в отношении его *физических свойств* (например, возраст) соотнобразуется с законом, действующим на момент составления завещания в месте жительства завещателя, без учета последующего изменения места жительства.

3. Содержание завещания, особенно его действительность или недействительность, соотнобразуется с законом, действующим в последнем месте жительства завещателя. Таковы, в частности, правила о лишении наследства, неупоминании в завещании и обязательной доле в наследстве. То же самое следует утверждать о легатах и фидеикомиссах. Правда, они касаются отдельных, ограниченных предметов, и поэтому можно было бы допустить, что к ним можно применить *lex rei sitae*. На самом же деле данные институты права представляют собой лишь отдельные подчиненные модификации совокупного наследства, о которых можно правильно судить только с этой точки зрения. Любая изолированная трактовка могла бы привести к большим противоречиям.

Исключения могут возникать вследствие противостоящих императивных законов. Если, стало быть, завещанием устанавливается семейный фидеикомисс на имущество, находящееся в другой стране, закон которой не признает фидеикомиссы, то решающее значение будет иметь действующий для судьи закон, который в данном случае ведет к недействительности распоряжения.

Толкование завещания подчиняется правилам, аналогичным правилам толкования договоров (§ 374, п. В). В большинстве случаев эти правила будут отсылать к последнему месту жительства завещателя⁴³⁹.

4. О личной способности лиц (наследников или легатариев), призванных к наследованию всего или отдельной части наследственного имущества, следует судить, как правило, по *их* месту жительства, а не по месту жительства наследодателя, а именно по месту жительства на момент смерти наследодателя, ибо в этот момент они приобретают право на преемство.

Исключения могут возникнуть, если во внимание принимаются законы императивного характера. Если, например, назначенный наследник не способен к наследованию из-за гражданской смерти или ереси по закону своего места жительства, но это препятствие не признается

⁴³⁹ Foelix, p. 171.

в другом месте или если закон ограничивает приобретение по праву «мертвой руки», то применим не закон места жительства наследника, а закон, действующий в месте нахождения судьи, которое очень часто будет совпадать с местом жительства наследодателя (§ 349, 365).

5. О форме завещания речь пойдет ниже при рассмотрении правила *locus regit actum* (§ 381).

6. Если закон места, в котором живет завещатель в момент составления завещания, вовсе не признает завещания, то составленное там завещание является и будет недействительным. Равным образом завещание недействительно, если в последнем месте жительства действует аналогичный закон. Таким образом, в этом отношении действительны те же самые правила, которые выше были высказаны относительно юридической способности завещателя (п. 1).

7. Наследование по закону соотнобразуется с законом, который действует в последнем месте жительства завещателя в момент получения наследства⁴⁴⁰. Это касается главным образом законной очередности призванных наследников по закону. Это касается также условий родства вообще, т.е. существования супружеского родства, а также легитимации⁴⁴¹.

8. Договоры о наследстве чужды римскому праву. Там, где они встречаются, для них действуют правила, аналогичные правилам для завещаний.

Односторонний договор о наследстве следует оценивать по закону, действующему в месте жительства наследодателя; равным образом — и двусторонние договоры о наследстве; какую из сторон следует считать наследодателем, зависит от случайного обстоятельства — кто первым умрет. Это правило следует из аналогии с завещаниями. Но оно кажется не менее обоснованным и тогда, когда при этом местное право, применимое к договорам, хотят считать решающим. Ведь для имущества как единого целого только место жительства умершего может считаться местом исполнения договора о наследстве.

Если в одном из этих мест законы о договорах о наследстве будут изменены, то решающее значение имеет исключительно тот закон, который действовал на момент заключения договора (§ 395).

9. Право наследования выморочного имущества (*bona vacantia*) всегда следует считать суррогатом права на наследство, стало быть, определять тоже по закону места жительства наследодателя без учета

⁴⁴⁰ О более точном определении этого момента см. ниже, § 395.

⁴⁴¹ *Wächter*, II, S. 364.

месторасположения частей наследства, даже иностранного недвижимого имущества. В частности, согласно римскому праву хотя право на преемство фиска нельзя назвать *hereditas*, но трактовать его надо согласно тем же принципам, так что фиск даже с легатариями и фидеикомиссариями может вступать в точно такое же отношение, как и настоящий наследник⁴⁴². Отличным от этого вопроса о применимом местном праве о *bona vacantia*, однако относящимся сюда является вопрос о том, какому фиску полагается право на него — фиску места жительства или фиску местонахождения вещи. Ведь такой вопрос может возникнуть между двумя землями, одинаково признающими римское право. И он должен решаться в пользу фиска, на территории которого находится место жительства, на том же основании, которое использовалось для местного права, поскольку данное право фиска имеет юридическую природу права наследования и лишь не называется так⁴⁴³.

§ 378. IV. Наследственное право. Прусское право

Авторы:

Bornemann, Preußisches Recht, 2. Ausg., Bd. 1, S. 54—62;

Rintelen, Abhandlung in: Kampz's Jahrbüchern, Bd. 30, S. 89 fg.;

Koch, Preußisches Recht, Bd. 1, § 40, Num. II;

Ergänzungen von Gräff (Fünfmännerbuch), 2. Ausg., Bd. 1, S. 116—121.

В новое время возник оживленный спор по вопросу о том, какое местное право прусское законодательство кладет в основу права наследования — всегда право места жительства наследодателя (как утверждают два последних из названных авторов) или, напротив, для недвижимого имущества право местонахождения вещи (согласно двум первым авторам).

Если мы рассмотрим вопрос просто с позиции общих принципов, то будем вынуждены, без сомнений, считать место жительства общей основой, соглашаясь в этом с римским правом. Ведь данное предположение строго и необходимо следует из римского понятия универсальной преемственности (§ 375), а это понятие совсем не мы приписываем

⁴⁴² *Glück*, Intestaterbfolge, § 147, 150; *Puchta*, Pandekten, § 564.

⁴⁴³ *Glück*, Intestaterbfolge, § 149.

прусскому законодательству — оно, без сомнения, лежит в основе всего прусского наследственного права. Если бы, таким образом, дело обстояло иначе согласно определенным прусским законам, то мы могли бы усмотреть в этом в крайнем случае непоследовательность.

На самом деле весь спор вращается вокруг объяснения следующего фрагмента в Общем земском праве (§ 32 Введения):

«В отношении недвижимого имущества действуют, не учитывая лицо собственника, законы юрисдикции, на территории которой оно находится».

Если придать самое широкое распространение такому весьма абстрактно сформулированному предписанию, слова которого позволяют это сделать, то ему на самом деле можно придать смысл, утверждаемый противниками. Спрашивается, однако, в чем состоит его смысл согласно правильному толкованию? Прежде всего необходимо предположить, что в данном предписании подразумевают отнюдь не преемственность вследствие смерти, а только оборот между живыми людьми⁴⁴⁴. В пользу этого говорит следующий текст соответствующего фрагмента в ранее опубликованном проекте (§ 30 Введения):

«То, что предписывают провинциальные законы и статуты в отношении недвижимого имущества, следует применять к любой недвижимости, расположенной в провинции или подчиняющейся надлежащей власти места, без учета места, где живет владелец или был заключен договор об этом».

Здесь явно подразумевается только оборот между живыми людьми. Теперь можно было бы попытаться предположить, что изменившаяся по сравнению с проектом редакция Земского права указывает как раз на намерение дальнейшего расширения объекта предписания. Но если бы эту цель преследовали, то ее точно высказали бы более определенно. Несомненно, изменение редакции основывается лишь на пронизывающем все Земское право стремлении выказать мнимую утонченность вкуса посредством максимально абстрактной формулировки.

Но даже если бы мы захотели отказаться от ограничения толкования фрагмента оборотом между живыми людьми и захотели включить сюда сферу преемства вследствие смерти, то все же осталось бы еще одно важное ограничение, заключающееся в его словах. Ведь в нем явно говорится только о «статутах *в отношении* недвижимого имущества», о законах, которые имеют силу «*в отношении* недвижимого имуществ-

⁴⁴⁴ Это также является мнением Коха (*Koch*, *Preußisches Recht*, § 40, Note 12), где лишь из-за опечатки вместо § 32 указан § 23.

ва». Какие законы обозначаются этим высказыванием? Совершенно очевидно, настоящие *вещные статуты*, которые *principaliter* относятся к недвижимому имуществу, и это понятие, с чем соглашаются также наши нынешние противники, очень хорошо известно Земскому праву (§ 361, сн. 183). А указанное свойство мы не можем приписать закону об обычном наследовании по закону лишь потому, что в имуществе случайно среди прочих вещей может оказаться также недвижимость, что вообще не подразумевается в названном законе. Однако это свойство все же встречается в определенных законах, касающихся преемства по случаю смерти, а именно в законах о наследовании ленов, фидеикомиссов и т.п. (§ 376). Законы о таком наследовании на самом деле представляют собой настоящие вещные статуты, и если мы отнесем к ним данный фрагмент, то поступим в соответствии с его подлинным смыслом независимо от того, думали при этом составители указанного фрагмента о таком особом предмете или нет. Да и наш главный противник заявляет о том, что раньше он понимал фрагмент с учетом этого ограничения и лишь позднее стал придерживаться более широкого толкования⁴⁴⁵. Однако было бы совершенно неправильно пытаться при таком ограничении допустить, например, третье, промежуточное мнение. Напротив, как раз в сказанном полностью выражается наше мнение, поскольку никто не подумает об исключении из *lex rei sitae* наследования в ленах, фидеикомиссах и т.п. Единственным спорным вопросом является вопрос о том, следует применять *lex rei sitae* к недвижимым частям имущества (как этого хотят противники) или нет (как мы утверждаем), имея в виду обычное, чистое наследование по закону. Но особо важный аргумент в пользу того, чтобы считать наше толкование не только целесообразным и желательным в его последствиях, но и истинным, заключается в необычайной трудности, которая была бы связана с практической реализацией противоположного толкования. Попробуем наглядно показать эту трудность на примере. Житель Берлина умирает без завещания и оставляет после себя вдову и несколько разных близких родственников. Имущество состоит из поместья под Берлином, поместья в Силезии, дома в Эренбрайтштайне и дома в Кобленце; наряду с этим у него множество личных долгов, которые, естественно, обременяют все части имущества. Согласно мнению противников, к наследованию указанных недвижимостей следовало бы применить не менее четырех законов, которые могли бы привести к совершенно разным наследникам: в маркграфстве Бранден-

⁴⁴⁵ Bornemann, S. 61.

бург — *Joachimica* от 1527 г.⁴⁴⁶ с правом вдовы на половину совокупного имущества обоих супругов, в Силезии — Общее земское право⁴⁴⁷, в Эренбрайтштайне — римское право, в Кобленце — французское право, так что на самом деле возникли бы четыре разных наследства. Кредиторам все равно, кто станет наследником, если только они будут удовлетворены, но это невозможно, пока по судебным таксам не будет установлена стоимость каждой недвижимой вещи, стало быть, ее отношение ко всему имуществу. Наш противник, правда, полагает, что указанные трудности не могут нам помешать⁴⁴⁸. С этим можно было бы согласиться, если бы речь шла об избавлении судьи от напрасного труда и сомнений, однако трудности и негативные последствия касаются сторон, особенно кредиторов; почему они должны этим обременяться? Ведь не ради сохранения надежного правового принципа, а ради защиты буквального толкования параграфа из Земского права, в отношении которого противники вынуждены согласиться по крайней мере с тем, что он допускает и другое толкование. Но именно в этом обстоятельстве я вижу самый важный аргумент в пользу нашего толкования, поскольку точно невозможно, чтобы законодатель намеревался высказать принцип, который создал бы для участников, особенно кредиторов, абсолютно ненужные трудности. Этот чисто практический аргумент кажется мне гораздо более важным, чем заявленный противниками, согласно которому во время, когда составляли Земское право, на практике господствовало противоположное учение, но, по всей видимости, связь с этой практикой отражается в законе, в котором отклонение от нее не высказано явно⁴⁴⁹.

Вместе с тем необходимо еще учесть следующие отдельные фрагменты нашего законодательства.

1. Для наследования по закону между супругами в общем предписывается применение местного закона, действующего в месте жительства умершего⁴⁵⁰, а дополнение к этому фрагменту, сделанное позже, звучит так:

«Приложение, § 78. Недвижимое имущество супругов не является исключением из этого положения, даже если оно находится под другой юрисдикцией».

⁴⁴⁶ *Mylius*, *Corpus constitut. Marchicarum*, Th. 2, Abth. 1, S. 19.

⁴⁴⁷ Начиная с Закона от 11 июля 1845 г., который отменил все провинциальные законы Силезии о праве наследования.

⁴⁴⁸ *Bornemann*, S. 62.

⁴⁴⁹ Следует особо заметить, что незадолго до составления Земского права Пуфендорф, который все-таки тоже был практиком, весьма основательно представил неправильность названной системы (§ 376, сн. 424).

⁴⁵⁰ A. L. R., II, 1, § 495.

Нет ничего проще и естественнее, чем считать этот закон отдельным применением нашего принципа и усматривать в нем, следовательно, его подтверждение. Наши противники усматривают в нем задуманное исключение из принимаемого ими правила, но безуспешно пытаются вывести это из истории возникновения фрагмента⁴⁵¹.

2. По мнению противников, часто следовало бы допускать несколько наследств того же самого наследодателя, в вышеприведенном примере — четыре наследства. Тогда было бы логично предписывать для каждого из них особую подсудность там, где расположены отдельные недвижимые вещи. Прусское же законодательство всюду допускает только одну подсудность наследства — в последнем месте жительства умершего⁴⁵², не исключая случай иностранной недвижимости. Этим оно признает, что всегда может быть только одно наследство.

3. Если кто-либо назначает наследника и подназначает его наследниками без дальнейшего определения несколько лиц, которые были бы наследниками по закону назначенного наследника, эту субституцию следует толковать так, что она следует правилам наследования по закону, а наследование по закону должно оцениваться по закону, действующему в месте жительства назначенного наследника⁴⁵³. При этом явно предполагается, что исключительно место жительства определяет порядок наследования по закону без исключения, например, иностранной недвижимости⁴⁵⁴.

В заключение следует заметить, что большинство авторов принимают защищаемое здесь учение⁴⁵⁵, равно как и большинство судов⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ *Bornemann*, S. 58—60. Параграф 78 приложения заимствован из решения Законодательной комиссии 1794 г. А поводом для него послужил запрос правительства герцогства Клеве, в котором мимоходом ошибочное учение было представлено как верное для других случаев. Законодательная комиссия вынесла свое решение без подробного изложения мотивов и тем самым якобы молчаливо согласилась с ошибочным мнением правительства Клеве, а само решение признала простым исключением. Документы напечатаны у Клейна (*Klein*, *Annalen*, Bd. 13, S. 3—6).

⁴⁵² *Allg. Gerichtsordnung*, I, 2, § 121.

⁴⁵³ *A. L. R.*, I, 12, § 536, 537.

⁴⁵⁴ Борнеманн (*Bornemann*, S. 60) пытается лишить это основание силы посредством совершенно произвольно приписываемого завещателю намерения допустить только одного поднаследника.

⁴⁵⁵ Борнеманн (*Bornemann*, S. 54) признает данный факт.

⁴⁵⁶ Борнеманн (*Bornemann*, S. 62) признает это. Сюда относится весьма обстоятельное решение суда в Глогау от 1828 г. (*Fünfmännerbuch*, S. 118, 119). Также полностью совпадает с правильным учением приведенное выше (§ 376, сн. 428) судебное решение, хотя в его мотивировочную часть добавлено кое-что ошибочное.

§ 379. V. Семейное право. А. Брак

Семейное право обладает наибольшим сходством со статусом личности как таковой (правоспособность и дееспособность (§ 362)) и существенно отличается от имущественных отношений, которые связывают личность с внешними, произвольно выбранными предметами⁴⁵⁷. С другой стороны, на него оказывают большое влияние отчасти религиозные, отчасти политические соображения, поэтому преимущественно в этой сфере встречаются законы императивного, строго позитивного характера.

А. Брак

Истинное местонахождение брачного отношения не вызывает сомнений: его всегда следует предполагать в месте жительства мужа, которого, согласно правам всех времен и народов, следует признать главой семьи⁴⁵⁸. Поэтому местное право любого брака следует определять в соответствии с этим, а место вне места жительства, где брак мог бы быть заключен, при этом совершенно неважно⁴⁵⁹.

У некоторых это последнее предложение оттого вызывало сомнение, что они рассматривали брак в качестве обязательственного договора, а при подобных договорах место заключения обычно следовало считать решающим для местного права. Первое из этих двух мнений неверно, поскольку у брака нет ничего общего с обязательственными договорами. Но даже если бы оно было верным, то все же привело бы нас не к месту возникновения брака как основанию определения применимого к нему местного права, а скорее к месту исполнения (§ 372). А местом исполнения обязанностей, вытекающих из брака, может считаться, несомненно, только место жительства мужа.

Теперь с этой точки зрения необходимо исследовать ряд отдельных правовых вопросов, относящихся к браку.

1. Условия возможности вступления в брак или (с другой стороны) препятствия к вступлению в брак обосновываются отчасти личными

⁴⁵⁷ См. выше, т. I, § 53.

⁴⁵⁸ L. 5 de ritu nupt. (23. 2): «...deductione enim opus esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii». В этом заключается только признание в связи с отдельным случаем отношения, вытекающего из общей сущности брака, а не характерное римское определение или вообще позитивное предписание.

⁴⁵⁹ Huber, § 10; Story, § 191–199.

свойствами каждого из обоих супругов как таковых, отчасти их отношением друг к другу. Согласно общим принципам можно было бы предположить, что о личной способности женщины следует судить по закону ее родины (§ 362). Однако именно относящиеся сюда законы, которые основываются на нравственных соображениях, обладают строго позитивным характером, и поэтому связывающими являются только те препятствия к вступлению в брак, которые действуют в месте жительства мужчины, без учета, возможно, отличных законов на родине женщины или в месте, где совершено бракосочетание. Это правило относится главным образом к запрещенным степеням родства и к препятствиям, обоснованным религиозным отношением⁴⁶⁰.

2. Формальности, необходимые для заключения брака, необязательно следуют правилам вышеназванного места. Об этом речь пойдет ниже (§ 381).

3. Особенно важным и спорным является вопрос о том, по какому праву необходимо судить об имущественном праве супругов, поскольку как раз в этом законы столь сильно отличаются друг от друга. В каждом отдельном случае необходимо преимущественно выбирать между (римским) дотальным правом и (германской) имущественной общностью. Первое же встречается то в чисто римском виде, то с модификациями, которые широко распространены в Германии. Имущественная общность встречается также в самых разных степенях.

Итак, ни одна из сторон не оспаривала принцип, что имущественное право супругов соотнобразуется с местом жительства мужа⁴⁶¹, а не с местом, где был заключен брак. Однако в рамках этого принципа встречаются два больших разногласия.

Во-первых, многие утверждают, что данный принцип не действует в случае иностранной недвижимости, о которой, напротив, судить следует по *lex rei sitae*⁴⁶². Согласно правильному мнению, *lex domicilii* должна касаться и иностранной недвижимости⁴⁶³. Поскольку здесь решение получается таким же, как выше в случае права наследования, то могла бы возникнуть мысль попытаться обосновать это по аналогии путем сведения к универсальной преемственности (§ 376). Однако подобное

⁴⁶⁰ *Wächter*, II, S. 185, 187; *Schäffner*, § 102, 103. Практика некоторых стран по этому вопросу весьма различна (*Story*, § 79 fg.).

⁴⁶¹ *P. Voet.*, sect. 9, c. 2, § 5, 6; *Wächter*, II, S. 47; *Foelix*, p. 127.

⁴⁶² *P. Voet.*, sect. 4, c. 3, § 9; *I. Voet.*, In Pand., XXIII, 2, § 60; *Hommel*, Rhaps., obs. 175, 409, n. 15; *Story*, § 186, 454.

⁴⁶³ *Hert.*, § 46; *Wächter*, II, S. 48, *Foelix*, p. 127–129; *Schäffner*, § 106, 107. С этим совпадает Прусское общее земское право (II, 1, § 365–369).

недопустимо ни в одном относящемся сюда институте права, особенно в приданом, направленном на все имущество женщины. Подлинное основание скорее заключается в том, что выбор местного права следует объяснять преимущественно добровольным подчинением (§ 360, п. 2), но, конечно, нельзя предполагать, что супруги установление своих имущественных отношений захотели сделать зависимым от совершенно случайного обстоятельства, в частности от того, является ли частью имущества иностранная недвижимость. Пожалуй, порожаемое этим различие имущественного права на разные части имущества могло бы привести к величайшим осложнениям и неопределенности, а потому явно не может считаться вероятным намерением сторон.

Второй спорный вопрос касается случая, когда в течение брака изменяется место жительства мужа⁴⁶⁴.

Здесь первое мнение сводится к тому, что местное право первого места жительства остается определяющим навсегда и, следовательно, не может быть изменено вследствие избрания нового места жительства. В качестве основания этого обычно называют то, что в заключении брака содержится молчаливый договор, выражающий намерение установить неизменные имущественные отношения согласно действующему в нынешнем месте жительства закону⁴⁶⁵. Это мнение я считаю правильным; указанное основание еще будет проверено более подробно.

Второе мнение отрицает допущение молчаливого договора и выводит имущественные отношения супругов исключительно из действующего в месте жительства закона. Отсюда делается вывод, что в случае избрания нового места жительства решающее значение должен иметь и закон этого нового места жительства, а значит, следствием каждого изменения могут быть другие имущественные правоотношения⁴⁶⁶.

Наконец, третье, среднее мнение отрицает, как и второе, допущение молчаливого договора и равным образом делает решающим только закон существующего на данный момент места жительства, однако с условием, что имущество, однажды приобретенное при

⁴⁶⁴ Рассмотрение этого важного спорного вопроса относится к оговорке, сделанной выше (§ 344, сн. 5).

⁴⁶⁵ *P. Voet.*, sect. 9, с. 2, § 7; *I. Voet.*, In Pand., XXIII, 2, § 87; *Hert.*, § 48, 49; *Pufendorf*, II, obs. 121; *Wächter*, II, S. 49–55; *Schäffner*, § 109–114; *Foelix*, p. 130–132; *Bülow und Hagemann*, Erörterungen, Bd. 6, Num. 24; *Pfeiffer*, Praktische Ausführungen, Bd. 2, Num. 6; решения судов Целле и Мюнхена (*Seuffert*, Bd. 1, N. 152).

⁴⁶⁶ *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 35 (g), 307 (d), 310 (e, f); *Story*, § 187. Другие авторы названы у Вехтера (*Wächter*, II, S. 49).

заключении брака, останется неизменным (как *jus quaesitum*) и лишь будущие приобретения должны регулироваться законом нового места жительства⁴⁶⁷.

Проверим более подробно основания этих мнений. В пользу первого говорит, несомненно, естественное правосознание. Когда заключался брак, наверняка от женщины зависело, откажется ли она от него или свяжет с определенными условиями, касающимися имущества. Она не заключала подобный договор, напротив, соглашалась с имущественными правоотношениями, установленными законом места жительства, естественно, рассчитывая на их неизменность. Муж самовольно меняет место жительства, на что он, бесспорно, имеет право, что должно повлечь за собой новые имущественные правоотношения в браке. Если жена довольна этим, то весь наш спорный вопрос менее важен, поскольку и договором можно было бы добиться изменения имущественных правоотношений. Зато он приобретает важное значение тогда, когда изменение невыгодно жене и она с этим не согласна. Как раз с целью исключения такой ничем не оправданной односторонней власти мужа над правами жены защитники первого мнения допустили наличие молчаливого договора. У противников это вызвало неудовольствие — и не без основания. Ведь той же цели можно добиться и без молчаливого договора. Под договором, молчаливым или прямым, мы понимаем согласное волеизъявление, которое немыслимо без определенного осознания с обеих сторон⁴⁶⁸. И если мы теперь спросим, всегда ли при вступлении в брак обе стороны, особенно женщина, определенно осознавали имущественные правоотношения, то вынуждены будем все же отрицать это, а потому общее предположение молчаливого договора необоснованно. Нам следует допускать вообще только добровольное подчинение в качестве обоснования местного права, которое мыслимо также негативно — как чистое непротивление (§ 360, п. 2); оно вовсе не существует для местного права нового места жительства в вышеназванном случае разногласия, и, следовательно, мы вынуждены отрицать в этом случае изменение имущественных правоотношений, для предположения которого нет достаточных оснований (даже с позиции противников, которые считают основанием определения местного права закон, а не договор). Таким образом, в действительности мы лишь другим

⁴⁶⁷ Kierulff, S. 78, 79 (в конце примечания); Puchta, Pandekten, § 113; Vorlesungen, § 113. Ср. об этом: Wächter, II, S. 50 (Note 264), S. 54 (он сам придерживается первого мнения (сн. 465)).

⁴⁶⁸ См. выше, т. II, § 130.

путем приходим к той же цели, к которой должно было приводить допущение молчаливого договора⁴⁶⁹.

При этом предполагался случай, что изменение имущественных правоотношений вследствие изменения места жительства приводит к негативным последствиям для жены и поэтому противоречит ее воле. Однако подобный случай, в котором, разумеется, сильнее всего выражается несправедливое последствие противостоящего мнения, отнюдь не является единственным. Если служащего направляют в регион, где действует другое имущественное право супругов, то изменение места жительства и для него будет недобровольным, а изменение имущественных правоотношений, возможно, окажется нежелательным для обоих супругов. Но предотвратить эти изменения (в зависимости от содержания местного права) они либо не могут вовсе, либо могут, но только с помощью обременительных и убыточных договоров.

Следующее рассуждение выразит предпринятую здесь попытку обоснования еще яснее. Если закон определяет имущественное право супругов, то прежде всего возникает вопрос, на каких лиц он распространяется. Несомненно, законодатель думает обо всех супругах, вступающих в брак в пределах территории, на которую распространяется его власть, и для них он хочет предписать то, что считает отчасти наиболее полезным, отчасти соответствующим существовавшим до сих пор нравам. А хочет ли он навязать это правило супругам, заключившим брак в другом месте и переселившимся на его территорию? Для этого нет достаточных оснований — в том числе и вопреки только что изложенным опасениям. Но если закон, согласно его вероятной цели, вовсе не следует относить к переселяющимся супругам, то для них утрачивает всякую силу основание, высказываемое противниками.

Если признать высказанные здесь доводы правильными, это полностью опровергает второе, а также третье сформулированные выше мнения. Второе же кажется особенно суровым и несправедливым в отношении уже приобретенного имущества. Если в месте, закон которого устанавливает в качестве правила самые широкие имуществ-

⁴⁶⁹ Это обоснование первого мнения, которое, пожалуй, могло бы устранить возражения некоторых прежних противников, встречается уже у Шеффнера (*Schäffner*, § 114). Различие мнений и предлагаемое здесь содействие можно было бы выразить так, что праву, действующему в первом месте жительства, приписывается характер не молчаливого, а *фиктивного договора*, подобного *pignus tacite contractum*, при котором дело тоже не сводится к определенному осознанию с обеих сторон. Это лишь другая формулировка — суть же дела заключается в определенном праве каждой стороны, независимом от произвола другой стороны.

венные правоотношения, в брак вступают богатый мужчина и бедная женщина, то вследствие заключения брака имущество становится общим. Если позже муж перенесет место жительства туда, где правилом считается дотальное право, то жена, согласно второму мнению, мгновенно утратит вопреки своей воле свою уже приобретенную часть имущества. Именно с целью предотвращения такого ужасного результата было высказано третье, среднее мнение. Однако помимо того, что оно тоже опровергается приведенными выше доводами, оно страдает и от обычных недостатков полумер. Если в отношении уже имеющегося имущества будет действовать имущественное право супругов прежнего места жительства, а для приобретений в будущем — право нового, то вследствие этого возникнут осложнения и противоречия, которые невозможно предвидеть и которые едва ли будут выгодны и соответствовать желаниям супругов.

Правда, второе мнение пришлось бы принять, если бы в новом месте жительства действовало имущественное право супругов строго позитивного, исключительного содержания. Это следовало бы принять, если бы там существовал закон такого содержания, согласно которому в брак позволялось бы вступать не иначе как в соответствии с дотальным правом (а при его заключении в другом месте не допускалось бы его сохранение) или даже не иначе как в соответствии с правом имущественной общности супругов⁴⁷⁰. Пусть останется без ответа вопрос о том, существуют ли вообще подобные законы.

Прусский закон в общем и целом признает защищаемое здесь мнение, согласно которому местное право места жительства на момент возникновения брака должно иметь решающее значение и в будущем — только с двумя подчиненными модификациями на случай, если супруги, заключившие брак согласно дотальному праву, переедут на новое место жительства, где действует имущественная общность супругов⁴⁷¹.

4. Особого внимания заслуживают законы, которые должны ограничивать щедрость одного супруга в отношении другого, куда в особенности относится запрет любых дарений между супругами, содержащийся в римском праве.

В этом отношении решающим является закон места жительства, но здесь не первого, а, напротив, того, в котором совершается соответствующее действие. Основание данного решения, отличного от

⁴⁷⁰ *Wächter*, II, S. 55, 362.

⁴⁷¹ *Allg. Landrecht*, II, 1, § 350–355.

предыдущего, заключается в том, что законы этого вида нацелены на сохранение нравственной чистоты брака, т.е. им присущ строго позитивный характер (§ 349). Если мы сравним этот случай с рассмотренным выше (п. 3), то нельзя будет утверждать, что брак, заключенный в месте, где действует римское право, в случае последующего переезда супругов в другое место был заключен только по молчаливому договору, что в нем никогда не будет встречаться действительное дарение. Запрет дарения представляет собой скорее чистое ограничение свободы, которому супруги обязаны подчиниться, а не институт права, воспринятый браком вследствие добровольного подчинения.

Зато нельзя согласиться с тем, что упомянутые здесь законы следует относить к любому недвижимому имуществу, расположенному на территории их действия, даже если супруги живут в стране, которой неизвестно подобное ограничение свободы⁴⁷². Ведь целью этих законов является не отведение опасности от имущества, будто оно вследствие дарения между супругами могло бы пострадать, а скорее, как уже было сказано, сохранение нравственной чистоты брака. Законодатель, стало быть, обращается к супругам, живущим на его территории, не принимая во внимание местонахождение их имущества.

5. Наследование по закону между супругами, так же как и в случае посторонних лиц, соотнобразуется с последним местом жительства наследодателя. Но в некоторых случаях может возникнуть сомнение, следует ли выводить притязание на наследство непосредственно из порядка наследования по закону или, напротив, из продолжающих действовать имущественных отношений супругов (из имущественной общности). В первом случае решающее значение имеет последнее место жительства, во втором — место жительства, где возник брак, как было показано выше (п. 3).

Подобное сомнение было бы возможно главным образом в случае упомянутого выше действующего в маркграфстве Бранденбург права *Joachimica* (§ 378, сн. 446). Однако устанавливаемое здесь притязание пережившей стороны на половину совокупного имущества обоих супругов на самом деле следует считать чистым наследованием по закону, а не следствием какого-либо вида имущественной общности, стало быть, о нем необходимо судить по последнему месту жительства. Это следует из связи, которая устанавливается законом между указанным притязанием и всем порядком наследования по закону. Поэтому по своему характеру оно полностью аналогично институтам, обосо-

⁴⁷² Так полагают: *Rodenburg*, tit. 2, c. 5, § 1; *I. Voet.*, In Pand., XXIV, 1, § 19; *Meier*, p. 44.

ванным римским правом: *bonorum possessio unde vir et uxor* и институту преемства оставшегося бедного супруга.

6. Расторжение брака отличается от рассмотренных выше институтов права, касающихся имущества, тем, что законы о нем обосновываются нравственной природой брака, стало быть, обладают строго позитивным характером. Отсюда следует, что судье, выносящему решение о нем, разрешается соблюдать только закон своей страны без учета других отношений супругов⁴⁷³. А этот принцип снова приведет, как правило, к закону, действующему в месте жительства мужа, потому что только там будет обоснована подлинная подсудность дела о расторжении брака. При этом учитывать следует не место жительства на момент заключения брака, как в случае имущественного права супругов, а, напротив, нынешнее место жительства. Ведь закон прежнего места жительства супругов не мог дать ни одному из супругов право или хотя бы обоснованную надежду на то, что в будущем развод будет осуществлен согласно тому же закону, поскольку только что упомянутый характер законов о разводе ведет к другому результату.

Но не только мнения авторов, но и решения судов крайне разнятся по этому вопросу⁴⁷⁴.

§ 380. V. Семейное право.

В. Отцовская власть.

С. Опека

В. Отцовская власть.

О возникновении отцовской власти вследствие рождения в браке, а также о ее возможном оспаривании судить следует по закону места, в котором отец проживал в момент рождения ребенка.

Зато об имущественных отношениях между отцом и детьми судить следует по закону, существующему в каждом конкретном месте жительства отца, так что, стало быть, изменение места жительства может повлечь за собой изменение этих отношений (§ 396, п. II).

Узаконивание путем последующего вступления в брак регулируется правилами места жительства отца на момент заключения брака, а время рождения ребенка при этом безразлично. Правда, утверждали, что этот

⁴⁷³ См. выше, § 349. В целом с этим согласны Шеффнер (*Schäffner*, § 124) и Вехтер (*Wächter*, II, S. 184—188).

⁴⁷⁴ *Schäffner*, § 118—125; *Story*, Ch. 7.

последний момент необходимо учитывать, потому что самим рождением ребенка уже обосновывается определенное правоотношение, которое благодаря последующему браку родителей лишь обретает полную силу; добавляют, что, кроме того, отец до брака может произвольно выбрать невыгодное для ребенка место жительства⁴⁷⁵. Однако о праве таких детей, следовательно, и о его нарушении вовсе не может быть речи, поскольку от произвола отца зависит не только отказ от брака с матерью ребенка, но и его непризнание, даже если он заключит этот брак. В обоих случаях ребенок не получает право на узаконивание, поскольку невозможно привести подлинное доказательство внебрачного рождения ребенка, следовательно, только добровольное признание наряду с браком и независимо от него может обеспечить его правами ребенка, родившегося в браке⁴⁷⁶.

Постольку, поскольку действует английское право, снова допускается, что о влиянии отцовской власти и узаконивания на иностранное недвижимое имущество судить следует не по *lex domicilii*, а по *lex rei sitae*⁴⁷⁷.

С. Опекa

Опека существенно отличается от до сих пор рассмотренных институтов права. Только в древнейшем римском праве ее можно было считать чисто частноправовым отношением. С тех пор она все больше приобретала такой характер, который воспринимается в современном общем праве Германии, а также в других законодательствах. Опека выражается теперь в осуществлении защиты, которую государство вправе и обязано гарантировать самому большому и самому важному классу лиц, нуждающихся в защите, — несовершеннолетним и неполнолетним. При таком понимании опека по своей сущности относится

⁴⁷⁵ Schöffner, § 37.

⁴⁷⁶ Так дело обстоит согласно общему праву. В римском праве это положение выражается менее явно, поскольку узаконивание касалось только детей конкубин (*naturales*), в случае которых отцовство фактически было почти столь же достоверным, как и в случае детей, рожденных в браке. У нас нет *naturales*, есть только *spurii*, а в их случае все зависит только от сугубо произвольного признания отца. Правда, Прусское земское право считает доказательство простого сожительства в определенное время до рождения уже доказательством отцовства (A. L. R., II, 1, § 1077). И все же при узаконивании посредством брака права ребенка, рожденного в браке, возникают лишь с его заключением (A. L. R., II, 2, § 598). Поэтому и по смыслу Земского права узаконивание следует отрицать, если отец до заключения брака переносит место жительства в землю, где действует общее право, и отказывается от признания ребенка.

⁴⁷⁷ Story, § 456, 87. Шеффнер (Schöffner, § 39) справедливо выступает против этого.

к публичному праву, и только отдельные ее последствия относятся к области частного права. Такому пониманию отвечает также то обстоятельство, что опека не только в разных странах характеризуется разным правом, но и в одной и той же стране подвержена более независимому подходу к ней со стороны публичной власти, чем правоотношения, относящиеся к чистому частному праву. Эти различия проявляются не только в самих нормах права, но даже в выборе местного права, которое должно устанавливать указанные нормы.

Обращусь теперь к отдельным, наиболее важным правовым вопросам.

1. *Установление опеки.* Как правило, совершенно верно полагают, что для установления опеки решающим является местное право места жительства опекаемого лица, которое, как правило, совпадает с последним местом жительства умершего отца, и что опека в таком случае охватывает также имущество опекаемого, расположенное в другом месте⁴⁷⁸. Но при этом учитываются следующие отклонения.

Во-первых, когда недвижимое имущество опекаемого лица относится к другой подсудности, расположено, возможно, в другой стране. Здесь может случиться так, что для этих частей имущества будет установлена отдельная опека, так что тогда тот же самый опекаемый будет иметь несколько опекунов в разных местах⁴⁷⁹. Такое устройство встречается уже в римском праве. Правда, назначенный в завещании и законный опекуны не были привязаны к подобному местному различию. Зато если власти должны были назначить опекунов для разбросанного по разным местам имущества, то те назначались отдельно для каждой суверенной подсудности: одни — для *res Italicae*, другие — для *res provinciales*⁴⁸⁰. Согласно прусскому законодательству по общему правилу опека устанавливается над всем имуществом, а именно по местному праву, действующему в месте жительства отца; последующее изменение места жительства должно влиять на это лишь в исключительных случаях. В отношении частей имущества, расположенных в другом месте, может быть установлена особая опека, которая должна быть связана с непосредственной опекой⁴⁸¹. В договорах правительства Пруссии с соседними государствами установлено, что опеку следует устанавливать по месту жительства опекаемого лица, однако если оно владеет недвижимым имуществом в другой стране, то у суда этой другой страны

⁴⁷⁸ P. Voet., sect. 9, c. 2, § 17; I. Voet., In Pand., XXVI, 5, § 5; Schöffner, § 41.

⁴⁷⁹ Ср. авторов, названных в сн. 478.

⁴⁸⁰ L. 36, § 8 de admin. (26. 7); L. 27 pr. de tutor. et cur. (26. 5).

⁴⁸¹ A. L. R., II, 18, § 56, 81–86.

должен быть выбор: либо подчинить эту недвижимость общей опеке, либо установить для нее отдельную опеку⁴⁸². В основном неустойчивой представляется практика в странах английского права, поскольку в них иногда устанавливают опеку не только над недвижимым, но и над движимым имуществом, расположенным в другом месте⁴⁸³.

Во-вторых, даже без принятия во внимание местонахождения имущества индивидуальная потребность может оправдать радикальное изменение высказанного принципа, особенно тогда, когда характер семейных отношений не позволяет приписать последнему месту жительства влияние на будущее положение опекаемых лиц. Случай, взятый из реальной жизни, наглядно продемонстрирует это утверждение. Отец семейства умер в месте своего жительства — в Бонне, который был местонахождением его имущества, в частности нескольких недвижимых вещей. Дети немедленно, согласно предписаниям отцовского завещания, изменили свое место жительства и переехали к дальней родственнице за пределами Прусского государства. В том же завещании ввиду личного доверия опека с весьма свободным управлением возлагалась на одного жителя Берлина. Согласно высказанному выше принципу, опеку следовало бы устанавливать и осуществлять в Бонне в соответствии с французским правом. Однако Министерство юстиции как высший орган надзора за опекой во всем государстве передало опеку Берлину, вследствие чего надзор за ней перешел к маркграфской сиротской коллегии Берлина и одновременно стало применимым прусское законодательство.

2. *Управление опекой.* То, что по общему правилу управление опекой регулируется правом суда, под контролем которого она устанавливается и осуществляется, не вызывает сомнений. Здесь сомнение снова касается случая, когда к имуществу относятся части, находящиеся в другом месте, и ими управляет не особый опекун (как это могло бы иметь место по п. 1), а общий опекун.

В этом отношении некоторые утверждают, что, согласно общей практике, к указанному недвижимому имуществу, особенно при отчуждении, должна применяться *lex rei sitae*, так что тогда об управлении имуществом одного и того же опекаемого судить следовало бы по разным законам⁴⁸⁴. При этом явно полагают, что закон об отчужде-

⁴⁸² Статья 15 Договора с королевством Саксония (1839) (то же самое в договорах с другими государствами (см. выше, § 348)).

⁴⁸³ *Schäffner*, § 41; *Story*, § 492 fg.

⁴⁸⁴ *Schäffner*, § 41. Немного осторожнее высказывается П. Возэий (*P. Voet.*, sect. 9, c. 2, § 17). Он считает целесообразным, чтобы опекун при отчуждении заручился декретом обоих судебных органов.

нии имущества опекаемого лица представляет собой вещный статут. Я не могу согласиться с данным утверждением ни по принципиальным соображениям, ни с учетом предполагаемой общей практики.

Прежде всего принципиально. Когда закон предписывает, что имущество опекаемого должно продаваться только при определенных условиях (например, продажа с аукциона, судебный декрет и т.п.), в этом выражается предусмотрительная мера, но не в отношении данного имущества как предмета желательного, устойчивого гражданского оборота, как основы выгодного производства плодов (вследствие такого замысла закон представлял бы собой вещный статут), а в отношении опекаемого лица, нуждающегося в защите. С целью ее обеспечения требуются определенные формы отчуждения, и только при их соблюдении действие отчуждающего опекуна будет иметь такой же эффект, как и отчуждение полнолетнего собственника. Закон, следовательно, нацелен на дополнение действий опекуна, представляет собой личный, а не вещный статут. Другими словами, законодатель управляет несовершеннолетними, находящимися под его защитой, а не имуществом, находящимся на его земле.

А общую практику, пожалуй, легче утверждать, чем доказывать, ведь общие указания подобного рода весьма сомнительны. Хочу привести весьма показательный, относящийся сюда случай из судебной практики⁴⁸⁵. Опекаемый из знатной семьи жил в Баварии и там осуществлялась опека над ним. Он владел недвижимым имуществом в Рейнской провинции Пруссии, в отношении которого там не была установлена отдельная опека. Баварские опекуны продали это имущество по собственному усмотрению, без аукциона. По достижении совершеннолетия прежний собственник оспорил продажу как ничтожную, так как не был соблюден французский Закон об отчуждении имущества опекаемого лица⁴⁸⁶. Во всех инстанциях это основание было отклонено, потому что названные законные условия образовывали неразрывное целое, а некоторые его элементы (семейный совет и *subrogé tuteur*) были совершенно неприменимы к иностранной опеке. Такие законы, стало быть, следует применять вообще только к опеке, подчиняющейся французскому законодательству, а не к недвижимости, расположенной на территории действия названного законодательства.

⁴⁸⁵ Решение Кассационной палаты Берлина от 1847 г. в деле «Бассенхайм против Кассауф» (см.: *Seuffert*, Archiv, Bd. 2, N. 2).

⁴⁸⁶ Code civil, art. 457–460. Требуется: 1) решение семейного совета с участием суда первой инстанции; 2) продажа с аукциона в присутствии *subrogé tuteur* (избирается семейным советом (art. 420)) и с участием суда или нотариуса.

Вышеназванные договоры прусского правительства с соседними государствами (сн. 482) предписывают для личного опекуна, который должен управлять иностранной недвижимостью, следующее: «...однако последний в сделках, касающихся недвижимого имущества, должен соблюдать установленные законом предписания, действующие в месте его нахождения». Если понимать этот фрагмент в самом широком смысле, что позволяют его слова, то его следует отнести также к условиям отчуждений, совершаемых опекунами, и тогда они предписывают обратное только что приведенному и принятому судебному решению. Но я бы склонился к тому, чтобы считать данный фрагмент несколько неточно сформулированным и относить его отнюдь не к законным предписаниям *об опеке*, а только к предписаниям, которые касаются общего оборота недвижимости, таким как установление ипотеки, судебная конфирмация, официальное объявление и т.п.

3. Под конец необходимо упомянуть еще о личных правоотношениях опекуна.

Только закон, действующий в месте жительства опекуна, может быть решающим относительно обязанности принятия опеки или допустимого отказа от нее.

К обязательствам, в которые вступает опекун вследствие осуществления опеки, следует относить вышеназванные принципы подсудности и связанного с нею местного права (§ 370, п. 2; § 372).

Недавно из соображений целесообразности утверждали, что суд, осуществляющий надзор за опекой, всегда должен считаться компетентным, если он отличен от личного судьи опекуна, а также от суда, которому следовало бы приписать особое *forum gestae administrationis*⁴⁸⁷. Столь общее утверждение уже оттого внушает сомнения, что всегда придется учитывать судоустройство каждой страны. А в некоторых местах его придется даже отвергнуть как невозможное, а именно там, где суд, осуществляющий надзор за опекой, вовсе не обладает обычной гражданской юрисдикцией.

§ 381. VI. Формы юридических сделок (*locus regit actum*)

После того как относительно применимого местного права поочередно были проверены отдельные правоотношения, осталось представить еще особую норму права, которую следовало рассмотреть

⁴⁸⁷ *Mühlenbruch*, Archiv, Bd. 19, S. 362–365.

отдельно и в конце всего исследования, потому что она применяется к большинству наиболее важных из рассмотренных правоотношений.

Это правило касается позитивных форм волеизъявления, нередко предписываемых для юридических сделок⁴⁸⁸. Как раз здесь весьма часто встречаются коллизии различных местных прав, и притом самых разных видов. Один закон может предписывать позитивную форму как обязательную, другой — нет; кроме того, оба закона могут предписывать формы, однако разные. Во всех случаях подобного рода возникает вопрос о том, какое местное право применимо к определенной юридической сделке, имея в виду ее форму; во многих случаях только это будет указывать на действительность или недействительность сделки.

Если мы посмотрим на вопрос с общей точки зрения, с которой до сих пор велось все исследование, то ответ едва ли вызовет у нас сомнения. Нам следует, кажется, определять требуемую форму по тому местному праву, которому вообще подчиняется юридическая сделка согласно до сих пор высказанным правилам. Следовательно, договоры должны были бы заключаться в соответствии с формами, предписываемыми законом условленного места исполнения, завешания составляться согласно формам, имеющим силу в месте жительства завещателя, браки заключаться согласно формам, предписанным в месте жительства мужа. Соблюдение этих правил не вызывает ни сомнений, ни трудностей, если юридическая сделка совершается именно в данных местах. Однако весьма часто бывает так, что совершение сделки происходит в совсем другом, возможно, весьма удаленном месте, и следствием этого обстоятельства могут быть самые большие трудности.

В месте, где осуществляется юридическая сделка, часто будет весьма трудно достоверно узнать предписываемые законом формы того другого, собственно говоря, решающего места или, если они известны, применить их; это последнее будет даже часто совершенно невозможно, что наглядно демонстрируется следующим примером. Если пруссак заболит во Франции и пожелает составить завешание, то для этого, согласно предварительно высказанному выше правилу, ему потребовалось бы участие суда, поскольку прусское право не признает никаких завешаний, кроме судебных. Однако во Франции ни один суд не вправе участвовать в составлении завешания, поскольку этим делом надлежит заниматься исключительно нота-

⁴⁸⁸ О природе этих форм ср. выше, § 130, 131.

риусам⁴⁸⁹. Поэтому названный пруссак вынужден будет полностью отказаться от составления завещания, от чего, возможно, сильно пострадает его семья.

Естественно, принимая во внимание суровость, заключающуюся в этих обстоятельствах, из-за которых сделки иногда будут совершенно невозможны, а еще чаще — подвергаться опасности недействительности вследствие ненадлежащего осуществления, — и все это в результате предписываемых законом форм, которые, несомненно, введены не ради того, чтобы чинить препятствия обороту и усложнять его, уже с XVI в. возникло общее обычное право (с которым все больше соглашались), которое заменяет предварительно высказанное выше правило и устраняет только что названные трудности. Новое правило выражается так: «*Locus regit actum*» — и означает, что форму юридической сделки следует считать достаточной, если она отвечает закону места своего осуществления, даже если в месте, которое является местонахождением самого правоотношения, закон предписывает другую форму. Данное правило единодушно признают авторы разных времен и наций⁴⁹⁰.

Сначала нам следует подробнее рассмотреть применение этого важного правила к отдельным видам правоотношений. Поскольку обычно оно выражается весьма общо, можно было бы легко предположить, что оно применимо ко всем отношениям и что такое применение будет столь же важным, сколь и частым. Более подробное рассмотрение до некоторой степени ограничит это предположение.

I. К статусу лица как такового названное правило едва ли может применяться, поскольку в этом случае простое волеизъявление (правило касается только его формы, предписываемой законом) не будет иметь значения. Так, было бы совершенно неправильно полагать, что несовершеннолетний мог бы добиться совершеннолетия, а обесчещенный — восстановления чести в другой стране благодаря решению верховной власти этой страны согласно правилу *locus regit actum*. Ведь эти изменения статуса достигаются отнюдь не волеизъявлением участвующей стороны, так что позаботиться следовало бы только о его надлежащей форме. Они могут, напротив, вытекать только из добровольного решения высшей государственной власти, притом той власти, которой участвующее лицо подчиняется как подданный.

⁴⁸⁹ Code civil, art. 971–979.

⁴⁹⁰ *P. Voet.*, sect. 9, c. 2, § 9; *I. Voet.*, § 13–15; *Hert.*, § 10, 23; *Eichhorn*, Deutsches Recht, § 37; *Story*, § 260, 261; *Foelix*, p. 97 fg.; *Schäffner*, § 73–85; *Wächter*, II, S. 368–380, 405 fg.

II. Указанному правилу нельзя приписать также большое влияние в юридических сделках, касающихся вещного права, по следующей причине. Нужно вспомнить об одном кардинальном различии действий человека, которое выше упоминалось в другом контексте (§ 370). Существуют действия, которые как таковые одинаково возможны всюду, так что только от случайных обстоятельств зависит то, происходят они здесь или там. К ним относятся обязательственные договоры, составление завещания и т.п. Но существуют и другие действия, которые в соответствии со своим характером могут совершаться только в одном месте. К ним относится большинство наиболее важных действий из области вещного права. В нем всюду господствует *lex rei sitae* (§ 366), и даже имеющие большое влияние действия обычно настолько сильно связаны в нем с самой вещью, что их можно подразумевать лишь там, где сейчас находится вещь. Сюда относятся прежде всего традиция, а также ряд чисто формальных действий, таких как судебная передача права собственности, запись в ипотечные книги и т.п., которые возможны только в органе власти, связанном с определенным местом. Правило *locus regit actum* касается, согласно своей природе, только действий первого вида, потому что только здесь место совершения действия случайно может отличаться от подлинного местонахождения правоотношения и тем самым нуждаться в искусственной помощи. И именно поэтому оно не применяется к большинству наиболее важных действий, касающихся вещного права. Данное замечание не ограничивается недвижимым имуществом, напротив, оно справедливо также для движимого имущества, традицию которого тоже можно совершить только там, где оно сейчас находится. Только в случае движимого имущества это обстоятельство менее важно и заметно, потому что владелец в любой момент может произвольно изменить место такового, вследствие чего оно мгновенно подчинится новой *lex rei sitae*.

Стало быть, причина неприменимости названного правила к вещным правам в основном та же, что и в случае статуса лица как такового. Она заключается в том, что в вещных правах воля как таковая не является решающей, а все зависит от отношения, в которое лицо вступает с вещью как предметом вещного права. Это отношение может заключаться, согласно определению некоторых позитивных прав, в том числе в простом волеизъявлении, но само по себе данное обстоятельство случайно, чуждо сущности вещного права.

III. Ничто не препятствует самому широкому применению нашего правила к обязательствам, преимущественно к обязательственным

договорам⁴⁹¹, хотя о таком применении говорят реже. Несколько примеров наглядно продемонстрируют это.

В некоторых законах для обязательственных договоров по поводу недвижимого имущества требуются особые формы (которые абсолютно отличаются от передачи собственности), в то время как римскому праву подобные формы неизвестны. Согласно нашему правилу не вызывает сомнений, что о действительности подобного действия судить следует по закону места, где заключается договор, не принимая во внимание *lex rei sitae*. Я особо выделяю этот случай, чтобы обратить внимание на то, что Прусское земское право прямо предписывает обратное⁴⁹². В этом, следовательно, заключается единственное решительное, намеренно и сознательно предписанное исключение из правила *locus regit actum*.

О доказательственной силе торговой книги судить следует согласно закону места, где книга ведется⁴⁹³. Правда, эта доказательственная сила, как представляется, относится к процессуальному праву и поэтому должна подчиняться закону местонахождения суда. Однако доказательственная сила здесь неразрывно связана с формой и действительностью самой юридической сделки, которую в этом случае следует считать превалирующей. Иностранец, который вступает в сделку с коммерсантом того места, в котором торговые книги имеют силу, подчиняется его местного праву.

О формальной действительности каждой отдельной вексельной подписи судить необходимо по праву того места, где эта подпись была поставлена⁴⁹⁴.

IV. Наиболее важным и с давних пор больше всего обсуждаемым применением нашего правила является применение к составлению

⁴⁹¹ *Wächter*, II, S. 405.

⁴⁹² Земское право (I, 5, § 115): «Во всех случаях, в которых собственность, владение или пользование недвижимым имуществом является предметом договора, из-за формальностей должны соблюдаться законы места, где находится имущество». Прусское право требует для всех договоров по поводу недвижимого имущества письменного оформления, о чем, конечно, не говорится напрямую, но что все же бесспорно следует из I, 5, § 135; I, 10, § 15–17; I, 21, § 233, а также из того, что предмет подобных договоров почти всегда будет дороже 50 талеров (I, 5, § 131). Зато правилом для договоров вообще считается положение *locus regit actum* (I, 5, § 111), и это правило признается в договорах о движимом имуществе, заключенных за границей, даже если иск подается в прусский суд (I, 5, § 148).

⁴⁹³ Решение Высшего апелляционного суда Касселя от 1826 г. (*Seuffert*, Archiv, Bd. 1, Num. 132).

⁴⁹⁴ Решение Ревизионной палаты Берлина от 1844 г. (*Seuffert*, Archiv, Bd. 2, Num. 121).

завещания, когда завещатель случайно находится вне своего места жительства. В данном случае в отношении самого правила уже давно существует общее согласие⁴⁹⁵.

Но в этом применении встречаются два отклонения. Так, хотя в сфере английского права наше правило должно иметь силу, но все же завещание не должно оказывать воздействие на недвижимое имущество, находящееся за границей⁴⁹⁶. Тем не менее различие движимого и недвижимого имущества для применения данного правила кажется еще менее целесообразным и обоснованным, чем в других сферах. Один автор нового времени добавляет следующее ограничение. Завещание должно быть действительным, когда завещатель умирает за границей. Если же он возвращается на родину, то оно утрачивает свою силу, по крайней мере в том случае, когда этот вид завещаний неизвестен отечественному праву⁴⁹⁷. Я думаю, что данное ограничение не может быть принципиально оправдано, и оно, кажется, не нашло поддержки у других. И все же осмотнительный глава семейства составил бы, пожалуй, новое завещание на родине, чтобы с полной уверенностью предотвратить любое возможное возражение в этом отношении в будущем.

V. Общепринято, что к заключению брака следует применять наше правило⁴⁹⁸. И все же это вызывает у меня сомнения. Когда жители одной страны, закон которой для заключения брака требует лишь соблюдения юридических формальностей, заключают брак за границей, это не вызывает сомнений. Но иначе обстоит дело с жителями страны, закон которой связывает брак с венчанием в церкви. Ведь подобный закон обладает нравственно-религиозным основанием, стало быть, носит императивный характер (§ 349). На этом основании я считал бы необходимым последующее венчание в церкви на родине, но не потому, что следовало бы предполагать заключение супругами брака за границей *in fraudem legis*: это намерение, возможно, вовсе будет отсутствовать или по крайней мере будет недоказуемым. Но если данное упущение будет восполнено и венчание в церкви состоится, то даже согласно принципам общего права брак ретроактивно все же должен

⁴⁹⁵ Rodenburg, tit. 2, c. 3, § 1–3; Vinnius, Selectae quæst., II, 19; Hert., § 23; Wächter, II, S. 368–380. Во времена Дурантиса вопрос был еще весьма спорным (Durantis, Speculum, tit. II de instrum. edit., § 12, Num. 16).

⁴⁹⁶ Story, § 474, 478.

⁴⁹⁷ Eichhorn, Deutsches Recht, § 37.

⁴⁹⁸ Hert., § 10; Schäffner, § 100, 101; Story, § 121 fg. Примечательно, что теория и практика английского права именно в этом применении кажутся вовсе не вызывающими сомнений.

считаться действительным. К уже существующему браку иностранных лиц-имигрантов названный строгий принцип ни в коем случае не может относиться. Ведь закон упомянутого здесь содержания с его императивным характером касается только вступления в брак, а не продолжения уже существующего.

В заключение следует добавить еще несколько общих замечаний.

Некоторые утверждали, что наше правило не имеет силы, когда сделку совершали за границей с целью обхода национальных законов (*in fraudem legis*), например чтобы избежать у себя в стране больших торговых издержек, использования гербовой бумаги и т.п.⁴⁹⁹ Другие справедливо отвергали это ограничение⁵⁰⁰. Подобные сделки в обход закона можно предотвратить другим путем, в частности посредством денежных штрафов, а ставить действительность сделки в зависимость от этого нет достаточных оснований; для этого требовался бы по меньшей мере один позитивный закон.

Весьма важный вопрос касается подлинного места нашего правила. Нужно ли безусловно соблюдать форму, установленную в месте совершения действия, или она чисто факультативна, так что действующее лицо может выбрать, соблюсти эту форму или форму места, к которому, собственно говоря, относится юридическая сделка?⁵⁰¹ Если взглянуть на причину введения нашего особого правила (простое благоприятствование и облегчение), то не может вызывать сомнений, что его следует считать необязательным, т.е. разрешить право выбора. И это право чаще всего признавали⁵⁰².

Если, стало быть, житель страны, живущей по римскому праву, в Париже захочет составить завещание, то он сможет использовать одну из нескольких форм французского права, но он сможет также составить завещание и в присутствии семи свидетелей. И в этом последнем случае его завещание будет действительным на родине, — само собой разумеется, при наличии доказательства надлежащего соблюдения предписанной формы. Если жители страны, где для вступления в брак

⁴⁹⁹ *I. Voet.*, § 14; *Foelix*, p. 105.

⁵⁰⁰ *Schäffner*, § 85.

⁵⁰¹ Вопрос можно поставить только в таком виде, поэтому речь не может идти о том, чтобы разрешать совершенно свободный выбор между *lex domicilii, rei sitae* и т.п. Однако так, кажется, вопрос понимает И. Воэций (*I. Voet.*, § 15).

⁵⁰² *Rodenburg*, tit. 2, c. 3, § 2, 3; *Hert.*, § 10, 23 (несколько неуверенно); *Foelix*, p. 107 fg.; *Schäffner*, § 83 (неуверенно); *Wächter*, II, S. 377–380.

требуется венчание в церкви, заключают брак в стране, где предписана юридическая форма, а не венчание, и здесь венчаются, не соблюдая предписанную юридическую форму, то их брак действителен, потому что они использовали форму своей родины, т.е. подлинного, постоянного местонахождения их брака⁵⁰³.

§ 382. VI. Формы юридических сделок (*locus regit actum*) (продолжение)

До сих пор особая норма права о применимой форме юридических сделок рассматривалась с позиции общего обычного права, которая возникла из общепризнанной потребности и была усовершенствована правоведами. Осталось ответить еще на вопрос о том, как относится позитивное законодательство к названному правилу — сначала законодательство, лежащее в основе общего права (римское и каноническое право), затем некоторые новые.

С давних пор некоторые авторы пытались вывести названное правило из источников писаного общего права, однако другие справедливо замечали, что эти попытки безуспешны⁵⁰⁴. Обзор фрагментов из законов, приводимых в связи с этим правилом, подтвердит указанное мнение, вследствие чего, впрочем, истинность и достоверность самого правила вовсе не должны пострадать.

1. *L. 9 C., de testamentis* (6. 23). Этот фрагмент более всех остальных из приведенных кажется связанным с нашим правилом, и все же он его не обосновывает.

Было составлено завещание без соблюдения известного правила римского права, согласно которому при этом требуется непосредственное присутствие свидетелей рядом с завещателем⁵⁰⁵. На запрос Патроклии (вероятно, назначенной наследницы) императоры отвечают, что завещание ничтожно «*si non speciali privilegio patriae tuae juris observatio*

⁵⁰³ Признано решением Высшего апелляционного суда Дрездена от 1845 г. (*Seuffert*, Archiv, Bd. 2, Num. 5).

⁵⁰⁴ *Wächter*, I, S. 246.

⁵⁰⁵ *L. 9 cit.*: «in conspectu testatoris»; *L. 30 C., eod.*: «sub praesentia ipsius testatoris»; *L. 3 C. Th., de test.*: «praesentes videant subscriptores» (ср.: *Glück*, Bd. 34, S. 292).

⁵⁰⁶ Здесь «*privilegium*» означает городское право или отдельный его элемент, которые конституцией императора были предоставлены городу, о котором здесь идет речь.

relaxata est». Слабая видимость отношения этого фрагмента к нашей норме права заключается в словах «*patriae tuae*», которые, кажется, указывают на коллизию разных местных прав. Однако эта видимость снова исчезнет, если принять во внимание, что *patria* наследницы все-таки никоим образом не могла быть решающей, а где было составлено завещание, не говорится. Вероятно, усопший составил завещание на своей родине, которая была также и родиной наследницы. Тогда речь вовсе не идет о применении нашего правила, напротив, в таком случае во фрагменте содержится и без того несомненное положение, что при коллизии партикулярное право имеет преимущество перед общим.

2. *L. 2 C., quemadm. test. aper. (6. 32)*. Отец, отсутствующий в месте жительства, передал своему сыну перед смертью завещание, которое поручил ему доставить на родину. Императоры отвечают, что при открытии завещания перед городской курией должны соблюдаться действующие там законы и обычаи. При этом не идет речь о коллизии местных прав, а высказывается только несомненное положение, что в судебном действии должен соблюдаться закон места.

3. *L. 1 C., de emanc. (8. 49)*. Мужчина, не являющийся гражданином города, эманципировал своего сына перед дуумвирами этого города, и действительность данного действия вызывала сомнение, которое обосновывалось тем, что вообще, как правило, муниципальные магистраты не обладали *legis actio* и только в виде исключения благодаря привилегии могли добиться этого⁵⁰⁷. Императоры отвечают, что действительность действия зависит от содержания городского закона. Если он предоставляет *legis actio* дуумвирам, и притом в таком объеме, что они могут совершать это даже в отношении чужеземцев, то действие действительно. Здесь нет ни следа от коллизии местных прав.

4. *C. 1 X. de spons. (4. 1)*. Саксонец женился на уроженке Франконии и при этом соблюдал не саксонские, а франкские обычаи. После того как он прожил с нею многие годы и у них родились дети, он сослался на упомянутую ошибку при заключении брака, изгнал жену и взял в жены другую женщину. Церковный собор объявляет это преступление наказуемым, попытку второго брака ничтожной и предписывает восстановить первый брак. Но здесь речь не идет о коллизии местных прав, в частности место заключения брака вовсе не упоминается. Решение обосновывается тем, что первый брак был действительным и нерасторжимым с точки зрения канонического права и что при этом

⁵⁰⁷ Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 1, § 27.

соблюдение тех или иных обычаев гражданского права следовало считать совершенно неважным.

В проекте Французского кодекса было следующее положение: «La forme des actes est réglée par les lois du lieu, dans lequel ils sont faits ou passés». В самом Кодексе этот фрагмент был опущен, но не потому, что его сочли неправильным или сомнительным, а, наоборот, именно потому, что он казался настолько достоверным и известным, что его включение сочли излишним⁵⁰⁸. Некоторыми случаями применения, в которых предполагается действие нашей нормы права, являются следующие:

1) когда француз или иностранец совершает *acte de l'état civil* за границей в соответствии с общепринятыми в этой стране формальностями, названный *acte* должен считаться действительным и во Франции⁵⁰⁹;

2) французы могут заключать действительный брак за границей в соответствии с формальностями, принятыми в том месте, где они находятся⁵¹⁰. Законы о предварительном оглашении брака и условиях действительного брака это положение не затрагивают;

3) француз, который хочет составить завещание за границей, может сделать это на выбор двумя способами: либо собственноручно составив и подписав (как во Франции), либо посредством *acte authentique* согласно формальностям, общепринятым в месте составления завещания⁵¹¹.

Общее признание правила *locus regit actum* отсутствует в прусском праве. Чисто кажущееся отклонение от правила содержится в § 33 Введения к Общему земскому праву. Этот фрагмент говорит не о том, что иностранцам разрешается не соблюдать форму, введенную отдельным статутом, или что действие, совершенное таким образом, будет недействительным, а о том, что только местные жители, а не иностранцы обязаны соблюдать статут⁵¹².

⁵⁰⁸ Foelix, p. 111.

⁵⁰⁹ Code civil, art. 47.

⁵¹⁰ Ibid., art. 170.

⁵¹¹ Ibid., art. 999 (cp. art. 1317).

⁵¹² Двусмысленность заключается в словах «распространяются только на действия» и т.п., а именно считаются *обязывающими* только в подобных действиях, поскольку они считаются допустимыми и достаточными и для иностранцев.

В договорах оно признает это правило действительным и считает его в целом распространяющимся на движимое имущество; в отношении же недвижимого имущества оно в виде исключения считает его недействительным, требует, напротив, исключительного соблюдения формы, предписываемой *lex rei sitae* (§ 381, сн. 492).

В Земском праве нет предписаний о формах завещаний, составленных за границей. Из этого один новый автор делает вывод, что единственным правилом должно служить общее положение о судебном завещании, а наше правило не может применяться⁵¹³, что равносильно тому, что пруссак в некоторых странах, например во Франции, не сможет составить завещание. По следующим причинам я непременно должен оспорить данное утверждение. Когда составляли Общее земское право, среди немецких юристов наше правило (притом именно в отношении завещаний) относилось к самым известным и самым определенным положениям. И совершенно невероятно, чтобы такое правило намеревались обойти простым молчанием.

В 1823 г. была введена новая форма завещаний ради удобства персонала прусских посольств, который находится за границей⁵¹⁴. Это положение своим содержанием и формой выражения, а также введением к закону объявляет себя совершенно новым, позитивным предписанием. А ему предшествует следующий вступительный фрагмент:

«§ 1. Завещательные распоряжения наших посланников... должны быть *и впредь, как до сих пор*, действительными по своей внешней форме тогда, когда отвечают законам того места, где были составлены».

Спрашивается, что означают слова «и впредь, как до сих пор»? Ведь в Земском праве ничего не сказано о форме завещаний за границей. Зато издавна общее право Германии содержало нашу норму права, и притом не отдельно для посланников, а для всех граждан страны, которые желали составить завещание за границей. Смысл всего фрагмента, стало быть, следующий. Посланники, как и все другие жители, могут составлять за границей завещание согласно формальностям места, где они находятся. Это право, которым они и без того обладают наравне со всеми другими жителями страны, им разрешают осуществлять *и впредь, как до сих пор* (§ 1). А для их удобства теперь должна быть введена еще новая форма завещаний и наряду с той прежней предоставлена для свободного выбора (§ 2).

⁵¹³ Koch, Preußisches Recht, § 40, Note 18.

⁵¹⁴ § 2 Закона от 3 апреля 1823 г. (Gesetzsamml., 1823, S. 40).

В 1824 г. с Веймаром был заключен Договор о взаимных правоотношениях подданных, и за ним последовали многие подобные или совершенно аналогичные договоры с другими соседними государствами (§ 374, сн. 412). В ст. 34 названного Договора⁵¹⁵ сказано: «Обо всех юридических сделках между живыми людьми *и на случай смерти* судят (что касается их действительности — учитывая их форму) в соответствии с законами того места, где они совершены». Это положение явно не является любезностью, уступкой по отношению к соседним государствам, ведь оно должно иметь силу для обеих сторон. Кроме того, оно задумывалось не как новое изобретение, а в связи с общим принципом права, который также следует из часто повторяемых идентичных формулировок. А этим правовым принципом могло быть не что иное, как древнейшее, с давних пор действующее во всей Германии правило *locus regit actum*, которое благодаря этому, стало быть, получает самое несомненное признание со стороны нашего законодательства.

⁵¹⁵ Gesetzsammlung, 1824, S. 154.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

ВРЕМЕННЫЕ ГРАНИЦЫ ГОСПОДСТВА НОРМ ПРАВА НАД ПРАВООТНОШЕНИЯМИ

§ 383. Введение

Chabot de l'Allier, Questions transitoires sur le Code Napoléon, Paris, 1809, 2 vol. in 4.

Weber, Über die Rückanwendung positiver Gesetze, Hannover, 1811.

Meyer, Principes sur les questions transitoires, Amsterdam, 1813.

Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht, Hannover, 1818.

Struve, Über das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit, Göttingen, 1831⁵¹⁶.

Задачей третьей книги этой системы права стало установление области, в которой нормы права должны господствовать над правоотношениями, и границ этой области (§ 344). Подобное установление границ может быть необходимым в двух отношениях в зависимости от того, подразумевается ли, что разные нормы права имеют силу наряду друг с другом или друг за другом. О первом виде — определении местных границ — речь шла до сих пор (глава первая). Остался второй вид установления границ, касающийся границ во времени.

При этом предполагается, что в том же самом месте в два разных промежутка времени действуют разные нормы права, с которыми данное правоотношение или отдельный правовой вопрос связаны таким образом, что возникает сомнение, какая из названных двух норм права должна быть главной при решении вопроса. Итак, подобный спор двух норм права о главенстве всегда предполагает происшедшее изменение. А это изменение, если оно должно относиться

⁵¹⁶ Многие другие сочинения названы у Бергманна (*Bergmann*, S. XXI–XXIV).

к сфере последующего исследования, следует точнее определить как изменение самих норм права (объективного права), а не просто изменение фактических условий правоотношения (субъективного права), поскольку именно изменения этого последнего вида уже рассматривались в связи с местными границами господства⁵¹⁷. Таким образом, в последующем исследовании мы предполагаем правоотношение, которое само по себе осталось без изменений, но которому противостоят две нормы права, различные по времени и оспаривающие главенство над правоотношением.

Изменение норм права, которое здесь подразумевается в качестве основания и условия всех вопросов временных коллизий, может происходить в следующих видах:

1) издание отдельного нового закона, предметом которого является именно данное правоотношение;

2) составление нового кодекса, т.е. совокупности норм права, где и данное правоотношение получит новые предписания⁵¹⁸;

3) принятие иностранного кодекса в целом вместо до сих пор действовавшего права⁵¹⁹;

4) отрыв местонахождения правоотношения от его прежнего государственного объединения и принятие его в другое с подчинением всему праву этого нового государства; в данном случае новое принятое право может заключаться в целом кодексе, или же (и, возможно, наряду с кодексом) в отдельных законах, или даже в отдельных правилах обычного права⁵²⁰.

Какими бы разными ни были эти случаи в их широком и важном применении, однако принципиально они одинаковы в том, что касается рассматриваемого здесь коллизионного вопроса. Во всех указанных случаях вопрос коллизии можно предрешить посредством особых законодательных актов, а в трех последних случаях для этого имеется особый повод. Подобные законы называют *переходными*, поскольку их предметом является переход от одной нормы права к другой.

⁵¹⁷ См. выше, § 344 (в конце).

⁵¹⁸ Такой случай имел место в Константинополе с 529 по 534 г., в Пруссии — в 1794 г., во Франции — в 1804 г., в Австрии — в 1812 г.

⁵¹⁹ Как это произошло с Кодексом Наполеона в некоторых землях Германии и за ее пределами под влиянием французского превосходства в силе.

⁵²⁰ Примеры такого вида изменений имели место при уступке многих земель Франции позднее, когда Пруссия отчасти получила обратно прежние провинции, отчасти приобрела новые земли, но не при уступке левого берега Рейна германским государствам, потому что тогда французское право было сохранено.

Когда Юстиниан опубликовал Институции и Дигесты, он придал им обратную силу⁵²¹. Однако в этом не заключалось ни выражение постоянного принципа обратной силы, ни установление подлинного исключения, поскольку эти сборники предназначались не для создания нового права, а для закрепления и очищения существующего. В этом можно усмотреть своего рода аутентичную интерпретацию существующего права в целом, что, само собой, должно было обладать обратной силой (§ 397).

Ни одно законодательство не сделало так много для решения этого коллизийного вопроса, как прусское⁵²², и я хочу здесь сразу дать обзор прусских переходных законов, чтобы в дальнейшем на них можно было легко сослаться. Самым давним из них является Указ о публикации Общего земского права от 5 февраля 1794 г.⁵²³, в § 8–18 которого содержатся подробные переходные положения. За этим следуют такие законы, благодаря которым прусское законодательство отчасти впервые вводилось в новоприобретенных землях, отчасти восстанавливалось на возвращенных территориях:

– в 1803 г. – в княжестве Хильдесхайм и г. Госларе (*Stengel*, Beiträge, Bd. 17, S. 194);

– в 1803 г. – в Падерборне и Мюнстере (*Stengel*, Bd. 17, S. 235);

– в 1803 г. – в Эйхфельде, Эрфурте, Мюльхаузене, Нордхаузене (*Stengel*, Bd. 17, S. 253);

– в 1814 г. – в прежних прусских провинциях за Эльбой (*Ges. Samml.*, 1814, S. 89);

– в 1816 г. – в Западной Пруссии (*Ges. Samml.*, 1816, S. 217); в Польше (*Ges. Samml.*, 1816, S. 225); в герцогстве Саксония (*Ges. Samml.*, 1816, S. 233);

– в 1818 г. – в анклавах (*Ges. Samml.*, 1818, S. 45);

– в 1825 г. – в герцогстве Вестфалия (*Ges. Samml.*, 1825, S. 153).

При этом следует отметить, что указы о введении от 1803 г. во многом представляют собой только сокращенные повторения Указа от 1794 г., в то время как в изданных после 1814 г. указах содержатся некоторые своеобразные и отличные положения.

⁵²¹ L. 2, § 23, L. 3, § 23 C., de vet. j. enucl. (l. 17). Немного иначе звучит § 3 конституции *Summa* о Кодексе (ср.: *Bergmann*, § 14).

⁵²² В австрийском Указе о введении этому вопросу посвящены только несколько положений. В некоторых статьях Французского кодекса встречаются переходные положения (например, ст. 2281); кроме того, одновременно с *Code* отдельно издали некоторые переходные законы, а именно об усыновлении, расторжении брака, внебрачных детях.

⁵²³ Им предворяются все издания Земского права.

§ 384. Два вида норм права

Во главу этого учения обычно ставят принцип, претендующий на всеобщее действие, который у отдельных авторов выражается по-разному, что в большинстве случаев можно все-таки свести к двум следующим выражениям:

- 1) новым законам нельзя приписывать обратную силу;
- 2) новые законы не должны затрагивать приобретенные права.

Ни истинность этого принципа, ни его важность оспариваться не будут. Тем не менее его господствующее понимание и изложение нельзя признать удовлетворительными, поскольку обычно его считают общеприменимым, в то время как он верен только для одного рода норм права, а для другого — совершенно нет.

На первый взгляд можно было бы склониться к приданию обозначенной здесь противоположности мнений большего значения, чем она заслуживает на самом деле, поскольку можно было бы подумать, что осуждаемая здесь трактовка вопроса должна была бы привести к тому, что встречающиеся практические вопросы права по большей части решались бы неправильно. Но это не так. Там, где можно было бы ожидать столь опасный, имеющий решающее значение результат, который тогда при попытке строгого осуществления оказался бы невозможным, это затруднение обычно устраняют посредством того, что утверждают исключения из мнимого общего принципа. Именно такой выход из положения посредством простых исключений является тем, что здесь следует полностью отвергнуть, что будет подробно объяснено ниже (§ 398). Таким образом, я вынужден настаивать на высказанном возражении против обычно принимаемого общего действия названного принципа, хотя это ошибочное допущение влечет за собой гораздо меньшую опасность практических последствий, чем можно было бы полагать.

Чтобы точнее ограничить область, в которой на самом деле следует признать названный принцип, я должен подробнее остановиться на разном содержании норм права, возможными изменениями которых нам предстоит заниматься во всем предстоящем здесь исследовании (§ 383).

Первая разновидность норм права касается *приобретения прав*, т.е. связи права с отдельным лицом или превращения (абстрактного) института права в (личное) правоотношение⁵²⁴. Природу этих норм

⁵²⁴ См. выше, т. I, § 4, 5.

права и их возможных изменений наглядно представят следующие примеры. Если в некоей стране до сих пор собственность можно было отчуждать и приобретать посредством простого договора, а новый закон для отчуждения требует традицию, то изменение нормы права затрагивает только вопрос о том, при каких условиях отдельное лицо может приобретать собственность на вещь, стало быть, делать *своим* правом; равным образом — когда до сих пор все обязательственные договоры можно было полноценно заключать в устной форме, а новый закон предписывает, что в случае предмета, стоимость которого превышает 50 талеров, только письменный договор обладает исковой силой.

Вторая разновидность норм права касается *существования прав*, т.е. признания института права в целом, что всегда должно предполагаться, прежде чем можно будет вести речь об отношении к отдельному лицу или о преобразовании института права в правоотношение. В свою очередь, правила для этой разновидности также бывают двух видов, которые различаются своим охватом, но одинаковы по существу и поэтому в отношении нашего нынешнего исследования занимают совершенно одинаковое положение.

Некоторые из этих норм права касаются *существования* или *несуществования* института права (например, если в государстве до сих пор признавали римское рабство, или германское крепостное право, или право на десятину, а новый закон упраздняет один из этих институтов права, объявляет невозможным, лишает его, стало быть, правовой защиты).

Другие из этих правовых норм касаются, правда, не существования или несуществования, а, пожалуй, *того или иного вида* института права, стало быть, наряду с общим продолжением существования его внутреннего изменения. Сюда относятся следующие случаи. Вместо собственности со строгой виндикацией (согласно римскому праву) новый закон предписывает, что собственность должна защищаться не виндикацией, а только исками о защите владения и обязательствами. Вместо до сих пор неизменной десятины новый закон предписывает, что каждая сторона в одностороннем порядке может требовать выкупа предметов десятины. Именно сюда же относится известный закон Юстиниана о собственности. Столетия существовали два вида собственности: *ex jure quiritium* и *in bonis*. Новым законом Юстиниан отменил эти два вида, так что впредь должна была существовать только одна собственность, притом с полноценным действием, в связи с чем исчезла существовавшая до тех пор особенность *res Mancipi* и *fundus Italicus*.

Следует повторить, что эти два упомянутых последними вида норм права касаются существования прав, что они, следовательно, совершенно однородные и что у нас нет повода для того, чтобы различать их в ходе данного исследования. Их естественное различие было упомянуто лишь для того, чтобы показать наглядно, в каком объеме и какими разнообразными следует мыслить нормы права, касающиеся существования прав, и чтобы предотвратить любое возможное сомнение относительно этого объема.

К представленному здесь различию двух видов норм права, касающихся приобретения или существования прав, необходимо добавить некоторые дополнительные замечания⁵²⁵.

Что касается прежде всего названия этих двух разновидностей правил, то я выбрал такие, которые кажутся преимущественно понятными сами собой. Можно было бы пытаться различать их также посредством того, что одну разновидность отнесли бы к праву в субъективном, а другую — к праву в объективном смысле⁵²⁶, или так, что одна разновидность была бы связана с моментом постоянства (перманентности) правоотношений, а другая — с моментом их изменчивости.

Граница между обеими разновидностями норм права не всегда бывает несомненной, поскольку в случае некоторых из них может оказываться неясным, относится ли она к одной или другой разновидности. Подобные сомнения должны устраняться только путем подробного рассмотрения смысла и цели новых законов (§ 398).

Первая разновидность норм права относилась к приобретению прав, однако сюда входит также и их утрата, прекращение правоотношений (их отрыв от лица прежнего владельца), что не было выражено только из соображений краткости⁵²⁷. В большинстве наиболее важных случаев и то, и другое и без того происходит совершенно в одно и то же время (например, при отчуждении, приобретении в силу давности, прекращении обязательства), ведь в этих случаях одна сторона всегда приобретает именно то, что утрачивает другая. Но также в редких и менее важных

⁵²⁵ Чтобы эта классификация норм права, на которой основывается все последующее исследование, не считалась неполной и недостаточной, необходимо здесь сразу заметить, что данное исследование ограничено материальным частным правом, стало быть, не включает в себя публичное право (особенно уголовное право) и процессуальное право. Это такое же ограничение, которое уже было указано выше для местных границ (§ 361, сн. 165), как, впрочем, и для всей данной системы права (т. I, § 1).

⁵²⁶ См. выше, т. I, § 4, 5.

⁵²⁷ Поэтому данную разновидность можно было бы назвать *правилами для юридических фактов* (см. выше, т. II, § 104). Я не использовал это выражение как слишком абстрактное.

случаях, когда происходит только утрата самого права (например, при дереликции), не вызывает сомнений, что о коллизии законов во времени судить следует точно так же, как и при приобретении.

Природа некоторых прав, таких как право собственности в цепочке наследований, рабство в цепочке рождений, предполагает бесконечную продолжительность, так что их полное прекращение может наступить лишь благодаря случайным обстоятельствам, в противоположность другим правам, таким как почти все обязательства, узуфрукт, семейные отношения, которым уже по самой их природе уготовано временное существование. В обоих случаях коллизионный вопрос решать следует одинаково. Только не следует не признавать того, что правила, касающиеся существования прав, а потому и основные положения об их коллизии гораздо важнее в случае прав бесконечной продолжительности, чем в случае временных.

Если спросить о том, какая из этих двух разновидностей норм права важнее сама по себе, а также в отношении возможных коллизий, то ответ будет разным в зависимости от избранной точки зрения. С одной стороны, новые законы о существовании прав важнее, поскольку они глубже затрагивают общее состояние права, в частности изменяют ныне существующее. А с другой стороны, новые законы о приобретении прав оказываются важнее в том отношении, что о них чаще говорят и что они чаще доходят до сознания. Ведь они представляют собой основу юридических действий — юридических сделок⁵²⁸, стало быть, всего оборота. Поэтому именно коллизионный вопрос в их случае и важнее, и запутаннее, и эта причина в особенности побудила меня поставить данную разновидность норм права перед остальными в последующем исследовании.

Для решения поставленной здесь задачи из всего предшествующего рассмотрения вытекает следующий естественный и целесообразный порядок.

Задача сводится к установлению границ во времени господства двух видов норм права.

⁵²⁸ Большинство наиболее важных юридических фактов заключаются в свободных действиях, однако не все, напротив, среди них встречаются также случайные события, но они в вопросе коллизии вместе со свободными действиями подчиняются совершенно одинаковым правилам. Сюда относятся, например, разные формы акцессии как основание приобретения собственности, смерть определенного лица как основание признания права наследования по закону.

А. Во-первых, для норм права, предметом которых является приобретение прав. При этом прежде всего необходимо представить принцип в его подлинном значении и вместе с тем показать связь старого и нового законодательства, а также привести мнения авторов о принципе.

Кроме того, данный принцип следует применить к отдельным правоотношениям и вопросам права.

Наконец, необходимо представить природу исключений, которые нередко встречаются наряду с этим принципом.

В. Во-вторых, для норм права, предметом которых является существование прав. Последовательность отдельных вопросов подобна порядку в первом классе — только здесь эти вопросы будут иметь более простой вид.

§ 385. А. Приобретение прав. **Принцип**

Теперь необходимо установить принцип коллизии во времени для тех норм права, предметом которых является приобретение прав. В этой области на самом деле следует считать истинным принцип, общее действие которого выше (§ 384) мы вынуждены были отрицать. Я попытаюсь точнее определить его в двух предварительно названных формулах, благодаря чему одновременно наглядно будет показано внутреннее отношение обеих формул друг к другу.

Первая формула звучит так:

Новым законам не следует приписывать обратную силу.

Сначала необходимо обнаружить подлинное значение обратной силы, которую должна отрицать данная формула.

Очевидно, что ее следует понимать не в буквальном, материальном смысле. Этот смысл сводился бы к тому, что происшедшее должно было бы делаться непроизшедшим. А так как это само по себе невозможно, то не нужна норма права для предотвращения этого. Стало быть, обратную силу следует скорее понимать в юридическом, или формальном, смысле, благодаря чему она означает, что закон с обратной силой подчиняет своей власти *последствия* прошлых юридических фактов, стало быть, влияет на эти последствия. А такое обратное действие на последствия прошлых фактов можно представить себе в следующей градации:

А) только на последствия, которые могли бы произойти в будущем с момента появления нового закона;

В) на эти последствия и вместе с тем на те, которые приходится на промежуточное время между возникновением юридического факта и появлением нового закона.

Два примера наглядно продемонстрируют это обратное действие. Если в стране, допускающей без ограничений процентные договоры займа, дают денежный заем под 10%, а через три года в этой стране вводят римское право, которое запрещает проценты выше 6%, то обратное действие первой, более низкой ступени привело бы к тому, что с момента появления нового закона лишние 4% больше нельзя было бы требовать, в то время как проценты, подлежащие уплате за прошедшие три года, остались бы действительными и их можно было бы взыскать и в дальнейшем. Вторая, более высокая ступень далеко идущего обратного действия привела бы к тому, что лишние 4% нельзя было бы требовать ни за прошлые три года, ни в будущем. Далее, если в стране, допускающей отчуждение собственности посредством простого договора, таким образом покупателю продается поместье, а через пять лет новый закон для отчуждения требует традицию, то обратное действие первой ступени привело бы к тому, что покупатель в течение прошедших пяти лет был бы собственником и получал бы плоды как собственник, тогда как отныне он должен был бы перестать быть собственником. Согласно второй ступени, он и в течение прошедших лет был бы несобственником и не по праву получал бы плоды.

Высказанная выше формула (принцип обратной силы) отрицает исключительно действие нового закона на последствия прошлых фактов, притом в любой мысленной градации. Она сохраняет, стало быть, процентный договор займа под 10% как для прошедших трех лет, так и в будущем⁵²⁹. Она оставляет в силе собственность, приобретенную посредством простого договора, не только для прошедших пяти лет, но и в будущем.

Перехожу теперь ко второй формуле, которая звучит так:

Новые законы не должны касаться приобретенных прав.

Тем самым требуется сохранение уже приобретенных прав, или, точнее, сохранение характера и силы правоотношений, однажды им данных.

Некоторые понимали эту вторую формулу так, будто в ней содержится новый независимый принцип, отличный от выраженного

⁵²⁹ Это сохранение в будущем в большинстве случаев будет неважным, поскольку должник может расторгнуть договор займа, а в результате нового закона легко найдет деньги под меньшие проценты. Оно важно в редких случаях, когда нерасторжимость обязательства оговорена на длительный срок.

в первой формуле⁵³⁰. Но на самом деле в обеих формулах проявляется один и тот же принцип, на который взглянули с разных сторон и выразили по-разному. Применение к примерам, уже использованным для первой формулы, продемонстрирует это наглядно. Кредитор благодаря процентному договору займа под 10% получил право требовать проценты в таком размере до тех пор, пока существует заем⁵³¹, и это приобретенное право должно сохраняться, хотя новый закон ограничивает договоры процентного займа меньшей величиной процентов. Благодаря простому договору покупатель поместья приобрел собственность, и это приобретенное право должно сохраниться за ним, хотя новый закон связывает отчуждение с условием традиции.

Формула, нацеленная на сохранение приобретенных прав, требует уточнения в двух отношениях ради защиты от двух возможных, весьма опасных недоразумений.

Во-первых, под приобретенными правами, которые в соответствии с названной формулой должны быть сохранены, следует понимать только правоотношения определенного лица, следовательно, элементы сферы независимого господства индивидуальной воли⁵³², а не абстрактные права всех людей или целых классов людей⁵³³. Несколько примеров наглядно продемонстрируют эту противоположность и вытекающее из нее ограничение применения высказанной формулы. Если в государстве до сих пор не наказуемые дуэли запрещают под угрозой наказания, то вследствие этого все ныне живущие жители лишаются права безнаказанно провести дуэль, которым они пользовались до тех пор. Мгновенное действие этого нового закона не исключается нашей формулой, потому что до тех пор существовавшее абстрактное право всех людей на ненаказуемую дуэль не обладает характером приобретенного права. Точно так же обстоит дело в случае, если в государстве, в котором до тех пор полноценно признавали поручительство женщин, вводят римское право, а вместе с ним *Sc. Vellejanum*, вследствие чего все женщины утрачивают до тех пор существовавшее право на полноценное ручательство. И абсолютно

⁵³⁰ Bergmann, S. 92; Puchta, Vorlesungen, S. 223.

⁵³¹ Было бы совершенно неправильно называть приобретенным правом только право на уже подлежащие уплате проценты. Право на будущие проценты тоже является таковым, но отличается от первого тем, что его осуществление зависит от наступления определенного момента в будущем.

⁵³² См. выше, т. I, § 52, 53.

⁵³³ Bergmann, § 20.

то же самое следует утверждать, если там, где до тех пор совершеннолетие наступало в 21 год, вводят римское право с совершеннолетием, наступающим в 25 лет. Все, кто на момент этого нового закона еще не достиг 21-летнего возраста⁵³⁴, утрачивают из-за него право стать совершеннолетним в данном возрасте и, таким образом, останутся на четыре года дольше в состоянии несовершеннолетнего.

Во-вторых, приобретенные права не следует путать с простыми *ожиданиями*, которые обосновывались до сих пор существовавшим законом, но будут разрушены новым законом. Это разрушение отнюдь не исключается принципом, нацеленным на сохранение приобретенных прав. Так, существующий закон о порядке наследования мог бы вызвать у определенных лиц в семье ожидания, что они будут наследниками по закону другого члена семьи, и они, возможно, могли бы устроить свою жизнь в соответствии с этим ожиданием. И если теперь новый закон о порядке наследования его разрушит, то такое изменение права может весьма сильно помешать им, но наш принцип не исключает подобный результат, поскольку защищает только приобретенные права, а не возникшие ожидания. Точно так же дело обстоит тогда, когда богатый бездетный человек обещает кому-либо назначить его единственным наследником, даже реально составляет завещание и показывает его тому, кому обещал. Это чистое ожидание может быть столь же легко разрушено как новым, изданным при жизни завещателя законом, запрещающим завещания, так и изменением воли завещателя⁵³⁵. Зато было бы неправильно сравнивать в этом случае простое ожидание с правами, которые только еще нельзя *осуществить*, потому что они связаны с условием или приурочиванием ко времени. Они представляют собой настоящие права, поскольку даже при наличии условия наступившее исполнение относится к более раннему времени. Разница заключается в том, что при ожидании всякий результат зависит *только от произвола* постороннего лица, тогда как при *conditio* и *dies* ничего подобного предполагать нельзя⁵³⁶.

Высказанный здесь принцип, вытекающий из двух названных формул, имеет два разных значения, каждое из которых истинно и важно: одно касается законодателя, другое — судьи.

⁵³⁴ Иначе обстоит дело с теми, кто на момент нового закона уже преодолел 21-летний возраст, поскольку для каждого из них совершеннолетие уже стало личным приобретенным правом (см. ниже, § 389).

⁵³⁵ Meyer, p. 32, 33.

⁵³⁶ См. выше, т. II, § 116, 117; Chabot, t. I, p. 128; Meyer, p. 30–32, 172.

Для законодателя названный принцип означает, что он не должен издавать новые законы, имеющие обратную силу, угрожающие приобретенным правам⁵³⁷.

Для судьи значение данного принципа сводится к тому, чтобы любой новый закон, даже если он неопределенно выражен, он толковал и применял так, чтобы ему не была придана обратная сила, чтобы не было нарушено приобретенное право.

Стало быть, если в государстве, в котором до сих пор разрешалось отчуждение посредством простого договора, предписывают традицию в качестве условия отчуждения, этот новый закон будет отвечать только что высказанному требованию благодаря тому, что его будут понимать в следующем смысле: «Тот, кто в будущем захочет отчуждать собственность, должен использовать для этого традицию». В указанном смысле законодатель должен представлять себе новое предписание (пусть и не выражая это дословно), а судья применять его.

До сих пор мы пытались объяснить рассматриваемый принцип в его прямом значении и в разных отношениях, а также установить ему должные рамки. Но при этом еще не был затронут главный вопрос о том, должны ли мы вообще считать его истинным и на каком основании.

Можно было бы попытаться возразить следующим образом. Новый закон всегда издается с убеждением, что он будет лучше прежнего. Поэтому его действие следует распространить как можно шире, чтобы придать ожидаемое лучшее состояние самой широкой сфере. Это понимание немного похоже на упомянутое выше понимание территориального права (§ 348), согласно которому в случае любой местной коллизии законов придерживаться всегда следует только закона собственной страны. Но как тогда этому мнимому принципу необходимо было противопоставить истинный, согласно которому, напротив, любое правоотношение следует оценивать по закону области права, к которой оно относится сообразно своей природе, так и здесь наша задача будет сводиться к тому, чтобы для действия во времени любого нового закона была установлена область его естественного господства. Границы этой естественной области господства нового закона являются тем, что выражается высказанным выше принципом отсутствия

⁵³⁷ Об этом речь идет в L. 65 C., de decur. (10. 31): «*cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare*». Большинство других фрагментов скорее выражают разъяснение для судьи (так, в частности, фрагмент, из которого по большей части дословно была заимствована L. 65 cit., — L. 3 C. Th., de const. (1. 1): «*Omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam imponunt*»).

обратной силы, сохранения приобретенных прав. А истинность этого утверждения вытекает из следующих рассуждений.

Во-первых, крайне важной и желательной является нерушимая вера в господство существующих законов. Под этим подразумевается не вера в их вечное существование, поскольку в зависимости от обстоятельств, напротив, могут быть обоснованы и полезны ожидание и желание совершенствования законодательства. Скорее подразумевается вера в то, что их господство и сила будут неоспоримыми, пока они существуют. Каждый, стало быть, может уверенно рассчитывать на то, что юридические сделки, которые он в соответствии с существующими законами совершит для приобретения прав, будут действительными и в будущем.

Во-вторых, сохранение в любой момент существующих прав и имущества тоже важно и желательно. А этому сохранению, насколько законодательство может на это влиять, способствует высказанный выше принцип, а угрожает противоположный.

В-третьих, противоположный принцип следует отвергнуть уже по той причине, что последовательное его осуществление совершенно невозможно, так что он оказывал бы влияние лишь случайно и непоследовательно (стало быть, уже поэтому неправильно) на отдельные виды юридических сделок, тогда как все другие он не затрагивал бы. Если захотеть строго осуществить такой противоположный принцип, следствием нового закона, который для отчуждения собственности потребовал традицию вместо до сих пор достаточного простого договора, было бы то, что теперь все прошлые отчуждения должны были бы стать недействительными или дополнены недостающей традицией. Полная невозможность подобного правового состояния настолько очевидна, что, несомненно, никто не подумал о том, чтобы в допущение обратной силы закона, которую некоторые, по сути дела, считают правильной и лишь в соответствии с позитивными законами отвергают, включить также эти последствия. Стало быть, вопрос вызвала обратная сила закона вообще, но при этом на самом деле думали только о начатых, еще не завершенных юридических сделках, а именно о ранее заключенных обязательственных договорах, исполнять которые потребуются только после издания нового закона⁵³⁸. Правда, в таком ограниченном при-

⁵³⁸ Именно в этом заключается мнение Вебера (*Weber*, S. 108), который оставляет в силе собственность, приобретенную путем простого договора по прежнему закону, даже когда новый закон требует традицию для отчуждения. Но на самом деле он изменяет своему принципу, поскольку внезапно нелогично и произвольно ограничивает его применение.

менении возможно осуществление обратной силы закона, но именно это совершенно случайное и произвольное ограничение доказывает, что допущение обратной силы как общего принципа абсолютно непригодно, а в случайно ограниченном применении, где это было бы возможно, несправедливо.

§ 386. А. Приобретение прав. Принцип (продолжение)

Принцип в отношении правил, касающихся приобретения прав, до сих пор обсуждался с позиции общих рассуждений о природе и предназначении законов; перехожу теперь к высказываниям законодательства по этому важному вопросу.

Здесь мы сначала обнаруживаем распоряжение, изданное императором Феодосием II в 440 г. для Востока⁵³⁹, которое оказывало самое решительное влияние во все последующие времена как на законодательство, так и на практику и на теорию авторов. Оно звучит так:

«Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit».

Важное содержание этого распоряжения, которое полностью подтверждает до сих пор изложенное учение, можно свести к следующим главным положениям.

В нем делается различие не между прошлыми и будущими *эффектами* юридических фактов, а между самими прошлыми и будущими *фактами*. Новые законы, говорится в нем, следует применять ко всем позже совершаемым юридическим сделкам («futuris... negotiis») и не следует применять к прошлым юридическим сделкам («non ad facta praeterita revocari»), даже если их эффекты будут приходиться только на будущее («adhuc pendentibus negotiis»)⁵⁴⁰.

⁵³⁹ L. 7 C., de legibus (1. 14). Фрагмент дословно повторяется в одной декреталии Григория IX (C. 13 X. de constit. (1. 2)). По содержанию с этим совпадает C. 2 X. eod.

⁵⁴⁰ Ибо отношение к *pendentia negotia* оговорено за исключениями, т.е. запрещено в обычных случаях. *Pendens negotium* представляет собой договор, который на момент появления нового закона уже заключен, но еще не исполнен полностью или частично, так что его действие приходится на будущее. Выражение «negotium» употреблено во фрагменте *a potiori*, поскольку большинство юридических фактов (если даже не все) являются настоящими юридическими сделками (§ 384, сн. 528). Правда, в другом месте тоже встречается выражение «negotium» для такого факта, который, несомненно, не является юридической сделкой, а именно для открытия наследования по закону (L. 12 in f. C., de suis (6. 55)). К *pendentia negotia* относятся, бесспорно, и такие,

В нем делается оговорка, что будущий закон в виде исключения мог бы, пожалуй, обладать обратной силой, которую в таком случае следовало бы признать. Отсюда явствует, что данное распоряжение задумывалось как инструкция (правило толкования) для судьи, а не для законодателя, для которого, напротив, в каждом отдельном случае прямо оговорена свобода действий. Но даже если бы эту оговорку не добавили, то она подразумевалась бы сама собой, поскольку данное распоряжение в будущем как в целом, так и применительно к любому отдельному случаю могло быть снова отменено.

Важна также точка зрения, исходя из которой издано распоряжение. Оно не подразумевается как предписание, вытекающее из нового взгляда, до издания которого, таким образом, следовало бы предполагать господство противоположной позиции. Напротив, в нем хотят высказать лишь то, что неизбежно следует в качестве правила из природы и предназначения законодательства (*certum est*), стало быть, дать разъяснение с целью предотвращения возможных ошибок судей по этому вопросу. Нам не следует также сомневаться в том, что указанное правило римские юристы с давних пор считали истинным и лишь случайно их древние высказывания не дошли до нас⁵⁴¹.

Наконец, выше уже было замечено, что могут встречаться два вида новых законов: как отдельные, особые предписания (§ 383, п. 1) или в контексте целого кодекса, т.е. системы норм права, обладающей силой закона (§ 383, п. 2—4). В рассматриваемом здесь распоряжении явно подразумевали только первый случай, но его содержание также подходит и ко второму.

Признание того же принципа, который в общем виде высказывается в названном распоряжении, встречается в ряде конституций, которые в качестве новых законов были изданы по отдельным правовым вопросам, с дополнением, что они должны иметь силу только в будущем и не обладать обратным действием; вместе с тем такое дополнение обладает характером переходного закона (§ 383). Некоторые из этих конституций примечательны тем, что в них весьма определенно высказывается суть нашего принципа, согласно которой его назначением

в отношении которых уже возбужден, но еще не разрешен правовой спор; я, однако, не думаю, что употребленное здесь *выражение* должно обозначать именно этот случай. Иначе дело обстоит в *const. Tanta* (§ 23) со словами: «*causis... quae in iudiciis adhuc pendent*».

⁵⁴¹ Весьма определенно это правило признано у Цицерона (*In Verrem*, I, 42), и при этом как нечто, что издавна считалось несомненным.

является сохранение *будущих эффектов прошлых фактов*⁵⁴². В других *основание* нашего правила совершенно верно сводится к тому, что тот, кто осуществляет свои юридические сделки, доверяя существующему закону, не заслуживает осуждения, поскольку он не мог предвидеть и соблюсти будущий закон⁵⁴³.

Сначала нам необходимо исследовать то, какое значение данные высказывания римского права имеют для нас с позиции общего права, и этот вопрос мы можем также сразу распространить на встречающиеся в римском праве исключения, которые влекли за собой обратную силу и общая возможность которых уже была упомянута, тогда как упоминание отдельных случаев может быть сделано только ниже. Наши авторы абсолютно единодушны в том, что все эти высказывания римского права, касающиеся правила или исключения, обладают силой настоящего закона, насколько вообще признается римское право. Я не могу убедиться в правильности этого утверждения.

Во-первых, вынужден отвергнуть его принципиально. Мы можем считать названные высказывания указаниями законодателю или судье (оба эти представления сами по себе правильны (§ 385)), но для нас даже там, где признано римское право, они не обладают силой обязательных законов⁵⁴⁴.

Во-вторых, я вынужден отвергнуть названное утверждение, принимая во внимание особое содержание высказываний, о которых здесь идет речь. В общем высказывании, в котором отрицается обратная сила, а также в отдельных его повторениях (сн. 539, 542, 543) отнюдь не должно было выражаться новое право, и они на самом деле являются лишь разъяснениями, в которых естественно признается правильная трактовка новых законов. В данных высказываниях, стало быть, весь этот вопрос и без того представляется совершенно бессмысленным. По-другому дело обстоит с отдельными исключениями из названного принципа, которые, правда, обладают полностью позитивным характером. Тем не менее и в этом случае более пристальное рассмотрение должно привести к такому же результату. Чтобы продемонстрировать

⁵⁴² L. un. § 16 C., de rei ux. act. (5. 13): «instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, *sed suum expectare eventum*»; L. un. § 13 C., de latina libert. toll. (7. 6): «Sed si quidem liberti jam mortui sunt et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt, nihil ex hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda*».

⁵⁴³ L. 29 C., de test. (6. 23); Nov. 22, c. 1. Другими конституциями, в которых признается тот же принцип, являются: L. 65 C., de decur. (10. 31); L. 18 C., de testibus (4. 20); Nov. 66, c. 1, § 4, 5.

⁵⁴⁴ См. выше, т. I, § 27, 49.

это наглядно, хочу проверить законы Юстиниана о договоре процентного займа. В 528 г. он предписал, что вместо столетиями разрешенных 12% в будущем разрешается договариваться, как правило, только о 6%⁵⁴⁵. Поскольку вскоре после этого возникли сомнения относительно договоров, заключенных до 528 г., он издал в 529 г. переходный закон⁵⁴⁶ следующего содержания: проценты, просроченные до 528 г., оценивать следует по прежнему закону, просроченные с того времени, а также в будущем — по новому закону⁵⁴⁷. Итак, каждый, пожалуй, согласится с тем, что речь больше не может идти непосредственно о содержании закона, поскольку совершенно точно ни одному судье не будет предложено разрешить договор процентного займа, заключенный до 528 г. Равным образом речь не может идти о применении закона в странах, в которых уже столетия господствует римское право, поскольку и здесь будет полностью отсутствовать фактический повод для такого применения. Единственным случаем возможного применения был бы случай, когда край, где до сих пор не знали запрета процентов, присоединили бы к государству, в котором действует римское право с запретом процентов выше 6%. Здесь можно было бы подумать о применении названного переходного закона к договорам, заключенным ранее в названном крае. Однако и такое применение я вынужден был бы отвергнуть как неуместное, чисто буквальное, противоречащее духу закона. Ведь любой переходный закон, если он выходит за рамки простого разъяснения и предписывает обратную силу, как указанный закон Юстиниана, обладает строго позитивным характером, стало быть, полностью зависит от обстоятельств и потребностей своего времени и не является выражением нормы права, действительной на все времена и для любых условий. Юстиниан, следовательно, мог предписать упомянутую здесь обратную силу, поскольку (правильно или неправильно) полагал, что она необходима или полезна в соответствии с потребностью его времени. Если же мы захотели бы применить ее теперь, то нарушили бы суть таковой, поскольку без всякой причины должны были бы предположить, что он хотел, чтобы это предписание было действительным также и в будущем, потребности которого он не мог предвидеть.

И хотя из указанных доводов следует, что мы вынуждены отказать названным высказываниям римского права в силе обязательных законов, даже в области нашего общего права, это утверждение отнюдь

⁵⁴⁵ L. 26 C., de usuris (4. 32).

⁵⁴⁶ L. 27 C., de usuris (4. 32).

⁵⁴⁷ Последнее положение касается обратной силы закона, содержит, стало быть, исключение из нашего принципа (§ 385).

нельзя понимать так, будто мы хотели объявить их несущественными или неважными. Они, напротив, стали чрезвычайно важными благодаря тому, что, обладая огромным авторитетом, веками оказывали влияние на законодательство, на судебную практику и учения авторов, вследствие чего наряду с некоторыми различиями в частностях все же в целом возникло такое большое согласие, которого нельзя было бы, несомненно, ожидать без такой общей основы.

§ 387. А. Приобретение прав. Принцип (продолжение)

Высказывание римского права об обратной силе закона (§ 386) перешло в наиболее важные новые законодательства.

1. *Прусское законодательство.* Во Введении к Общему земскому праву этот принцип содержится в следующих словах:

«§ 14. Новые законы не могут применяться к уже ранее совершенным действиям и происшедшим событиям».

Данное предписание явно подразумевается как руководство к действию для судьи, так что слово «могут» означает, собственно говоря, «должны».

Что касается законодателя, то в проект был включен фрагмент, в котором должна была оговариваться возможность исключений в соответствии с римским правом⁵⁴⁸. Эта оговорка была опущена в Земском праве, а вместо нее появилось общее исключение, что новые уголовные законы, если они мягче прежних, должны применяться также к преступлениям, совершенным ранее⁵⁴⁹. Однако это опущение совершенно несущественно, поскольку и без того понятно само собой, что в любом отдельном будущем случае законодатель вправе в виде исключения придать новому закону обратную силу.

Вышеприведенное предписание соответствует римскому праву также в том, что в нем прошлые *факты* («действия и события») исключаются из-под действия нового закона, т.е. остаются независимыми от него как прошлые, так и будущие эффекты этих прежних фактов.

Наряду с указанным общим положением, устанавливающим границы действия во времени для всех нынешних и будущих законов, учесть

⁵⁴⁸ Проект уложения, § 20 Введения: «Только суверен может, исходя из превалирующего значения всеобщего блага, распространить новый закон на прошлые случаи».

⁵⁴⁹ Введение к Общему земскому праву, § 18–20. Другое исключение, касающееся формы юридических сделок (§ 16, 17), будет упомянуто ниже (§ 388, сн. 559).

следует еще определенное число переходных предписаний, поводом для которых послужило введение современного прусского законодательства либо во всей стране, либо в отдельных областях (§ 383). В них признан тот же самый принцип и применен только в отдельных уточняющих положениях.

II. *Французское законодательство.* Здесь наш принцип признан для частного права в следующих кратких словах⁵⁵⁰:

«La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif».

Как эта краткость, так и употребление привычного искусственного выражения («effet rétroactif») не оставляют сомнений в том, что здесь полностью должно быть признано исключительно учение, порожденное римским правом и давно подробнее развитое в науке права всех стран; французская практика тоже выражает такое понимание.

Абсолютно в том же смысле высказано правило уголовного права⁵⁵¹. Здесь обратная сила новых уголовных законов, если они мягче прежних, не выражена, как в прусском праве, в самом законе, зато признана практикой.

III. *Австрийское законодательство.* И здесь встречается только следующее краткое предписание⁵⁵²:

«Законы не имеют обратной силы, поэтому они не влияют на предыдущие действия и на ранее приобретенные права».

Здесь справедливо то же самое замечание, которое уже было высказано по поводу французского закона. Ведь из употребленных выражений явствует еще определеннее, что законодатель хотел перенять всю теорию, разработанную и признанную в общем праве.

При небольшом влиянии законодательства на рассматриваемое учение тем большее влияние выпало на долю науки права, и поэтому кажется, что сначала необходимо высказать некоторые общие замечания об отношении наших авторов к данному учению. В общем и целом наблюдается большее согласие, чем можно было бы ожидать, — частично из-за большого авторитета, которым в течение столетий пользовались высказывания римского права (§ 386), частично из-за именно здесь часто явной внутренней силы самих обстоятельств. Тем не менее существующие различия имеют двоякий характер. Некоторые основываются

⁵⁵⁰ Code civil, art. 2.

⁵⁵¹ Code pénal, art. 4.

⁵⁵² Gesetzbuch, § 5.

на более или менее правильном понимании отдельных правоотношений, имея в виду наш вопрос, и о них можно будет вести речь лишь ниже при рассмотрении самих этих правоотношений. Другие возникли из разных попыток выразить то, что более или менее отчетливо представляется, в общих принципах; эти различия обладают преимущественно теоретическим характером. Чересчур подробное сравнение и критика этих попыток не отвечали бы ожидаемому результату. Будет достаточно указать на своеобразные черты позиций отдельных авторов, одни из которых затратили больше, другие меньше усилий на эту общую формулировку.

Вебер придает особое значение следующему различию⁵⁵³. Во-первых, новый закон можно было бы попытаться трактовать так, будто он уже существовал ранее, так что он касался бы также приходящихся на прошлое эффектов прежних юридических сделок. В этом заключается обратная сила закона, и ее следует отвергнуть. А во-вторых, можно было бы ограничиться суждением обо всех будущих эффектах прежних юридических сделок в соответствии с новым законом, и это правильно. Он полагает, что выводит данное различие как основу всего учения из сущности вопроса, — на самом же деле он находится под влиянием *L. 27 C., de usuris* (§ 386, сн. 546), весьма своеобразное и произвольное предписание которой у него незаметно превращается в общий принцип. Насколько он на этом пути незаметно вынужден применять свой принцип непоследовательно, чтобы избежать его полной неосуществимости, уже было замечено выше⁵⁵⁴.

Бергманн берет за основу общее различие⁵⁵⁵. Одно должно иметь силу согласно сущности вопроса, иное — согласно абсолютно позитивным предписаниям римского права. Согласно сущности вопроса должно быть правильным то, что Вебер выдает за содержание римского права. Новый закон нельзя только датировать задним числом, т.е. он не должен касаться эффектов, наступивших в прошлом, однако должен распространяться на будущие эффекты прежних юридических сделок. Позитивное предписание римского права будет отличаться от этого двояким образом: во-первых, оно защищает также будущие эффекты прежних юридических сделок; во-вторых, оно защищает не только правовые эффекты (приобретенные права), но и просто ожидания.

У этого последнего автора особого осуждения заслуживает то, что он содержание римского права принципиально противопоставляет праву,

⁵⁵³ *Weber*, § 21–27.

⁵⁵⁴ См. § 385, сн. 538.

⁵⁵⁵ *Bergmann*, § 4, 22, 30.

вытекающему из сущности вопроса, что прямо противоречит замыслу главного фрагмента, автором которого является Феодосий II и который Юстиниан включил в свое собрание законов, что, следовательно, можно защитить только при условии, что римские законодатели полностью ошибались относительно сущности вопроса, а не предположением, что они намеренно хотели предписать новое позитивное право. Впрочем, Бергманн по существу использует тот же самый метод, что и Вебер. Последний находится, как было замечено, под влиянием L. 27 C., de usuris, четко не осознавая это, а Бергманн — под влиянием двух новелл Юстиниана (N. 66 и N. 22, c. 1). С ложной видимостью критически-исторического подхода он из нескольких общих фраз этих новелл и из весьма произвольных предписаний в них развивает общую теорию дозволенной и недозволенной обратной силы законов при совершенно некритической молчаливой предпосылке, что Юстиниан в этих новеллах хотел выразить подобную теорию, следовательно, они должны были служить общим критерием для применения новых законов.

Наконец, *Штруве* не выделяется особым пониманием обратной силы вообще, поскольку его позиция отличается от других скорее способом выражения, чем по сути. Зато он совершенно одинок в утверждении, что правила о применении новых законов к прошлому и будущему должны следовать исключительно из сущности вопроса, которую обязан установить судья, и никогда из позитивных законов. Любая попытка урегулировать этот вопрос законом должна быть полностью ничтожной и вовсе не учитываться судьей; именно поэтому он полностью отвергает всякое переходное законодательство⁵⁵⁶. При таком понимании дела удивляет главным образом скромность, с которой этот автор свое утверждение об отношении судьи к законам ограничивает узким кругом правовых вопросов, касающихся обратной силы законов. При непредвзятом размышлении убеждаешься в том, что это же утверждение, если оно вообще правильно, должно быть распространено на все прочие правовые вопросы.

§ 388. А. Приобретение прав. Применения принципа

Поскольку теперь я перехожу к применению высказанного принципа, хочу прежде всего обратить внимание на важное для нашего исследования различие свойств юридических фактов. Большинство

⁵⁵⁶ *Struve*, S. 6, 30–34, 153–154.

этих фактов представляют собой простые, относящиеся к отдельному моменту события, такие как договоры, суть которых заключается в согласном волеизъявлении, стало быть, в действии в данный момент, при котором совершенно не имеет значения возможно долго длящаяся подготовка. В случае фактов этого вида легко определить, был ли издан новый закон до или после возникновения соответствующего факта.

Напротив, существуют некоторые другие факты, которые охватывают целый промежуток времени, поскольку либо предполагают непрерывно длящееся состояние (как приобретение в силу давности и исковая давность), либо состоят из нескольких разных по времени отдельных событий (как завещания). В их случае определение отношения во времени к новому закону будет трудным и запутанным, так что это удастся сделать только благодаря точному принятию во внимание и различению отдельных обстоятельств, поскольку новый закон часто будет издаваться в промежуток между возникновением и окончанием подобного факта.

В юридических фактах первого, более простого вида (у мгновенных событий) особенно два момента заслуживают нашего внимания, о которых здесь будет сделано общее предварительное замечание: это дееспособность участвующих лиц и юридическая форма сделок.

О дееспособности — в том, что касается как фактического состояния, так и существующего закона, — судить следует исключительно по времени юридического факта. Если, стало быть, несовершеннолетний без опекуна заключает договор, этот договор является и останется недействительным даже после достижения совершеннолетия, равно как и в том случае, если впоследствии вышедший закон позволит наступать совершеннолетию раньше, чем до сих пор. Но верно и обратное: если, стало быть, в месте, где действует французское право, 21-летний заключает договор, этот договор является и останется действительным, даже если вскоре после того данное место попадет под господство римского права, которое требует для совершеннолетия 25 лет. По этому вопросу, насколько мне известно, никогда не возникали сомнения. То же самое следует утверждать тогда, когда женщина предоставляет поручительство во время действия римского права (с *Sc. Vellejanum*), а затем закон отменяют, или наоборот. В первом случае поручительство является и останется недействительным, во втором является и останется действительным даже после нового, вносящего изменения закона⁵⁵⁷.

⁵⁵⁷ Об отличном мнении Мейера о *Sc. Vellejanum* речь пойдет ниже, в § 392, при рассмотрении договоров.

Аналогичным образом о юридической форме сделки судить следует исключительно по закону, существующему на момент осуществления сделки, так что позднейший закон не влияет на действительность независимо от того, облегчает ли он или усложняет прежнюю форму. Сообразуясь с правилом местного права *locus regit actum*, это положение можно выразить так: «*Tempus regit actum*» (§ 381); оно влечет за собой даже более высокую степень уверенности и необходимости, чем первое правило, которое считают обоснованным общим правовым обычаем благоприятствования юридическим сделкам. Ведь это правило местного права часто (если даже не всегда) дает сторонам возможность соблюсти другую форму, и поэтому им по справедливости разрешается выбрать тот закон, который они хотят соблюсти, имея в виду форму, — закон, действующий в месте совершения действия, или, напротив, закон места, к которому юридическая сделка относится в другом отношении, например закон места жительства. Подобная возможность и основывающееся на этом право выбора сторон между разными законами вовсе не существуют при правиле *tempus regit actum*, поскольку никто не может предвидеть то, что будущий закон изменит форму, и то, в чем будет заключаться изменение. Вот поэтому данное правило было признано авторами без возражений⁵⁵⁸.

Только в одном отношении могло бы возникнуть желание заявить о сомнении относительно общего действия этого правила, а именно когда новый закон не усложняет, а облегчает форму юридической сделки. В этом случае исходя из мнимой мягкости и снисходительности, из безоговорочного стремления сохранить юридические сделки можно было бы захотеть допустить, что сделка действительна и тогда, когда использованная при этом недостаточная прежде форма случайно отвечает требованиям нового закона. Прусский закон на самом деле пошел по этому пути⁵⁵⁹. Я же считаю данное предписание ошибкой и полагаю, что там, где подобный закон не существует, следует допустить как раз обратное согласно общим принципам.

В основе упомянутого предписания лежит, кажется, мнение, что позитивные формы юридических сделок являются ограничениями индивидуальной свободы в пользу общественного благополучия, чем-то вроде государственных налогов, которые государство, не нарушая пра-

⁵⁵⁸ Weber, S. 90 fg.; Meyer, p. 19, 29, 43, 61, 89.

⁵⁵⁹ Allg. L. R., Einl., § 17: «Прежние действия, которые ввиду формальных упущений были бы недействительными по старым законам, являются действительными, если только в них на момент возникшего об этом спора встречаются формальности, необходимые по новым законам».

во, может не только уменьшить в целом, но и отменить для отдельного лица в виде дара. С этим мнением можно согласиться разве что в отношении гербового сбора, связанного с некоторыми юридическими сделками, да и то только в том случае, если использование гербовой бумаги было предписано в качестве условия действительности сделки; во всех же прочих случаях это мнение неправильно, что явствует из следующего примера.

Если в данное время в Берлине собственноручно составляется домашнее завещание, это будет недействительным действием, из которого в случае смерти завещателя не будут возникать права. Если же до его смерти будет введена французская форма завещания, согласно которой собственноручно составленное домашнее завещание является полностью действительным, то вследствие этого, согласно приведенному предписанию закона (сн. 559), названное завещание станет действительным и будет устанавливать будущий порядок наследования. Кажется, будто в этом заключается гуманное благопритствование завещателю, правильность которого все же должна вызывать большие сомнения. Закон, который (как ныне существующий в Пруссии) требует только судебное составление завещаний, руководствуется при этом, несомненно, несколькими взаимодействующими, взаимосвязанными причинами, которые в совокупности основываются на особой важности завещаний по сравнению с другими юридическими сделками. Благодаря обязательному участию судьи предотвращаются подмена фальшивым завещанием, кроме того, опрометчивая поспешность, которая может быть порождена симпатией или антипатией к определенным лицам в данное время, наконец, своекорыстное влияние некоторых лиц, которому завещатель, лишенный совета, мог бы поддаться вследствие своей слабости. Все эти причины касаются личного благополучия, а не выгоды государства, и если даже новый закон больше не будет столь высоко оценивать эти причины, то тогда все же возникнет большой вопрос, будет ли истинной выгоде завещателя, а именно сохранению подлинной, серьезной, осмысленной воли, способствовать обратное, противоречащее юридическому принципу подтверждение до тех пор недействительного завещания. Это становится особенно ясно, когда пытаешься понять, почему же завещатель оставил без внимания законную форму, существовавшую на момент составления завещания. Это могло произойти вследствие простого незнания права, в то время как действительно существовала серьезная, осмысленная воля; на данной предпосылке, несомненно, основывается приведенное предписание Земского права, которое подразумевается как чистое благодеяние. Но это могло

произойти и при полном знании существующего права, так что собственноручное домашнее завещание должно было быть просто подготовкой к судебному акту, перед осуществлением которого завещатель захотел предоставить себе право на дальнейшее размышление. В таком случае вследствие указанного закона мы подтверждаем завещание, для чего, возможно, никогда не существовало истинного окончательного решения. С другой стороны, можно сказать, что завещателя, поскольку он сохранил домашнее завещание после выхода нового закона, следует воспринимать так, будто он написал его заново, на что он, бесспорно, имел право. Однако именно в случае завещаний нет ничего необычного в том, что их откладывают на неопределенное время, и, таким образом, нет ничего более сомнительного, чем выстраивание исходя из этого каких-либо предположений об истинной окончательной воле. При этом запутываешься в учете случайных, просто возможных обстоятельств, а при непредвзятом рассмотрении будешь вынужден согласиться с тем, что совершенно отсутствует удовлетворительная причина для отхода от чисто юридического правила *tempus regit actum* и что вместе с тем возникает опасность того, что из мнимого гуманизма будет допущен результат, который, возможно, прямо противоречит реальной воле.

Теперь применительно к отдельным правоотношениям должен соблюдаться тот же порядок, которому мы следовали в первой главе⁵⁶⁰.

I. Состояние лица как такового.

II. Вещное право.

III. Обязательственное право.

IV. Право наследования.

V. Семейное право.

Особый раздел о формах юридических сделок не нужен, поскольку данный вопрос уже был включен в этот вводный параграф.

§ 389. А. Приобретение прав. Применения.

I. Статус лица как такового

Новые законы, предметом которых является статус лица как такового, в особенности дееспособность, здесь следует принять во внимание

⁵⁶⁰ Понятно само собой, что здесь следует соблюдать такое же ограничение частным правом, а именно материальным частным правом, как и выше при рассмотрении границ местного права (§ 361, сн. 165; § 384, сн. 525).

в двух разных отношениях: во-первых, из-за возможного влияния нового закона на юридические сделки, осуществленные участвующим лицом до его появления; во-вторых, в отношении личного статуса, который будет регулировать новый закон. На первый вопрос уже был дан ответ (§ 388) — осталось, стало быть, ответить на второй вопрос — о том, как новый закон, затрагивающий личный статус, воздействует на существующие в свое время правоотношения подобного вида и применяется ли при этом, в частности, наш принцип, который должен исключать обратную силу закона.

Данный принцип применяется к статусу лица как такового лишь незначительно, поскольку большинство состояний подобного вида обладают настолько абстрактным характером, что не могут считаться приобретенными правами, однако при особых условиях, следовательно, в виде исключения мы должны признавать приобретенные права и здесь (§ 385, сн. 532–534). Только в этих особых случаях, стало быть, влияние нового закона на данные состояния должно быть ограничено нашим принципом, зато во всех остальных случаях новый закон мгновенно обретает абсолютно неограниченную силу. Теперь это следует объяснить путем применения к наиболее важным случаям, касающимся статуса лица как такового.

1. Необходимо принять следующие правила, касающиеся *возраста*. Если новый закон увеличивает или уменьшает возраст совершеннолетия, то его следует немедленно применить ко всем несовершеннолетним на данный момент, так что никто из них не сможет утверждать, что он благодаря прежнему закону получил право стать совершеннолетним именно в установленное в нем время.

По-другому дело обстоит, однако, с теми, кто по прежнему закону уже стал совершеннолетним, хотя в соответствии с содержанием нового закона должен быть еще несовершеннолетним. Ведь для этих определенных лиц совершеннолетие (и связанная с ним самостоятельность) является приобретенным правом, обоснованным определенным моментом времени, наступившим при господстве прежнего закона. Если бы их захотели снова сделать несовершеннолетними и установить над ними опеку, в этом заключалась бы противоречащее нашему принципу обратное действие, которому даже прямое предписание закона могло бы придать силу только в виде (неодобряземого) исключения из принципа⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Стало быть, в этом случае нового закона следует применять то же самое правило, которое выше уже было высказано в отношении изменения места жительства (§ 365, сн. 235 и 236).

Правильность этого утверждения подтверждается благодаря сравнению со следующим случаем. Когда несовершеннолетний объявляется совершеннолетним, будь то сувереном (согласно римскому праву) или опекунским судом (согласно прусскому праву), никто не усомнится в том, что для него совершеннолетие с его последствиями обладает характером приобретенного права. Предположим теперь, что вскоре после этого и прежде, чем данное определенное лицо достигнет установленного законом возраста, в этой стране вообще отменяют объявление совершеннолетним, но тогда это лицо следовало бы считать совершеннолетним всегда. В том же, что в подобном случае обеспечивает решение суверена или суда, не может быть отказано и тому, кто при господстве старого закона достиг предписываемого им возраста.

Высказанное здесь мнение неоднократно признавалось в прусском законодательстве.

В § 14 Указа о введении Общего земского права в провинциях по ту сторону Эльбы от 9 сентября 1814 г. есть следующие слова⁵⁶²:

«*Совершеннолетие применительно ко всем тем лицам, которые до 1 января 1815 г.*⁵⁶³ *в соответствии с прежними законами еще не достигли его,* наступает только с достижением 24-летнего возраста».

Идентичные положения содержатся в прочих переходных законах последующих лет (§ 383), а также в Особом распоряжении о совершеннолетии, изданном в 1817 г. для Эрфурта и Вандерслебена⁵⁶⁴.

Один автор, представляющий французское право, защищает отличное мнение по этому вопросу, поскольку утверждает, что в подобном случае уже ставший совершеннолетним вследствие нового закона снова должен считаться несовершеннолетним, и в подтверждение этой позиции приводит совпадающие решения судебных палат Нисмеса и Турина⁵⁶⁵.

2. Аналогичные вопросы могут встречаться в отношении *пола* — с той лишь разницей, что при этом не может наступить случай лично приобретенного права, как при совершеннолетии.

Если в стране, которая до сих пор не знала опеки по половой принадлежности, новым законом она будет введена в какой-либо одной из множества ее разновидностей⁵⁶⁶, то ей мгновенно будут подчинены все ныне живущие женщины. Точно так же обстоит дело и в обратном

⁵⁶² Gesetzsamml., 1814, S. 93.

⁵⁶³ 1 января 1815 г. было днем, когда Земское право должно было получить силу закона.

⁵⁶⁴ Gesetzsamml., 1817, S. 201.

⁵⁶⁵ Meyer, p. 97, 98.

⁵⁶⁶ Eichhorn, Deutsches Recht, § 324—326.

случае, когда до сих пор существовавшая опека по половой принадлежности отменяется новым законом⁵⁶⁷.

Если там, где женщины наравне с мужчинами могут предоставлять действительное поручительство, вводят *Sc. Vellejanum*, это новое ограничение мгновенно обретает силу для всех ныне живущих женщин, если бы те захотели в будущем поручиться. И то же самое следует утверждать, если до сих пор существовавшее *Sc. Vellejanum* будет отменено новым законом⁵⁶⁸.

Во всех этих случаях, стало быть, было бы совершенно необоснованно, если бы ныне живущим женщинам приписывали приобретенное право на более широкую дееспособность, которой они обладали до сих пор, а действие нового ограничительного закона хотели распространить лишь на будущие поколения женщин.

3. В случае *инфамии* тоже возникал рассматриваемый здесь вопрос⁵⁶⁹.

Большинство наиболее важных случаев таковой не относятся к сфере нашего исследования, которое ограничивается частным правом и исключает уголовное право; я имею в виду все те случаи, в которых инфамия выступает как уголовное наказание, будь то отдельно или в связи с другими наказаниями, возможно, также в виде следствия других наказаний.

Вопрос об этом мог бы возникать здесь применительно к некоторым случаям так называемой *infamia immediata*, к которым римское право причисляет несколько видов безнравственных занятий⁵⁷⁰. Если новый закон для подобных случаев введет бесчестье, до сих пор не действовавшее, то не вызывает сомнений, что его следует применить ко всем, кто отныне находится в таком положении, и что они не смогут пользоваться приобретенным правом вести подобный образ жизни, не подвергаясь бесчестью.

4. Наконец, наш вопрос может еще встречаться в случае объявленного по суду *расточительства* и негативных последствий, связанных с таким объявлением (в частности, запрещение управлять собственным имуществом).

⁵⁶⁷ Chabot, t. 1, p. 29—36.

⁵⁶⁸ Ibid., t. 2, p. 350—353.

⁵⁶⁹ Я пытался выше (т. II, § 83) показать, что в нашем современном общем праве инфамия больше не имеет силы. Данное упоминание ее касается частично отличных мнений других авторов по этому пункту, частично новых законодательств, в которых инфамия признана.

⁵⁷⁰ См. выше, т. II, с. 104 [т. II русского перевода «Системы...»].

То, что в этом отношении будет предписано новым законом, будь то ужесточение или смягчение по сравнению с до сих пор существовавшим состоянием, должно быть незамедлительно применено, зато продолжать пользоваться нынешним состоянием как якобы приобретенным правом нельзя⁵⁷¹.

§ 390. А. Приобретение прав. Применения.

II. Вещное право

В вещном праве наш принцип обычно применяется в чистом, полном виде.

1. *Собственность*. Если это право будет отчуждено посредством простого договора при господстве закона, который подобное отчуждение считает полноценно действительным, то приобретенная собственность будет действительной даже в том случае, если позднейший закон потребует для отчуждения традицию⁵⁷².

Если, наоборот, при господстве закона, требующего традицию, будет заключен простой договор об отчуждении без традиции, то вследствие этого никакая собственность не перейдет, и даже если последующий закон объявит простой договор достаточным, то и это не обоснует переход собственности. Напротив, тогда для этого потребуются либо новый договор, либо совершение традиции для восполнения возникшего упущения⁵⁷³.

2. *Сервитут*. В этом случае действительны те же правила, что и в случае собственности, когда, например, два закона следуют друг за другом, из которых один требует простой договор, другой — традицию или какую-либо позитивную форму для установления сервитута⁵⁷⁴.

По-другому дело обстоит с так называемыми законными сервитутами. Если они до сих пор не существовали, но были введены новым законом, то при этом наш принцип вовсе не применяется, напротив, теперь подобные ограничения собственности возникают непосредственно после издания нового закона повсюду, где встречаются фактиче-

⁵⁷¹ Мейер (*Meyer*, р. 99—111), который с целью подтверждения приводит решение Кассационной палаты Парижа. Шабо (*Chabot*, t. 2, р. 174—179) придерживается иного мнения об этом.

⁵⁷² Это признает также Вебер (*S.* 108), однако непоследовательно (см. выше, § 385, сн. 538; § 387, сн. 554).

⁵⁷³ *Weber*, S. 108, 109.

⁵⁷⁴ *Chabot*, t. 2, р. 361.

ские условия таковых⁵⁷⁵. Подлинная же причина заключается в том, что предметом подобного закона является не приобретение права, а скорее существование (свойства) собственности, т.е. условия и границы, которые вообще должны действовать для признания собственности. Всей этой разновидности норм права не касается принцип, который исключает обратную силу законов (§ 384, 399).

3. *Залоговое право*. Если в стране, где сохраняется римское залоговое право, новым законом вводится до сих пор неизвестный случай молчаливого залогового права ради защиты какой-либо юридической сделки, этот новый закон следует применять ко всем позже заключенным сделкам подобного вида, а к ранее заключенным — нет. Это положение было признано Юстинианом, когда он с целью защиты дотальных отношений ввел молчаливое залоговое право, поскольку в конце своего нового всеобъемлющего закона о приданом он добавил, что все его положения (т.е. и о молчаливом залоговом праве) должны применяться только к последующим дотальным сделкам⁵⁷⁶.

Если новым законом залоговому праву будет отведено место в ряде привилегированных ипотек, то правом на данную привилегию обладают только те ипотeki подобного вида, которые возникнут после этого закона⁵⁷⁷. Но они обладают этим правом и в отношении всех ипотек, возникших до нового закона, стало быть, все обладатели таковых, как только выйдет закон, должны принять меры, чтобы защититься от угрозы со стороны таких последующих привилегированных ипотек⁵⁷⁸.

В древнем римском праве было разрешено закладывать вещь с уговором, что кредитор приобретет собственность на заложенное имущество за сумму долга, если долг не будет уплачен⁵⁷⁹. Этот договор позже был запрещен⁵⁸⁰. Вследствие нашего принципа данный запрет следовало бы применить только к позднейшим договорам такого содержания, но император Константин, который выступил инициатором соответствующего закона, придал ему в виде исключения обратную силу, благодаря чему он стал применимым и к прошлым договорам. По причинам, которые выше были названы в отношении аналогичного

⁵⁷⁵ Chabot, t. 2, p. 361; Struve, S. 267.

⁵⁷⁶ L. un. § 16 C., de rei ux. act. (5. 13); Bergmann, S. 126.

⁵⁷⁷ L. 12 § 3 C., qui pot. (8. 18) (привилегия для приданого); L. 27 in f. C., de pign. (8. 14) (привилегия для военных).

⁵⁷⁸ Они прямо сейчас могут воспользоваться своим залоговым правом, т.е. в то время, когда еще отсутствует возможная в будущем конкуренция.

⁵⁷⁹ Vatic. fragm., § 9 (Папиниана). Такой договор называется «lex commissoria».

⁵⁸⁰ L. 3 C., de pactis pign. (8. 35), т.е. L. un. C. Th., de commiss. resc. (3. 2); Weber, S. 6, 51; Meyer, p. 17 (который ошибается относительно исторической связи).

закона о процентах (§ 386), это переходное дополнение не имеет для нас никакого практического значения даже при условии применимости римского права вообще.

Но высказанные здесь правила для новых законов о залоговом праве совершенно неприменимы, если предметом их является не включение или упразднение отдельных случаев залогового права или привилегий (как здесь до сих пор предполагалось), а скорее новая система самого залогового права. Этот случай имеет место, если вместо до сих пор действовавшего римского залогового права новым законом будет введена система ипотечных книг, или наоборот. В подобном случае закон больше не касается приобретения прав определенными лицами, зато касается существования прав (правового института). Но тогда принцип, исключающий обратную силу закона, совершенно неприменим (§ 384, 385), обе правовые системы не могут существовать одновременно в отдельных применениях, и новый закон должен получить немедленное и исключительное применение. А о том, как в этом случае следует трактовать переход из прежнего состояния в новое, чтобы предотвратить нарушение права, речь пойдет ниже в надлежащем месте (§ 400).

4. *Другие jura in re*. Римское право признает возможным наряду с собственностью закрытый перечень вещных прав, стало быть, оно не разрешает придумывать новые вещные права по своему усмотрению.

В этом прусское законодательство пошло совершенно другим путем. Оно допускает превращение чисто личного права пользования чужой вещью в вещное право, как только правомочному лицу будет предоставлено владение вещью⁵⁸¹. При таком условии, стало быть, вещным правом в соответствии с прусским правом обладают все наниматели и арендаторы, которые согласно римскому праву могут обладать только личным правом пользования.

Если вместо римского права в каком-либо месте вводят прусское, то все существующие на момент этого введения наниматели и арендаторы сохраняют личное право, которым они до того обладали, и только новые договоры подобного рода гарантируют вещное право. Точно так же в обратном случае наниматели сохраняют вещное право, возникшее при господстве прусского права, а новые наниматели считаются в соответствии с римским правом просто лично управомоченными лицами. И здесь, стало быть, решающее значение безусловно имеет время возникновения любого правоотношения относительно применимого закона, а об обратной силе нового закона не может быть речи.

⁵⁸¹ Koch, Preußisches Recht, Bd. 1, § 223, 317.

Вследствие обманчивой видимости сходства можно было бы склониться к тому, чтобы трактовать данный случай точно так же, как упомянутый непосредственно перед этим случай римской и прусской ипотечных систем. Тогда и введение вещного права нанимателей и арендаторов следовало бы считать новым законом о существовании прав (института права); в таком случае больше не могло бы быть речи о принципе, исключающем обратную силу закона, напротив, новый закон немедленно должен был бы охватить также и все существующие правоотношения.

Но на самом деле оба случая обладают совершенно разным характером. Две упомянутые системы ипотечного права не могут существовать параллельно, потому что как раз самый частый и самый трудный случай в ипотечном праве касается одновременного наличия прав нескольких лиц на одну и ту же вещь, очередность которых можно установить только лишь по одной или другой системе. Зато не вызывает никаких сомнений то обстоятельство, что в одном и том же месте права нескольких нанимателей оцениваются в соответствии с разными правилами, если их договоры были заключены в разное время, и притом при господстве разных законов. Поэтому вопрос о вещных правах нанимателей относится исключительно к разновидности норм права, касающихся приобретения прав, т.е. к той области, где применяется принцип, исключающий обратную силу закона.

§ 391. А. Приобретение прав. Применения. II. Вещное право (продолжение)

При рассмотрении отдельных институтов, относящихся к вещному праву, некоторые из них временно были умышленно обойдены вниманием, поскольку они преподносят своеобразные трудности и осложнения и поэтому должны рассматриваться в более широком контексте.

Ими являются приобретение собственности и сервитутов в силу давности и *longi temporis possessio* (что можно обобщить под названием «приобретение права собственности по давности владения»), а также упразднение сервитутов вследствие *nonusus* и *libertatis usucapio*, что равносильно приобретению свободы от сервитута на стороне собственника (§ 388). У всех этих случаев приобретения общими являются следующие свойства. Они осуществляются не посредством простого мгновенного действия, а вследствие продолжительного состояния, ко-

торое должно однообразно существовать в течение целого промежутка времени, и это состояние может заключаться в непрерывном действии (владение, квазивладение) или же в непрерывном бездействии.

Но с такими свойствами упомянутых здесь институтов полностью совпадают некоторые другие институты, находящиеся за рамками вещного права, главным образом исковая давность, которая тоже основывается на непрерывном бездействии в течение целого промежутка времени и тоже приводит, как и названные институты, к приобретению права, а именно права на возражение, благодаря которому до сих пор существовавшее право на иск другого лица полностью утрачивает силу.

Признание этого внутреннего сходства с давних пор приводило к тому, что все институты подобного вида подводили под одно родовое понятие и давали им общее название «давность». И хотя данный подход заслуживает порицания и привел к смешению понятий⁵⁸², однако нельзя отрицать упомянутое внутреннее сходство всех этих институтов права, и как раз в нашем учении об обратной силе закона такое сходство выражается совершенно явно. Поэтому теперь необходимо обобщить все эти институты права, представителями которых будут два самых важных из них: приобретение в силу давности и исковая давность.

Итак, если новый закон право приобретения по давности владения или исковую давность изменит в каком-либо пункте, то при этом возможны следующие случаи.

Новый закон может появиться до начала приобретения в силу давности. Тогда не вызывает сомнений, что он будет полностью влиять на последующее приобретение в силу давности, так что при этом больше не может быть речи о прежнем законе. Далее, он может появиться после того, как уже завершится приобретение в силу давности. Тогда снова не вызывает сомнений, что к нему вовсе не может применяться новый закон. Происшедшее при прежнем законе приобретение права должно быть, напротив, полностью сохранено. Наконец, новый закон может появиться во время, когда срок приобретения в силу давности еще течет: позже его начала, но раньше его завершения. Это и есть те сомнительные случаи, для которых нам теперь необходимо установить правило.

В течение данного времени право еще отнюдь не приобретено, приобретение только подготавливается. Поэтому и новый закон должен немедленно повлиять на такое незавершившееся состояние. И хотя

⁵⁸² См. выше, т. III, § 177, 237.

в это время возникло вместе с тем ожидание приобретения и такое ожидание могло быть более или менее естественным, но простые ожидания вообще не защищаются принципом, исключающим обратную силу закона⁵⁸³. Рассмотрим теперь подробнее возможные разные случаи подобных новых законов.

1. До сих пор разрешенное приобретение в силу давности или до сих пор разрешенная исковая давность либо вовсе отменяются, либо в определенных случаях применения. Этот закон охватывает также все случаи уже текущего срока приобретения в силу давности, так что любое приобретение подобным путем будет невозможно.

2. Наоборот, вводится до сих пор неизвестное приобретение по давности владения или до сих пор неизвестная исковая давность. Новый институт подлежит немедленному применению ко всем ныне не завершившимся правоотношениям, однако так, что срок следует исчислять с момента появления нового закона. Тот, кто владел чужой вещью на условиях нового закона о приобретении права собственности по давности владения, начинает теперь приобретать ее по давности владения именно так, как если бы его владение началось в момент появления нового закона; время прежнего владения ему не засчитывается. Все права на иск, возникшие до нового закона, мгновенно подчиняются правилу новой исковой давности, однако так, как если бы они возникли только теперь; время прежнего упущения не засчитывается.

Примечательный случай этого последнего вида встречается в римском праве. Долгое время большинство наиболее важных исков здесь не имели никакого срока давности, были *perpetuae actiones* в строгом смысле слова. Император Феодосий II ввел для всех этих исков давность, которая составляла, как правило, 30 лет. Согласно только что высказанному принципу, права на иски, сроки которых уже тогда текли, должны были погашаться только по истечении 30 лет. Но император отчасти придал своему закону обратную силу таким образом, что должно было засчитываться и прошедшее время, однако у имеющего право на иск в любом случае должно было оставаться не менее 10 лет после выхода нового закона, чтобы он все еще мог успешно

⁵⁸³ См. выше, § 385. В целом с этим мнением согласны Вебер (*Weber*, S. 147–158), а также Бергманн (*Bergmann*, S. 34–36) в том, что касается сущности вопроса, однако на с. 163 он в соответствии с римским правом допускает противоположное, а именно продолжение действия прежнего закона, поскольку, согласно его мнению, римское право должно защищать также и простые ожидания (см. выше, § 387, сн. 555). На самом деле здесь используется тот же принцип, который выше был использован в случае местной коллизии законов о приобретении в силу давности (§ 367, сн. 266).

предъявить ранее возникший иск⁵⁸⁴. Когда Юстиниан включал данный закон в Кодекс, он, естественно, опустил это переходное положение⁵⁸⁵, которое уже почти за 100 лет до того само собой утратило свою силу.

3. Если отменяют такое прерывание, которое до сих пор было разрешено, или, наоборот, вводят новое прерывание, то одно или другое положение подлежит немедленному применению к текущему сроку приобретения по давности владения.

4. Новый закон, увеличивающий промежуток времени, подлежит немедленному применению к текущему сроку приобретения по давности владения или исковой давности⁵⁸⁶.

5. Труднее и одновременно практически важнее вопрос в случае закона, который сокращает промежуток времени. В этом случае необходимо принципиально предоставить приобретателю выбор, захочет ли он применить прежний закон или новый, но в последнем случае он может исчислять срок только с момента появления закона, так что уже истекшее время нельзя засчитывать. Он вправе выбрать первое потому, что целью нового закона не было, несомненно, предоставление противнику более выгодного результата, чем согласно прежнему, неизменному закону, второе потому, что он не может иметь прав меньше, чем тот, для кого в этот момент начинает течь срок приобретательной или исковой давности. Зато неуместным применением обратной силы было бы разрешение ему использовать новый срок с учетом уже истекшего, поскольку тогда противник не смог бы полностью использовать для действия срок, отведенный либо прежним законом, либо новым. Это могло бы повлечь абсурдный результат: исковая давность мгновенно истекла бы в момент появления нового закона⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ L. un. § 5 C. Th., de act. certo temp. (4. 14). Пожалуй, едва ли стоило бы усматривать настоятельную потребность в этом отклонении от принципа. Определенное оправдание заключается в том, что к основаниям исковой давности относится также презумпция погашения (см. выше, т. III, § 237). Но та же презумпция действительна и для времени, истекшего до издания закона о давности и упущенного для предъявления иска.

⁵⁸⁵ L. 3 C., de praescr. XXX. (7. 39).

⁵⁸⁶ В 528 г. Юстиниан предоставил церквям привилегию, согласно которой их права на иск должны истекать только через 100 лет (L. 23 C., de SS. eccl. (1. 2) (см. выше, с. 523 [т. III русского перевода «Системы...»])). В конце этого закона есть слегка непонятные слова: «Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus, qui vel postea fuerint nati, vel jam in iudicium deducti sunt». При буквальном толковании последние слова касаются также исков, прежняя (30-летняя) давность которых уже истекла до предъявления иска. Тогда в этом заключается ничем не оправданная обратная сила закона (ср.: Weber, S. 7).

⁵⁸⁷ Так, например, если право на иск, для которого действительна 30-летняя давность, остается уже в течение 10 лет неиспользованным и появляется новый закон, который для правоотношений подобного вида предписывает трехлетнюю давность.

Высказанные здесь принципы получили полное признание в прусском законодательстве. Указ о введении Земского права содержит следующие три положения в § 17. Об истекших до этого времени сроках давности следует судить в соответствии со старыми законами, о ныне текущих — в соответствии с Земским правом, но последнее положение содержит следующее ограничение:

«Если же для окончания давности, которая начала течь до 1 июня 1794 г., новое Земское право предписывает более короткий срок, чем прежние законы, *то тот, кто пожелает исходить из такого более короткого срока, может* начинать исчислять его только с 1 июня 1794 г.».

Это предписание будет дословно повторено в позднейших переходных законах (§ 383). В только что отмеченном ограничении заключается признание утверждавшегося выше права выбора. Но еще четче оно выражено в следующем предписании Закона от 31 марта 1838 г., который для множества отдельных исков, срок давности которых до тех пор истекал через 30 лет, вводит срок давности либо в два, либо в четыре года⁵⁸⁸:

«§ 7. В отношении таких требований, срок исполнения которых на момент публикации этого Закона уже наступил, более короткие сроки, предписанные в § 1 и 2, могут исчисляться только с декабря 1838 г.

Если только для окончания уже начавшегося срока давности, согласно предписаниям прежних законов, требуется более короткий срок, чем установленный в данном Законе, *то сохраняется тот более короткий срок*».

Французский кодекс предписывает для давности, уже начавшей течь на момент его введения, что она должна оцениваться, как правило, по старым законам⁵⁸⁹, однако с ограничением, что отныне она может составлять не более 30 лет, если старый закон предписывал для нее более продолжительный срок. Высказанное здесь правило невозможно оправдать развитыми выше принципами. В нем выражена

Бергманн (*Bergmann*, S. 36) хочет в соответствии с сущностью вопроса допустить пропорциональное исчисление, согласно которому в только что приведенном примере, в котором треть старого срока давности истекла, треть новой трехлетней давности тоже считалась бы истекшей, так что еще оставались бы два года. Такой сложный подход нельзя ни утверждать принципиально, ни рекомендовать как позитивное предписание.

⁵⁸⁸ Gesetzsammlung, 1838, S. 249—251.

⁵⁸⁹ Code civil, art. 2281: «Les prescriptions, commencées à l'époque de la publication du présent titre, seront réglées conformément aux lois anciennes».

как раз противоположность обратному действию закона, поскольку оно наделяет новый закон меньшей силой, чем ему принципиально полагается, явно с целью защитить тем самым также и простые ожидания. Суровость или несправедливость, правда, в этом не усматривается.

В Указе о введении Австрийского уложения высказывается то же самое правило, что и во французском праве: начавшие течь сроки давности оценивать следует по старым законам. Но наряду с этим в нем (не совсем уместно) в отношении случаев, для которых Уложение предписывает более короткую давность, чем до сих пор действовавшая, устанавливает то же самое право выбора, которое только что было показано в прусском законодательстве.

§ 392. А. Приобретение прав. Применения. III. Обязательственное право

В обязательственном праве высказанный принцип применяется столь же всеобъемлюще, сколь и в вещном праве. Главным образом он находит наиболее частое применение в *договорах*.

Стало быть, о праве договора судить всегда следует по закону, который существовал во время заключения договора.

Это правило применимо к личной дееспособности, а также к форме договора (§ 388). Оно применимо к условиям действительности договора, кроме того, к виду и степени его действительности, наконец, к недействительности, оспариванию, отмене договора независимо от того, пытаются ли добиться этого с помощью иска или возращения.

Обе стороны благодаря заключению договора приобретают право на непрерывную действительность всех норм права, касающихся этих разных вопросов, независимо от любого возможного нового законодательства. Оно представляет собой приобретенное право, которое вследствие нашего принципа должно сохраняться относительно любого нового законодательства.

Это положение применимо также к договорам, действие которых отсрочено из-за хронологического приурочения или сделано неопределенным вследствие условия (§ 385, сн. 536). Оно также не зависит от различия абсолютных и содействующих норм права⁵⁹⁰, так что следует отвергнуть весьма часто высказываемое утверждение, согласно кото-

⁵⁹⁰ См. выше, т. I, § 16.

рому новые запретительные законы должны быть способны изменять характер ранее заключенных договоров⁵⁹¹.

Высказанное здесь правило нашло весьма широкое признание в изданных в разное время переходных законах Прусского государства⁵⁹². Его также весьма определенно признает и последовательно осуществляет один из самых известных авторов, представляющих французское право⁵⁹³.

Указанное правило представляет собой последовательное, необходимое следствие из нашего общего принципа. Но и с чисто практической точки зрения оно кажется истинным и правильным, поскольку только благодаря его осуществлению может быть обеспечена необходимая для безопасности и надежности оборота вера в постоянное действие договоров. Его самое широкое и поэтому преимущественно важное действие обнаруживается в применении к некоторым договорам, которые связаны с вещными правами и предназначены оказывать воздействие на многие поколения⁵⁹⁴.

Теперь следует упомянуть некоторые расхождения, которые относительно представленного здесь правила выражены отчасти в отдельных законах, отчасти некоторыми авторами.

Подобное расхождение заключается в уже упоминавшемся выше законе Юстиниана о запрете процентов (§ 386, сн. 545 и 546), согласно которому запрет должен был касаться и прошлых договоров о процентном займе, хотя только процентов, подлежащих выплате в будущем. Один новый автор попытался превратить данное предписание в общее правило (§ 387, сн. 553), в то время как другие совершенно правильно признали в этом только исключение из нашего правила, единственное отступление от него⁵⁹⁵. Весьма примечательно то, что в новые переходные законы Пруссии начиная с 1814 г. включили совершенно аналогич-

⁵⁹¹ С этим согласен Бергманн (*Bergmann*, § 30).

⁵⁹² Указ о введении Общего земского права, § XI: «Поэтому в особенности обо всех договорах, которые были составлены до 1 июля 1794 г., судить согласно их форме и содержанию, имея в виду возникающие отсюда правовые последствия, следует только по законам, существовавшим на момент заключения договора, даже если иск из подобного договора, направленный на исполнение, отмену или возмещение интереса, будет подан позже».

⁵⁹³ *Chabot*, t. 1, p. 128–139.

⁵⁹⁴ На особенность этих случаев весьма хорошо обратил внимание Гётце (*Götze*, *Altmärkisches Provinzialrecht*, Bd. 1, S. 11–13). Мы вернемся к этому виду правоотношений с другой стороны при рассмотрении разновидности норм права, предметом которых является существование прав (§ 399).

⁵⁹⁵ *Bergmann*, § 30.

ное положение⁵⁹⁶, не замечая того, что тем самым они вступают в прямое противоречие со сходным принципом, который подчиняет последствия договоров закону, действовавшему во время их заключения (сн. 592). Для подобного отступления от правильного принципа, прямо упоминающегося в самих упомянутых законах, в случае процентного договора едва ли была надобность, поскольку именно в этом случае применение к прошлым договорам обычно совсем не имеет значения (§ 385, сн. 529).

Намного важнее и гораздо глубже расхождение относительно универсальности высказанного здесь правила, которое выразили два новых автора. Оно касается не самого по себе правила, а только его применения к оспариванию договоров, если оно должно обосновываться не обстоятельствами, которые имели место при заключении самого договора, а позднейшими фактами, например будущим решением одной стороны предъявить иск об оспаривании⁵⁹⁷. Вебер не высказал это утверждение как общий принцип, но воспользовался им в ряде важных отдельных случаев⁵⁹⁸. Однако вскоре после него Мейер свел его к абстрактному принципу и попытался осуществить его подобным образом⁵⁹⁹.

Следует различать (говорит он) два вида последствий договора: обязательные, или непосредственные, при которых законы не должны иметь обратной силы, и случайные, или отдаленные, при которых допустимо обратное действие нового закона на прошлые договоры. К первому классу должны относиться такие последствия, о которых стороны думали или *могли* думать, которые они, следовательно, молчаливо включили в договор⁶⁰⁰; ко второму, напротив, те последствия, которые обосновываются только будущими фактами: к ним относятся иски об оспаривании из-за *laesio enormis*, обмана, принуждения, ошибки, неуполномочия, кроме того, требование вернуть подарок вследствие неблагодарности или из-за родившихся впоследствии детей⁶⁰¹. Все это различие абсолютно несостоятельно уже потому, что среди случаев второго класса точно нет ни одного, который стороны не *могли*

⁵⁹⁶ § 13 Закона для провинций по ту сторону Эльбы (1814), а также позднейшие переходные законы (§ 383).

⁵⁹⁷ Как раз для подобных случаев в прусских законах прямо признана применимость нашего правила (сн. 592).

⁵⁹⁸ Эти случаи будут упомянуты ниже при рассмотрении отдельных применений.

⁵⁹⁹ Meyer, p. 36–40, 153–155, 174–210. Правда, он при этом не называет Вебера в качестве авторитета, но поскольку он знает сочинение последнего (préface, p. XI), то едва ли стоит сомневаться в том, что он использовал его и руководствовался им.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 38–39, 180, 187–191.

⁶⁰¹ Ibid., p. 175–178.

представить себе как последствие договора. В довершение смешения понятий сюда еще включают также противоположность *ipso jure* и *per exceptionem*⁶⁰², которая точно не может оказывать влияние на данный вопрос. Но полная необоснованность всего этого учения станет очевидной из следующего обзора наиболее важных отдельных случаев, о которых при этом говорилось.

Недействительности обязательства можно добиться с помощью следующих юридических средств: непосредственно иском, реституцией, эксцепцией против иска другой стороны. Теперь необходимо рассмотреть согласно этому порядку отдельные случаи, о которых судить следует (как я утверждаю) в соответствии с законом, действовавшим на момент заключения договора.

1. Оспаривание продажи из-за *laesio enormis*. О понесенном вреде судить следует по закону, действовавшему во время продажи⁶⁰³. Это оспаривают, потому что продажа является недействительной не *ipso jure*, а только из-за позже предъявленного иска, время которого, стало быть, определяет применимый закон⁶⁰⁴, или, как выражается другой автор, потому что стороны не думали о таком результате⁶⁰⁵.

Такое понимание полностью противоречит истинному смыслу относящейся к этому нормы права. Она предполагает продавца, который крайне нуждается в деньгах и вынужден отдать свою вещь меньше чем за половину цены, поскольку единственный найденный покупатель злоупотребляет его бедственным положением. Столь недостойному злоупотреблению чужим горем в этом случае должна противодействовать позитивная норма права. Случай, стало быть, совершенно подобен случаю с ростовщичеством, где также корыстно злоупотребляют чужой потребностью в деньгах. Названные основания противников должны были бы последовательно привести к тому, что договор займа под 20%, заключенный при господстве римского права и в течение 10 лет нерасторжимый, должен был бы быть исполнен полностью, если вскоре после этого новый закон разрешил бы любое ростовщичество. Мейер не будет отрицать того, что в случае продажи обе стороны *могли* думать о случае последующего оспаривания, т.е. этот случай не выходил за рамки возможного, даже вероятного расчета, что он не возник вследствие абсолютно новых, совершенно неожиданных обстоятельств (как он, кажется, представляет себе дело).

⁶⁰² Meyer, p. 178, 179.

⁶⁰³ Chabot, t. 2, p. 286–289.

⁶⁰⁴ Weber, S. 114–117.

⁶⁰⁵ Meyer, p. 37–38, 154, 175–176, 209–210.

Точно так же учитывать следует только время заключения договора, если существующий в это время закон не допускает оспаривание, а последующий закон его вводит. Данное замечание касается также всех рассматриваемых далее случаев.

2. О правиле «купля-продажа ломает наем»⁶⁰⁶ следует судить по закону, который существует на момент заключения договора найма, поскольку в это время правоотношение неизменно устанавливается таким образом, что наниматель должен подчиняться последствиям последующего отчуждения. Последующий закон, отменяющий названное правило, ничего не может изменить в этом, и неважно, ограничивается ли он отменой названного правила в отдельных случаях или достигает того же эффекта благодаря тому, что вообще дает нанимателю вещное право (§ 390, п. 4). Поэтому дело не зависит от времени позже заключенного договора продажи, тем более от времени предъявления покупателем иска против нанимателя. Вебер хочет, чтобы обязательно учитывался закон, действующий в это последнее время, — опять же, как и в предыдущем случае, потому, что сам по себе договор найма не является недействительным, а утрачивает силу только вследствие иска покупателя⁶⁰⁷.

3. Требование вернуть подарок вследствие неблагодарности или из-за родившихся впоследствии детей. Решающим является время дарения, а не время последующего события, тем более время подачи иска о возврате подарка⁶⁰⁸.

Другие утверждают противоположное, потому что дарение не является ничтожным само по себе, а утрачивает силу только вследствие иска о возврате подарка⁶⁰⁹, потому что об этом результате стороны не думали, ведь иначе дарение не осуществилось бы⁶¹⁰. Конечно, неблагодарность не ожидают на момент дарения, зато совершенно естественно обратное ожидание — что одаренный не будет неблагодарным, а этот образ мыслей укрепляется в нем еще благодаря принятию во внимание закона, разрешающего требовать вернуть подарок. Стало быть, предположение, что даритель думал или мог думать о названном законе, полностью соответствует обстоятельствам.

⁶⁰⁶ В этом отношении характер данного случая отличается от характера прочих случаев, поскольку в нем договор не оспаривают и не отменяют, напротив, он всегда остается действительным благодаря иску о возмещении, который полагается нанимателю против наймодателя. Вопрос лишь в том, должно третье лицо (покупатель) признавать право найма или нет.

⁶⁰⁷ Weber, S. 117–121.

⁶⁰⁸ Chabot, t. 1, p. 174–200; t. 2, p. 168, 194.

⁶⁰⁹ Weber, S. 107.

⁶¹⁰ Meyer, p. 175, 177.

4. Реституция относительно договора. Решающим является время договора, а не время ходатайства о реституции⁶¹¹. Утверждают обратное, потому что договор как таковой является действительным и только из-за действия судьи утрачивает силу⁶¹². Третьи развивают эту же мысль и еще дальше отходят от истины, утверждая, что реституция является милостью, даруемой сувереном⁶¹³. Решающим против этих утверждений является то обстоятельство, что тот, кто добивается реституции (согласно ее характеру в Юстиниановом праве), обладает подлинным приобретенным правом на нее, слегка отличным по форме от права на иск или возражение⁶¹⁴.

5. *Exceptio doli* или *metus* оценивать следует по времени заключения договора, не обращая внимание на то, что здесь договор ничтожен не *ipso jure*, а *per exceptionem*⁶¹⁵.

6. *Exceptio Sc. Vellejani*. По времени предоставления поручительства⁶¹⁶.

7. *Exceptio Sc. Macedoniani*. Точно так же⁶¹⁷.

8. *Exceptio non numeratae pecuniae*. Точно так же.

9. Закон императора Фридриха I (Anth. *Sacramenta puberum*), который был добавлен к Юстинианову своду, призван полностью устранять большую часть недостатков договора его подтверждением приносимой должником клятвой⁶¹⁸. О возможности применения данного закона судить следует по времени принесения клятвы. Вебер неправильно отрицает это на том основании, что такой договор по самой своей сути является ничтожным и лишь благодаря действию судьи (*officio iudicis*) защищается задним числом, поэтому решающим является вынесение этого судебного решения⁶¹⁹. Очевидно, однако, что здесь права сторон

⁶¹¹ Struve, S. 266.

⁶¹² Weber, S. 113, 114.

⁶¹³ Meyer, p. 184 (ср. об этом выше, § 317).

⁶¹⁴ См. выше, § 317.

⁶¹⁵ В случае злого умысла Мейер сильно колеблется, относить ли вызванные им оспаривание и ничтожность к обязательным или случайным последствиям договора (р. 154, 179, 183). Что касается, в частности, реституции из-за злого умысла, см. выше, § 332.

⁶¹⁶ Chabot, t. 1, p. 352 (см. выше, § 388). Мейер (Meyer, p. 196—198) пытается оправдать здесь свое возражение совершенно разными, частично устраняющими друг друга основаниями.

⁶¹⁷ С этим Мейер (Meyer, p. 194) согласен, потому что подобный договор противоречит добрым нравам и потому что отказ должника не имеет значения. Между прочим, *filiusfamilias* он путает с *minor*.

⁶¹⁸ Savigny, Geschichte des R. R. im Mittelalter, Bd. 4, S. 162.

⁶¹⁹ Weber, S. 109—113.

неизменно установлены уже заранее, точно так же как и в любом другом правоотношении, и что здесь, как и в других случаях, судья призван только признать и защитить эти права.

Осталось еще несколько других вопросов, выходящих за рамки только что представленного большого разногласия.

Сюда относятся обязательства из *деликтов*. Общепризнано, что их следует оценивать по закону, действующему на момент совершения правонарушения⁶²⁰. Сюда можно было бы отнести права, вытекающие из внебрачного сожителства, но об этом лучше поговорить ниже (§ 399).

Кроме того, сюда относятся законы, касающиеся *банкротства*. Об этом могу сказать вкратце, ссылаясь на исследование, осуществленное при рассмотрении местного права (§ 374). Итак, банкротство касается не самих прав, а принудительного исполнения за счет имущественной массы, имеющейся на определенный момент времени, а для этого необходимо установить очередность отдельных кредиторов. Какой закон нужно применять к данной очередности? При этом следует отличать ипотечных кредиторов от прочих кредиторов.

Об ипотечных кредиторах судить следует по закону, который существовал на момент возникновения их вещного права (§ 390), о прочих кредиторах — по закону, существующему на момент возбуждения конкурсного производства⁶²¹. Это правило подтверждается следующими положениями римского права. Кредиторы пятого класса удовлетворяются *pro rata* независимо от времени возникновения их требований, поскольку все они являются ипотечными кредиторами, чьи ипотеки возникли вследствие *missio in possessionem*, связанной с открытием конкурсного производства. Кредиторы четвертого класса тоже обладают привилегированными ипотеками, но их ипотечное право, равно как и ранг их привилегий, также возникло только вследствие *missio in possessionem* и благодаря ей. До этого, стало быть, они только ожидали такого благоприятного для них вида принудительного исполнения (осуществляемого судом), не имея права на него.

⁶²⁰ Признано в Прусском общем земском праве (Введение, § 19).

⁶²¹ Признано в прусских переходных законах (§ 383), например в Законе от 1814 г. для провинций по ту сторону Эльбы (§ 15) и в прочих идентичных законах. С этим согласен Вебер (*Weber*, S. 167—178).

§ 393. А. Приобретение прав. Применения. IV. Наследственное право

Нам необходимо отыскать правила для *наследования по завещанию и по закону* и для *договоров о наследстве*.

I. *Завещание*. Этот случай является самым трудным и самым спорным во всем представленном здесь исследовании.

Сначала нам следует попытаться обрести твердую точку зрения на юридическую природу завещания.

Судьба наследства должна определяться последней волей умершего (*suprema, ultima voluntas*), которая должна быть изъявлена надлежащим образом. Под этим, стало быть, подразумевается воля, существовавшая в момент смерти, поскольку любая другая может быть изменена в промежуточное время. Но само по себе невозможно составление завещания как раз в момент смерти, ведь ввиду полной неопределенности относительно времени смерти часто будет необходимо или целесообразно изъявлять волю, которая должна будет считаться последней, гораздо раньше, часто весьма задолго до смерти. Поэтому любой завещатель должен считаться действующим в два разных момента: когда он составляет завещание и в момент смерти, в который он оставляет без изменений ранее составленное завещание. Первое можно назвать фактическим, второе — юридическим действием завещателя. Только продукт второго действия может и должен иметь правовой эффект, тогда как продукт первого в течение всего промежуточного времени обычно остается неизвестным, всегда не имеющим силы и всегда подчиненным неограниченному произволу завещателя. Уже это рассмотрение должно привести нас к тому, чтобы судить о фактическом действии (т.е. о форме составленного завещания) по закону, существовавшему во время составления завещания, о юридическом (т.е. о содержании) — по закону на момент смерти⁶²². И уже здесь мы можем отвергнуть два различных мнения. Первое хочет судить и о содержании по времени составления завещания, поскольку содержание действительно или недействительно в зависимости от того, совпадает воля завещателя с известным ему (современным) законом или нет, ведь при этом, в частности, обычно думают о запретительных законах. Второе мнение заходит еще дальше, поскольку объявляет завещание недействительным и в случае его

⁶²² Временно остается под вопросом личная способность как завещателя, так и наследников и легатариев, о чем речь пойдет ниже.

противоречия закону на момент составления завещания, и в случае его противоречия закону на момент смерти. Обоим взглядам можно противопоставить замечание, что для законодателя значение имеет только содержание оставленного после себя по возможности действующего завещания, в то время как то, что могло бы быть написано в завещании живого, ему совершенно неважно. Как эти два взгляда возникли из неправильно понятых правил римского права, можно будет объяснить только ниже.

Из до сих пор рассмотренного следует, что вопрос, обсуждаемый здесь для завещаний, сильно похож, хотя и не полностью, на вопрос, рассмотренный выше для приобретения в силу давности и исковой давности (§ 391). Приобретение в силу давности основывается на непрерывном состоянии, равномерно охватывающем целый период времени. Завещание состоит из двух отдельных действий, приходящихся на разные моменты. Оба, стало быть, совпадают друг с другом в том, что факт, от которого зависит приобретение права, *не* обладает простым, преходящим характером, который мы обнаруживаем в большинстве юридических фактов (договор, традиция и т.п.). Поэтому в обоих случаях применимо и важно следующее различие. Новый закон, действие которого следует проверить, может быть издан: во-первых, до начала течения срока приобретения по давности владения или до составления завещания; во-вторых, по истечении срока приобретения по давности владения или после смерти завещателя; в-третьих, в промежуточное время между началом и окончанием срока приобретения по давности владения или между составлением завещания и смертью завещателя. В первом случае с действием нового закона, несомненно, следует согласиться, а во втором столь же несомненно отрицать; стало быть, единственным предметом нашего нынешнего исследования является третий случай, как это уже было установлено выше в случае приобретения по давности владения (§ 391).

Поскольку теперь для этого случая нового закона, изданного после составления завещания, но до смерти завещателя, мы ищем правила, нам необходимо учитывать двоякую связь этих правил: во-первых, с правилами, которые были высказаны выше для коллизии местных прав (§ 377); во-вторых, что важнее и труднее, с правилами о таких изменениях, которые в промежуток между составлением завещания и смертью происходят не в законодательстве, а, пожалуй, в фактических обстоятельствах. Собственно говоря, к нашей задаче относятся лишь изменения первого вида. Тем не менее по разным причинам мы должны не только учесть изменения второго вида, но даже осмелиться

глубоко и подробно исследовать их. К этому вынуждает нас уже их внутреннее сходство, поскольку оба вида изменений по большей части должны оцениваться по одинаковым правилам. Но еще сильнее вынуждает нас к этому подход многих новых авторов, большинство ошибок которых возникли из-за того, что они отчасти не различают и путают оба названных вида изменений, отчасти неправильно понимают правила римского права о фактических изменениях.

Таким образом, я оставляю теперь основной предмет, который ограничивается применимостью новых законов, чтобы ответить на другой вопрос: как согласно римскому праву следует рассматривать происшедшее в промежуток между составлением завещания и смертью изменение фактических обстоятельств, которые могут оказывать влияние на действительность завещания? Я повторяю, что хотя этот вопрос похож на вопрос о действии новых законов, но не идентичен ему, стало быть, попытаться применить правила, действительные для одного вопроса, к другому можно только с большой осторожностью.

Предметы подобного возможного изменения следующие: личная способность завещателя, учитывая его правоотношения, а также физические свойства; содержание завещания; личная способность удостоенного вниманием лица (наследника или легатария).

1. Личная способность завещателя относительно своих *правоотношений*. У нее есть два разных условия, которые, однако, подчиняются одним и тем же правилам.

А. Завещатель должен обладать *testamentifacio*. Сами римские юристы употребляют это выражение в разных значениях: иногда совершенно буквально для составления завещания; в другом месте для завещательной способности безотносительно к различию ее условий, так что в этом смысле ребенку и безумному отказывают в *testamentifacio*. Там, где это выражение употребляется как точный технический термин (у Ульпиана в особенности), оно обозначает обладание *сословным свойством* в Римском государстве, которое делает способным на манципацию как основную форму римских завещаний. Тогда «*testamentifacio*» равнозначно «*commercium*»; им обладают все *cives* и *Latini*, его нет у всех *peregrini*⁶²³.

В. Завещатель должен быть способен обладать имуществом и оставлять его после себя, следовательно, если иметь в виду будущее наследство, он не может быть *de jure* неимущим. В этом отношении неспособен *filiusfamilias*, хотя он обладает *testamentifacio* и поэтому может быть

⁶²³ Ср.: *Ulpian.*, XX, § 2; XIX, § 4, 5.

свидетелем составления завещания⁶²⁴. Таким же образом неспособен *Latinus Junianus*, который тоже обладает *testamentifactio* и поэтому может быть свидетелем составления завещания. Но *Lex Junia* запретила ему делать завещание для себя, поскольку предписала, что в момент смерти его имущество достается патрону, но не как наследство, а так, будто он всю жизнь был рабом, следовательно, был неспособен обладать имуществом⁶²⁵.

Эти два условия завещательной способности совпадают в том, что они одинаково необходимы для *обоих* моментов: для времени составления завещания и для времени смерти, что говорит о том, что они должны относиться и к фактическому, и к юридическому действию в завещании. Стало быть, кто неспособен юридически, тот не может *сделать* завещание, а также *оставить после себя* завещание. Однако изменение, приходящееся на этот промежуток времени, не будет иметь вредных последствий, поскольку в таком случае завещание сохранит в силе претор⁶²⁶.

Два примера наглядно продемонстрируют эти правила. Завещание недействительно, если у завещателя нет гражданства на момент составления завещания *или* в момент смерти, действительно — если он временно утрачивает гражданство только в этот промежуток времени. Оно недействительно, если завещатель был *filiusfamilias* во время составления завещания *или* в момент смерти; действительно, если в этот промежуток времени он позволил себя усыновить, а затем снова был эманципирован.

Из указанной трактовки вопроса в римском праве следует, что римляне необходимую в оба момента времени способность завещателя правильно считали обоснованной внутренней потребностью и всегда придерживались этого, что они, напротив, непрерывность данного состояния в течение всего промежутка времени считали простым следствием строгой теории, которое не отвечало практической потребности и потому было устранено.

2. Личная способность завещателя относительно его *физических свойств*. Она обладает совершенно иным характером, чем способность первого вида. Она относится исключительно к фактической стороне завещания и, стало быть, необходима в момент составления завещания. Зато любое последующее изменение совершенно неважно, и вследст-

⁶²⁴ *Ulpian.*, XX, § 2, 4, 5, 6, 10.

⁶²⁵ *Ulpian.*, XX, § 8, 14.

⁶²⁶ *Gajus*, II, § 147; *Ulpian.*, XXIII, § 6; L. 1, § 8 de B. P. sec. tab. (37. 11); L. 6, § 12 de injusto (28. 3).

вие этого завешание не станет ни действительным, если в момент его составления способность отсутствовала, ни недействительным, если тогда способность была налицо.

К этим основаниям недействительности относятся: несовершеннолетие, безумие, а также, согласно древнему римскому праву, немота и глухота. Если несовершеннолетний или безумный делает завешание, то оно является и будет недействительным, даже если позже наступит совершеннолетие или пройдет безумие. Наоборот, завешание душевно здорового лица является и останется действительным, даже если позже он впадет в безумие и умрет в таком состоянии⁶²⁷.

3. *Содержание* завешания относится исключительно к его юридической стороне. Поэтому во внимание принимаются отнюдь не обстоятельства, существовавшие во время составления завешания, хотя завещатель учитывал прежде всего их, а исключительно обстоятельства на момент смерти.

Это не вызывало сомнений при таких фактических обстоятельствах, которым присущ всецело материальный характер. Сохранение или нарушение обязательной наследственной доли часто зависит от размера имущества. Он оценивается на момент смерти, а вовсе не на момент составления завешания (на который оценивал его завещатель)⁶²⁸. Равным образом о причинении вреда назначенному наследнику в соотношении с легатами (что разные законы (*Lex Furia*, *Voconia*, *Falcidia*) должны были предотвращать) судят в соответствии с размером имущества на момент смерти, так что прежнее состояние неважно⁶²⁹.

В некоторых других случаях ничтожность содержания имела строго юридический характер. Такова, например, ничтожность завешания, в котором не был упомянут *Suus* или *Posthumus*. Тем не менее высказанный выше взгляд, согласно которому о содержании завешания судить следует исключительно на момент смерти, и в этом случае считали настолько правильным и отвечающим практической потребности, что помогали искусственными средствами. Когда, стало быть, не упомянутый в завешании *Suus* или *Posthumus* умирал еще до смерти завещателя, завешание было и оставалось, собственного говоря, ничтожным, но оно оставалось в силе вследствие того, что претор предоставлял из

⁶²⁷ § 1 J., quib. non est perm. (2. 12); L. 2, L. 6, § 1, L. 20, § 4 qui test. (28. 1); L. 8, § 3 de j. cod. (29. 7); L. 1, § 8, 9 de B. P. sec. tab. (37. 11).

⁶²⁸ L. 8, § 9 de inoff. (5. 2); L. 73 pr. ad L. Falc. (35. 2).

⁶²⁹ § 2 J., de Falc. (2. 22).

него *B. P. secundum possessionem*⁶³⁰. Точно такой же результат наступал и тогда, когда завещатель впал в ошибку, не упомянув эманципированное лицо или несправедливо лишив наследства близкого родственника, имеющего право на наследование по закону, — только с тем отличием, что в этом случае результат наступал сам собой, а не вследствие искусственной помощи претора. Ведь не упомянутое в завещании эманципированное лицо вообще имело право только благодаря *B. P. contra tabulas*, которая представляла собой сугубо личное средство защиты, предлагаемое тому, кто не был упомянут в завещании и находился в живых во время получения наследства. Поэтому упоминание в завещании эманципированного лица, которое умерло раньше завещателя, не имело значения, поскольку ему нельзя было предоставить подобную *B. P. c. t.* Точно так же дело обстояло с *querela inofficiosi* несправедливо исключенного лица, имеющего право на наследование по закону. Ведь и она представляла собой сугубо личное юридическое средство, о котором не может быть речи, когда несправедливо исключенный из завещания умирает раньше завещателя (ср. выше, т. II, § 73, п. Г).

4. Личная способность *удостоенного вниманием лица* (наследника или легатария). Этот случай является самым трудным из всех и породил больше всего недоразумений в нашем учении.

Указанный момент сам по себе относится к содержанию завещания, так что нам, согласно общим принципам, следовало бы учитывать только фактические обстоятельства на момент смерти, вовсе не принимая во внимание прежние состояния. Тем не менее римляне подходили к нему совсем по-другому, и нам нужно попытаться понять причины этого отличного подхода.

Римское учение следующее. Юридическая способность наследника и легатария основывается на той же самой *testamentifactio*, что и способность завещателя (сн. 623), а потому она есть у всех *cives* и *Latini*, тогда как у всех *peregrini* ее нет⁶³¹. Эта сословная способность должна быть

⁶³⁰ *Ulpian.*, XXIII, § 6; L. 12 pr. de injusto (28. 3). Такой подход к делу можно было бы выразить так: ничтожность, вызванная упоминанием в завещании, была абсолютной согласно *jus civile*, претор превращал ее в относительную, так что только сами живые и не упомянутые в завещании могли заявить о ней, а не при случае третьи лица, совсем не ради выгоды которых она вводилась. Ввиду строгости *jus civile* упоминание *Suus* или *Posthumus* в завещании было влекущим ничтожность пороком формы; претор же трактовал его просто как часть содержания завещания.

⁶³¹ *Ulpian.*, XXII, § 1–3. Здесь не исключен ни *filius familias*, ни *Latinus Junianus*, потому что неимущий хотя и не может ничего завещать, зато, пожалуй, может получить, а также ребенок и безумный, потому что не надо ни изъяслять волю, ни совершать действия, чтобы быть назначенным.

налицо в *три* момента времени (*tria tempora*): в момент составления завещания, в момент смерти⁶³², в момент приобретения. Собственно говоря, непрерывная способность необходима и в промежуточное время, однако на это требование закрывают глаза, так что временная неспособность в промежуточное время не оказывает вреда (*media tempora non nocent*)⁶³³.

В чем же причина этого столь отличного от ожидаемого согласно общим принципам подхода именно к данному случаю? При этом мы можем не принимать во внимание третий момент (приобретение наследства), который, собственно говоря, понятен сам по себе и вообще не важен. Тогда у нас в качестве необычного, подлежащего особому объяснению явления остается правило, согласно которому способность удостоенного вниманием лица требуется *не только* в момент смерти (как мы могли бы ожидать), но *и* в момент составления завещания, так что существующая в это время неспособность (например, принадлежность к перегирам) делает завещание навсегда ничтожным, даже если назначенный наследник вскоре после этого приобретет римское гражданство.

Объяснение столь необычного явления не представляется ни трудным, ни сомнительным. Оно заключается в основной форме римского завещания в виде манципации нынешнего имущества⁶³⁴ как идеального целого (без учета его отдельных частей, а также возможного увеличения или уменьшения), благодаря чему это целое обретало вид фиктивного договора о наследстве, т.е. юридической сделки между живыми, действительными участниками которой считались все наделенные чем-либо в завещании лица (представленные *familiae emptor*). Потому все они должны были обладать личной способностью в момент составления этого мнимого договора.

То, что данное правило на самом деле было чисто теоретическим, принятым ради юридической формы, т.е. не обоснованным признанием внутренней потребности, явствует также из следующего обстоятельства. Чуть позднее позитивное законодательство ввело ограничения

⁶³² Вместо этого момента при условном назначении выступает время исполнения условия, которое, следовательно, не представляет собой четвертый момент времени.

⁶³³ Главными фрагментами для этого учения являются следующие: § 4 J., de her. qual. (2. 19); L. 6, § 2, L. 49, § 1, L. 59, § 4 de her. inst. (28. 5). Упомянутое здесь промежуточное время относить все же следует только к первому промежутку времени — между завещанием и смертью, зато неспособность во втором — между смертью и приобретением — влечет вредные последствия, поскольку из-за нее право на наследство немедленно признается за каким-либо третьим лицом, будь то подназначенный наследник или наследник по закону.

⁶³⁴ *Gajus*, II, § 103.

личной способности приобретать, которые, как полагали, освободит от необходимости учитывать старые формальности; это коснулось лиц, не состоящих в браке, бездетных и *Latini Juniani*. При такой новоизобретенной неспособности вовсе не учитывали состояние во время составления завещания и даже, с другой стороны, пошли еще на один шаг дальше, поскольку учитывали даже не время смерти, а только время приобретения. А это последнее предписание имело практическую цель: именно предлагаемое наследство должно было побудить лицо, не состоящее в браке, немедленно заключить его, а *Latinus Junianus* быстро стать достойным *jus quiritum*⁶³⁵.

В этом заключается подлинная причина необычного правила о *tria tempora*, а не в *regula Catoniana*, как полагают многие⁶³⁶. Неправильность данного вывода вытекает из следующих соображений. Нигде *tria tempora* не сводятся к этому сугубо единичному, относящемуся к несколько более позднему времени правилу, стало быть, они должны обладать более общим и более древним основанием. Кроме того, Катонovo правило относится только к легатам (сн. 636), а не к наследствам⁶³⁷. Оно касается, стало быть, вовсе не личной способности удостоенного вниманием лица (ведь только об этом здесь идет речь), а других условий недействительного легата, особенно, пожалуй, того случая, когда завещатель отказывает вещь *per vindicationem*, не обладая римском правом собственности на нее во время составления завещания. Этот легат недействителен, даже если позднее он приобретет римское право собственности на отказываемую вещь⁶³⁸.

Если мы обобщим все это в одной мысли, то будем вынуждены сказать, что все учение о *tria tempora* вовсе не основывалось на сути дела — на естественной сущности завещания, а имело просто случайную, историческую причину. Нам следует даже добавить, что было бы логично полностью отказаться от этого учения в Юстиниановом праве, поскольку в нем полностью исчезла мысль о манципации как основе завещаний.

⁶³⁵ Ср.: *Ulpian.*, XXII, § 3; XVII, § 1; III, § 1—6.

⁶³⁶ L. 1 pr. de reg. Cat. (34. 7): «Quod, si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret: id legatum quandocunque decesserit, non valere».

⁶³⁷ L. 3 eod.: «Catoniana regula non pertinet ad hereditates». Правда, Куяций (*Cujacius*, Obs., IV, 4) хочет внести исправление «libertates», но оно совершенно произвольно и не подтверждается ни рукописями, ни внутренней необходимостью (ср.: *Voorda*, Interpret., II, 22).

⁶³⁸ *Ulpian.*, XXIV, § 7.

Только что проведенное исследование вовсе не затрагивало вопрос о временной коллизии законов, было, следовательно, отступлением, но необходимым отступлением. Поскольку теперь я перехожу к исследованию изменений, которые происходят не в фактах, а в законах, я должен постоянно проследивать аналогию с только что высказанными правилами. Однако здесь следует соблюдать осторожность и принимать во внимание соответствующие различия, в особенности то, выведены ли высказанные правила из сути дела или обоснованы особыми причинами. При этом я буду точно придерживаться очередности случаев, которая выше была установлена для фактических изменений.

1. Личная способность завещателя относительно своих *правоотношений*. Она должна присутствовать в *два* момента времени: на момент составления завещания и на момент смерти; если в один из них она отсутствует, то завещание является и останется недействительным (см. выше, с. 255). Но она может отсутствовать как раз вследствие того, что состояние завещателя не отвечает закону, действующему в один из указанных моментов⁶³⁹.

Следующие примеры поясняют это. Согласно римскому праву завещать могли все *cives*, все независимые *Latini*⁶⁴⁰, не могли *peregrini* (см. выше, с. 254). Предположим теперь, что подобный *Latinus* сделал завещание, а затем, пока он был жив, законом императора всех латинов лишили *testamentifactio*; тогда завещание будет недействительным из-за неспособности на момент смерти. Предположим, что перегрин сделал завещание, а затем, пока он был жив, законом императора всех перегринов наделили *testamentifactio*; тогда завещание будет недействительным из-за неспособности на момент составления завещания.

2. Личная способность завещателя относительно его *физических свойств*. Она должна быть налицо на момент составления завещания, стало быть, решающим является исключительно закон, действующий в это время. Действительное завещание, составленное в соответствии с ним, не может стать ничтожным из-за последующего закона, и точно так же наоборот.

⁶³⁹ Chabot, t. 2, p. 438, 439. Зато Мейер (Meyer, p. 121–131) полагает, что неспособность на момент составления завещания не влечет вредных последствий, и пытается это необоснованное утверждение оправдать вопреки репликам (правда, неподходящим) из *regula Catoniana*.

⁶⁴⁰ Раньше к ним относились *Latini colonari* (Ulpian., XIX, § 4), а с тех пор, как их больше не существовало, — все потомки *Latinus Junianus*, поскольку запрет *Lex Junia* касался только их самих, а не потомков, которые были *Latini ingenui*.

Так, в древнем римском праве немые были неспособны составлять завешание, Юстиниан наделил их такой способностью⁶⁴¹. Если незадолго до этого закона немой составлял завешание, то оно тем не менее не становилось действительным благодаря данному закону, зато теперь он мог составить действительное завешание. Завещательное совершеннолетие для женского пола в римском праве определено возрастом, равным 12 годам⁶⁴², в прусском праве — 14 годам⁶⁴³. Если девочка 13 лет совершит завешание при господстве римского права, то завешание останется действительным, даже если сразу после этого введут прусское право, а смерть наступит до достижения 14-летнего возраста. Если завешание будет составлено в возрасте 13 лет при господстве прусского права, то оно останется недействительным, даже если сразу после этого введут римское право.

3. *Содержание* завешания зависит исключительно от времени смерти, так что о действительности содержания судят только по закону, действующему в указанное время, не учитывая предписания прежнего закона, даже того, при господстве которого завешание было составлено⁶⁴⁴.

Случаями применения этого правила, которые важнее всех остальных, являются следующие: об обязательной доле в наследстве и о неупоминании в завещании судить следует по закону, существующему на момент смерти⁶⁴⁵; равным образом — о фидеикомиссах (*substitutions*), запрещенных во Французском кодексе⁶⁴⁶, а также о вульгарной субституции, которая в 1790 г. во Франции была запрещена, а затем снова разрешена *Code*⁶⁴⁷.

4. Личная способность *удостоенного вниманием лица* (наследника или легатария). В до сих пор рассмотренных случаях и вопросах для

⁶⁴¹ L. 10 C., qui test. (6. 22).

⁶⁴² L. 5 qui test. (28. 1).

⁶⁴³ A. L. R., I, 12, § 16.

⁶⁴⁴ Шабо (*Chabot*, t. 2, p. 367—370, 382, 445—454) правильное всех прочих авторов понимает этот пункт, правда, примешивая некоторые заблуждения касательно римского права. Вебер (*Weber*, S. 96—98) делает завешание недействительным, если содержание противоречит закону *либо* на момент составления, *либо* на момент смерти; он подходит, стало быть, к этому вопросу так же, как к юридической способности завещателя (п. 1). Бергманн (*Bergmann*, § 16, 19, 51) полагает, что, согласно римскому праву, о содержании судить следует *только* по закону, действительному на момент составления завешания, а учет времени смерти является ошибочным взглядом французских правоведов, проникший вместе с тем и в их законодательство.

⁶⁴⁵ *Chabot*, t. 2, p. 225, 464—475.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, t. 2, p. 382 (ср.: *Meyer*, p. 132—148).

⁶⁴⁷ *Ibid.*, t. 2, p. 367—370.

изменений в законах следовало признавать то же самое правило, которое было признано римским правом для изменений в фактических обстоятельствах (см. выше, с. 254–257), поскольку это признание обосновывалось общей природой завещания вообще, стало быть, внутренней потребностью. Совсем по-другому дело обстоит с вопросом о личной способности удостоенного вниманием лица, о фактических изменениях которой в римском праве судят по правилу *tria tempora*. Ведь у этой оценки не было внутренних причин, а только исторические, которые исчезли уже во времена Юстиниана и тем более не могут иметь никакого значения для нас. Поэтому, следовательно, здесь нам нужно полностью отойти от аналогии с названным правилом римского права и придерживаться лишь истинной природы завещания. А она ведет к пониманию личной способности удостоенного вниманием лица как относящейся к содержанию части завещания, о которой поэтому судить следует только по закону, действительному на время смерти, без учета права, которое могло бы иметь силу на момент составления завещания⁶⁴⁸.

Выше уже было показано то, что в этом утверждении *regula Catoniana* не должна вводить нас в заблуждение и что, стало быть, у нас нет никаких причин искусственно отвергать применение данного правила к нашему времени (как это пытались сделать некоторые). Особенно к способности назначенного наследника это правило неприменимо даже для вида (сн. 636 и 637).

5. Еще учитывается закон о *форме* завещания, говорить о которой при фактических изменениях не было оснований.

Форма полностью относится к фактической стороне завещания, которое должно считаться действительным или недействительным в зависимости от того, соответствовала примененная форма действовавшему в то время закону или нет, так что последующий закон не может ничего изменить в этом ни в пользу, ни во вред завещанию⁶⁴⁹. Это правило полностью соответствует также высказанным выше общим правилам (§ 388).

Стало быть, если применять данное правило, собственноручно составленное при господстве французского права домашнее завещание должно остаться действительным, даже если перед смертью завещателя введут прусское право, которое не признает домашние завещания. На-

⁶⁴⁸ Шабо (*Chabot*, t. 2, p. 462–464) полностью соглашается с этим решением, не вдаваясь в предпринимаемую здесь попытку обоснования.

⁶⁴⁹ *Chabot*, t. 2, p. 394–399; *Weber*, S. 90.

оборот, собственноручно составленное при господстве прусского права домашнее завещание должно остаться недействительным, даже если при жизни завещателя введут французское право, которое допускает такую форму завещаний⁶⁵⁰.

6. Наконец, следует упомянуть случай, когда закон вообще отменяет наследование по завещанию, т.е. объявляет действительным только наследование по закону, — не потому, что этот случай является практически важным, а потому, что его рассмотрение поможет лучше определить взгляд на вопрос.

Если завещание совершается при господстве закона, который вообще запрещает завещания, то оно является и останется недействительным, даже если до смерти новый закон снова разрешит завещания. Это следует принять уже по той причине, что для подобного завещания не могла использоваться форма, отвечающая нынешнему закону, что было бы необходимо согласно только что высказанному правилу (п. 5).

Равным образом завещание недействительно, если на момент его составления разрешается наследование по завещанию, а на момент смерти запрещается в силу нового закона. Это следует принять уже потому, что новый закон стремится лишить силы все содержание завещания, а о действительности содержания судить следует по закону, существующему на момент смерти (п. 3). К такому же результату ведет и второе, более радикальное мнение. Подобный новый закон касается, собственно говоря, не приобретения права (а именно права наследования посредством завещания), а существования целого института права (наследования по завещанию), однако в случае подобных законов вообще не может быть речи об обратной силе (§ 384).

Самым сомнительным можно было бы счесть случай, когда на момент составления и на момент смерти завещания разрешаются законом, а закон, действующий в промежуточное время, запрещает их. Я бы склонялся к тому, чтобы применить к этому случаю аналогию с римским правилом *media tempora non nocent* (сн. 633) и признать завещание действительным.

⁶⁵⁰ Несколько отличное в этом положение прусского права уже упоминалось выше (§ 388, сн. 559) и будет снова учтено в § 394.

§ 394. А. Приобретение прав. Применения. IV. Наследственное право (продолжение)

Временные границы господства новых законов применительно к завещаниям до сих пор были исследованы только с общей точки зрения, согласно природе завещаний вообще, без учета непосредственных высказываний в позитивных законах. Римское право принималось во внимание (§ 393) в самом по себе отличном вопросе о фактических изменениях, которые могут оказывать влияние на действительность завещаний. Для решения стоящей перед нами задачи была предпринята попытка применить простую аналогию с правилами римского права, касающимися данного вопроса. Теперь же я хочу исследовать то, какие высказывания позитивных законодательств можно использовать для этой цели, т.е. для определения влияния новых законов, которое нам следует приписать им в отношении действительности завещаний.

Сначала следует принять во внимание *римское право*. В нем мы вообще не обнаруживаем общего высказывания по нашему вопросу. Общий принцип, отрицающий обратную силу законов (§ 386), недостаточен для завещаний, потому что они относятся не к отдельному моменту времени, как договоры и отчуждения, а к нескольким моментам (§ 393), так что сомнение может вызывать как раз то, в каком отношении завещание следовало бы причислять к *futura negotia* или, напротив, к *facta praeterita* (pendentia negotia).

Зато во множестве отдельных римских законов мы обнаруживаем весьма определенные переходные предписания по вопросу о том, к каким завещаниям должны или не должны применяться именно эти новые законы. При этом сама собой напрашивается мысль о том, что в этих переходных предписаниях вместе с тем должен был бы выражаться неизменный общий принцип, касающийся нашего вопроса, и под влиянием такого предположения новые авторы весьма часто развивали свои теории. Но именно это предположение вызывает большие сомнения, а применительно к некоторым отдельным случаям можно доказать его ошибочность. Ведь переходное предписание может быть порождено частным случаем, т.е. не уверенностью в том, что так должно быть в соответствии с общими принципами, потому что отвечает общему характеру завещаний, а скорее снисходительным вниманием к существующим фактам, но тогда переходное предписание представляет собой не выражение признанного истинным правила, а скорее

заботливое исключение из правила. Такое намерение законодателя не просто вообще возможно — оно как раз, без сомнения, налицо здесь в нескольких случаях. Таким образом, нам надо будет отдельные переходные предписания римского права, которые чуть далее будут поочередно указаны, сравнить с высказанными выше общими принципами (§ 393), чтобы для каждого из этих предписаний установить, следует ли его считать выражением признания правила или, напротив, исключением из правила.

1. Подобное переходное предписание встречается в *Lex Falcidia*, первая глава которой звучит так⁶⁵¹:

«Qui cives Romani sunt, qui eorum *post hanc Legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam etc.*».

Это положение, которое затем дословно повторяется во второй главе, ограничивало применение закона завещаниями, которые будут составлены в будущем, так что уже составленные, даже если завещатели были еще живы, оно не должно было затрагивать.

В этом заключается исключение из наших правил. Ведь поскольку положение закона затрагивало содержание завещания, то его, собственно говоря, следовало бы применять ко всем завещаниям, составители которых позже умирали (§ 393, п. 3), даже если тогда они уже были составлены. Следовательно, живых завещателей хотели избавить от сверки своих уже составленных завещаний с новым законом и в случае необходимости приведения их в соответствие с последним, равно как и от опасности, которая могла бы возникнуть для полноценной действительности завещания из-за пренебрежения данным предписанием. Это бережное отношение было естественным и похвальным уже потому, что законодателю на самом деле могло быть совершенно безразлично, получит ли закон исключительное применение несколькими годами раньше или позже.

Особо следует обратить внимание еще на то, что целью и следствием этого закона было не ограничение до того не ограниченной свободы завещателей в отношении легатов, а скорее замена других, для некоторых случаев более строгих ограничений *Lex Furia* и *Lex Voconia* новым, более целесообразным⁶⁵². Стало быть, мнение сводилось к тому, что к незавершенным завещаниям должны применяться *Lex Furia* и *Lex Voconia*, а к будущим — исключительно *Lex Falcidia*.

⁶⁵¹ L. 1 pr. ad L. Falc. (35. 2). Цицерон (In Verrem, I, 41, 42) упоминает аналогичное переходное положение из *L. Voconia* (qui heredem fecerit), которой Веррес своим недобросовестным эдиктом придал обратную силу словами «fecit, fecerit».

⁶⁵² Gajus, II, § 224—227.

2. В 531 г. Юстиниан предписал, что назначение наследника должно считаться действительным только тогда, когда завещатель собственноручно напишет имя наследника или назовет его устно при свидетелях. Но это предписание должно было применяться только к будущим завещаниям, а не к уже составленным⁶⁵³. В данном переходном предписании заключалось только чистое применение высказанных выше принципов, поскольку новый закон затрагивал исключительно форму завещания (§ 393, п. 5). Однако тремя годами позже (534 г.) названный закон был включен в новейший кодекс, и притом с только что названным переходным дополнением. Предписание, стало быть, заключалось в том, что закон не должен был затрагивать совершенные за истекшие три года (между 531 и 534 гг.) завещания, к которым, собственно говоря, он уже мог бы применяться, следовательно, в известной степени представляло собой амнистию в отношении допущенного в этих завещаниях пренебрежения законом. Можно было бы это бросающееся в глаза повторение переходного предписания счесть простой ошибкой, однако сам Юстиниан назвал его в позднейшем законе намеренным, обоснованным восприятием того, что изначально новый закон был недостаточно известен и этот недостаток был устранен лишь благодаря его включению в новый кодекс⁶⁵⁴.

3. Обязательная доля в наследстве составляла, согласно древнему праву, четвертую часть наследства по закону; Юстиниан увеличил ее до трети или до половины, смотря по обстоятельствам⁶⁵⁵. Поскольку этот закон затрагивал содержание завещания, его следовало бы применить к уже составленным завещаниям. Но Юстиниан распорядился о том, чтобы его применяли только к будущим завещаниям, в чем, стало быть, снова выражалось заботливое исключение⁶⁵⁶.

4. Императорскими конституциями несколько иным образом было ограничено право отца завещать последней волей своим детям от конкубины⁶⁵⁷. Один из этих ограничительных законов сводится к тому, что такие дети, если нет законных детей, могут получить половину имущества. Однако добавляется, что данное положение должно применяться только тем завещаниям, которые будут составлятьс

⁶⁵³ L. 29 C., de test. (6. 23). Все это предписание вызывает интерес только с исторической точки зрения, поскольку через несколько лет оно снова было отменено (Nov. 119, c. 9 (от 544 г.)).

⁶⁵⁴ Nov. 66, c. 1, § 1.

⁶⁵⁵ Nov. 18 (от 536 г.).

⁶⁵⁶ Nov. 66, c. 5, § 2–5 (от 538 г.).

⁶⁵⁷ *Götschen*, Vorlesungen, III, 2, § 793.

шем⁶⁵⁸. Здесь вновь выражено исключение, поскольку закон касался содержания завещания, т.е. был бы, собственно говоря, применим к незавершенным завещаниям.

5. Законами *L. Julia* и *L. Papia Poppaea* при императоре Августе была введена весьма путаная выморочность наследственного имущества и легатов. Данный институт права, который изменялся множеством позднейших законов, в 534 г. был полностью упразднен Юстинианом, однако с дополнением, что это новое право должно применяться только к тем завещаниям, которые будут составляться в будущем⁶⁵⁹. В этом тоже выражается исключение из высказанных правил, поскольку предметом нового закона было содержание завещания.

В прусском праве по нашему вопросу есть только несколько неизменных положений, действительных на все времена, но они не дают на него прямого ответа, а потому могут быть использованы лишь опосредованно. Будет целесообразно упомянуть их в конце.

Зато наше законодательство богато переходными положениями о завещаниях, в которых, таким образом, не высказывается общий неизменный принцип, однако отдельными актами о введении определяется подход к завещаниям, что, следовательно, по крайней мере дает возможность, но не всегда, разглядеть в них общий принцип.

Очередность этих переходных предписаний следующая (§ 383).

Указ о введении Общего земского права 1794 г. предписывает в § 12, чтобы обо всех тогда составленных завещаниях «*сплошь* судили в соответствии с предписаниями прежних законов, даже если смерть завещатель наступит лишь позже» (*сплошь* — т.е. имея в виду форму и содержание). Первое представляет собой чистое применение высказанных выше принципов, второе — заботливое исключение из этих принципов (§ 393, п. 3), подобное множеству только что приведенных исключений в римском праве.

В трех указах 1803 г. с этим дословно совпадает § 6.

В Указе 1814 г., изданном для провинций по ту сторону Эльбы, встречаются две новеллы⁶⁶⁰.

Первое новое положение следует в измененном виде за только что приводившимися прежними предписаниями:

⁶⁵⁸ L. 8 C., de natur. lib. (5. 27) (Юстиниан, 528 г.).

⁶⁵⁹ L. un., § 15 C., de cad. toll. (6. 51).

⁶⁶⁰ Gesetzsammlung, 1814, S. 89–96.

«§ 6. Обо всех завещаниях и завещательных распоряжениях, которые возникли до 1 января 1815 г., необходимо, *принимая во внимание их форму*, сплошь судить по предписаниям прежних законов, даже если смерть завещателя наступит лишь позже».

Дополнение «*принимая во внимание их форму*», которое полностью отсутствует в предыдущих указах, явно выражает противоположность *принятию во внимание их содержания*, т.е. дает понять, что о содержании судить следует, напротив, по новому закону (по закону на момент смерти). Стало быть, в этом выражается признание высказанных выше правил о законах, применимых к форме и содержанию завещаний⁶⁶¹.

Второе новое положение будет упомянуто ниже.

Только что упомянутое новое положение было подробно и точно выражено в 1816 г. в Указе для Западной Пруссии (§ 383):

«§ 8. Обо всех завещаниях... необходимо, принимая во внимание их форму, сплошь судить по предписаниям прежних законов. *И содержание завещаний действительно в части, не противоречащей запретительным законам на момент получения наследства. Касательно последнего прежде всего способность к наследованию назначенных наследников и обязательная доля в наследстве оцениваются по законам, действительным на момент получения наследства*».

С этой последней формулировкой дословно совпадают позднее изданные переходные законы.

Здесь самым несомненным образом для применения разных законов различают форму и содержание: в случае законов о форме должно учитываться время составления завещания, в случае законов о содержании — время смерти, и к этому второму классу совершенно правильно причисляют законы о личной способности удостоенного вниманием лица. Тем самым, следовательно, весь ряд высказанных выше правил признан правильным, за исключением только законов о личной способности завещателя, о чем ничего не сказано.

Но среди вновь обретенных земель нашлись три, где до того момента действовало французское право и где, стало быть, наверняка обнаружились бы незавершенные завещания, часть которых обосновывалась бы собственноручным составлением завещателя, а часть — нотариальным удостоверением. Такое положение сочли слишком опасным и поэтому в данных землях наряду с названным общим положением приняли частично от него отличное особое предписание, согласно

⁶⁶¹ Бергманн (*Bergmann*, S. 565) ошибочно полагает, что в этом нет отступления от прежних указов.

которому *подобные* незавершенные завещания должны были оставаться действительными еще только один год. В течение этого года завещатель обязан был совершить новое завещание согласно форме Земского права (т.е. в суде). Если завещатель по истечении названного года умирал без нового завещания, то обнаруженное считалось недействительным, если нельзя было доказать, что ему постоянно препятствовали составить новое завещание⁶⁶². В этом совершенно необычном предписании явно выражается не общий неизменный принцип, а скорее помощь для отдельного случая. И в прочих переходных законах подобное предписание вовсе не встречается.

Зато независимо от этих переходных предписаний в самом Земском праве есть следующие постоянные положения, которые могут использоваться для решения нашего вопроса, касающегося завещаний (с. 267).

А. Если юридическая сделка из-за соблюденных при этом форм отвечает не закону, при котором она была совершена, а более позднему закону, то она в виде исключения должна остаться в силе⁶⁶³.

Данное предписание касается не одних лишь завещаний, а вообще юридических сделок, следовательно, в том числе и завещаний, и отличается этим от высказанных выше правил. Оно, впрочем, совершенно неважно для завещаний в случае введения нового земского права, потому что едва ли можно представить себе, что где-либо введут более строгую по сравнению с предусмотренной Общим земским правом форму для завещаний, так что по сравнению с этой строгой формой завещание могло бы остаться в силе вследствие последующего введения новым земским правом менее строгой формы. Поэтому названное предписание могло бы обрести практическую важность лишь в том случае, если бы в Прусском государстве в будущем когда-нибудь ввели более легкую форму для завещаний, например французского права.

В. О личной способности завещателя судить следует по времени составления завещания⁶⁶⁴. Однако это предписание касается изменений в фактах, как показывают следующие положения, а не в законах и поэтому может применяться к изменениям в законах только по аналогии. Отдельными случаями применения являются следующие:

а) естественная неспособность на момент составления завещания делает его недействительным, даже если тогдашний недостаток позже

⁶⁶² Провинции по ту сторону Эльбы (1814), § 7; Западная Пруссия (1816), § 9; Польша (1816), § 9 (см. выше, § 383).

⁶⁶³ A. L. R., Einl., § 17 (см. выше, § 388, сн. 559 (там говорилось о весьма сомнительном содержании этого предписания)).

⁶⁶⁴ Ibid., I, 12, § 11.

будет устранен, например вследствие достижения более зрелого возраста⁶⁶⁵. Это положение соответствует нашим правилам;

б) неспособность, которая базируется на правовых основаниях на момент составления завещания, утрачивает свое негативное влияние, если позже недостаток будет устранен⁶⁶⁶. В этом заключается отступление от нашего правила (§ 393, п. 1);

с) наоборот, если завещатель на момент составления завещания способен, а позже в наказание за противозаконное действие утрачивает эту способность, то завещание становится недействительным⁶⁶⁷. Соответствует нашему правилу.

С. «При оценке способности наследника или легатария принимать во внимание надо время получения наследства»⁶⁶⁸. И это положение, так же как и предыдущее, подразумевает, несомненно, только фактические изменения в лице, но по аналогии может без опаски применяться и к изменениям в законодательстве, полностью соответствуя в таком применении нашим правилам.

В Австрийском уложении нет отдельных переходных положений о завещаниях, зато есть общее предписание, что новое Уложение *не должно оказывать влияния* на предшествующие действия, даже если эти действия заключаются в таких волеизъявлениях, которые изъявляющее лицо еще могло бы самовольно изменить и привести в соответствие с предписаниями, содержащимися в данном Уложении⁶⁶⁹. Здесь явно подразумеваются завещания, и в этих словах выражается совершенно такое же предписание, которое выше было приведено из прусского Указа о введении (1794, § 12) и сравнивалось с нашими правилами.

Мнения самых авторитетных авторов уже приводились выше при рассмотрении отдельных вопросов. Вебер ошибается главным образом в том, что действительность содержания завещания делает зависимой от соответствия законам в оба момента времени, в то время как Бергманн хочет здесь ошибочно учитывать время составления завещания, и притом только его. У Шабо здесь более правильные взгляды, чем

⁶⁶⁵ A. L. R., I, 12, § 12.

⁶⁶⁶ Ibid., § 13.

⁶⁶⁷ Ibid., § 14.

⁶⁶⁸ Ibid., § 43.

⁶⁶⁹ Так дословно сказано в Указе о введении (1811) (S. 5, 6).

у двух первых авторов (§ 393, сн. 644). Но все они более или менее впали в разнообразные заблуждения из-за следующих ошибок.

Они не различали в достаточной степени изменения, которые могут произойти в фактических обстоятельствах, и те, которые могут произойти вследствие появления новых законов, а также естественные недостатки и предписания закона, которые могут воспрепятствовать личной способности завещателя. В римском праве они не увидели подлинные основания некоторых положений (особенно *tria tempora*) и, напротив, ошибочно подменили их другими, неподходящими основаниями, куда в особенности относится *regula Catoniana*. Главным же образом они обобщали отдельные переходные предписания римского права и считали их выражением общих постоянных принципов об отношении старых и новых законов, абсолютно вопреки намерению авторов этих предписаний.

§ 395. А. Приобретение прав. Применения.

IV. Наследственное право

(продолжение)

II. Условия *наследования по закону* гораздо проще, чем условия наследования по завещанию, поскольку при этом во внимание принимаются не два часто весьма отдаленных во времени факта (составление завещания и получение наследства). Зато оба случая подобны в том, что и при наследовании по закону учитывать следует как фактические обстоятельства с их изменениями, так и новые законы и что в отношении первых в римском праве высказаны точные правила, аналогией с которыми тогда следует воспользоваться в случае новых законов.

О личной способности умершего оставить после себя имущество, наследуемое по закону, судить следует по времени смерти. Римское право требует гражданство в том смысле, что римское наследование по закону могло применяться только в случае смерти римского гражданина, в то время как имущество умиравших в Римском государстве иностранцев наследовалось по праву их родины. Римлянин, подвергшийся *magna capitis deminutio* (депортированный или *servus poenae*), и без того не мог оставить наследство: все, что у него было или казалось принадлежащим ему, доставалось фиску.

Личная способность быть призванным к какому-либо наследованию по закону основывалась на том же самом условии гражданства: *magna capitis deminutio* делала неспособным на это, в то время как *minima* не была безусловным препятствием, а упраздняла только определен-

ные права на наследование по закону, обоснованные агнатическим родством⁶⁷⁰. Такая способность непременно должна была существовать на момент получения наследства, но также и в момент приобретения, даже в течение всего промежуточного времени, поскольку при любой возникающей в это время неспособности призванного наследника по закону его доля в наследстве немедленно доставалась другому лицу, будь то призванному наряду с ним или после него (§ 393, сн. 633). Эти правила действуют одинаковым образом независимо от того, вызвано ли изменение, устраняющее способность к наследованию, новыми фактическими обстоятельствами или новым законом.

Но самым важным и одновременно самым трудным является личное отношение наследника по закону к наследодателю, которое преимущественно заключается в родстве. Это отношение является решающим как для права на наследство вообще каждого отдельного лица, так и для определения места, которое он должен занять в очередности всех возможных наследников. Такое личное отношение должно оцениваться по времени *получения наследства*, которое обычно, но не всегда совпадает с временем *смерти*. При этом следует учитывать два вида изменений, которые могут произойти в этом отношении.

А. Изменение в *фактических обстоятельствах*. Несущественны и не оказывают влияния обстоятельства и изменения до смерти завещателя. Правда, и в это время могут возникнуть весьма определенные вероятные ожидания. На наследство по закону от богатого, не состоящего в браке мужчины пожилого возраста с большой уверенностью могут рассчитывать близкие родственники, и это ожидание может не оправдаться из-за позднего брака, в котором родятся дети. Однако чистые ожидания вообще не подлежат защите нормами права, и названные родственники должны были учитывать возможность такого изменения, а также возможное завещание.

Но для того чтобы приблизиться к более точному определению решающего момента времени, сначала необходимо учесть два предварительных, в известной степени чисто отрицательных правила.

1. Наследником по закону не может считаться тот, кто был зачат только после смерти завещателя. Главное условие, стало быть, заключается в том, чтобы наследник по закону родился или хотя бы был зачат при жизни наследодателя⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ L. 1, § 4, 8 ad Sc. Tert. (38. 17).

⁶⁷¹ § 8 J., de her. quae ab int. (3. 1); L. 6—8 pr. de suis (38. 16). Об уравнивании *nasciturus* с *natus* см. т. II, § 62.

2. Если призванный к наследованию откажется от наследства или умрет до его приобретения, то кажется естественным, что вследствие этого фактического изменения его место займет следующий за ним призванный к наследованию; это называется «*successio*» (*ordinum, graduum*). Однако в древнем цивильном праве подобную *successio* не дозволяли, поскольку педантично следовали букве Законов XII таблиц; претор допустил ее в новых введенных им классах наследования⁶⁷², а Юстиниан разрешил вообще⁶⁷³.

Предпослав эти два предварительных правила, теперь нам надо точнее определить момент времени, по фактическим обстоятельствам которого должно регулироваться наследование по закону. В качестве такого момента времени мы можем вообще назвать *получение наследства*, которое, однако, в зависимости от обстоятельств может наступить в два разных момента времени.

В этом отношении нам необходимо различать два случая.

В первом случае завещание существует, и только из-за признания его недействительным открывается наследование по закону. Тогда время признания недействительным следует считать временем получения наследства. Это происходит тогда, когда призванный наследник по завещанию отказывается от наследства, когда он умирает до вступления в наследство, когда назначение наследника связано с условием и оно не осуществляется. А во всех указанных случаях предполагается, что нет других наследников по завещанию, благодаря которым завещание осталось бы в силе. Получение наследства, стало быть, в названных случаях происходит в момент отказа от наследства, или смерти наследника по завещанию, или неосуществления условия; о каждом из этих фактов можно утверждать, что благодаря ему становится несомненным, что наследования по завещанию не будет, а вследствие этого, стало быть, открывается наследование по закону.

Во втором случае завещание отсутствует. Тогда получение наследства безоговорочно следует отнести к моменту смерти — ни к какому другому, более позднему, который можно было бы себе представить.

Именно так этот важный вопрос решается в следующем фрагменте Институций⁶⁷⁴:

⁶⁷² *Gajus*, III, § 12, 22, 28; *Ulpian.*, XXVI, § 5.

⁶⁷³ § 7 J., de legit. agnat. succ. (3. 2).

⁶⁷⁴ § 6 J., de legit. agnat. succ. (3. 2). Множество подтверждений для первого случая (лишения силы завещания) встречаются в: *Gajus*, III, § 13; L. 1, § 8, L. 2, § 5, L. 5 de suis (38. 16).

«Proximus autem, siquidem nullo testamento facto quisquam deces-
serit, per hoc tempus requiritur, *quo mortuus est is, cujus de hereditate
quaeritur*. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc
tempus requiritur, *quo certum esse coeperit, nullum ex testamento
heredem exstiturum*; tunc enim proprie quisque intestato decessisse
intelligitur».

Остановимся теперь на этом втором случае. Высказанное правило указывает нам на то, что призванных и непризванных наследников по закону определять следует исключительно по личному отношению, которое существовало на момент смерти. Пожалуй, можно было бы сказать, что это не является позитивным указанием, и это понятно само собой, поскольку о более позднем моменте времени вообще нельзя думать. Подобное понимание было бы совершенно неправильным. Случаи, только что названные для наследника по завещанию, по большей части возможны и в отношении призванных сначала наследников по закону. Некоторые из них могут отказаться, могут умереть до вступления в наследство; что в таком случае должно произойти с предложенными им долями наследства?

Здесь возможны два подхода. Можно, во-первых, остановиться на распределении долей, определенном на момент смерти, и сводить к нему ставшую свободной долю, пока это возможно. Тогда указанная доля наследства достанется благодаря *jus accrescendi* другим призванным лицам, и только в том случае, если таких лиц не будет, произойдет *successio ordinum* или *graduuum*, которая, таким образом, будет вспомогательным средством. Но можно, во-вторых, пойти обратным путем, т.е. теперешний момент, когда доля наследства стала свободной, счесть моментом получения наследства и заново урегулировать по нему порядок наследования. Тогда *successio ordinum* или *graduuum* будет стоять во главе, а *jus accrescendi*, возможно, применяться в качестве вспомогательного средства.

Согласно высказанному выше принципу, нам следует без всяких сомнений отдать предпочтение первому подходу, т.е. считать время смерти неизменным моментом получения наследства, даже если произошедшее позднее фактическое изменение сделает необходимым дополнительное распределение долей. Или, другими словами: при коллизии *jus accrescendi* с *successio graduuum* предпочтение следует отдать *jus accrescendi*⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Этот вопрос является предметом старого известного спора. Излагаемое здесь мнение защищают Гёшен (*Götschen*, Vorlesungen, III, 2, § 929) и Баумайстер (*Baumeister*,

В. Изменения в *законодательстве*. Здесь, как и в случае завещаний (§ 393), нам следует руководствоваться аналогией с предписаниями, данными для фактических изменений, и мы можем делать здесь это совершенно без сомнений, поскольку названные предписания следует считать выражением общих постоянных принципов, так что отчасти просто случайные, исторические взгляды не оказывали здесь влияния, как в случае завещаний.

Если мы будем полностью придерживаться этой аналогии, то тем самым придем к следующим правилам о влиянии новых законов на наследование по закону.

1. Новый закон, изданный *до получения наследства*, должен всегда оказывать влияние на отдельный случай наследования по закону.

2. Моментом получения наследства следует считать:

а) если завещание отсутствует — момент смерти;

б) если завещание имеется — момент, когда становится ясно, что наследования по завещанию не будет.

3. Закон, изданный *после получения наследства*, не оказывает никакого влияния, даже если он появляется в промежутке между получением и вступлением в наследство. Большинство правоведов признают это последнее положение⁶⁷⁶, но некоторые его оспаривают⁶⁷⁷.

Возражение против него основывается главным образом на следующем смешении. Говорят, что целью принципа отсутствия обратной силы законов является лишь сохранение приобретенных прав. Но призванный наследник вследствие получения наследства (признания права на наследство) еще не приобретает никакого права — подобное приобретение у него возникает только вследствие вступления в наследство, и поэтому до него новый закон может изменить порядок наследования, не вызывая ошибочного действия обратной силы; оба момента (получение и приобретение) совпадают лишь в виде исключения в случае *Suus heres*, который приобретает наследство *ipso jure*.

Anwachsungsrecht unter Miterben, § 5, 7). Кажущееся сомнение возникает из L. 1, § 10, 11, L. 2 ad Sc. Tert. (38. 17), где, правда, признается регулирование по более позднему времени, когда отказывается первый призванный. Однако, согласно четкому объяснению данного фрагмента, в этом заключается не применение общего принципа, а особое предписание для отношения вновь изобретенного гражданского права наследования между матерью и детьми к *jus antiquum* агнатов. Хотели помешать тому, чтобы из-за отказа матери или ребенка агнаты, между которыми не было *successio graduum*, утрачивали всякое право наследования (совершенно вопреки цели сенатусконсульта).

⁶⁷⁶ Weber, S. 96; Chabot, t. 1, p. 379 («au moment de l'ouverture de la succession»).

⁶⁷⁷ Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. 2, S. 123—124, 130—132.

Но на самом деле простым получением наследства призванным наследником уже приобретается действительное право, и притом без его участия и даже без его ведома, а именно исключительное право принять признанное наследство и тем самым превратить его в свое имущество или же отказаться от него по своему усмотрению. Это настоящее приобретенное право, которое так же, как и любое другое, защищается от ненадлежащего воздействия новых законов принципом обратной силы, следовательно, оно совершенно отличается от простого ожидания; право это, конечно, совершенно другого вида и с меньшим объемом, чем то, которое затем возникает вследствие принятия наследства и благодаря которому до сих пор чужое имущество непосредственно превращается в собственное имущество наследника.

Высказанное здесь правило подтверждается следующими переходными предписаниями.

Закон императора Валентиниана II дал когнатическим родственникам по нисходящей линии право наследования по закону трех четвертей имущества своих родственников по восходящей линии, так что конкурирующие агнаты должны были получать только одну четвертую часть⁶⁷⁸. Юстиниан объявил родственников по нисходящей линии в этой конкуренции исключительными наследниками, т.е. свободными от передачи четвертой части агнатам⁶⁷⁹, но добавил следующие слова:

«*Quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis, servari decernimus*».

Несомненно, эти слова проще всего понять как говорящие о *получении наследства* в будущем, так что оно, а не вступление в наследство выражено здесь словами «*futurum negotium*». То же, что законодатель на самом деле подразумевал это, неопровержимо следует из непосредственно предшествующих слов («*sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur*»), из которых явствует, что *призвание* к наследованию, т.е. *признание права на наследство*, было предметом, по которому законодатель хотел распорядиться, поскольку это призвание не относилось к *praeterita negotia*, на которые закон не должен был влиять.

Еще определеннее говорит § 33 прусского переходного Закона от 1794 г. (при введении Общего земского права):

«Наследование по закону... следует оценивать, если *получение наследства* происходит до 1 июня 1794 г., по *прежним законам*, а после... по предписаниям нового Земского права».

⁶⁷⁸ L. 4 C. Th., de leg. hered. (5. 1); § 16 J., de her. quae ab int. (3. 1).

⁶⁷⁹ L. 12 C., de suis (6. 55).

С этим совпадают также все последующие прусские переходные законы (§ 383).

III. Безотзывные договоры о наследстве

Они всецело обладают характером договоров вообще и должны оцениваться по законам, действительным на момент их заключения⁶⁸⁰. Против этого утверждения возражали, что договор о наследстве не дает безусловно приобретенное право, поскольку всегда неизвестно, какая из двух сторон переживет другую⁶⁸¹. Однако данное возражение неважно, потому что условные права, как и безусловные, являются настоящими правами и защищаются от ненадлежащего влияния новых законов принципом отсутствия обратной силы (§ 385, сн. 536).

§ 396. А. Приобретение прав. Применения. V. Семейное право

У французских авторов нередко встречается ошибочное смешение законов о семейном праве с законами о статусе лица как такового. Поскольку в последних, как правило, речь не идет о сохранении приобретенных прав (§ 389), так что любой новый закон при этом может обладать особо свободным воздействием, то они переносят данное отношение на законы о семейном праве, не учитывая того, что последние всегда должны находить и сохранять настоящие приобретенные права, точно так же как и законы о вещном праве и об обязательствах. Причина этого ошибочного смешения заключается в чрезмерном применении деления законов на *statuts personnels* и *réels* (§ 361, п. 1), а также одноименного деления прав⁶⁸², вследствие чего чистое семейное право наравне со статусом лица как такового попадает в *droits personnels* и лишь прикладное семейное право — в *droits réels*⁶⁸³. И хотя такое понимание принципиально следует полностью отвергнуть, однако на практике оно оказалось менее пагубным, чем можно было бы ожидать, поскольку некоторые из наиболее важных отдельных вопросов, которые они относят к семейному праву, на самом

⁶⁸⁰ Chabot, t. 1, p. 133; Struve, S. 247–249 (ср. выше, § 392).

⁶⁸¹ Weber, S. 98–99.

⁶⁸² *Droits personnels* являются те, *qui sont attachés aux personnes*; *droits réels* — *droits attachés aux biens*.

⁶⁸³ Chabot, I, p. 23, 29–31, 34, 377–378. Против этого, осуждая, правильно высказывается Бергманн (Bergmann, § 50), но не выделяет достаточно четко только что порицавшееся смешение.

деле связаны с дееспособностью⁶⁸⁴, а с другой стороны, на некоторые важные законы о настоящем семейном праве, в особенности о браке, не распространяется принцип отсутствия обратной силы, потому что они касаются не приобретения, а существования прав.

I. Брак⁶⁸⁵

Поскольку брак представляет собой подлинный договор⁶⁸⁶, то можно было бы ожидать, что о его общем праве судить следует только по закону, действительному на момент заключения брака. Тем не менее это само по себе верное правило в чистом брачном праве (т.е. без учета влияния брака на имущество) применяется лишь весьма ограниченно⁶⁸⁷.

О законности заключения брака судить следует, разумеется, исключительно по закону, имевшему силу в то время⁶⁸⁸.

Личная власть мужа над женой представляет собой вообще предмет весьма ограниченного воздействия законов и судебных учреждений. А юридически самый важный случай применения подобной власти, а именно супружеская опека, относится вообще не к брачному праву, а к статусу лица как такового (сн. 684).

Важнее всего остального было бы расторжение брака, если бы о нем судили по закону, действовавшему на момент заключения брака. Но ниже будет показано, что ни это время, ни время возникновения факта, который служит основанием расторжения брака, не могут быть решающими, а только время подачи иска о расторжении⁶⁸⁹.

Зато имущественное право супругов (прикладное семейное право) представляет собой крайне важный предмет применения наших принципов. Здесь же нам следует утверждать, что, как правило, применять надо закон, действовавший на момент заключения брака, даже если последующие законы изменяют имущественное право супругов⁶⁹⁰. Этот вопрос весьма близок к вопросу о применимом местном праве,

⁶⁸⁴ Сюда относится в особенности *autorisation maritale*, которую, собственно говоря, следует причислять не к брачному праву, а к опеке по половой принадлежности (см. выше, § 389, п. 2).

⁶⁸⁵ Здесь необходимо сравнить правила, высказанные в § 379, о местных границах законов.

⁶⁸⁶ См. выше, т. II, § 141.

⁶⁸⁷ О понятиях чистого и прикладного семейного права см. выше, т. I, § 54, 58.

⁶⁸⁸ По тем же причинам, которые выше были названы для местного права (§ 379) (ср.: Code civil, art. 170). Такого же мнения придерживается Рейнгардт (*Reinhardt zu Glück*, Bd. 1, S. 10). Немного отличается мнение Бергманна (*Bergmann*, S. 30).

⁶⁸⁹ См. ниже, § 399 (ср. § 379, п. 6).

⁶⁹⁰ Большинство авторов согласны с этим (*Chabot*, t. 1, p. 79–81; *Meyer*, p. 167; *Pfeiffer*, *Praktische Ausführungen*, Bd. 2, S. 271–276; *Mittermaier*, *Deutsches Recht*, § 400, Num. V).

и большинство оснований⁶⁹¹, которые в случае последнего приводились выше (§ 379) в пользу утверждения, что должен применяться закон, имевший силу в месте жительства мужа на момент заключения брака, независимо от последующего изменения места жительства, говорят также против воздействия последующих изменений законов.

Случаи применения этого важного принципа следующие.

Отношение дotalьного права к праву имущественной общности: должен ли действовать исключительно один из этих институтов или оба одновременно и в каком отношении друг к другу?

Характер приданого; *dos profectitia*; переход требования о возврате на наследников; непосредственный возврат собственности наследникам. Следует, однако, заметить, что в случае, если приданое возникает в соответствии с чисто римским принципом только вследствие произвольного действия назначающего лица (не *ipso jure*), применяемый закон следует определять не по времени заключения брака, а по времени назначения приданого. Этот пункт прямо признан в переходном предписании Юстиниана⁶⁹². И точно так же имущественная общность супругов должна оцениваться по закону какого-либо более позднего момента времени, если в отдельном случае она обосновывается не законом, существовавшим на момент заключения брака, а договором супругов, заключенным позже⁶⁹³.

Последствия второго брака в отношении имущества: это также признано переходным предписанием Юстиниана⁶⁹⁴.

Ограничения щедрости между супругами будут упомянуты ниже (§ 399).

Так называемое наследование супругов обладает двояким характером. Часто оно представляет собой просто развитие и последствие уже существующего между супругами имущественного права, в особенности имущественной общности в какой-либо одной из множества ее форм. Тогда оно сообразуется с законом того времени, когда возникло это правоотношение, которым, как правило, будет время заключения брака, иногда — время позднее заключенного договора (сн. 690 и 693). Зато в других случаях наследование супругов представляет собой под-

⁶⁹¹ Я говорю — большинство оснований, но не все. Ибо здесь не подходит основание, что односторонняя воля мужа, от которого зависит выбор места жительства, не может изменять существующее имущественное право супругов. Изменение закона, разумеется, не зависит от произвола мужа.

⁶⁹² L. un. in f. C., de rei ux. act. (5. 13).

⁶⁹³ В этом, следовательно, заключается последовательное исключение из признанного выше (сн. 690) правила.

⁶⁹⁴ Nov. 22, c. 1.

линное, чистое наследование по закону, и о нем всегда следует судить по закону, действующему на момент получения наследства. К этим другим случаям относятся эдикт *unde vir et uxor* и наследование бедного супруга по римскому праву, а также по бранденбургскому провинциальному праву (Joachimica)⁶⁹⁵.

Те же самые различия и правила следует также применять и к наследованию детей, поскольку оно связано с имущественным правом супругов, существующим между родителями.

Все эти правила будут применяться, естественно, лишь в том случае, если новый закон об имущественном праве супругов не сопровождается особыми переходными предписаниями, а их именно в рассматриваемом здесь предмете следует ожидать чаще, чем в других случаях. Если, например, законодатель захотел бы вместо дотального права, до тех пор исключительно действовавшего в его стране, ввести исключительно всеобщую имущественную общность, или наоборот, то он едва ли не подумал бы о ныне существующих многочисленных семьях и не определил бы отношение нового закона к ним.

В заключение этого исследования хочу перечислить некоторые действительно изданные переходные предписания о новых законах, затрагивающих семью.

Выше (сн. 692 и 694) уже были названы два закона Юстиниана, в которых признаются и применяются высказанные здесь принципы.

В прусском праве встречаются следующие переходные положения⁶⁹⁶.

В § 14 Указа о введении Общего земского права от 1794 г. предписано, что об имущественном праве супругов, включая соглашение о разделе имущества, вызванное расторжением брака, судить следует по закону, действовавшему на момент заключения брака, — в полном соответствии с высказанным здесь принципом. Для случая наследования по закону, которое основывается на общем (не на провинциальном) праве, пережившему предоставляется выбор, хочет ли он наследовать по закону, действовавшему на момент заключения брака, или по Земскому праву. Это абсолютно новое, совершенно позитивное положение, которое не может быть обосновано ни одним правовым принципом. Но здесь точно не выражается строгость или несправедливость, поскольку любой супруг всегда может предотвратить такой будущий результат посредством завещания. Если, стало быть, умер-

⁶⁹⁵ Ср. об этом различии § 379, п. 5, а о правиле, применимом при подлинном наследовании по закону, — § 395, п. В.

⁶⁹⁶ Положения об основаниях расторжения брака будут упомянуты ниже (§ 399, сн. 726).

ший не сделал это, то можно допустить, что он был согласен с данной законной привилегией пережившего.

С этими предписаниями в основном совпадают переходные законы 1814 и 1816 гг.⁶⁹⁷

II. Отцовская власть

О ее возникновении судить следует по закону времени, на которое приходится приводящие к ней факты. Так, Юстиниан ввел новое правило, согласно которому усыновление ребенка, находящегося в чужой отцовской власти, в большинстве случаев не должно было устанавливать новую отцовскую власть, а также отменять прежнюю⁶⁹⁸. Этот закон был, несомненно, применим ко всем позже предпринятым усыновлениям, а прежние не лишились своей до тех пор действительной силы. Точно так же узаконение путем последующего заключения брака сообразуется исключительно с тем законом, который существует на момент заключения брака, не принимая во внимание позднейший закон или закон на момент рождения ребенка (§ 380).

Личные права отца над ребенком сюда не относятся: законы, устанавливающие что-либо в этом отношении, касаются существования, а не приобретения права, следовательно, действуют и на уже существующие правоотношения (§ 398).

Что касается прав в имуществе, то сама собой напрашивается мысль о том, чтобы к отцовской власти применялись те же самые правила, которые только что были высказаны для брака. Следствием этого было бы то, что права на имущество неизменно устанавливал бы закон, при котором возникла отцовская власть, следовательно, закон, действующий на момент рождения ребенка, так что новый закон применялся бы только к детям, рожденным в будущем. Но при более внимательном рассмотрении данная аналогия оказывается простым заблуждением, и нам следует, напротив, принять, что новый закон немедленно изменяет имущественные отношения даже в отношении ныне живущих детей. Хочу начать с того, что наглядно продемонстрирую это положение на примере, прежде чем начну доказывать его.

⁶⁹⁷ См. выше, § 383: провинции по ту сторону Эльбы (§ 9), Западная Пруссия (§ 11, 12), Польша (§ 11), Саксония (§ 11). Кое-где иначе сформулированные положения касаются провинциального права, а не нашего вопроса. В Законе для герцогства Вестфалия (1825) ничего не сказано по этим вопросам, поскольку в § 4 Указа о введении Общего земского права временно полностью исключаются первые три раздела второй части (только в них говорится о браке и наследовании по закону).

⁶⁹⁸ L. 10 C., de adopt. (8. 48); § 2 J., de adopt. (1. 11). За исключением случая, когда приемный отец одновременно является естественным родственником ребенка по восходящей линии.

Согласно древнему римскому праву, ребенок в отцовской власти не мог обладать имуществом, поскольку все приобретенное благодаря его действиям приобреталось непосредственно для отца. С течением времени это положение было ограничено при некоторых видах приобретения, а именно при приобретении *castrense peculium*, *bona materna* и т.п., но в качестве правила оно сохранилось. Юстиниан полностью упразднил данное правило, распорядившись о том, чтобы любое приобретение ребенка, куда, стало быть, относится также и созданное собственным старанием и занятием ребенка, становится его личным имуществом, а не имуществом отца⁶⁹⁹. Если мы спросим теперь о том, к каким случаям следовало применять этот новый закон, то названная обманчивая аналогия привела бы к применению только к позднее родившимся детям. Однако, согласно высказанному здесь утверждению, нам следует сказать, что с появления закона любое новое приобретение детей следовало считать их личным имуществом, и только то, что они приобрели ранее, оставалось имуществом отца. Стало быть, судьба новых приобретений — способность приобретать, а не уже приобретенное имущество — была мгновенно изменена новым законом.

Доказательство правильности этого утверждения заключается в том, что правила, действующие для приобретения ребенком, следует считать последствиями его более или менее ограниченной *правоспособности*, а как таковые они относятся к статусу лица, к которому принцип отсутствия обратной силы не применяется (§ 389). Именно здесь проявляется коренное различие между отцовской властью и браком, поскольку имущественное право супругов (дotalное право или имущественная общность) вовсе не связано с правоспособностью. Это юридическое выражение коренного различия обоих правоотношений. И к такому же результату мы придем, если рассмотрим вопрос с другой точки зрения. Брак — это правоотношение между двумя независимыми, самостоятельными лицами, возникшее благодаря их добровольному решению — благодаря договору. Зато отцовская власть возникает вследствие рождения ребенка, т.е. вследствие чисто естественного события, самым произвольным образом. При этом не может быть речи о продолжающей действовать воле, о договорном установлении правоотношений.

То, что здесь было сказано о прямо противоположных эффектах новых законов, должно применяться также к незначительным законным изменениям, поскольку одни и другие законы различаются только

⁶⁹⁹ L. 6 C., de bon. quae lib. (6. 61); § 1 J., per quas pers. (2. 9).

степенью воздействия, а по сути они аналогичны. Если, стало быть, новый закон вводит или устраняет право пользования отца имуществом детей или предписывает узурфрукт до достижения определенного возраста ребенка, это следует применить немедленно — и даже к уже существующему имуществу ныне живущих детей⁷⁰⁰.

Высказанные здесь правила признаются не только авторами, но и в новых переходных законах Прусского государства в отношении узурфрукта родителей⁷⁰¹.

Прекращение отцовской власти, а именно путем эманципации, подчиняется закону времени, в которое происходит это прекращение. Ему же подчиняются и последствия прекращения, куда также относится *praemium emancipationis* (сн. 700).

О правоотношениях внебрачных детей речь пойдет ниже (§ 399).

III. Опека

В современном праве она выражается в осуществлении полагающегося государству охранительного права, следовательно, как ветвь публичного права (§ 380, п. С). Стало быть, не вызывает сомнений, что она может быть изменена в любой момент новыми законами. Если подобные новые законы будут касаться вида возникновения опеки в отдельных случаях, то едва ли будет предполагаться потребность в изменении уже учрежденных опеки в соответствии с ними, хотя право на такое изменение тоже не может вызывать сомнения. Если в законе не будет ничего предписано об этом, то его нужно будет относить только к впредь учреждаемым опекам.

Обязательства, возникающие в связи с опекой (*actio tutelae directa, contraria*), оценивать следует по правилам, действительным для обязательств (§ 392).

IV. Вольноотпущенники

Закон, относящийся только к древнему праву и касающийся освобождения рабов, здесь следует упомянуть по той причине, что при этом встречается переходное предписание, которое новые авторы обычно не совсем правильно понимают.

⁷⁰⁰ Weber, S. 86; Reinhardt zu Glück, Bd. 1, S. 11. Можно было бы подумать, что это, согласно римскому праву, противоречит характеру узурфрукта, который, будучи однажды приобретенным, длится до самой смерти узурфруктуария. Однако указанный узурфрукт, основывающийся на семейных отношениях, обладает другим характером уже даже по римскому праву, которое разрешает эманципирующему отцу постоянное пользование половиной имущества в качестве особого вознаграждения за эманципацию (L. 6, § 3 C., de bon. quae lib. (6. 61)).

⁷⁰¹ См. выше, § 383: провинции по ту сторону Эльбы (1814), § 10; Западная Пруссия (1816), § 13; Польша (1816), § 13.

Lex Junia предписывала, что хотя во многих случаях неполного освобождения вольноотпущенник действительно должен был становиться свободным, а именно *Latinus*, а также способным приобретать имущество, но приобретенное им имущество в момент смерти должно было доставаться патрону, а именно не как наследство, но в силу фикции, будто вольноотпущенник умер рабом⁷⁰². Это неполное освобождение Юстиниан преобразовал в полное, так что имущество вольноотпущенника больше не должно было доставаться патрону таким путем, но добавил, что данное предписание должно применяться только к будущим освобождениям, тогда как к прежним — старое право независимо от того, умер ли уже вольноотпущенник или еще жив⁷⁰³. Это был новый закон не о наследовании (как обычно считают новые авторы), а об освобождении и связанном с ним ограничении имущества. Переходное предписание полностью отвечало характеру правоотношения.

§ 397. А. Приобретение прав. Исключения

Благодаря до сих пор осуществленному исследованию была установлена закономерная граница временного воздействия новых законов на отдельные классы правоотношений. Из этих правил возможны исключения в двух противоположных отношениях: они могут либо расширять, либо ограничивать действие новых законов по сравнению с высказанными правилами.

Расширение действия нового закона, т.е. обратная сила закона как исключение, будет в большинстве случаев означать, что законодатель, ощущая важность новой меры, пытается распространить ее действие настолько широко, насколько хватает его власти. В качестве примера выше был назван римский закон о ростовщических сделках (§ 386, сн. 545, 546). Едва ли можно оправдать хотя бы одно исключение подобного вида, поскольку достигаемый таким путем результат всегда будет перевешен негативным впечатлением, которым обычно будет сопровождаться столь произвольное вмешательство даже с добрыми намерениями. Но существуют также случаи, в которых подобное исключение вызвано иными причинами, в частности намерением проявить снисхождение к отдельно взятому лицу, не затрагивая других. Подобным смыслом

⁷⁰² *Gajus*, III, § 5.

⁷⁰³ L. un., § 13 C., de Lat. libert. toll. (7. 6).

обладает предписание прусского права, согласно которому более мягкий новый уголовный закон должен применяться также к преступлениям, совершенным при прежнем законе⁷⁰⁴. Аналогичное намерение лежит в основе другого прусского закона, согласно которому пороки формы юридической сделки не влекут вредных последствий благодаря тому, что новый закон предписывает более легкую форму, которой отвечает ранее совершенное действие. Однако на сомнительный характер этого предписания уже было указано выше (§ 388, сн. 559).

Ограничение действия нового закона как исключение вызывает гораздо меньше сомнений. Целью его является предупредительное обращение с ожиданиями, которые, правда, высказанный выше принцип (§ 385) не защищает, и оно всегда основывается на убежденности в том, что предписание нового закона, хотя и полезное само по себе, не является настолько важным, чтобы требовать немедленного безусловного исполнения, что могло бы, возможно, угрожать индивидуальным интересам.

Выше уже было отмечено, что к тому же самому римскому императорскому закону, который в целом отрицает обратную силу законов, прямо добавлена оговорка возможных отдельных исключений (§ 386, сн. 539), чего, однако, даже не требовалось, поскольку это было понятно само собой. В ходе нашего исследования было названо множество случаев подобных отдельных исключений — частично в римском праве, частично в новых законодательствах. Они относились к обоим видам исключений: как к расширяющим⁷⁰⁵, так и к ограничивающим⁷⁰⁶, и следует заметить, что случаи второго вида встречаются чаще, чем случаи первого. Кроме того, уже было отмечено, что отдельные содержащиеся в римском праве исключения не имеют для нас никакого значения — даже в том случае, если римское право вновь обретет силу общего права в какой-либо земле (§ 386).

Подобные исключения нужно будет признавать в будущих новых законах лишь в том случае, если они предписаны весьма определенно, ибо у законодателя, раз он решает на исключение, т.е. четко осознает противоположность между правилом и исключением, точно есть повод для того, чтобы высказаться об этом прямо и недвусмысленно. Следует также отметить то примечательное обстоятельство, что именно в римском императорском законе, который с тех пор навсегда стал

⁷⁰⁴ См. выше, § 387, сн. 549. Это положение оправдывается уже правом на помилование, которым в отдельных случаях обладает законодатель.

⁷⁰⁵ Подобные случаи встречаются в § 386, 388, 390, 391, 394.

⁷⁰⁶ См., например, § 391 и 394.

основой всего нашего учения, возможность исключений выражена так: «*nisi nominatim et de praeterito tempore... cautum sit*» (§ 386, сн. 539).

В отличие от этой предосторожности, признанной и требовавшейся в самом римском праве, один новый автор попытался во всяческих указаниях в новых законах обнаружить возможное выражение скрытого намерения придать им обратную силу⁷⁰⁷. При этом смешиваются противоположности, которые сюда вообще не относятся, такие как противоположность между ничтожностью и отказом в праве на иск, *ipso jure* и *per exceptionem* и т.п. Таким путем приходят не только к неподобающе легкому допущению исключений — вследствие этого смешиваются понятия правила и исключения, а границы между ними незаметно стираются или становятся неопределенными. В особенности подобный подход внушает опасения применительно к новым законодательствам, в которых никак нельзя предположить настолько твердую систему понятий и искусственных терминов, как в римском праве, и поэтому над ними совершается прямое насилие посредством толкования, которое все же молчаливо основывается на подобном предположении⁷⁰⁸.

Как ни странно, римское право к случаю расширяющих чрезвычайных законов добавляет исключение, которое, стало быть, следует считать исключением из исключения. Предписываемая в виде исключения обратная сила не должна наступать в том случае, если правоотношение, к которому ее можно было бы отнести, уже урегулировано судебным решением или мировым соглашением (*judicatum vel transactum*). Правда, это ограничение нигде не высказано как постоянный общий принцип, но оно единодушно повторяется в таком множестве отдельных фрагментов римского права, что его, несомненно, следует считать общепризнанным римлянами правилом⁷⁰⁹. У него есть также внутреннее основание, заключающееся в том, что как судебное решение, так и мировое соглашение изменяют исходное правоотношение, так что место правоотношения, к которому относился новый закон, занимает, собственно говоря, другое.

Под судебным решением здесь следует понимать не только решение, вступившее в законную силу, но и (при еще не завершеном

⁷⁰⁷ Weber, S. 78, 106—109, 137 fg. Бергманн в § 26 и 29 высказывает более осторожные взгляды, однако в § 4 и 5 проявляет некоторое сочувствие к ошибочному подходу Вебера.

⁷⁰⁸ Совершенно аналогичное осуждение уже было высказано при рассмотрении местных границ законов (§ 374, п. С).

⁷⁰⁹ Bergmann, S. 138, 139 (где обзорно названо множество фрагментов).

правовом споре) уже решение суда первой инстанции, если новый закон появляется тогда, когда дело рассматривается в апелляционной инстанции⁷¹⁰. Причина этого заключается в том, что первый судья мог вынести решение только по закону, действовавшему на момент вынесения, зато апелляционный судья может изменить только ошибочное, само по себе не оправданное решение.

Кроме того, под мировым соглашением здесь следует понимать не только мировое соглашение в строго юридическом смысле слова (*transactio*), но и любое договорное устранение спора, чего можно добиться посредством добровольной уступки с одной или другой стороны, т.е. посредством освобождения от исполнения обязательства, отказа, признания, исполнения требования, независимо от того, будет ли уступка полной или частичной, что приведет к полному прекращению спора⁷¹¹.

К представленным здесь исключениям обычно относят случай аутентичного толкования закона⁷¹², так что подобный закон тоже должен обладать обратной силой в отношении прежних правоотношений. Действительно, против ретроспективного применения чисто разъясняющего закона нечего возразить⁷¹³, и только понимание его как исключения следует отвергнуть — разногласие, которое поэтому является скорее теоретическим, чем практическим. Если издается разъясняющий закон, то для судьи его содержание, т.е. установленный благодаря этому смысл прежнего закона, является истинным и определенным независимо от того, совпадает с этим его личное убеждение или нет. Если, стало быть, он выносит решение согласно разъясняющему закону, то он на самом деле использует истолкованный закон, а не разъясняющий (который дает ему лишь понимание предыдущего), и в этом, следовательно, нет обратной силы.

Против характера исключения говорит также то обстоятельство, что данный вид применения признают в целом, а не только в случае отдельных разъясняющих законов. Если бы это было исключением, то в отдельных случаях могло бы быть, пожалуй, иначе, что, однако, совершенно неестественно и противоречило бы отношению законодателя к судье.

⁷¹⁰ Nov. 115, pr. и с. 1.

⁷¹¹ *Bergmann*, § 25 (ср. выше, § 302).

⁷¹² См. выше, т. I, § 32.

⁷¹³ Оно прямо подтверждается в Nov. 143 pr. (в конце).

Можно было бы подумать, что практическая сторона этого отличного понимания должна заключаться в том, что, по защищаемому мной мнению, вышеупомянутые ограничения (судебное решение и мировое соглашение) не будут иметь силу. На самом же деле они имеют силу, но по немного иной причине. Если благодаря разъясняющему закону мы узнаем, что прежнее судебное решение или прежнее мировое соглашение базировалось на ошибочном толковании, то вследствие этого они никогда не утратят свою силу⁷¹⁴. И в этом случае, стало быть, решающим является уже отмеченное выше обстоятельство, что судебное решение и мировое соглашение изменяют прежнее отношение.

Высказанное здесь правило о хорошо обоснованном обратном применении касается не только непосредственно толкования непонятного закона, но и признания и подтверждения прежнего закона или обычного права, если их существование или обязательная сила до сих пор вызывали сомнение. Зато оно не касается восстановления прежнего закона, до сих пор лишенного силы.

Некоторые совершенно ошибочно проводят различие между правильно и ошибочно истолкованным законом, поскольку последнее на самом деле представляет собой новое право. Из-за такого допущения судья в действительности становился бы важнее законодателя, т.е. совсем неправильно оценивалось бы его истинное место. Все зависит от того, подразумевал ли законодатель и выразил закон как разъясняющий, а не от того, содержится ли в нем, по мнению судьи, правильное толкование⁷¹⁵.

Ретроспективное применение разъясняющих законов нашло применение в прусском праве, и притом (что верно) как постоянное, навсегда действительное правило⁷¹⁶. Но наряду с ним есть отличное, чисто переходное правило, применимое к случаю введения Общего земского права. Оно сводится к тому, что при оценке прежних правоотношений, если в то время действовавшие законы представляются непонятными или сомнительными, так что до сих пор существовали

⁷¹⁴ Судебное решение не ничтожно, поскольку оно определенно вынесено не вопреки понятному закону (*Weber*, S. 212–214) (только тогда, когда разъясняющий закон появился бы во время рассмотрения дела в апелляционной инстанции, апелляционному судье пришлось бы из-за этого внести изменения). Мировое соглашение нельзя оспорить даже из-за фактической ошибки (L. 65, § 1 de cond. indeb. (12. 6); L. 23 C., de transact. (2. 4)) (ср. выше, с. 303–304 [т. IV русского перевода «Системы...»]).

⁷¹⁵ О ретроспективном применении разъясняющих законов ср. в целом: *Weber*, S. 54–61, 194–208; *Bergmann*, § 10–12, 31–33.

⁷¹⁶ Allg. Landrecht, Einleitung, § 15.

разные мнения судов, впредь отдавать предпочтение следует тому мнению, которое соответствует содержанию Земского права или ближе всего к нему подходит⁷¹⁷.

§ 398. В. Существование прав. Принцип

В основу всего настоящего исследования было положено различие двух видов норм права (§ 384). Предметом одного класса было приобретение прав, и для него силу имел принцип отсутствия обратной силы или сохранения приобретенных прав. Предметом второго класса норм права, который осталось рассмотреть, является существование прав, и к этому классу названный принцип не применяется.

Правовыми нормами о существовании прав мы называем прежде всего те, которые касаются противоположности существования или несуществования института права, т.е. законы, посредством которых полностью упраздняется до сих пор действовавший институт права, а кроме того, те, которые, не упраздняя институт права, существенно изменяют его характер, т.е. касаются противоположности между одним и другим видом института права. О них всех утверждают, что сохранение приобретенных прав (отсутствие обратной силы) невозможно подразумевать для них в качестве главенствующего принципа (как в случае норм права о приобретении прав), поскольку наиболее важные законы такого вида, если бы им захотели придать подобный смысл, вообще не имели бы смысла.

Для того чтобы наглядно продемонстрировать это утверждение, я приведу три закона, которые в новое время встречались в трех разных местах и к которым я в порядке эксперимента хочу применить принцип отсутствия обратной силы. Один закон отменяет крепостничество. Другой отменяет десятины без возмещения, как это было сделано, например, в самом начале Французской революции. Третий закон превращает десятины, которые до сих пор нельзя было выкупить, в выкупаемые права, поскольку обязанному (возможно, также управомоченному) он разрешает заменить их предоставлением другого вида равной денежной стоимости. Если бы захотели подчинить эти три закона принципу отсутствия обратной силы, то они обрели бы следующий смысл. Любое будущее установление крепостничества (или права на десятину) запрещено, недействительно, не влечет никаких

⁷¹⁷ Publikationspatent von 1794, § 9.

последствий. Любое будущее установление права на десятину должно всегда сопровождаться правом ее одностороннего выкупа. Но в таком смысле упомянутые законы были бы совершенно пустыми и ненужными, поскольку с давних пор никто не помышлял об установлении нового крепостного права или права на десятину. Итак, отсюда следует, что законодатель совершенно определенно не хотел и не подразумевал этого и что его намерение, следовательно, полностью противоположно цели законов, касающихся приобретения прав, поскольку они воздействуют не на прежние, а только на будущие юридические сделки, следовательно, *стремятся* сохранить приобретенные права, — разумеется, с исключениями, которые, однако, весьма незначительны и почти незаметны по сравнению с реально соблюдаемым правилом.

Правда, могло бы возникнуть сомнение относительно того, не являются ли совсем противоправными и неприемлемыми все законы названного вида именно из-за того, что они разрушают или изменяют приобретенные права. Я никоим образом не хочу уклониться от данного вопроса, напротив, я рассмотрю его отдельно. Но для хода нашего исследования будет полезно оставить пока этот совершенно другой вопрос без внимания и установить сперва, в чем состоит смысл и задача законов, которыми мы занимаемся в данный момент; их правомерность будет проверена отдельно в конце (§ 400).

Смысл и задачи законов этого класса можно выразить следующими формулами, которые резко контрастируют с принципом, высказанным выше для первого класса законов (§ 384, 385).

Новым законам этого класса следует приписывать обратную силу.

Новые законы этого класса должны затрагивать приобретенные права.

Следующее рассуждение послужит для подтверждения с другой стороны высказанного здесь утверждения о смысле и задаче подобных законов. Большинство наиболее важных законов данного вида обладают строго позитивным, императивным характером, представленным выше по другому поводу, поскольку их корни выходят за рамки области чистого права и связаны с нравственными, политическими, экономическими основаниями и целями (§ 349). А подобным императивным законам присуще то, что свою силу и действие они должны распространять шире, чем другие законы (как это было показано выше в случае местной коллизии законов).

Осталось еще показать, как относятся наши авторы к изложенному здесь учению. Никто не проводит различие между двумя классами норм права, которые подчиняются разным, даже противоположным

принципам; напротив, принцип отсутствия обратной силы считается действительным для всех законов вообще. Стало быть, можно было бы ожидать, что законам, о которых мы здесь говорим, авторы на самом деле придают только что показанный совершенно непрактичный смысл, т.е. отмену крепостничества считают запретом установления в будущем крепостного права. Однако они далеки от этого. Напротив, они причисляют подобные законы к (уже возможным в римском праве) *исключениям* из принципа отсутствия обратной силы (§ 397) и с этой позиции допускают их применение к приобретенным правам⁷¹⁸.

И хотя такое понимание удовлетворяет непосредственную потребность, однако подобный выход из положения следует полностью отвергнуть. Исключения из принципа отсутствия обратной силы обладают случайной природой, являются сами по себе излишними, и было бы лучше, если бы их не было вообще. Все это не подходит к рассматриваемым здесь законам. Если мы взглянем на них непредвзято, то вынуждены будем сразу убедиться в том, что в отношении их названный выход из положения представляется совершенно неестественным и навязывает этим законам смысл, который им совершенно чужд. Закон, отменяющий крепостное право, тем самым ставился бы в один ряд с законом Юстиниана о запрещенных процентах, и при таком понимании его полное содержание в логически последовательной формулировке выражалось бы следующим образом: настоящим запрещается впредь устанавливать крепостное право; это предписание должно также в виде исключения обладать обратной силой, так что даже и ныне существующие отношения крепостничества должны быть отменены. Вследствие этого совершенно ненужное предписание, о котором никто не думал, ставилось бы во главу угла как основная мысль, а в качестве попутного исключения к нему добавлялось бы то, о чем думал и чего желал законодатель. В большинстве законов подобного вида определенно невозможно обнаружить даже намек, который можно было бы истолковать как мысль об исключительной обратной силе.

Но к указанным основаниям добавляется еще чисто практическое, которое делает такой подход к вопросу совершенно неприемлемым. Если бы в подобных законах мы имели дело с исключительной обратной силой, то вынуждены были бы определенным образом ограничить ее (§ 397, сн. 709): она должна была бы отпасть, если бы правоотношение было установлено судебным решением или мировым соглашением. А это привело бы к абсурдному последствию, что хотя упразднение

⁷¹⁸ Weber, S. 51–52, 188–189; Bergmann, S. 156, 177, 257.

всех десятинов следовало бы применять ко всем правам на десятину, которые никогда не оспаривались, но не к десятинам, в отношении которых когда-либо было вынесено судебное решение или пришли к мировому соглашению. На самом деле названные авторы не желают такого абсурдного последствия, напротив, подобная отмена, согласно им, должна действовать в целом⁷¹⁹. Но к этому они смогут явно прийти только путем устранения названного ограничения (которое уже само по себе является исключением из исключения) новым исключением, т.е. допустив, так сказать, исключение третьей степени. А благодаря этому становится еще яснее, насколько неестественно понимание, которое прибегает к таким спасительным средствам.

Весьма характерен совершенно иной способ, с помощью которого другой автор пытается преодолеть названную трудность⁷²⁰. Он не допускает исключительную обратную силу закона, да и вообще воздействия законодателя на временную коллизию законов (§ 387, сн. 556). А в случае рассматриваемой трудности он выходит из положения посредством того, что выбирает особо не одобряемые им институты, такие как крепостное право, освобождение от налогов аристократии. Он называет их ужасом, нравственной мерзостью, беззаконием, которые сами по себе не обладают правом на существование. Если закон их отменяет, то не должно требоваться дополнение об обратной силе. Скорее, каждая из трех государственных властей (законодательная, судебная, исполнительная) должна сама по себе обладать правом игнорировать названные институты и тем самым уничтожать на практике. Пожалуй, едва ли потребуются опровержение этого взгляда. Я хочу обратить внимание только на практическую трудность осуществления, заключающуюся в установлении существования и границ этих ужаса и мерзости, поскольку субъективные мнения отдельных представителей трех государственных властей могут не вполне совпадать. Среди них могли бы найтись и последовательные коммунисты, и те причислили бы к ужасу весь институт собственности.

Если же принять, как это делается здесь, два класса норм права, над которыми господствуют совершенно разные принципы, то нет ничего важнее, чем установление четкой и достоверной границы между этими классами.

⁷¹⁹ *Weber*, S. 213–215; *Bergmann*, S. 259.

⁷²⁰ *Struve*, S. 150–152, 274–276.

Во многих случаях такая граница не вызывает никаких сомнений, а именно в случае тех законов, которые полностью отменяют до сих пор существовавший институт права. Зато она может вызывать сомнение в случае законов, которые не упраздняют, а лишь изменяют институт права⁷²¹. Тогда все будет зависеть от объективной проверки содержания и цели закона. Особенно надежное и для большинства случаев достаточное средство разграничения будет заключаться в проверке того, может ли относиться новый закон к вышеупомянутым законам строго позитивного, императивного характера, корни которых лежат вне области чистого права (с. 290). В этом случае нам, без сомнений, следует причислить его к законам о существовании прав, к которым принцип отсутствия обратной силы не применяется.

§ 399. В. Существование прав. Применения. Исключения

Случаи применения высказанного в § 398 принципа будут представлены согласно определенным классам правоотношений, как это было сделано для законов о приобретении прав, однако здесь требуются совсем другие классы, чем те, которые были приняты там.

1. *Первый* и одновременно самый главный класс образуют определенные правоотношения, которые по своей природе выходят за рамки жизни одного человека, которым даже предписано бесконечное существование и которые лишь случайно прекращаются в отдельном случае. Их вместе можно назвать ограничениями личной свободы или свободы землевладения; часто они представляют собой смесь из вещных или обязательственных прав. Существование большинства из них (не всех) исторически обусловлено, поскольку они возникли в совершенно другие времена и при таком положении народов, которое уже исчезло. Поэтому их следует считать завершившимися, и они не возникают постоянно заново вследствие произвола, как другие правоотношения⁷²². Законы, которыми подобные институты права упраздняются или изменяются, всегда обладают строго позитивным, императивным характером, поскольку их корни лежат вне области чистого права (§ 398).

⁷²¹ Выше уже обращалось внимание на эти сомнения в целом (§ 384). Некоторые случаи сомнительного характера встречались в § 390, п. 3, 4; § 393, п. 6.

⁷²² Ср. выше, § 392, сн. 594.

Из римского права сюда относится рабство, давно исчезнувшее в нашей современной Европе.

Следующие институты подобного рода либо еще присутствуют в нашем современном праве, либо по меньшей мере дошли до наших дней:

- крепостное право;
- всевозможные реальные обременения, выражающиеся в деньгах, плодах, повинностях (барщине), особенно в праве на десятину;
- лен;
- семейные фидеикомиссы;
- земельные сервитуты;
- эмпфитевзис⁷²³.

Едва ли здесь может возникнуть сомнение об отношении старых и новых законов друг к другу.

II. *Второй* класс образуют некоторые институты права, касающиеся отношения полов. Законы об этих институтах приводятся здесь потому, что они базируются не на чисто правовых, а на моральных (частично морально-религиозных) основаниях. Отдельными, сюда относящимися случаями являются следующие.

1. *Расторжение брака*. Если новый закон вообще вводит или отменяет расторжение брака или вносит изменения в основания для расторжения брака, то возникает вопрос о влиянии нового закона на существующие браки.

Если посмотреть на подобный закон с абстрактно-юридической точки зрения, то по своему характеру он аналогичен закону об отчуждении собственности. Вследствие этого расторжения каждая сторона утрачивает права, которые до сих пор возникали из брака, а также приобретает свободу от притязаний другой стороны и одновременно все преимущества безбрачия (возможность нового брака). Поэтому можно было бы подумать, что с законами о расторжении брака дело обстоит так же, как с законами об имущественном праве супругов (§ 396). Тогда каждый из супругов вследствие заключения брака приобретал бы неизменное право на то, чтобы в случае расторжения брака в будущем о нем судили по закону, существовавшему на момент возникновения брака.

Но такое понимание следует отвергнуть, потому что законы о расторжении брака обладают моральными основаниями и целями, следовательно, императивным характером, а потому относятся к законам

⁷²³ Два названных последними вида не обладают, как предшествующие, историческим характером, указывающим на прошлые состояния, однако преобразующие их законы по своим основаниям и целям совершенно аналогичны законам о десятинах и повинностях.

о существовании брака⁷²⁴. Это одинаково верно независимо от того, усложняет или облегчает новый закон расторжение брака: первое придает преимущественное значение сохранению чистоты и святости браков, второе — неограниченному поддержанию личной свободы⁷²⁵; и то, и другое является моральным принципом, относительная ценность или малоценность которого здесь совершенно не должна приниматься во внимание, если дело сводится только к установлению характера касающихся их законов.

Высказанное здесь правило было признано в прусском переходном законодательстве, хотя с небольшой модификацией. Когда в 1814 и 1816 гг. в нескольких провинциях отчасти впервые, отчасти снова вводили Общее земское право, для расторжения существующих браков установили, что отныне они должны оцениваться по Земскому праву, т.е. независимо от закона на момент заключения брака. Но было добавлено весьма умеренное и справедливое исключение, что основание для расторжения брака по Земскому праву запрещается использовать, если лежащий в основе этого факт произошел во время господства чуждого закона и в этом законе не считался основанием для расторжения брака⁷²⁶.

Законы об иске о признании брака недействительным обладают точно таким же характером, как и законы о расторжении брака.

2. *Щедрость между супругами.* Ее нередко ограничивали новыми законами даже в нынешнее время. В римском праве в качестве древнейшего, весьма развитого правового института такого рода встречается запрещение дарения между супругами⁷²⁷.

Можно было бы подумать, что подобный закон полностью относится к имущественному праву супругов, и при этом условии решающим

⁷²⁴ Можно было бы считать односторонним и необоснованным то, что здесь такой характер приписывается только расторжению брака, а не всему прочему чисто личному брачному праву, т.е. личным правам и обязанностям в браке. Однако отличие заключается в том, что на них законодатель и судья могут влиять лишь очень слабо, тогда как право на существование или несуществование брака (т.е. расторжение брака) они могут осуществить весьма успешно.

⁷²⁵ Свободу здесь не следует понимать как чистый произвол, как отрицание стесняющих рамок, которые, правда, не обладают особо нравственным характером; ее можно понимать также как защиту нравственной свободы в браке от любого внешнего насилия, нарушающего эту свободу и тем самым угрожающего чистоте брака. Это было первоначальным взглядом римлян, уходящим корнями в эпоху древней чистоты нравов (L. 134 pr. de V. O. (45. 1); L. 14 C., de nupt. (5. 4); L. 2 C., de inut. stip. (8. 39)).

⁷²⁶ См. выше, § 383: провинции по ту сторону Эльбы, § 9; Западная Пруссия, § 11; Польша, § 11; Саксония, § 11.

⁷²⁷ См. выше, т. III, § 162–164.

будет исключительно время заключения брака. На самом же деле такой закон обладает императивным характером, следовательно, мгновенно воздействует на существующие браки. Ведь их цель сводится к предотвращению угрозы для чистоты брака вследствие корыстных действий. Поэтому было бы ошибкой, если бы дело воспринималось так, будто вследствие заключения брака каждая сторона приобретает неизменное право на то, чтобы о щедрости между нею и другой стороной всегда судили по ныне действующему закону.

Такое же мнение уже высказывалось выше в случае местной коллизии законов (§ 379, п. 4).

3. *Внебрачные дети.* Права отчасти ребенка, отчасти матери в отношении родителя, вытекающие из внебрачного сожительства, относятся к самым трудным и самым сомнительным предметам как частного права, так и законодательной политики.

При этом можно исходить из предположения деликта, совершенного родителем, которое, согласно имперским законам, хорошо обосновано в нашем общем праве⁷²⁸, или же из предположения естественного кровного родства, причем, однако, факт отцовства всегда будет совершенно неопределенным⁷²⁹.

В обоих случаях можно было бы предположить, что вследствие факта сожительства, рассматриваемого как произведение на свет ребенка, обосновано неизменное право, причем позднейший закон не может ничего изменить независимо от того, расширяет ли он или ограничивает права детей и их матери. Новый закон будет применяться только к производству детей в будущем.

Однако на самом деле подобные законы всегда обладают императивным характером, поскольку связаны с нравственными целями. Едва ли возможно разногласие по поводу того, что исключительная половая общность в браке крайне желательна как с моральной точки зрения, так и для блага государства, но особенно по поводу того, что положение внебрачных детей весьма губительно. Посредством расширения прав детей можно попытаться отчасти смягчить это положение, отчасти

⁷²⁸ Reichspolizeiordnung, 1530, Tit. 33; 1548, Tit. 25; 1577, Tit. 26. И согласно Земскому праву (A. L. R., I, 3, § 36, 37) это является противоправным действием (однако в § 37 необходимо исправить опечатку: 10 заменить на 11). Однако при выведении требований о возмещении из этого деликта путаются в самых странных и смелых представлениях.

⁷²⁹ Презумпция в браке («*pater est, quem nuptiae demonstrant*») основывается на достоинстве и святости брака. Но на это даже отдаленно не похож факт доказанного или признанного внебрачного сожительства, поскольку наряду с данным фактом уже простая возможность конкуренции со стороны других мужчин делает все неопределенным, а тем более доказанная реальность подобной конкуренции (*exceptio plurium*).

противодействовать легкомыслию мужчин. Можно, наоборот, путем ограничения или отмены этих прав попытаться отчасти противодействовать легкомыслию женщин, отчасти предотвратить нарушение мира в некоторых семьях вследствие заявляемых посторонними женщинами притязаний. В обоих случаях моральная цель новых законов очевидна, и при этом совершенно безразлично, какой из указанных вариантов сам по себе или благодаря опыту в целом будет больше обоснован.

Если посчитать это правильным, то новый закон о внебрачных детях должен найти мгновенное применение без учета закона, который существовал на момент зачатия или рождения ребенка. Такое же правило уже использовалось выше в отношении местных коллизий (§ 374, сн. 397 и 398).

С этими взглядами совпадает французский закон, который запрещает даже *установление* отцовства⁷³⁰, стало быть, отнимает у внебрачного ребенка даже возможность притязаний к родителю (за исключением случая добровольного признания). Этот закон несправедливо осуждали за то, что в нем будто бы содержится неуместная обратная сила⁷³¹, но столь же неправильно и защищали, полагая, что его предметом будто бы является личный статус как таковой⁷³². Подлинное оправдание заключается в том, что это закон императивного характера.

С этим совпадает также прусское переходное законодательство, которое (только в других выражениях, чем во французском законе) предписывает, что внебрачные дети, даже если они родились еще при господстве другого закона, тем не менее отныне могут заявлять притязания по Земскому праву⁷³³.

III. Наконец, *третий* класс образуют некоторые законы о чисто юридических институтах, которые названными законами либо полностью упраздняются, либо основательно изменяются, и поэтому подлежат немедленному применению к уже существующим правоотношениям.

Сюда относится закон, которым Юстиниан упразднил до тех пор существовавшие два вида собственности (*ex jure quiritium* и *in bonis*), установив вместо них простую собственность, которая должна была объединить в себе все до тех пор иногда разделяемые права⁷³⁴. Точно

⁷³⁰ Code civil, art. 340: «La recherche de la paternité est interdite».

⁷³¹ Struve, S. 233.

⁷³² Weber, S. 79–82. Такого же взгляда придерживаются французские юристы.

⁷³³ См. выше, § 383: провинции по ту сторону Эльбы, § 11; Западная Пруссия, § 14; Польша, § 14.

⁷³⁴ L. un. C., de nudo j. Quir. toll. (7. 25). Вследствие этого сам собой исчез своеобразный характер *fundus Italicus* и *res Mancipi* (L. un. C., de usuc. transform. (7. 31)).

так же дело обстоит с французским законом, который отказывает в виндикации собственнику движимой вещи, если его введут где-нибудь вместо римского права. Это изменение немедленно затронуло бы именно существующую движимую собственность, равно как и обратное изменение в праве собственности.

Кроме того, сюда относится новый закон, который вводит законные сервитуты в качестве естественных ограничений собственности или, наоборот, отменяет подобные сервитуты, если они до сих пор существовали (§ 390, п. 2).

Подобным характером обладает превращение римского залогового права в прусское ипотечное право; обе системы не могут существовать параллельно, напротив, одна должна немедленно вытеснить другую (§ 390, п. 3). Ниже будет показано, какие меры следует принять, чтобы добиться этих изменений без нарушения права (§ 400).

Наконец, сюда нам следовало бы отнести также случай, когда наследование по завещанию в государстве, которое до сих пор его признавало, было бы отменено новым законом (§ 393, п. 6).

Исключения из принципа, высказанного для этого класса законов, возможны так же, как и в случае законов о приобретении прав (§ 397). Только здесь они никогда не будут нацелены на еще большее расширение действия нового закона, чем согласно самому принципу, поскольку он и так уже охватывает максимально возможное; напротив, они могут быть направлены только на ограничение действительности нового закона из соображений снисхождения.

Один такой случай из прусского переходного закона уже встречался выше (§ 399, п. II(1)). Прусский Закон о расторжении брака должен был немедленно вступить в силу, однако за исключением положений касательно некоторых фактов, обосновывающих расторжение.

Другое исключение встречается в законе королевства Вестфалия, который упразднял лены и фидеикомиссы, т.е. превращал их в свободную собственность. Этот закон должен был, естественно, не только предотвратить установление новых ленов и фидеикомиссов, но и преобразовать как раз существующие. Однако он делал это с шадящим исключением, что к следующему случаю преемства еще следует подходить согласно прежнему праву⁷³⁵.

⁷³⁵ Позже на это исключение опирался прусский Закон от 11 марта 1818 г. таким образом, что все лены и фидеикомиссы, в которых оговоренный следующий случай

§ 400. В. Существование прав. Правомерность

Возвращаюсь теперь к названному выше вопросу о правомерности представленного здесь класса законов (с. 290).

Было показано, что эти законы, по крайней мере в большинстве наиболее важных случаев, *могут* подразумеваться только такими, что они затрагивают приобретенные права, поскольку либо уничтожают, либо существенно преобразуют сами институты права, т.е. и подчиняющиеся им отдельные правоотношения⁷³⁶, — и то, и другое без учета воли управомоченного лица.

Можно согласиться с данным утверждением, но именно с ним можно связать кажущееся возражение, что как раз поэтому законы подобного вида следовало бы считать абсолютно противоправными, неприемлемыми, недопустимыми. Тот, кто высказывает это возражение, явно исходит из предпосылки, что любое вмешательство в приобретенное право без согласия управомоченного лица с точки зрения права просто невозможно, и считает такую невозможность высшим безоговорочным принципом. Но как раз с этой предпосылкой нельзя согласиться по следующим причинам.

Нельзя, во-первых, потому, что она несовместима с общим характером и возникновением права. Корни права лежат в общем сознании народа. И хотя это, с одной стороны, абсолютно отличается от быстро и легко меняющегося, случайного и переменчивого сознания отдельного человека, зато, с другой стороны, все же подчиняется закону творческого развития, стало быть, не может подразумеваться как покоящееся, остановившееся⁷³⁷. Поэтому едва ли мы можем признать за какой-либо отдельной эпохой силу, способную подчинить себе все будущие времена своим неповторимым правосознанием. Несколько примеров покажут это наглядно.

В течение всего древнего времени положение рабов считалось своего рода естественной необходимостью, и едва ли задумывались о возможности того, что цивилизованный народ мог бы жить без него. В современной христианской Европе то же положение считается совершенно невозможным, абсолютно противоречащим всякому

преемства еще не наступил, отныне должны были быть восстановлены навсегда (Gesetz-Sammlung, 1818, S. 17).

⁷³⁶ Ср. выше, т. I, § 4, 5 (о понятиях «правоотношение» и «институт права»).

⁷³⁷ Т. I, § 7.

правосознанию⁷³⁸. Переход от одного из этих положений к другому вследствие постепенного воздействия христианских нравов и порядков был настолько медленным и незаметным, что мы не можем исторически достоверно проследить за тем, когда прекратилось прежнее положение. Допустим теперь, что этот переход произошел бы не так постепенно, а в течение короткого времени, например, вследствие насильственного духовного потрясения сознания народа; тогда едва ли мы можем наступившей новой эпохе отказать в праве уступить нынешнему, ставшему всеобщим убеждению и не признавать более рабство как институт права. Наряду с этим можно было бы вообразить разнообразные способы содействия переходу и защиты от опасностей.

Пусть в другом примере будет представлено право на десятину. Во время слаборазвитого стационарного земледелия это могло считаться простым, естественным, целесообразным институтом права и получить широкое распространение. При оживленном развитии производственной деятельности вынуждены были убедиться в том, что вследствие такой подати, базирующейся на валовом доходе, тормозится, часто даже делается невозможным любой прогресс в земледелии. От этого страдали обязанные, а через них и государство в целом, но не управомоченные, а потому они, пожалуй, противились преобразованию удобных для них десятин. Когда же убежденность во вреде, связанном с этим положением, стала всеобщей, стало оправданным законное превращение до сих пор невыкупных десятин в выкупные, поскольку благодаря этому государство и обязанные получили очевидную большую выгоду, а от управомоченных был отведен всякий ущерб вследствие полного возмещения.

Только что развитое первое основание против предположения о безоговорочной противоправности законов, сопровождающихся каким-либо вмешательством в приобретенные права путем разрушения или преобразования институтов права, было выведено из возникновения права, стало быть, из образа мыслей народа, в правосознание которого корнями уходит само право. Второе основание, приводящее к той же

⁷³⁸ Некоторые авторы иногда пытались этот контраст затушевать или ослабить посредством того, что сравнивали положение, связанное в новое время с суровым наказанием в виде лишения свободы, с нестрогим, даже дружеским отношением к рабам в древности. Но это лишь искажает подлинное отношение. Для того чтобы ясно и четко представить себе этот контраст, необходимо учесть две вещи: во-первых, возникновение рабства через рождение; во-вторых, совершенно одинаковое, по праву, положение рабов и домашних животных (*Ulpian.*, XIX, 1) как продающегося товара. Современное рабство на Востоке, а также абсолютно отличное рабство в Америке могут остаться здесь без внимания.

цели, касается отдельных людей как носителей приобретенных прав. Тот, кто утверждает абсолютную неприкосновенность приобретенных прав для новых законов, отрицает лишь недобровольность подобного вмешательства и, не раздумывая, соглашается с правомерностью изменения, как только добавится согласие управомоченного лица на отмену или изменение приобретенного права. Взглянем же пристальнее на природу этого управомоченного лица как носителя приобретенных прав. Приобретенное право выступает как расширение власти отдельного человека и всегда обладает более или менее случайным характером⁷³⁹. Но отдельный человек обладает ограниченным и временным существованием. Поэтому если против законов, которые упраздняют или изменяют институты права, из-за вмешательства в приобретенные права выставляется безусловное возражение, то оно, по крайней мере вследствие конечности носителя приобретенных прав, должно быть ограничено узкими рамками в двух отношениях.

В крайнем случае можно было бы оспаривать правомерность воздействия нового закона, пока жив носитель приобретенного права. Если он оставляет наследников, то на момент появления нового закона у них нет приобретенного права, которое может быть нарушено. Другими словами, всякое право наследования является чисто позитивным, а если его новым законом связывают с определенными условиями и рамками, в этом никогда нельзя усмотреть вмешательство в приобретенные права. Попытаемся применить это к приведенному выше в качестве примера случаю. Если бы в новом законе, которым хотели отменить рабство, предписывалось, что в будущем ни один наследник не сможет путем наследования приобрести собственность на рабов, в этом определенно не заключалось бы нарушение приобретенного права.

Данное рассуждение основывалось на конечности любой человеческой жизни. Но именно к этому ведет принятие во внимание ее начала. Любой человек вынужден признать правовой статус, который он обнаруживает установленным при своем рождении. Если, стало быть, до его рождения некий институт права будет упразднен или преобразован, то по крайней мере у него вследствие этого не может быть нарушено приобретенное право⁷⁴⁰.

Однако указанные основания должны были опровергнуть только утверждение о безусловной противоправности всех законов рассмо-

⁷³⁹ См. выше, т. I, § 4, 52, 53.

⁷⁴⁰ *Meyer*, p. 34, 35 (ср. выше, § 395, сн. 671). Поэтому закон, который отменяет лены и фидеикомиссы, определенно не нарушает права тех, кто будет рожден только позже.

тренного здесь вида. Но я далек от того, чтобы пытаться тем самым поддерживать безграничное и произвольное воздействие подобных законов. Напротив, весь этот вопрос следовало бы удалить из чисто правовой области и переместить в область законодательной политики, где его подлинное место и где множеству губительных ошибок можно противодействовать посредством серьезного призыва к осторожности, благоразумию и умеренности. Основными аспектами, от которых все зависит, могли бы быть следующие.

Первый — осторожность — должен сводиться к тому, чтобы не поступали легкомысленно, чтобы без необходимости не допускали потребность в подобных законах, стало быть, чтобы были подозрительными к утверждениям, выведенным из чистой теории, подкрепляемым кажущимся общественным мнением, будто общее благополучие требует обновления.

Во-вторых, осуществление закона должно быть в высшей мере щадящим и справедливым. У большинства наиболее важных законов этого класса, касающихся постоянно существующих правоотношений (§ 399, п. I), оно должно будет заключаться в том, чтобы институт права не упразднялся, а преобразовывался, а правоотношение из неизменного превращалось в изменяемое. Если, таким образом, будут прилагаться усилия к настоящему, полному удовлетворению управомоченного, то закон исполнит свое предназначение. Это будет нетрудно сделать во множестве случаев разного рода реальных повинностей, в которых, как правило, друг другу противостоят только два лица. Любая политическая или экономическая цель будет полностью достигнута благодаря уплате возмещения без обогащения одной стороны за счет другой, которое никоим образом нельзя оправдать характером подобных законов.

Замечательный пример подобного возмещения в новое время был дан английской эмансипацией рабов, так как государство из собственного имущества возмещало собственникам рабов утраченную стоимость.

Большие трудности вызывает решение этой задачи при упразднении ленов и фидеикомиссов, поскольку здесь права и ожидания отдельных лиц, имеющих право на наследование, крайне неопределенны. Можно попытаться уменьшить ущерб посредством небольшой отсрочки осуществления закона (§ 399, сн. 735).

В некоторых случаях отнюдь нет необходимости в возмещении, а требуется только содействие переходу, чего может быть достаточно для предотвращения любого возможного ущерба. Так произошло во множестве случаев, в которых Прусский ипотечный устав заменил

до сих пор действовавший залог по общему праву. При этом дело сводилось только к тому, чтобы сохранить за прежними залоговыми кредиторами их право и приоритет. Это было сделано тем, что их официально призвали дать о себе знать в течение определенного срока для регистрации в новых ипотечных книгах согласно очередности, предписанной прежним правом.

Но даже подобная мера, а тем более возмещение не потребовались тогда, когда Юстиниан упразднил до тех пор существовавшие два вида собственности (§ 399, сн. 734). Ведь вследствие этого изменения никто не утратил право или преимущество — была лишь достигнута цель, высказанная самим законодателем: освободить умы учащейся молодежи от ужасов, которые до сих пор вселяла содержащаяся в этом учении бесполезная премудрость.

ФРИДРИХ КАРЛ ФОН САВИНЬИ

СИСТЕМА СОВРЕМЕННОГО РИМСКОГО ПРАВА:

В 8 ТОМАХ

Том V

Редактор П.Д. Савкин

Подписано в печать 06.02.2017. Формат 60×90 ¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 19. Тираж 500 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2;
тел./факс: +7(495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

ISBN 978-5-8354-1332-4

