

И.В. Гетьман-Павлова

*Доцент кафедры
международного
частного права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
кандидат юридических
наук*

Шарль Дюмулен – основоположник теории автономии воли в международном частном праве¹

В XVI в. развитие первой доктрины международного частного права — итальянской теории статутов — переместилось во Францию. Учения постглоссаторов послужили отправным пунктом для развития коллизионных доктрин французских юристов. Многие бартолисты (преемники основоположника науки конфликтного права Бартоло да Сассоферрато) были французского происхождения или работали на территории современной южной Франции. Необходимо отметить, что в то время экономическая и политическая ситуация во Франции была иной, нежели в Северной Италии. Франция находилась в состоянии феодальной раздробленности. В наибольшей степени феодальные отношения продолжали господствовать на севере страны. Расцвет активности французских постглоссаторов пришелся на период, когда отдельные провинции объединялись в политически единое государство, последующую абсолютную монархию.

Политическое объединение Франции в XV—XVI вв. не привело к единству гражданского права. Париж, Бордо, Бургундия, Бретань, Нормандия и другие провинции имели свои собственные обычаи («кутюмы»). В XII в. местные обычаи большей частью получили письменное закрепление в городских статутах, которые содержали, однако, в основном нормы публичного права (уголовного, процессуального); «юридические определения гражданского права встречаются в них очень редко и в весьма слабой степени»². Развитие гражданского оборота создавало коллизии кутюмов. В признании прав, возникших под действием разноместных обычаев, главным образом нуждались купцы и банкиры, которые стремились к созданию единого национального рынка. Городская буржуазия, сконцентрированная прежде всего в Париже, была заинтересована в политико-правовом объединении страны. Буржуазия стала естественным союзником королевской власти в борьбе за подчинение местных феодалов и сокращение их привилегий.

Интерес к вопросам коллизии законов во Франции во многом был обусловлен богатством разнообразием и спецификой источников гражданского права: в пределах политически объединенных провинций действовали обособленные кутюмы; эти кутюмы на протяжении XV—XVI вв. подверглись официальному редактированию. Общее распоряжение о редактировании кутюмов королевства издано было Карлом VII в 1454 г. Стоит отметить, что редакции отдельных сборников растягиваются на

¹ Работа выполнена при поддержке гранта исследовательских проектов 2008 г. факультета права ГУ-ВШЭ.

² Карасевич П.Л. Обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1875.

десятилетия в течение второй половины XV и всего XVI вв., однако в некоторых случаях датируются и более ранними годами XV в.

На почве дробности источников гражданского права жизненная практика неизбежно порождала вопросы конфликтного порядка³. Для Франции XVI в. при наличии различных кутюмов и отсутствии единого гражданского права основное значение имели не межгосударственные, а межобластные (интерлокальные) коллизии. Кроме того, римское право — в отличие от Северной Италии — во Франции не обладало силой закона и, самое большее, просто влияло на создание кутюмов.

Во Франции XVI в. огромную роль в разработке вопросов межобластных коллизий сыграл Шарль Дюмулен (Кароль Мулин, Чарльз Димулин — Charles Dumoulin, Carolus Molinaeus, Moulin, Molinaeug; 1500—1566), автор многочисленных комментариев к кутюмам. Впоследствии его творчество получило самую высокую оценку: «одно из самых крупных имен французской юриспруденции XVI в.»; крупнейший юрист, французский преемник Бартоло; самый видный из преемников постгlossаторов во Франции; «выдающийся французский юрист, занимающий в ряду французских юристов XVI в. особенное место»; высший из авторитетов старофранцузского обычного права⁴. Вплоть до самой смерти Карл Дюмулен считался «ученейшим человеком своего времени» в области гражданского и обычного права Франции. «В своих комментариях Парижских нравов он так превосходно соединяет римское право с французским, что юристы, жившие после него, принимали его за образец». Французские юристы XIX в. считали Дюмулена отцом новой практической юриспруденции и ставили имя его рядом с именем знаменитого Я. Куяция: «Французское законоведение получило, при появлении Карла Дюмулена, такое же движение, как римское при Куяции»⁵.

Карл Дюмулен был адвокатом в парижском парламенте, но рано удалился от дел и посвятил себя «кабинетной» работе. Как юрист—практик Дюмулен считается представителем третьего сословия; его учение отражало интересы мелких и средних собственников, интересы купцов, заинтересованных в преодолении правового партикуляризма. Дюмулен первый выступил за введение единого права на всей территории Франции, за создание условий беспрепятственного общения между всеми физическими и юридическими лицами⁶. Будучи гугенотом, в 1544 г. он был вынужден бежать из Парижа, опасаясь преследований по религиозным мотивам. Преподавал в Тюбингенском университете (Германия).

Сочинения Дюмулена проникнуты стремлением преодолеть феодальную раздробленность в праве, усилить влияние королевской власти и умалить значение церковных судов. Борьба с феодализмом и защита королевской власти составляют его главную славу⁷. Это отразилось и в консультациях Дюмулена. Он высту-

³ См.: Макензи. Римское право сравнительно с законами Франции, Англии и Шотландии. М., 1864.

⁴ См.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915; Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002; Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924; Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I—II. СПб., 1900; Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев, 2006; Мэн Г.С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873; Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

⁵ Макензи. Указ. соч.

⁶ См.: Бендецкий Т. Международное частное право. М., 2004; Лунц Л.А. Указ. соч.; Крылов С.Б., Перетерский И.С. Международное частное право. М., 1940.

⁷ См.: Брун М.И. Указ. соч.

пал против церковной юрисдикции и доказывал неприемлемость постановлений Тридентского собора. Резко осуждал провозглашенный церковью запрет взимать проценты по займам⁸. Утверждал, что источник прав короля — это закон, закон и власть — выше короля; король — не вотчинник королевства, а только правитель; все сеньориальные суды допустимы только в силу делегации от королевской юстиции; феодальные повинности имеют одиозный характер и кутюмы, на которых они основаны, подлежат ограничительному толкованию. Кутюмы, противоречащие естественному праву, вообще не подлежат применению.

Как большинство современных ему юристов, Дюмулен считал естественное право действующим французским правом; к природе и ее законам он относился с «большой горячностью». Панегирики Дюмулена относительно естественного права «отличаются особенными риторическими оборотами»⁹. Римское право Дюмулен полагал писаным разумом, но допускал действие принципов римского и канонического права лишь постольку, поскольку они могут признаваться и применяться в силу своего внутреннего превосходства. Все сочинения Дюмулена представляли собой развитие традиции римской классической юриспруденции, требовавшей индивидуализации отношений, которые подлежали правовой регламентации.

В 1539 г. появилось первое издание сочинения Дюмулена о ленах; самое знаменитое его сочинение — это «Комментарии к обычаям» (*Notes sur toutes les coutumes*). Комментарии Дюмулена представляют собой изложение общего французского обычного права; автор имел в виду подготовить сближение и обобщение обычаев, составить из них единый закон. В 1715 г. французский юрист Мервилль написал на основе этого сочинения алфавитное извлечение об обычном праве. Комментарии Дюмулена положили начало обработке национального права посредством сравнения кутюмов всей Франции. Благодаря его сравнительному методу облегчилось понимание отдельных обычаев и выяснился дух общего обычного права, его основные начала и отдельные институты. «Такое благотворное направление в юриспруденции имело огромное влияние на пересмотр и исправление обычаев во второй половине XVI в.; исправления часто делались согласно указаниям и воззрениям Дюмулена»¹⁰. Он написал обширные замечания на редакцию старинных обычаи Бурбонне 1521 г. (первая редакция — 1493 г.). В своих комментариях к редакциям обычая Ниверне и Этампа ученый, как и многие другие французские авторы, «высоко чтившие юридические обычаи, знатоки обычного права», указывал на поспешность, небрежность, односторонность и пристрастие, которые внесли редакторы в такую важную работу. Дюмулен написал комментарии почти ко всем кутюмам Франции и требовал их объединения в одной кодификации.

Наиболее обширные исследования и замечания Дюмулен посвятил сборнику обычаев Парижа (в редакции 1510 г.). Содержание этих обычаев вырабатывалось постепенно под влиянием римского и канонического права. Уже в начале XIII в. на территории Парижа феодальное право имело более развитый характер, чем в других французских провинциях. В 1330 г. французский юрист Дюбрель собрал самые важные решения, процессуальные обычаи и акты Парижского парламента 1322—1330 гг. и составил судебник «*Stylus curiae parlamenti auctore Guillelmo do Brolio, le style du parlement par Dubrueil*». Это был первый трактат по процессуальному праву, пользовавшийся высокой популярностью в среде юристов—практиков.

⁸ См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

⁹ Мэн Г.С. Указ. соч.

¹⁰ Карасевич П.Л. Указ. соч.

В 1495 г. советник Улузского парламента профессор Офрери сделал свои замечания и пояснения на судебник Дюбреля, присоединив к нему решения архиепископа Тулузского (этот комментарий был издан в 1515 г.). В 1558 г. Дюмулен подготовил «превосходное издание»¹¹ судебного Дюбреля с комментариями Офрери.

В XVIII—XIX вв. обычаи Парижа получили значение общепарижского права; они применялись во всех провинциях для восполнения пробелов местного законодательства. Это произошло прежде всего потому, что парижские обычаи соединяли в себе разнообразные начала римского права и естественной справедливости. Дюмулен — апологет римского и естественного права — уже в XVI в. полагал возможным применить и распространить обычаи Парижа на всю Францию, отстаивая мысль о единстве законодательства для всей страны. Париж представлял собой центр торговли; применение его обычаев в Бретани, Нормандии и других областях подтверждало идею Дюмулена о преодолении юридического партикуляризма.

Учение Дюмулена о коллизиях законов изложено в его комментариях к Кодексу Юстиниана, который был издан во время пребывания ученого в Тюбингене. Конфликтным нормам посвящена диссертация «*Conclusiones de statutis et consuetudinibus localis*»¹². Дюмулен пользовался методологией постглоссаторов; как и его предшественники — итальянцы, он излагал свое учение при комментировании *Lex Sinctos Populus*. Средневековые ученые обсуждали проблемы международного частного права, ссылаясь на отрывок из *Corpus iuris civilis*, начальные слова которого гласили: «*Sinctos populos quos clementiae nostrae regit imperiim*» («все народы, управляемые властью нашей императорской милости»). Эта фраза давала основание для толкования, что лицо, не подчиненное «милостивой власти» данного суверена, не подпадает под действие какого-либо из его законов. В течение нескольких столетий этот отрывок оставался общим местом разных доктрин о коллизии законов. Подобный консерватизм, по мнению М. Вольфа, «когда речь идет о вопросе чистой систематики, вполне соответствует тому типичному юридическому методу, по которому развивалась статутарная теория; хотя все то, что великие итальянцы разрабатывали, было ново и не имело своим источником римское право, они все же претендовали на то, что они только развивали нормы, скрывавшиеся в *Corpus iuris*. Каждая их мысль должна была быть подтверждена цитатами из кодекса, Дигест или из *Corpus iuris canonici*, хотя бы эти цитаты фактически ничем не подкрепляли их позиции». Средневековых ученых можно сравнить с английскими судьями, создающими новое право под видом разъяснения того, что уже является правом¹³. Уместно отметить, что уже в терминологии статутариев слово «статут» утратило значение закона итальянских городов, а приобрело более широкое значение закона вообще, близкое по значению к понятию объективного права¹⁴.

Как пишет М.И. Брун, «рядом с практическим мотивом жива была университетская традиция, в силу которой при комментировании кодекса Юстиниана профессор по поводу конституции о св. Троице излагал свое учение о коллизии статут-ов. Верности этой традиции мы обязаны тем, что прославленный французский юрист Дюмулен, читая курс в Тюбингенском университете (1554), дал законченное изложение своих мнений о коллизиях законов». В своих лекциях Дюмулен «обнаруживает две писательские физиономии: как тончайший аналитик, он продолжа-

¹¹ Там же.

¹² Мандельштам А.Н. Указ. соч.

¹³ Вольф М. Указ. соч.

¹⁴ Мережко А.А. Указ. соч.

ет дело итальянских постглоссаторов; и в то же время у него выступают элементы теории статутов»¹⁵.

«Две писательские физиономии» Дюмулена — это две части его учения. Все статуты, касающиеся существа отношения, следует разделить на две группы: 1) вопросы, которые могут быть обусловленным волей сторон; 2) вопросы, которые регулируются только законом. Предшественники Дюмулена (вслед за Бартоло) утверждали, что при выборе статута для суждения о существовании договора решающий голос принадлежит закону места его заключения. «Дюмулен заметил, что это значит рубить с плеча». Надо различать, идет ли речь о том, что зависит от воли сторон и что может быть ими изменяемо, или же о том, что всецело зависит от власти закона. В первой части учения, т.е. в вопросах, зависящих от воли сторон, Дюмулен выступает как свободный аналитик; во второй части (вопросы, зависящие от власти закона) он использует теорию статутов¹⁶.

Итальянская теория статутов отражала две противоположные концепции — систему личного и систему территориального права. Во Франции XVI в., как ранее в Италии XIV—XV вв., существовала необходимость сочетать многообразие правовых систем и одновременно — единых принципов правосудия. Дюмулен был верным приверженцем традиций итальянской школы и придерживался ее методологии, но он жил в эпоху, когда складывалась принципиально иная, территориальная система международного частного права¹⁷. Как и его итальянские предшественники, Дюмулен делил все кутюмы (статуты) на личные и реальные и исходил из их противопоставления; одновременно он вносил в теорию статутов свои поправки и ограничения. Он солидарен с итальянскими бартолистами в стремлении расширить действие местных кутюмов за пределы их территории, придать им экстерриториальный характер. В этом отношении ученый был верным сторонником французских королей, создававших абсолютную монархию. Однако в то время и в социальных отношениях, и в праве господствовала феодальная раздробленность — каждая провинция придерживалась своих собственных кутюмов, как доказательства своей национальной специфики. В XVI в., когда все кутюмы были отредактированы на письме, эта приверженность еще более укрепилась. «Тогдашний юридический афоризм гласил: “Все кутюмы реальны”, т.е. в пределах провинции действует только ее кутюмы и действуют безраздельно; за пределами дано провинции они силы не имеют»¹⁸. Более стабильные, развитые формы социальной организации закрепились «в виде территориально устойчивых государств»¹⁹.

В своей диссертации Дюмулен проводит различие между статутами, определяющими форму акта, и статутами, касающимися его содержания. Статуты, касающиеся содержания, относятся к актам, которые обусловлены либо законом, либо волей сторон. Дюмулен выделил специальную категорию статутов материального права, ни при каких обстоятельствах не зависящих от воли сторон, а обусловленных только законом («*a sola potestate legis*»). Эти статуты делятся на реальные и личные

¹⁵ Брун М.И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911. Под теорией статутов М.И. Брун понимает учение статутариев XVI—XVIII вв.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1912.

¹⁸ Брун М.И. Международное частное право.

¹⁹ Mills A. The private history of international law. <http://login.westlaw.co.uk/wluk/app/document?rs=WLUK1.0&vr>

в зависимости от того, что именно является объектом статута — вещь или лицо. Дюмулен следует в русле методологии Бартоло («о чем говорит статут»), одновременно он почему-то называет критерий Бартоло «игрой слов» («*verbalis est*») ²⁰. При этом сам Дюмулен не предложил никакого другого критерия деления статутов. По мнению многих исследователей, теория статутов Дюмулена чрезвычайно противоречива ²¹. По-видимому, на самом деле ученому в принципе была чужда мысль, будто всю задачу конфликтного права можно свести к разграничению между статутами о вещах и о лицах. Интуитивно он чувствовал недостатки подобного подхода, но не имел возможности предложить какой-либо иной.

Как и все бартолисты, Дюмулен утверждает, что реальные (вещные) кутюмы (например, объект которых — недвижимость) обязательны для всех лиц, находящихся на данной территории. Персональные (личные) кутюмы (например, относящиеся к дееспособности) имеют экстерриториальный характер, «следуют за лицом» ²². Кроме деления статутов на личные и реальные, Дюмулен придерживается концепции Бартоло о льготных и стеснительных статутах, и вслед за ним утверждает территориальность статутов, противоречащих римскому праву.

Если налицо реальный статут, то всегда компетентен закон места нахождения вещи. Эта привязка применяется к любому имуществу — как движимому, так и недвижимому. В «Комментариях к кутюмам Оверне» Дюмулен отмечает, что подчинение движимостей личному закону (*lex domicilii*) — это «только кажущееся исключение, так как движимости считаются всегда находящимися в месте жительства лица» ²³. Расположение слов в статуте, его словесная редакция не имеют никакого значения. Если статут говорит, что «имущества женщинам не достаются» или что «женщины не наследуют», то он всегда применяется к вещам, лежащим на его территории, все равно, будут ли женщины подданные статута или иностранки. Данное правило имеет строго императивный характер. Формально Дюмулен вроде бы прямо полемизирует с Бартоло («буквальное толкование Бартоло»), но одновременно сразу же опровергает самого себя: это абсолютное правило может быть смягчено законодателем, если тот желает обратиться только к собственным подданным. Таким образом, например, английские законы о наследовании иногда могут не применяться к английским недвижимостям, принадлежащим иностранцу. В итоге теория Дюмулена смыкается с теорией Бартоло.

Личный статут управляет вопросами право- и дееспособности и определяется на основе критерия места жительства (домицилия). Личный статут всегда имеет в виду только подданных и никогда не касается иностранцев, все равно, расширяет ли он дееспособность или ограничивает ее. Если статут говорит, что договоры несовершеннолетнего (лица, не достигшего 25 лет, — «*minor 25 annis*») не имеют силы без согласия родственников и судебного утверждения, то это применимо только к лицам, подвластным юрисдикции статута и только в пределах его территории. Однако если закон не позволяет несовершеннолетнему заключать договоры (статут имеет стеснительный характер), то такой запрет не может затрагивать несовершеннолетних иностранцев, контрагирующих на территории статута, даже когда предмет договор — местная недвижимость. Но дальше «Дюмулен впадает в окончатель-

²⁰ Макензи. Указ. соч.

²¹ Брун М.И. Международное частное право; Мандельштам А.Н. Указ. соч.

²² Лунц Л.А. Указ. соч.

²³ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

ное противоречие»²⁴. Статут, запрещающий дарения между супругами, не влияет на иностранное имущество: он противоречит *iuri communi* (под которым понимается не римское, а общепанцузское право) и не устраняет личных ограничений, не имеет льготного характера. При этом такой статут абсолютно территориален — иностранные супруги не могут дарить друг другу земли, расположенные в сфере действия статута. Получается, что стеснительный статут, лишаящий несовершеннолетнего права взять на себя какое-либо обязательство, не распространяется на иностранных несовершеннолетних (они могут распоряжаться частью чужой территории), а вот иностранным супругам это почему-то возбраняется.

Дюмулен, безусловно, чувствует очевидную непоследовательность и противоречивость своих рассуждений. Он поклонник общего права (и римского, и общепанцузского), а стеснительные статуты этому праву не соответствуют. Нужно также заметить, что *ius commune*, о котором говорит Дюмулен, в каждой французской провинции было различным, и неизвестно, что конкретно нужно понимать как общее право. Возможно, несоответствие общему праву и стеснительный характер статута представляют собой действительное основание непоследовательности ученого. Чтобы преодолеть собственные противоречия, Дюмулен создает «гибридный» статут — лично-вещный. Этот статут связывает только подданных, поскольку является личным, и имеет строго территориальный, ограниченный характер, поскольку является реальным. В отличие от недееспособности несовершеннолетнего, недееспособность пупила (подвластного сына) имеет экстерриториальную силу, поскольку это вытекает из римского права.

Однако вопрос о праве подвластного сына составлять завещание разрешается совершенно иначе. Дюмулен подчеркивает, что статут, декларирующий это право, является преимущественно личным и устраняет «стеснения личности». Такой статут противоречит *iuri communi*, поэтому он касается только подданных, но имеет силу и для иностранной недвижимости (т.е. сын семейства вправе завещать имущество, находящееся за границей). По-видимому, Дюмулен оценивает этот статут как «льготный дозволильный». Различное отношение к дееспособности несовершеннолетнего, с одной стороны, и подвластного сына — с другой, объясняется различным характером статутов.

Уместно вспомнить, что Бартоло утверждал экстерриториальную силу только для льготных запретительных статутов; его самый известный ученик Бальди де Умбальди признавал внеземельный характер льготных дозволильных статутов, касающихся исключительно лиц. Дюмулен расширяет круг экстерриториальных законов за счет льготных дозволильных статутов, касающихся вещей (иностранной недвижимости)²⁵.

Экстерриториальную силу Дюмулен обосновывает соображениями общественного блага и естественной справедливости, требованиями общего права. В качестве примера упоминается нормандский статут, по которому жена после смерти мужа может отменить продажу своего наследства, совершенную при участии покойного супруга. Этот статут обусловлен подчиненным положением нормандских женщин и имеет повсеместную силу. Одновременно статут не затрагивает парижанок, даже если дело касается нормандских земель, поскольку отсутствует разумное основание для его действия по отношению к иностранцам.

²⁴ Там же.

²⁵ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

Дюмулен отстаивал господство личного статута, он вообще проявлял склонность к «персонализации статутов», но ход истории направлял правовую доктрину в сторону территориального принципа²⁶. Как и другие французские юристы, Дюмулен находился под влиянием этого принципа. Возможно, именно поэтому теория Дюмулена о личном статуте состоит из сплошных противоречий. Он утверждает, что статут, запрещающий несовершеннолетнему завещать недвижимое имущество, всегда имеет реальный характер, — статут не является преимущественно личным, а издан исключительно с целью сохранить наследственные владения в семье. Признавая общий реализм кутюмов, Дюмулен по вопросу об имущественных отношениях супругов высказался таким образом, что этот реализм подрывался в корне: «Если супруги вступили в брак в области парижских кутюмов, то те права на общие имущества, которые по этим кутюмам принадлежали жене, распространяются и на имущества, лежащие в области нормандских кутюмов, и притом не только, когда супруги заключили предбрачный договор, но даже когда вступили в брак молчаливо, но только в области кутюмов, по которым признается право жены на имущество»²⁷.

Ги Кокиль считал Дюмулена сторонником абсолютной территориальности. Такой вывод был сделан при толковании комментариев Дюмулена к «Консультациям» итальянского бартолиста XV в. Александра Тартаньи. Именно в этом сочинении Дюмулен отвергает «буквальное толкование» Бартоло и пишет, что все статуты реальны. А.Н. Мандельштам считает это мнение совершенно неправильным и доказывает его неосновательность: «Александр говорил только о стеснительных статутах, а Дюмулен, идя далее, применяет формулу Александра к наследственному праву. Но это не значит, что Дюмулен все статуты считает реальными... он позволяет самому закону о наследствах ограничить свою сферу действия одними подданными»²⁸. Возможно, ученый позиционировал реальный статут как правило, а личный — как исключение. Скорее всего, однако, что Дюмулен пытался, но даже для самого себя не смог однозначно определить единый критерий, который следовало бы использовать при разрешении конфликтных вопросов.

Основное внимание Дюмулен уделяет статутам, определяющим содержание акта и обусловленным волей сторон. Главным достижением Дюмулена в науке международного частного права считается теория свободы воли при заключении договоров. Шарль Дюмулен — основоположник теории автономии сторон, создатель доктрины, допускающей, что договаривающиеся стороны могут сами избрать закон, регулирующий их отношения по договору. В той части своего учения, которая посвящена определению компетентного закона для решения вопросов договорных обязательств, он не имеет предшественников и является безусловным и общепризнанным новатором²⁹. Применительно к контрактам ученый выдвинул новый принцип — стороны могли применить к договорам кутюмы, избранные ими самими. Теория автономии воли у Дюмулена прежде всего нацелена на защиту интересов торгового сословия — преодоление юридического партикуляризма в соответствии с частным соглашением субъектов, чтобы обычаи, например, Парижа (центра торговли) могли применяться в Бретани, Нормандии и других провинциях.

²⁶ Mills A. Op. cit.

²⁷ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

²⁸ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

²⁹ Макаров А.Н. Указ. соч.; Бендевский Т. Указ. соч.; Вольф М. Международное частное право. М., 1948; Мережко А.А. Указ. соч.; Крылов С.Б., Перетерский И.С. Указ. соч.; Kalensky P. Op. cit.

Открытие Дюмулена заключается в том, что он провозгласил волю сторон господствующей привязкой в области контрактов. До него все ученые вслед за Бартоло утверждали, что при выборе статута для суждения о существовании договора решающий голос принадлежит закону места его заключения. Правда, в трудах итальянского бартолиста XV в. Роха Курция присутствовала мысль, что нерегулярными последствиями контракта могут подчиняться закону места его исполнения на основе «молчаливой» (подразумеваемой) воли сторон. Однако Курций ни в коем случае не утверждал право свободы выбора компетентного закона сторонами договора. Фундаментальным началом считался закон места заключения договора (*lex loci conclusionis*), и до Дюмулена никто не пытался это оспорить. Дюмулен заметил, что необходимо различать — идет ли речь о том, что зависит от воли сторон и может быть ими изменено, или о том, что всецело зависит от власти закона.

В своей юридической аргументации Дюмулен использовал закон «*Si fundus*»³⁰. В комментарии к этому закону ученый впервые поднимает проблему выбора закона сторонами контракта. В отличие от Роха Курция, Дюмулен исследует этот вопрос отнюдь не в целях обосновать возможность субсидиарного применения права места исполнения контракта (вместо права места его заключения). По его мнению, в сфере обязательственного права высший закон — это воля сторон. К договорам должно применяться право, которое стороны сами хотели бы применить. Если из договора это право обнаруживается недостаточно явно, необходимо обращать внимание на обстоятельства, при которых воля сторон была выражена. Важно выяснить то право, которое было в мыслях контрагентов; то право, которое они подразумевали, хотя определенно и не назвали; о котором они хотя и не высказались, но которое, по всей вероятности, имели в виду³¹. Все вопросы, зависящие от воли сторон, должны исследоваться посредством свободного анализа. В области контрактов Дюмулен освобождает волю сторон от всяких ограничений со стороны закона, выводя эту волю из обстоятельств дела. Необходимо подчеркнуть, что в большинстве случаев Дюмулен рассматривал выбор закона только как предпосылку (*a posteriori explanation*) обоснованного и справедливого решения. Он не определял автономию воли в качестве самостоятельного, отдельного критерия разрешения коллизий, отвечающего требованиям логики и правосудия.

Дюмулен поясняет свою мысль на конкретных примерах. Тюбингенский гражданин, путешествуя по Италии, продает свой дом, находящийся в Тюбингене или Аугсбурге (Германия); статут места заключения сделки требует, чтобы продавец выставлял двух поручителей на случай эвикции вещи и отвечал в двойном размере. Применение статута места заключения Дюмулен характеризует таким образом: «Кто станет утверждать, что для продавца обязателен итальянский статут, тот не понимает практики»³². Продавец может отвечать по обычаю своего domicilia (тюбингенскому или аугсбургскому праву) или по общему праву, но только не по итальянскому статуту. Иная ситуация, если тюбингенский гражданин, находясь в Тюбингене, продает в дом, расположенный в Женеве (где действует свой статут об ответственности продавца). Продавец должен отвечать по закону места заключения договора (по тюбингенскому статуту), потому что это место одновременно

³⁰ Kalensky P. Op. cit.

³¹ Макаров А.Н. Указ. соч.

³² Брун М.И. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX вв. о состоянии лица. М., 1915.

представляет собой домициль обоих контрагентов³³. Если тюрингенец специально приехал в Женеву, чтобы продать находящийся там дом своему соседу — тюрингенцу, то договор также должен регулироваться по закону места его заключения (по женевскому праву), так как в данном случае домицилий обоих контрагентов — это Женева³⁴. Если же домицилы контрагентов не совпадают, то нужно обратиться к другим обстоятельствам, «по-доброму и по справедливости», чтобы, в частности, под предлогом неопределенности закона не могло иметь место ограбление.

Например, доказано, что продавец — тюрингенец, заключая сделку о продаже женевского дома во время своего пребывания в Милане, получил разъяснение о том, каков обычай Женевы, и не возражал, а просто согласился продать; этого достаточно для вывода, что он молчаливо действовал согласно женевскому обычаю. Другой пример — доказано, что продавец не случайно находился в Тигуре, а отправился туда специально, чтобы найти покупателя; возможна презумпция, что продавец изначально навел справки о тигурских обычаях. Если тюрингенец нарочно отправился в Женеву для того, чтобы продать находящийся дом, то нужно предполагать, что он подчинился женевскому праву. Дюмулен резюмирует свою мысль: «В таких случаях дело не столько в применении обычая или статута, сколько в соблюдении молчаливого соглашения или же договора, предполагаемого обычаем или статутом»³⁵. Впоследствии эта мысль приобрела характер общего положения, которое широко использовалось в XIX в. для обоснования теории автономии воли сторон.

Доказывая доминирующую роль автономии воли, Дюмулен особо акцентировал внимание на том, что место заключения контракта часто имеет случайный характер, особенно если договор заключается в месте общего проживания контрагентов. Место заключения договора — это только одно из обстоятельств, которые могут послужить к выяснению воли сторон. Необходимо обращать внимание на все, относящееся к делу; может иметь значение и домициль контрагентов (как прежний, так и настоящий); если домицилы у контрагентов разные, то следует обратиться к другим обстоятельствам. Таким образом, для определения компетентного права нужно принимать во внимание все факты, руководствуясь принципом справедливости, а «право содержится в молчаливой и вероятной воле сторон». Никто из предшественников Дюмулена (ни Бартоломео Салицет, ни Рох Курций) не сумели признать, что предположение о законности *lex loci conclusionis* может быть опровергнуто обстоятельствами дела. Доктрина Дюмулена отрицает императивный характер принцип *lex loci conclusionis*; он стал первым юристом, который выступил против априорной жесткости коллизионного регулирования в сфере обязательственного права: «Дюмулен первый понял, что при выборе компетентного закона для обсуждения обязательства, вытекающего из договора, нет никакой возможности останавливаться всегда только на одной и той же местной привязке правоотношения»³⁶. Он предлагал и отстаивал принцип гибкого коллизионного регулирования при рассмотрении проблем конфликта законов в сфере обязательственного права. Его позиция полностью воспринята современной юридической практикой, поскольку такое решение изначально соответствовало потребностям международной торговли.

³³ В современном законодательстве — презумпция общего домицилия.

³⁴ Мережко А.А. Указ. соч.

³⁵ Брун М.И. Международное частное право.

³⁶ Там же.

Дюмулен разграничивал коллизионное регулирование договора в целом и коллизионное регулирование его последствий. И договор в целом, и его последствия определяются по «независимому закону», избранному сторонами, но сфера выбора закона должна отличаться. Если воля сторон явным образом не выражена, то ее следует вывести из обстоятельств дела, и закон, установленный таким образом, должно применить к непредвиденным последствиям контракта. Здесь наиболее рельефно можно увидеть, насколько далеко Дюмулен ушел от своих предшественников — в частности, Бартоло писал, что непредвиденные последствия всегда определяются согласно закону места представления (т.е. места исполнения) договора.

Новаторство Дюмулена состоит не только в том, что он утверждал автономию воли как фундаментальный, непреложный закон в сфере обязательственных отношений, но и в том, что в то он сформулировал постулат о молчаливой, подразумеваемой воле сторон. П. Каленский писал, что Дюмулен выдвинул еще один принцип, «которым так часто злоупотребляют сегодня в поиске гипотетической воли сторон в большинстве юридических систем, а именно, что воля сторон — если она явно не выражена — должна определяться соответственно обстоятельствам дела»³⁷. Молчаливой, подразумеваемой воле сторон посвящены консультации Дюмулена (написанные ранее его Комментария к Кодексу Юстиниана).

В *Consilium LIII* ученый «обращается к ежедневно возникающему вопросу о предбрачном договоре, который считается заключенным не там, где стороны договорились, а в месте домицилия мужа»³⁸. Но как быть, если супруги впоследствии поменяли место жительства? Бытовала позиция, что следует применить закон последнего совместного места жительства супругов на момент смерти мужа. С точки зрения Дюмулена, такое решение — это явная несправедливость. Во многих французских провинциях действовал обычай, согласно которому мужу в случае смерти жены и в отсутствие детей ничего не достается, поскольку приданое возвращается в семью жены. Муж — уроженец такой провинции — мог специально переселиться с женой в другую провинцию, по кутюмам которой он наследовал бы все приданое. Дюмулен утверждал, что это неправильно, потому что между сторонами существует *молчаливый договор*, в силу которого муж может рассчитывать только на то, что ему следует по статуту домицилия, который *предвидели и предполагали стороны*. Таким образом, брачный контракт должен подчиняться закону первого места жительства мужа. Было бы несправедливо, чтобы муж имел возможность посредством произвольной перемены домицилия нарушить имущественные интересы жены. «Вступая в брак, жена молчаливо подчинилась закону первого брачного домицилия»³⁹. Дюмулен считал, что молчаливо сделанное брачное предложение имеет ту же важность, что и явное предложение; при этом он упомянул аргументацию, основанную на «звуковой» причине: «Всегда остается та форма, которая однажды отпечатана», т.е. всегда следует защищать однажды благоприобретенное право. Более того, статут первого домицилия распространяет свою силу даже на недвижимое имущество супругов, находящееся за границей. В данном случае статут получает экстерриториальную силу не как закон, а как молчаливый договор.

Дюмулен утверждал, что если супруги вступили в брак в провинции, где действуют парижские кутюмы, то те права на общее имущество, которое по этим кутюмам принадлежало жене, распространяются и на имущество, находящееся в

³⁷ Kalensky P. Op. cit.

³⁸ Брун М.И. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX вв. о состоянии лица.

³⁹ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

провинции, где действуют нормандские кутюмы. Это правило распространяется не только на ситуации, когда супруги заключили брачный договор, но даже когда они вступили в брак молчаливо (но только в тех областях, кутюмы которых признают права жены на имущество). Таким образом, только от воли сторон зависит выбор тех разноместных законов, которым они хотят подчинить свои отношения. Это означало, что молчаливо, под видом соответствия с волей сторон, кутюм одной провинции «проникает» в другую, т.е. становится личным, экстерриториальным. Позиция Дюмулена в данном случае полностью соответствует духу учения итальянских бартолистов, «у которых не было никакого специфического расположения к вещным или личным статутам, но которые охотно расширяли сферу применения личных статутов, когда считали это справедливым»⁴⁰.

Теория статутов у всех представителей школы бартолистов отличается особым духом справедливости, заменяющим для нее всякий метод. «Итальянская доктрина» учила разрешать все конфликты при помощи материального принципа — «идеи справедливости»⁴¹. Как и его предшественники, Дюмулен ставит принципы справедливости и доброй совести на первое место. Это вытекало из общих принципов римского права; это не потеряло актуальности и в наше время. Но следует безусловно согласиться, что «идея справедливости получает в разные эпохи разное содержание; вряд ли когда-нибудь существовал юрист, который строил бы свои нормы на том, что он сам считал несправедливым»⁴². Мерило справедливости, прилагаемое теорией статутов к разрешению конфликтов законов, имело субъективный, условный характер. Подобно всем бартолистам, Дюмулен не был готов объективно определить задачи международного частного права. Однако его формулировка о праве сторон свободно выбирать применимое право не только посредством специального соглашения, но и в соответствии с их молчаливым или даже гипотетическим соглашением, способствовала решению многих проблем, являющихся результатом неоднородного деления личных статутов.

Конструируя свои умозаключения, Дюмулен (как вообще глоссаторы и постглоссаторы) исходил из содержания материально-правовых норм и к ним подбирал коллизионные принципы. В XIX в. относительно значения этого ученого в истории науки международного частного права сформировалось два противоположных мнения: одни считали его последним из юристов школы Бартоло или постглоссаторов; другие видели в нем первого из школы французских статутариев. По мнению М.И. Бруна, обе позиции являются ошибочными. Дюмулена нельзя считать родоначальником французской теории статутов: различие между реальными и личными статутами уже в XIV в. встречается в трудах французского юриста Иоанна Фабера. Дюмулен вводит теорию статутов только в вопросы, зависящие от власти закона. Нет оснований причислять ученого и к итальянским комментаторам, потому что его теория о толковании договоров у них не имела прецедентов. Его исследование вопросов, зависящих от воли сторон, не имеет отношения к теории статутов, но чрезвычайно важно для всей науки международного частного права⁴³.

А.Н. Мандельштам, признавая Дюмулена инициатором учения об автономии воли, одновременно утверждал, что в области «личных и семейных прав он, вопреки установившемуся мнению, не только не является новатором, но стоит зна-

⁴⁰ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴¹ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

⁴² Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴³ Брун М.И. Международное частное право.

чительно ниже бартолистов»⁴⁴. П. Каленский отмечал, что некоторые авторы часто не в состоянии охватить значение учения Дюмулена и пытаются уменьшить его заслуги как создателя принципа автономии воли⁴⁵. В современной литературе Дюмулена иногда оценивают как основоположника особого «французского подхода», который придавал большое значение личному праву, опирался на намерения сторон и озаменовал начало заката статутарного подхода⁴⁶.

Дюмулен значительно обогнал своих предшественников — юристов XIV—XV вв. (которых он сам упрекал в том, что они судят «грубо и без разбора»). Его выдающиеся качества проявились не только в области международного частного права. Комментарии ученого к парижским «кутюмам», его настойчивые утверждения о необходимости создать для Франции единый кодекс и «его теория денег, которая, возможно, является основанием современной номиналистической теории», представляют собою огромный вклад в правовую науку⁴⁷. Ученому удалось сформулировать собственную доктрину конфликтного права: при решении коллизионного вопроса по контрактам необходимо отдавать предпочтение праву, избранному сторонами. Если стороны явно и недвусмысленно свою волю не выразили, то следует отыскать право, которое они имели в виду, т.е. воссоздать предполагаемую волю путем толкования текста договора и иных обстоятельств дела.

⁴⁴ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

⁴⁵ Kalensky P. Op. cit.

⁴⁶ Mills A. Op. cit.

⁴⁷ Вольф М. Указ. соч.