

Квалификация в европейских правопорядках исключительной компетенции суда раввинов по бракоразводным делам по еврейскому праву

Д. В. Тариканов

Для цитирования: *Тариканов Д. В.* Квалификация в европейских правопорядках исключительной компетенции суда раввинов по бракоразводным делам по еврейскому праву // Правоведение. 2023. Т. 67, № 3. С. 314–342. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.305>

В области брачно-семейных вопросов в Израиле действует религиозное право соответствующей конфессии. К евреям применяется религиозное еврейское право, восходящее к Пятикнижию Моисея. Согласно этому праву расторжение брака является не только юридическим, но и сакральным актом. В Израиле расторжение брака между евреями происходит в религиозном суде раввинов. Расторжение брака в светском суде не имеет юридической силы с точки зрения религиозного еврейского права. Если супруги-евреи хотят развестись в европейской стране, где государственная власть у религиозных судов отсутствует, то вступают в конфликт две концепции: концепция территориального суверенитета государственной власти и концепция универсальной власти религии над ее последователями, независимо от места их нахождения. В международном частном праве этот конфликт находит выражение в конфликте квалификаций. Требование о религиозном сопровождении расторжения брака рассматривается либо как материально-правовое в праве Израиля, либо как процессуальное в праве европейских стран (России, Германии, Франции). Как разрешить этот конфликт: признать религиозный суд раввинов исключительно компетентным и направить проживающих в Европе супругов разводиться в Израиль или признать компетентный по месту их жительства светский суд в европейской стране равноценной заменой религиозному суду — таков конфликт цивилизаций, компетенций и/или квалификаций, которому посвящена настоящая статья. Со времен знаменитого решения Кассационного суда Франции 1903 г. по делу Левинсонов, где был сформулирован этот вопрос, он не находит своего однозначного решения.

Ключевые слова: развод, Израиль, конфликт квалификаций, международное частное право, суд раввинов, религиозная юрисдикция, светская юрисдикция.

Введение

Разрешение коллизий между религиозным и светским правом, хотя и утратило былую злободневность, существовавшую в конце XIX — первой половине XX в., когда в Европе одновременно сосуществовали правопорядки и полностью эмансипировавшиеся от участия религии (в первую очередь, Франция и Германия), и допускавшие правовое регулирование религиозного происхождения, в первую очередь в брачно-семейных вопросах (такие как Австро-Венгрия, Российская и Османская империи и государства, образовавшиеся в результате их распада), тем не менее не является в настоящее время лишь историческим феноменом. До настоящего времени существуют правопорядки, делегирующие

Тариканов Дмитрий Викторович — канд. юрид. наук, преп., Всероссийская академия внешней торговли, Российская Федерация, 119285, Москва, Воробьевское шоссе, 6А; d.tarikanov@gmail.com

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

религии нормативное регулирование определенных категорий общественных отношений, что порождает вопросы в плоскости международного частного права об отношении к этим нормам в странах светского права.

В этом смысле самым ярким и одновременно уникальным примером является Израиль. Территория Израиля до Первой мировой войны была частью Османской империи, и там существовал, как и во всей империи, принцип религиозного регулирования брачно-семейных отношений с дифференциацией этого регулирования в зависимости от конфессии: на одной территории существовали различные правовые режимы в этой области для мусульман, христиан и иудеев¹. Ни Британский мандат в Палестине в период между мировыми войнами, ни созданное в 1948 г. государство Израиль не стали отменять этот укоренившийся принцип². Более того, иудаизм как существенный элемент единства еврейского народа не мог не стать одним из моральных символов созданного этим народом государства. Делегирование религии брачно-семейных отношений остается правовой действительностью в Израиле сегодняшнего времени, несмотря на то что архаичные нормы религиозного права явным образом находятся в диссонансе с социальной действительностью³.

В соответствии со ст. 1 Закона Израиля 1953 г.⁴ о юрисдикции судов раввинов⁵ вопросы заключения и расторжения брака евреев (под которыми понимаются как этнические евреи, так и представители иудейской конфессии) в Израиле, которые являются гражданами Израиля или имеют место жительства в Израиле, относятся к исключительной компетенции религиозного суда раввинов⁶.

¹ Levin D. Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung: eine kritische Würdigung des israelischen Familienrechts mit besonderer Berücksichtigung des jüdischen Scheidungsrechts aus der Sicht des schweizerischen internationalen Privatrechts. Zürich: Schulthess, 1991. P. 42, 187; Falk Z. W. Status und Kontrakt im Familienrecht // Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ). 1995. Vol. 42, no. 20. S. 1252.

² Merin Y. The Right to Family Life and Civil Marriage under International Law and Its Implementation in the State of Israel // Boston College International and Comparative Law Review. 2005. Vol. 28, no. 1. P. 130; Blecher-Prigat A. A Basic Right to Marry: Israeli Style // Israel Law Review. 2014. Vol. 47, no. 3. P. 433.

³ Этому диссонансу посвящено основополагающее решение Верховного суда Израиля 2006 г. «О детях Ноя» (Noahide Case), в котором под давлением потребностей израильского общества была признана юридическая действительность светских браков евреев, совершенных за границей в обход религиозных предписаний иудаизма: Israeli Supreme Court. Application no. 2232/03, Judgement of 21 November 2006 // Israel Law Reports. 2006. P. 245–280.

⁴ Поскольку в Израиле используется еврейское летоисчисление, по которому 1953 г. соответствует 5713 г., то год принятия данного Закона традиционно обозначается в Израиле как 5713-1953, и этот вариант обозначения будет использоваться в настоящей статье.

⁵ Текст первоначальной редакции этого Закона (на иврите и на английском языке: Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law, при этом первоначальные редакции ст. 1 и 2 действуют в неизменном виде до настоящего времени) доступен на официальном сайте израильского парламента www.knesset.gov.il в подразделе «A Selection of Enacted Laws» раздела «2nd Knesset 20 August 1951 — 15 August 1955» блока «History» на главной странице (в версии сайта на русском языке данный блок недоступен).

⁶ Vitta E. Codification of Private International Law in Israel? // Israel Law Review. 1977. Vol. 12, no. 2. P. 131 and following; Shava M. The Nature and Scope of Jewish Law in Israel as Applied in the Civil Courts as Compared with its Application in the Rabbinical Courts // The Jewish Law Annual. 1985. Vol. 5. Leiden. P. 5, footnote 9; Shava M. Civil Marriages Celebrated Abroad: Validity in Israel // Tel Aviv University Studies in Law. 1989. Vol. 9. P. 312; Levin D. Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung... P. 52 f.; Henrich D. Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, Anm. zum Bundesgerichtshof 02.02.1994 — XII ZR 148/92 (IPRax 1995, 111) // Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax). 1995. Vol. 15, no. 2. P. 86.

При этом в соответствии со ст. 2 этого Закона данный суд применяет к вопросу расторжения брака материальное религиозное еврейское право⁷, которое восходит к Закону (Пятикнижию) Моисея (Тора).

Расторжение брака в этом смысле имеет не только юридическую составляющую (преобразование личного статуса супругов), как это имеет место применительно к светскому разводу в России и подавляющем большинстве европейских стран. В еврейском разводе присутствует и религиозный компонент. До секуляризации института брака в европейских странах религиозный компонент в брачно-семейных вопросах реализовывала церковь (учитывая, что католическая церковь развода не допускает, реализация религиозного компонента здесь была возможна только применительно к установлению режима раздельного проживания супругов и признанию брака недействительным). Секуляризация брака ликвидирует этот компонент. Современное расторжение брака согласно российскому правопорядку и согласно религиозному еврейскому праву — это, таким образом, не одно и то же. Еврейский развод имеет более широкое содержание, являясь одновременно юридическим и религиозным актом, в то время как светский развод — только юридический акт.

Это содержательное различие порождает следующий вопрос: могут ли супруги, расторжение брака которых согласно нормам коллизионного права подчиняется праву Израиля, являющемуся в свою очередь в данном вопросе религиозным еврейским правом, быть разведены в светском суде европейской страны?

Пункт 1 ст. 160 Семейного кодекса РФ решает эту проблему путем привязки к закону суда: расторжение брака между иностранными гражданами на территории Российской Федерации производится в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Однако подобная привязка не является правилом. Действующий Регламент Совета Европейского союза от 20.12.2010 № 1259/2010 «О расширении сотрудничества в области права, применимого к расторжению брака и судебному разлучению супругов» (Регламент «Рим III»), устанавливающий в области развода коллизионные нормы прямого действия для стран — членов Европейского союза, предусматривает в литере «d» ст. 8 расторжение брака по закону суда лишь в качестве остаточной коллизионной привязки, подлежащей применению лишь тогда, когда ни одна из четырех предшествующих ей привилегированных коллизионных привязок (а именно право, выбранное супругами; при отсутствии выбора — право общего места жительства супругов; при отсутствии такового — право последнего общего места жительства супругов, если оно прекратилось менее чем за год до возбуждения бракоразводного процесса и один из супругов продолжает проживать в этом государстве; при отсутствии такового — право общего гражданства супругов) не подлежит применению.

Соблюдение данных коллизионных норм будет иметь значение на территории Российской Федерации в соответствии с п. 4 ст. 160 Семейного кодекса РФ, если действительность развода, совершенного в стране, где действует Регламент «Рим III», будет иметь значение в Российской Федерации, например при вступлении разведенного таким образом иностранного гражданина в новый брак в России.

⁷ *Pertes F. S.* Entwicklung des israelischen Eherechts // *Das Standesamt (StAZ)*. 1966. Vol. 19, no. 12. P.352; *Levin D.* Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung... P.55; *Scheftelowitz E. E.* Die Anerkennung einer in Israel erfolgten Scheidung in Deutschland // *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*. 1995. Vol. 42, no. 10. P.593.

Могут ли немецкий или французский суды вынести решение о разводе, если согласно Регламенту «Рим III» применимым правом является право Израиля, например, если последним общим местом жительства супругов был Израиль, а один из супругов покинул его менее чем за год до возбуждения им бракоразводного процесса в Германии или Франции, и второй супруг продолжает проживать в Израиле либо, даже если это условие не соблюдено, общим гражданством обоих супругов является израильское?

И далее, не должен ли российский суд, пусть и компетентный согласно российскому законодательству и применяющий российское материальное бракоразводное право, учитывать возможный отказ в признании вынесенного им решения в Израиле — стране гражданства супругов?

Вопрос стал предметом двух знаменитых решений: Кассационного суда Франции в 1903 г. по делу Левинсонов (Levinçon) и Апелляционного суда Берлина в 1993 г.⁸, вдохновившего немецкого юриста Кристофа Херфарта (Herfarth) на знаковую диссертацию о религиозном еврейском разводе в международном частном праве⁹.

Удивительным образом две инстанции ответили на вопрос независимо друг от друга одинаково, что статистически должно свидетельствовать о правильности их ответа.

В деле Левинсонов речь шла о супругах — подданных Российской империи, которые исповедовали иудаизм. Французская коллизионная норма того времени предписывала применить закон общего гражданства супругов — право Российской империи. В Российской империи в брачно-семейных делах действовало религиозное право соответствующей конфессии, применительно к евреям — Пятикнижие Моисея.

Несмотря на то что ранее французские суды уже выносили решения о разводе в таких ситуациях¹⁰ и этой же практике последовал суд первой инстанции в решении от 5 марта 1901 г., удовлетворив иск супруги Левинсон, Апелляционный суд Парижа принял выдвинутое ответчиком-мужем возражение об отсутствии у французского суда компетенции выносить решение и отказал в иске. Апелляционный суд Парижа пишет в решении: «...согласно российским законам... для расторжения брака супругов-евреев необходимо решение суда раввинов, так как исключительно раввины обладают компетенцией расторгать брак между последователями их конфессии... развод регулируется исключительно религиозным правом супругов; содержательно он заключается в прекращении связи религиозного порядка... принцип разделения светских и религиозных вопросов является... одной из основ французского законодательства... он создает... абсолютное препятствие к тому, чтобы в целях расторжения брака, сохраняющего религиозный

⁸ Kammergericht. Application no. 3 WF 7099/92. Beschluss vom 11 Januar 1993 // Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ). 1994. Vol. 41, no. 13. P. 839. — Поскольку его мотивировка основана на теории сущностной подсудности (wesenseigene Zuständigkeit), это решение подробно разобрано в отдельной статье, см.: *Тариканов Д. В.* Сущностная компетенция в международном гражданском процессе ФРГ // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2023. № 2. С. 241–274. — В настоящей статье данное решение приводится как более свежий по сравнению с делом Левинсонов пример учета религиозного еврейского права в суде европейской страны, но содержательно это решение рассматриваться здесь не будет.

⁹ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 2000.

¹⁰ Tribunal civil de la Seine. Dame Hubryseck c/ son mari. Jugement du 5 mars 1892 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1892. Vol. 19, no. 5–6. P. 661; Tribunal civil de la Seine. Dame Lévine c/ Lévine. Jugement du 3 juillet 1896 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1896. Vol. 23, no. 7–10. P. 848.

характер, французский суд заменил собой религиозную структуру, даже если это расторжение брака и порождает гражданско-правовые последствия; правило о разделении светской и религиозной сторон... не имеет силы в отношении личного статуса иностранных граждан... с одной стороны, законы Российской империи... препятствуют тому, чтобы религиозный брак... был расторгнут светскими властями, а, с другой стороны, французские законы не позволяют французскому суду выносить решение о расторжении такого брака»¹¹, «то обстоятельство, что, чтобы быть действительным, расторжение брака должно быть облечено в форму ритуала, является достаточным, чтобы французский суд, которому запрещено рассматривать религиозные вопросы, не мог участвовать в этой процедуре»¹².

Кассационный суд Франции подтвердил апелляционное решение, хотя и обосновал свое решение соображениями публичного порядка: «...хотя нормы французского права о компетенции и процессе подлежат применению к иностранным гражданам, предъявившим во французском суде иск, касающийся их правового статуса, этот спор подлежит рассмотрению исключительно согласно нормам личного закона сторон; следовательно, французские суды лишены возможности рассматривать такой спор, если нормы этого личного закона, о компетенции или о материально-правовых или формальных условиях, противоречат французскому публичному порядку... суд неизбежно должен прийти к выводу о недопустимости иска, если его нельзя рассмотреть ни по иностранному праву, которое не может быть применено во Франции, ни по французскому праву, которое не может его заменить... в частности, такая ситуация имеет место, если иностранный закон изымает компетенцию по рассмотрению спора у светских властей и передает ее религиозной структуре, а порядок рассмотрения этого спора подчиняет ритуалам религиозной природы; предписанный нашими законами запрет нашим судам вмешиваться в религиозные вопросы создает, таким образом, абсолютное процессуальное возражение против предъявленного иска»^{13,14}.

Вплоть до 30-х годов XX в. данная практика была господствующей во Франции.

Так, уже в декабре 1902 г., несколько месяцев спустя после вынесения Апелляционным судом Парижа решения по делу Левинсонов, суд первой инстанции Парижа пишет: «...суды раввинов действуют согласно российскому праву не как светские власти, рассматривающие гражданско-правовой спор, а как религиозная власть, действующая согласно ритуальным нормам и формам... в силу фундаментальной нормы нашего публичного права французские суды не могут ни по какому основанию и ни под каким предлогом заменять собой религиозные структуры и совершать акты, имеющие ритуальный характер»¹⁵.

¹¹ Cour d'appel de Paris. Dame Levinçon c/ Levinçon. Arrêt du 17 mars 1902 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1903. Vol. 30, no. 3–4. P. 342, 345 f. — Цитаты из иностранных источников приводятся в переводе автора настоящей статьи.

¹² Ibid.

¹³ La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). Dame Levinçon c/ Levinçon. Arrêt du 29 mai 1905 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1905. Vol. 32, no. 7–10. P. 1006, 1008 f.

¹⁴ В Германии теорию публичного порядка для данного случая поддержал фон Бар (см.: *von Bar Ch. Internationales Privatrecht*, 2. Band.: Besonderer Teil, München: C. H. Beck, 1991. P. 179, Rdnr. 264).

¹⁵ Tribunal civil de la Seine. Dame Olschwang c/ Olschwang. Jugement du 18 décembre 1902 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1903. Vol. 30, no. 7–10. P. 805, 807 (супруги — подданные Российской империи). — Иные решения в этом смысле, где супруги — подданные Российской империи, см.: Cour d'appel de Paris. Frenkel c/ Frenkel. Arrêt du 21 juin 1910 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1912. Vol. 39, no. 1–2. P. 205; Tribunal civil de la Seine. Pessac-Lévin c/ Pessac-Lévin. Jugement du 9 mai 1911 // Journal du droit

В 1908 г. суд первой инстанции Марселя указывает: «...область развода относится к компетенции религиозной юрисдикции в том смысле, что исключительно эта юрисдикция может выносить решение о прекращении супружеской связи, созданной в соответствии с ритуальными формальностями»¹⁶.

В 1911 г. суд Сент-Этьена подтверждает: «...суд мог поставить вопрос о своей компетенции в связи со смешанным характером, одновременно религиозным и правовым, который имеет в Греции расторжение брака»¹⁷.

Наконец, в 1929 г. Апелляционный суд Рабата указывает (в то время Марокко являлось колонией Франции, поэтому решения судов Марокко являлись французскими судебными решениями): «...согласно нормам Гражданского кодекса Испании рассмотрение требования об установлении режима раздельного проживания супругов, связанных каноническим браком, относится к компетенции церковной юрисдикции; эта правовая норма, которая изымает компетенцию по рассмотрению спора у государственных судов и передает ее религиозным учреждениям, не является, таким образом, простой нормой о форме, которую мог бы заменить закон суда, а, напротив, является правилом о самом содержании субъективного права... французские суды не могут обладать компетенцией для рассмотрения религиозных вопросов и, как следствие, прекращать религиозную связь между супругами»¹⁸.

В Бельгии судебная практика в этом смысле появилась еще до французских решений по делу Левинсонов, в 1899 г.¹⁹, а в 1909 г. она была подтверждена, когда суд первой инстанции Антверпена в своем решении пишет: «Закон гражданства супругов — подданных Османской империи не признает за обычными судами никаких полномочий по рассмотрению... требований, относящихся... к разводу представителей иудейской конфессии, а относит этот вопрос к исключительной компетенции религиозных учреждений... В то время как бельгийские суды могут посредством юридической фикции заменять османские суды, чтобы применить к подданным Османской империи их личный закон, принцип разделения светских

international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1914. Vol. 41, no. 1–2. P. 180; Cour d'appel de Paris. Pessac-Lévin c/ Pessac-Lévin. Arrêt du 26 décembre 1912 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1914. Vol. 41, no. 1–2. P. 180; Tribunal civil de la Seine. Rosenbaum c/ Kahn. Jugement du 18 novembre 1911 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1912. Vol. 39, no. 1–2. P. 192; Tribunal civil de la Seine. Mendelovitch c/ Mendelovitch. Jugement du 11 mars 1913 / Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1914. Vol. 41, no. 1–2. P. 179; Tribunal civil de Bordeaux. Fridberg c/ dame Fridberg. Jugement du 12 juin 1919 // Journal du droit international (Clunet). 1919. Vol. 46, no. 3. P. 1068; Tribunal civil de la Seine. Tournansky c/ Tournansky. Jugement du 9 décembre 1921 // Journal du droit international (Clunet). 1922. Vol. 49, no. 1. P. 116. — См. также: Tribunal civil de la Seine. Dame de Stankiewicz c/ de Stankiewicz. Jugement du 13 juillet 1911, и Cour d'appel de Paris. Dame de Stankiewicz c/ de Stankiewicz. Arrêt du 26 janvier 1914 // Journal du droit international (Clunet). 1917. Vol. 44, no. 5–8. P. 602. — Эти решения были вынесены в отношении католической семейной пары, которая согласно убеждению суда также подпадала по дореволюционному российскому праву под церковную юрисдикцию.

¹⁶ Tribunal civil de Marseille. Caracanda. Jugement du 7 mai 1908 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1909. Vol. 36, no. 1–2. P. 189 (супруги — греческие подданные).

¹⁷ Tribunal civil de Saint-Etienne. Tsicocakis c/ Tsicocakis. Jugement du 27 décembre 1911 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1914. Vol. 41, no. 1–2. P. 184 (супруги — греческие подданные). — Ср.: Tribunal civil de la Seine. Soulam c/ Soulam. Jugement du 20 janvier 1913 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1914. Vol. 41, no. 1–2. P. 177 (супруги — подданные Османской империи).

¹⁸ Cour d'appel de Rabat. Epoux Vergara. Arrêt du 21 mai 1929 // Journal du droit international (Clunet). 1930. Vol. 57, no. 1. P. 178, note J. P. (супруги — граждане Испании).

¹⁹ Cour d'appel de Bruxelles. Arrêt du 8 juin 1899 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1899. Vol. 26, no. 7–10. P. 859.

и религиозных вопросов, являющийся одной из основ бельгийского законодательства, создает абсолютное препятствие для того, чтобы бельгийский суд заменил собой религиозное учреждение для целей рассмотрения иска о разводе»²⁰.

Следует отметить, что уже начиная с 1918 г. во Франции и Бельгии начали появляться решения с обратным смыслом²¹.

В литературе справедливо отмечается, что решение по делу Левинсонов является неосознанной материально-правовой квалификацией соучастия религиозной структуры в совершении юридического акта²². Материально-правовая квалификация означает в данном случае подчинение соучастия религиозной структуры закону, регулиющему материальное правоотношение по существу (*lex causae*), а не закону суда (*lex fori*). Так, Хенрих (Henrich) признает, что здесь имеет место «проблема квалификации. Речь идет о вопросе, имеют ли нормы еврейского права о расторжении брака материально-правовой характер, или они являются простыми процессуальными нормами»²³.

Автор анонимного комментария к решению по делу Левинсонов также указывает: «...из того обстоятельства, что нормы французского права о компетенции и процессе по общему правилу применяются к иностранным гражданам, выступающим сторонами в процессе, возбужденном во Франции, совершенно не следует, что французский суд не должен учитывать тех правил, которыми обременяет иностранного гражданина его личный закон. В частности, *французский суд должен проверить, рассматривает ли иностранный закон установленные им правила как правила о форме. Если, как это бывает в подавляющем большинстве случаев, иностранный закон считает установленные им правила правилами о форме, наши правила могут рассматриваться как их эквивалент и французский суд признает*

²⁰ Tribunal civil d'Anvers. Dame Esquenazi c/ son mari. Jugement du 9 février 1909 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1909. Vol. 36, no. 7–10. P. 1171 f.

²¹ Tribunal civil de la Seine. Anker c/ femme Anker. Jugement du 10 décembre 1918 // Revue de droit international privé et de droit pénal international. 1919. Vol. 15, no. 1. P. 120; Tribunal civil de la Seine. Dame Leidervarger c/ son mari. Jugement du 19 janvier 1920 // Revue de droit international privé et de droit pénal international. 1920. Vol. 16, no. 1. P. 141 f.; Tribunal civil de la Seine. Titoff c/ Titoff. Jugement du 11 juin 1921 // Journal du droit international (Clunet). 1921. Vol. 48, no. 2. P. 525 (речь шла о светском браке, заключенном во Франции, а не о браке, заключенном перед раввином); Tribunal civil de la Seine. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921 // Journal du droit international (Clunet). 1922. Vol. 49, no. 1. P. 117, 122.

В Бельгии уже было принято подобное решение (Tribunal civil de Bruxelles. Perimann c/ Vechhafer. Jugement du 25 mars 1905 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1905. Vol. 32, no. 7–10. P. 1085 f.), в котором говорилось: «Светские власти не имеют предметной компетенции по расторжению брака, совершенного согласно религиозным законам... поданный в настоящем случае иск имеет иной предмет, поэтому суд компетентен» (обоснование заключалось в том, что речь шла о заключенном во Франции светском браке, а не о браке, совершенном в присутствии раввина).

²² Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 170 f., footnote 15. — Ср.: Conclusions du procureur Sugier devant le Tribunal civil de la Seine. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921. P. 119: «Система, сформировавшаяся в результате судебной практики, заключается в следующем: нормы о процедуре развода, о которых здесь идет речь, не являются нормами о форме, подчиняющимися закону суда, это нормы, которые вторгаются в содержание и подчиняются вместе с ним личному статуту», и более воодушевленно писал Доннедь де Вабр (*Donnedieu de Vabres J. L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. Paris: Recueil Sirey, 1938. P. 489*): «...впервые за тридцать лет дискуссия явилась во всей своей ясности вопрос квалификации, который является сердцевинной теории религиозных разводов».

²³ Henrich D. Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen... P. 88. — Ср.: Elgeddawy A. K. Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé. Paris: Dalloz, 1971. P. 116, no. 150.

себя компетентным, чтобы рассматривать спор, применяя к процедуре рассмотрения спора процессуальные нормы французского права. Если, напротив, иностранный закон расценивает установленные им предписания как затрагивающие существо спора и, следовательно, которыми нельзя пренебречь, то французский суд должен признать себя некомпетентным рассматривать данный спор... (курсив наш. — Д. Т.)»²⁴.

Наконец, в смысле конфликта квалификаций Доннедьё де Вабр (*Donnedieu de Vabres*) пишет, что «согласно французскому праву, закону суда, эта процедура должна быть подчинена французскому праву, территориальному закону. Но согласно российскому праву, личному закону, она имеет религиозный характер и затрагивает существо субъективного права: соответственно, она является экстерриториальным личным статутом и подлежит применению к российским подданным еврейского вероисповедания как во Франции, так и в России... Это конфликт квалификаций, разрешенный в пользу иностранного личного закона с подавлением французского процессуального закона (курсив наш. — Д. Т.)»^{25,26}.

Как видим, в этом конфликте квалификаций противостоят друг другу процессуальная и материально-правовая теории.

1. Процессуальная теория

Теория квалификации религиозного соучастия по закону суда, безусловно, обладает практическим превосходством, поскольку не сопряжена с какими-либо сложностями для светских судов при правоприменении. Однако ее обоснование схематично (см. подпункт 1.1) и носит компромиссный характер (см. подпункт 1.2).

1.1. Принцип квалификации по закону суда

Позитивное обоснование процессуальной квалификации соучастия религиозной структуры в расторжении брака, подчиняющегося в материально-правовом смысле религиозному праву, заключается либо в отсылке к общей теории закона суда (см. далее подпункт 1.1.1), либо в зеркальном применении принципа замещения религиозных структур светскими властями при заключении брака (см. далее подпункт 1.1.2).

1.1.1. Отсылка к общей теории закона суда

Для ряда судов и авторов достаточным является уже тот факт, что в теории конфликтов квалификаций господствующей является теория закона суда. Так, например, создатель теории квалификации Бартен (*Bartin*) писал в 1903 г., шесть лет

²⁴ *Note anonyme* sous Civ. 29.05.1905, Dame Levinçon c/ Levinçon (Dalloz 1905, 1, 353) // Dalloz. 1905. Partie 1. P. 354.

²⁵ *Donnedieu de Vabres J.* L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. P. 371 f.

²⁶ Промежуточное мнение высказал Нойнер (*Neuner R.R.* Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm: Eine Kritik der Qualifikationstheorie. Brünn; Prag; Leipzig; Wien: Verlag Rudolf M. Röhrer, 1932. P. 51). — По его мнению, хотя речь и не идет о материально-правовой квалификации, на результат это не влияет: «Утверждение, согласно которому нормы болгарского права о церковной компетенции относятся к нормам о содержании, в действительности есть не что иное, как парафраз принципа, согласно которому соответствующее государство не признает развод, решение о котором вынесено светским судом. Этот порядок связывает с нарушением нормы о компетенции то же самое правовое последствие, которое имеет нарушение материально-правовой нормы, однако это не означает, что норма, о которой здесь идет речь, в иных отношениях рассматривается этим порядком как материально-правовая».

спустя после публикации в журнале «Clunet» в 1897 г. своей бессмертной статьи «De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois», с которой ведется отсчет теории конфликта квалификаций: «Не имеет никакого значения, рассматривают ли российские юристы данный институт как относящийся к форме или к содержанию, так как это их система квалификации, но ни в коем случае не наша, а с того момента, как мы позволяем иностранному институту войти в нашу матрицу юридических классификаций, чтобы применить к нему наши коллизионные нормы, наша квалификация неизбежно имеет приоритет по отношению к иностранной (курсив наш. — Д. Т.)»²⁷.

В дальнейшем Бартен подтверждает этот ход мыслей в своих знаменитых «Основах международного частного права»: «На наш взгляд, ошибка заключается в смешении, допущенном судебной практикой в вопросе материи и процесса (курсив наш. — Д. Т.)»²⁸ и далее: «Основания и юридические последствия развода определяются личным статутом, но трансформация оснований развода непосредственно в развод определяется законом суда (курсив наш. — Д. Т.)»²⁹.

Со ссылкой на этого авторитетного автора прокурор Сюжье (Sugier) предложил в своем заключении суду Парижа при рассмотрении дела Берманн отказаться от правила Левинсона: «Различные соображения подвигли меня поставить под сомнение эту практику... второй аргумент заключается в том, что знаменитый автор Бартен (комментарий к решению Апелляционного суда Парижа от 17.03.1902 в Dalloz 1903, 2, 49) полностью отвергает идею квалификации правил о процедуре развода иностранных граждан, подчиненных в этом смысле профессиональным обязанностям, как материально-правовых правил, относящихся к личному статусу»³⁰.

Данный ход мыслей весьма часто встречался во французской литературе тех лет: «Организация, компетенция и процедура в этих судах регулируются территориальным законом, законом суда. Они не могут отрицать наличие у них компетенции, если она установлена внутренним правом или международным договором, а стороны — иностранные граждане не могут ссылаться на ее отсутствие по тому мотиву, что в их стране иски об установлении режима раздельного проживания или о разводе относятся к исключительной компетенции религиозных структур, руководствующихся религиозной процедурой»³¹; «...нельзя оспаривать тот тезис, что религиозные формальности развода не являются в правовых порядках, которые их устанавливают, правилами о форме, а, напротив, являются правилами о содержании, относящимися к личному закону. Однако суд, который рассматривает спор, расценивает их как правила о процедуре, и только эта квалификация

²⁷ *Bartin E.* Note sous Cour d'appel de Paris 17.03.1902, Levinçon (Dalloz 1903, 2, 54) // Dalloz. 1903. Partie 2. P. 51.

²⁸ *Бартен Э.* Основы международного частного права согласно французскому законодательству и судебной практике. Т. 1. М.: Статут, 2019. С. 365.

²⁹ Там же. С. 370.

³⁰ *Conclusions du procureur Sugier devant le Tribunal civil de la Seine. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921.* P. 119. — Ср. решение Апелляционного суда Брюсселя в Бельгии: *Cour d'appel de Bruxelles. Corraio Ruiz Sacramento c/ Atienza Gathas. Arrêt du 11 décembre 1965* // *Journal du droit international (Clunet)*. 1967. Vol. 94, no. 1. P. 121, 122. — Согласно этому решению «ошибка заключается в смешении материально-правовых норм, которые относятся к личному статусу сторон, и процессуальных норм, которые относятся к закону суда... вопрос о компетенции, равно как и вопрос о процедуре, разрешается по законам страны, где возбужден процесс, то есть в настоящем случае по бельгийскому праву».

³¹ *Jordan C.* Portée et limite du principe consacrant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leurs lois nationales régissant leur statut personnel, spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps // *Revue de droit international privé*. 1922–1923. Vol. 18, no. 3. P. 377 f.

может приниматься во внимание этим судом»³²; «...определение формальностей, необходимых для совершения развода, является вопросом процесса, который должен регулироваться территориальным законом. По крайней мере, французское право устанавливает, что формы развода относятся к процессу. А чтобы разрешить вопрос о природе нормы для целей ее отношения к процессу или материальному праву, нужно руководствоваться исключительно законом суда. Здесь речь идет о конфликте квалификаций, а согласно устойчивой судебной практике данный конфликт разрешается исключительно в пользу французской квалификации (курсив наш. — Д. Т.)»³³.

В Германии со ссылкой на то, что речь идет о господствующей теории, автор первого курса по международному гражданскому процессу Ризлер (Riezler) склонялся к тому, что по закону суда подлежал разрешению вопрос о допустимости рассмотрения светским судом в Германии брачно-семейного спора, который с материально-правовой стороны подлежал рассмотрению по законам страны, где брачно-семейные споры относились к церковной юрисдикции и подлежали рассмотрению по церковному праву³⁴.

В настоящее время по этому пути идет господствующее мнение в Германии, которое обосновывает процессуальную квалификацию реализации развода (Scheidungs Vollzug) через религиозный суд среди прочего принципом *lex fori*.

Такую же позицию высказывает Хенрих: «Однако согласно доминирующему мнению квалификация является вопросом не *lex causae*... а прежде всего вопросом *lex fori*»³⁵.

Данное мнение подтверждает и Манковский (Mankowski): «Определение компетенции по рассмотрению дел о разводе является процессуальным вопросом»³⁶.

Наконец, ту же мысль мы находим в свежем комментарии Людвига (Ludwig): «Отнесение компетенции по рассмотрению дел о разводе к религиозным структурам является процессуальным вопросом, а процесс является функционально заменяемым»³⁷.

Это обоснование уязвимо в том смысле, что тезис о квалификации по закону суда вовсе не является не требующей обоснования аксиомой. Даже если квалификация по закону суда прочно укоренилась в судебной практике, это не означает, что данное правило не допускает исключений. Напротив, следует проверить, насколько применение квалификации по закону суда уместно в данном случае, учитывая, что решения по делу Левинсонов содержат развернутое обоснование. В этой связи сам по себе данный аргумент без дополнительной поддержки представляется недостаточным.

³² Audinet E. Les conflits de lois relatifs en matière de mariage et de divorce // Recueil des Cours de l'Académie de la Haye. 1926. Vol. 11. P. 243 f.

³³ Lévy R. Le divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer, thèse. Nancy: Presses universitaires de France, 1929. P. 133.

³⁴ Riezler E. Internationales Zivilprozessrecht. Berlin: Walter de Gruyter & Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1949. P. 113.

³⁵ Henrich D. Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen... P. 88. — Как возможный технический прием рассматривает процессуальную квалификацию фон Бар (von Bar Ch. Internationales Privatrecht. P. 179, Rdnr. 264).

³⁶ Mankowski P. Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage, EGBGB / IPR: Art. 13–17b EGBGB (Internationales Ehe recht). Berlin: Sellier — De Gruyter, 2010. Art. 17 EGBGB, Rdnr. 222.

³⁷ Ludwig I. Kommentar zum Art. 17 EGBGB, in: Würdinger Markus (ed.), juris PraxisKommentar BGB, 6. Band: Internationales Privatrecht, 9. Auflage. Saarbrücken: Verlag Juris GmbH, 2020. Rdnr. 38.

1.1.2. Зеркальное отражение правила Карасланис

Второй аргумент, уже содержательного порядка, в пользу теории закона суда заключается в зеркальном отражении сформулированного Кассационным судом Франции правила о квалификации предусмотренного некоторыми правовыми актами обязательного участия религиозного учреждения при заключении брака.

В посвященном этому вопросу основополагающем решении Кассационного суда Франции по делу Карасланис (*Caraslanis*) речь шла о заключении во Франции брака греческим гражданином в период, когда действовавшее до 1982 г. греческое право (ст. 1367 Гражданского кодекса Греции в старой редакции; религиозный брак просуществовал на Кипре до 1990 г.³⁸), равно как и российское до 1917 г. и австрийское до 1938 г., требовало обязательного участия священника в церемонии заключения брака своих (соответственно, греческих, российских или австрийских) граждан, независимо от того, в Греции, России, Австро-Венгрии или иной стране эта церемония происходила³⁹.

Французский автор Клузель (*Cluzel*) писал о нормах такого рода в 1909 г.: «Нормы о форме в австрийском и российском законодательствах трансформированы в нормы о содержании ввиду важности, которая им придается. Эти предписания должны соблюдаться во Франции, поскольку они являются частью личного статуса австрийских и российских подданных»⁴⁰.

Со ссылкой на такую норму в греческом праве в период до 1982 г. греческий гражданин утверждал, что заключенный им во Франции светский брак является ничтожным с точки зрения греческого права, к которому отсылала французская коллизионная норма касательно содержания брака. Данный довод был отвергнут Кассационным судом Франции. Действительно, согласно французскому праву участие в процедуре заключения брака органа регистрации актов гражданского состояния является вопросом формы. С точки зрения французского права предусмотренное греческим правом участие священника не может иметь иной квалификации.

Кассационный суд Франции пишет знаменитые фразы, ставшие крылатыми в учении о квалификации в международном частном праве: «...вопрос о том, относится ли элемент заключения брака к категории формы или материально-правовых условий брака, должен разрешаться французским судьей в соответствии с концепциями французского права, согласно которым религиозный или светский характер брака является вопросом формы. Соответственно, брак, заключенный сторонами во Франции, является действительным с точки зрения нормы *locus regit actum*»⁴¹.

Еще раньше в этом смысле высказался Верховный суд Германской империи: «Поскольку под формой заключения брака необходимо понимать как внешнее оформление волеизъявлений вступающих в брак, так и участие в процедуре госу-

³⁸ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 182, footnote 60.

³⁹ Ср.: Решение Правительствующего Сената от 15.04.1898 (Решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената за 1898 г. СПб.: Типография Правительствующего Сената, 1899. С. 123, № 39). Из данного решения следует, что в эпоху, когда в России существовал религиозный брак, заключенный в Германии в органе регистрации актов гражданского состояния светский брак между российским подданным и немецкой гражданкой являлся недействительным с точки зрения российского права.

⁴⁰ *Cluzel G.* Mariage et le divorce confessionnels des Etrangers en France // *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)*. 1909. Vol. 36, no. 1. P. 12.

⁴¹ *La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.)*. *Caraslanis c/ dame Caraslanis*. Arrêt du 22 juin 1955 // *Revue critique de droit international privé*. 1955. Vol. 44, no. 4. P. 723, note Batiffol.

дарственного служащего или духовного лица, равно как и иных вспомогательных лиц, включая процедуру публикации о предстоящем браке»⁴².

Здесь не обсуждается правильность этой практики. Здесь имеет значение лишь то, что правовая доктрина при обосновании применения теории закона суда в области развода применяет зеркальное отражение правила, действующего в области заключения брака: если при религиозном статуте заключения брака брак может быть заключен в Германии или во Франции только при посредстве светского органа власти, органа регистрации актов гражданского состояния, — почему должно быть иначе с разводом?

Об этом пишет в немецкой литературе Хенрих: «При заключении брака является абсолютно бесспорным, что предписание заключать брак в церкви, которое все еще существует в ряде правопорядков, должно квалифицироваться вопреки *lex causae* не как материально-правовое, а как вопрос формы. Здесь явно напрашивается применение этой же аргументации применительно к разводу»⁴³.

Во Франции Годеме-Таллон (*Gaudemet-Tallon*) рассуждает в том же направлении: «Решение по делу Левинсонов основано на квалификации религиозного или светского заключения брака как правила о содержании: в таком случае эта квалификация конклюдентно отвергнута в 1955 году в решении по делу Карасланис, которое признало светское или религиозное заключение брака вопросом формы»⁴⁴, и, наконец, Херфарт исходит из той же идеи в своей диссертации: «Молчание нашего правопорядка было преодолено сторонниками процессуальной квалификации посредством параллелей с квалификацией обязательного по *lex causae* соучастия священника при заключении брака как вопроса формы»⁴⁵.

Действительно, заключение и расторжение брака внутренне взаимосвязаны. Оба касаются брака: заключение — его начало, а расторжение — его завершение. Если в области одного сформировался определенный подход, то в области другого этот подход должен найти зеркальное применение. Вопрос вызывает лишь то, является ли правило Карасланис верным, если оно также покоится на паушальной ссылке на принцип *lex fori* без какого-либо дальнейшего обоснования. К этому мы еще вернемся впоследствии.

⁴² Reichsgericht. Application no. IV 420/15. Urteil vom 6 April 1916 // Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ). 1916. Vol. 88. P. 191, 193; Reichsgericht. Application no. VIII 658/30. Urteil vom 22 Juni 1931 // Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ). 1931. Vol. 133. P. 161, 165; Bundesgerichtshof. Application no. IV ZR 87/58. Urteil vom 19 Dezember 1958 // Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ). 1959. Vol. 29. P. 137, 140; Oberlandesgericht Frankfurt. Application no. 6 W 472/66. Urteil vom 26 Mai 1967 // Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ). 1967. Vol. 14. P. 476; Oberlandesgericht Frankfurt. Application no. 6 VA 8/70. Urteil vom 23 November 1970 // Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ). 1971. Vol. 17. P. 179, Anm. Heukelbach; Oberlandesgericht Köln. Application no. 16 Wx 18/71. Beschluss vom 14 Juli 1971 // Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.). 1971. P. 200, 204, no. 63. — Еще ранее до этой практики эта идея была высказана в немецкой литературе Цительманном (*Zitelmann E.* Internationales Privatrecht. 2 Band. München; Leipzig: von Duncker & Humblot, 1912. P. 609). Критиковали эту судебную практику Франкенштейн и Нойнер (*Frankenstein E.* Internationales Privatrecht (Grenzrecht). Band 1. Berlin: Rothschild, 1926. P. 555; *Neuner R. R.* Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm... P. 43 f.). Они обосновывали эту критику соотношением личного статута и статута места совершения акта.

⁴³ *Henrich D.* Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen... P. 88.

⁴⁴ *Gaudemet-Tallon H.* La désunion du couple en droit international privé // Recueil des Cours de l'Académie de la Haye. Leiden: Brill, 1991. Vol. 226. P. 191.

⁴⁵ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 175; *Elwan O., Menhofer B.*, Talaq nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte, Anm. zum Bundesgerichtshof 06.10.2004 — XII ZR 225/01 (StAZ 2005, 175) // Das Ständesamt (StAZ). 2005. Vol. 58, no. 7. P. 174.

1.2. Риск отказа в правосудии

Поскольку авторы не вполне убеждены в обосновании процессуальной теории, они приводят дополнительно аргумент практического порядка: материально-правовая квалификация компетенции религиозных судов приводит к тому, что подчиняющиеся религиозному бракоразводному статуту, но проживающие в Германии или во Франции супруги не могут развестись в суде по месту своего жительства, а это несовместимо с правом иностранного гражданина на судебную защиту⁴⁶.

Херфарт указывает в своей диссертации: «Материально-правовая квалификация в системе с абзацем вторым статьи 17 Вводного закона к Гражданскому уложению Германии ведет к тому, что стороны вообще не могут развестись в Германии. Этот отказ в судебной защите по религиозным причинам противоречит собственному пониманию религиозно нейтрального государства. Конфликт между ценностными установками светского и религиозного правопорядков должен разрешаться в пользу собственных установок, если этот конфликт не может быть разрешен в гармонии и с теми, и с другими. Для разрешения конфликта квалификаций именно это должно играть решающую роль. Исключительная бракоразводная компетенция религиозных судов должна квалифицироваться как процессуальная, чтобы исключить ситуацию невозможности развода в Германии»⁴⁷. «Этому пртивоостоит право сторон на судебную защиту, которое реализуется при процессуальной квалификации бракоразводной компетенции раввинов. В немецком правопорядке, основанном на разделении государства и религии, право стороны на судебную защиту должно превалировать, а сопряженное с процессуальной квалификацией вторжение в особый характер религиозного права должно рассматриваться как необходимая жертва»⁴⁸.

Гэртнер (Gärtner) также признает: «Эти решения⁴⁹ создают двойственное ощущение: с одной стороны, они продиктованы достойным пониманием стремле-

⁴⁶ *Pillet A.* Traité pratique de droit international privé, tome premier. Grenoble: Imprimerie Joseph Aller, Paris: Librairie de la Société du Recueil de Sirey, 1923. P. 620, no. 291; *Donnedieu de Vabres J.* L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. P. 486 f.; *Jayme E.* Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten. Heidelberg, 1999. P. 2; *Mankowski P.* Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage... Art. 17 EGBGB, Rdnr. 222; *Gruber U. P.* Kommentar zum Art. 17 EGBGB // T. Heidel, R. Hüftege, H.-P. Mansel, U. Noack (eds). Nomos Kommentar zum BGB, 1. Band: Allgemeiner Teil, EGBGB, 4. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021. Art. 17 EGBGB, Rdnr. 65; *Nagel H., Gottwald P.* Internationales Zivilprozessrecht, 8. Auflage. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2020. § 4, Rdnr. 4.43 und 6.111. — Здесь эта идея об отказе в правосудии рассматривается в контексте «сущностно чуждого» немецким судам установления режима раздельного проживания супругов по итальянскому праву.

⁴⁷ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 187. — На с. 174 этой работы говорится: «Ценой этого соблюдения [lex causae (дополнение наше. — Д. Т.)] будет, однако, отказ в правосудии соответствующей супружеской паре», а на с. 249 читаем: «Только при процессуальной квалификации можно избежать отказа в правосудии».

⁴⁸ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 192; *Herfarth Ch.* Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte, Anm. zum Kammergericht 27.11.1998 — 3 UF 9545/97 (IPRax 2000, 126) // Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax). 2000. Vol. 20, no. 2. P. 103.

⁴⁹ Речь идет о двух решениях Апелляционного суда Берлина: первое о разводе, подчиненном с точки зрения немецкой коллизионной нормы израильскому (= религиозному еврейскому) праву, и приведенное в сноске 8: Kammergericht. Application no. 3 WF 7099/92. Beschluss vom 11 Januar 1993. P. 839, — и второе о разводе, подчиненном с точки зрения немецкой коллизионной нормы иранскому (= религиозному мусульманскому) праву: Kammergericht. Application no. 3 UF 9545/97. Urteil vom 27 November 1998 // Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax). 2000. Vol. 20, no. 2. P. 126, 101, Anm. Herfarth.

нием серьезно отнестись к религиозному праву и признанием того, что светские суды лишены возможности реализовать функции религиозного суда. Однако обратная сторона этих стремлений — и это следствие судебной бракоразводной монополии — отрицание какой-либо возможности развода в немецких судах»⁵⁰; «...судебная практика Верховного суда ФРГ продиктована стремлением... (также) в случае компетенции духовных судов сделать возможным развод. Это решение нельзя не приветствовать, если учесть, что в противном случае брак в Германии будет невозможно расторгнуть, а это равносильно отказу в правосудии»⁵¹.

Наконец, Ансель (Ansel) и Лекетт (Lequette) указывают: «...что касается... предложения иностранным гражданам вернуться в их страну, чтобы там найти должностное лицо, компетентное сопровождать заключение их брака или его расторжение в соответствии с законом их гражданства, — оно, конечно, позволило бы обеспечить подлинную природу сакральности брака без нарушения основ французского публичного порядка. Однако те финансовые затраты, которые должны понести эти супруги для реализации этого пути, делают его совершенно не убедительным практически. Еще более он не убедителен в теории... компетенция судьи или государственного служащего не должна зависеть от того, что содержательно применению подлежит его право, если мы хотим предоставить равный доступ к правовой защите всем лицам, находящимся на нашей территории»⁵².

Этот аргумент приобретает еще более громкое звучание, если желающими развестись супругами был заключен брак лишь в светской форме, который по убеждению суда является недействительным с точки зрения *lex causae* и соответственно он вообще не может быть расторгнут с точки зрения этого *lex causae*⁵³, или, как это было после советской революции в России, вследствие установления правительства де-факто, которое не признавалось Францией, *lex causae* в его собственной стране вообще не применялось, вследствие чего супруги и в этой стране не могли получить решения о разводе⁵⁴.

⁵⁰ Gärtner V. Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. P. 77.

⁵¹ Ibid. P. 87 f., 77. — Ср.: Gottwald P. Deutsche Probleme Internationaler Familienverfahren // A. Heldrich, U. Takeyoshi (eds). Festschrift für Hideo Nakamura. Berlin; Boston: De Gruyter-Seibundo, 1996. P. 194; Scholz P. Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher ordre public // Das Ständesamt (StAZ). 2002. Vol. 55, no. 12. P. 323; Schack H. Religion und Internationales Privatrecht // A. Zimmermann, U. E. Heinz (eds). Religion und Internationales Recht: Vortragsreihe am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel im Wintersemester 2004/05 und Sommersemester 2005. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. P. 201; Rauscher Th. Zur Frage des Verhältnisses kanonischen Rechts zu dem deutschen ordre public, Anm. zum Bundesgerichtshof 11.10.2006 — XII ZR 79/04 (JZ 2007, 739) // Juristenzeitung (JZ). 2007. Vol. 62, no. 14. P. 742; Coester-Waltjen D. Das religiöse jüdische Recht im internationalen Privat- und Verfahrensrecht // Baur J. (ed.). Festschrift für Gunther Kühne. Frankfurt a.M.: Verlag Recht und Wissenschaft, 2009. P. 681; Mankowski P. Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage... Art. 17 EGBGB, Rdnr. 222.

⁵² Ansel B., Lequette Y. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5ème éd. Paris: Dalloz, 2006. P. 261, no. 13.

⁵³ Tribunal civil de la Seine. Dame Leidervarger c/ son mari. Jugement du 19 janvier 1920: P. 141 f. — Впоследствии эта мысль была принята Кассационным судом Франции: La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). Ghattas. Arrêt du 25 février 1947 // Revue critique de droit international privé. 1947. Vol. 36, no. 3. P. 444, note Niboyet. — В эпоху Левинсонов Кассационный суд Франции, напротив, не нашел в этой ситуации ничего недопустимого: La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). Moticzker. Arrêt du 30 octobre 1905 // Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet). 1906. Vol. 33, no. 3–4. P. 410.

⁵⁴ Tribunal civil de la Seine. Titoff c/ Titoff. Jugement du 11 juin 1921. P. 526, и Tribunal civil de la Seine. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921. P. 123. — В этом решении было записано: «...подобное решение было бы равносильным отказу в правосудии, так как вследствие нынешнего состояния хаоса в России, где нет признанного правительства, российские граждане не могут

В настоящее время в немецкой литературе отмечается, что если немецкие суды будут отказывать израильским супругам в рассмотрении дел о разводе со ссылкой на религиозное содержание данного требования, то эти супруги будут вынуждены ехать в Израиль, чтобы получить там желаемый правовой результат, однако с учетом возникающих из этого транспортных расходов данный вариант решения равносителен отказу в правосудии⁵⁵.

Эта аргументация вызывает сомнения по той причине, что она свидетельствует о догматических симпатиях авторов в пользу материально-правовой квалификации, а процессуальная квалификация принята лишь по соображениям утилитарной целесообразности⁵⁶. Задача заключается в том, чтобы получить догматически последовательное и практически реализуемое решение. Компромисс этим требованиям не отвечает.

2. Материально-правовая квалификация

Первоначально теория *lex causae* как антипод *lex fori* в отношении религиозной компетенции обосновывалась исключительно ссылкой на правильность теории *lex causae* как таковой.

Например, Франкенштейн писал в 1934 г.: «Если личный статут (статут развода) предусматривает определенную процедуру, потому что он рассматривает прекращение брака не как процессуальный феномен, допускающий разные варианты оформления, а как нечто, что определяется самим существом брака, то он тем самым решает вопрос о квалификации. Он делает элементы, которые при прочих условиях являются процессуальными, материальными условиями расторжения брака. А поскольку материальные условия расторжения брака определяются по праву, подлежащему применению к правоотношению по существу, то квалификация, которую дает это право, должна иметь силу повсюду. Если согласно этому праву развод посредством церковного акта, совершаемого через религиозные суды, как это имеет место у православных греков, или через религиозное лицо, как это имеет место в еврейско-талмудском праве, является материальным

обратиться к компетентным властям их страны с требованиями о вынесении решения в религиозной форме, предписанной российским правом». — См. также: *Donnedieu de Vabres J. L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. P. 487.*

⁵⁵ *Fitoussi G. Essai comparatif et critique du rôle du juge dans la procédure de divorce entre le système judiciaire français et israélien, thèse. Paris: Edilivre, 2006. P. 90.* — Автор этой работы считает, напротив, данное решение разумным: «...еврейская супруга может, руководствуясь своими религиозными убеждениями, переехать в Израиль, получить там израильское гражданство, подать в суд раввинов требование о понуждении, при необходимости сопровождаемом денежными штрафами, ее мужа передать ей письмо о разводе, а затем потребовать его признания во Франции... Таким образом, существует ясный, прозрачный и действенный способ, который не обязывает французского судью давать ответы на вопросы, относящиеся во Франции к религии и свободе совести, вопросы, чуждые французскому позитивному праву».

⁵⁶ Ср. также: *Perroud J. Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel // Journal du droit international (Clunet). 1922. Vol. 49, no. 1. P. 9.* — В статье говорится, что между иностранными гражданами могут возникать споры, которые не охватываются компетенцией французских судов. Однако в таком случае никто не говорит об отказе в правосудии. Так, автор пишет: «Аргумент, основанный на необходимости не допустить отказа в правосудии, до настоящего времени никогда не использовался для того, чтобы опровергнуть теоретически существующее принципиальное отсутствие компетенции у французских судов для рассмотрения споров между иностранными гражданами; в противном случае он мог бы приводить к возможности обхода отсутствия компетенции, основанного на соображениях публичного порядка, что мне представляется совершенно сомнительным, если особенно учитывать предыдущую практику Кассационного суда».

требованием, то оно должно быть соблюдено, чтобы развод был действительным (курсив наш. — Д. Т.)»⁵⁷.

После Второй мировой войны эта теория была обогащена подробным обоснованием, которое, как уже отмечено, породило сомнения у сторонников теории закона суда. Это обоснование разветвляется на два направления. Одни сторонники материально-правовой квалификации рассматривают предписанную *lex causae* бракоразводную компетенцию религиозных учреждений как материально-правовую часть требования о разводе (см. подраздел 2.1), другие исходят из сакрального характера религиозного брака (см. подраздел 2.2).

2.1. Компетенция религиозных учреждений как материально-правовая часть требования о разводе

Согласно самому последовательному стороннику материально-правовой теории Францу Гамилльшегу (Franz Gamillscheg) в том случае, если статут развода предусматривает необходимость обращения к религиозной инстанции, требование супругов о разводе является не универсальным, способным быть адресованным к любому, определяемому по правилам *lex fori* и замещаемому суду, а реализуемым только через учреждение, определенное *lex causae*⁵⁸.

Это означает, что если в европейском правопорядке (немецком, французском или российском) отсутствует религиозная инстанция, в которой можно было бы

⁵⁷ *Frankenstein E.* Internationales Privatrecht (Grenzrecht). 3. Band. Berlin: Rothschild, 1934. P. 496 f.

⁵⁸ *Gamillscheg F.* Die «wesenseigene Zuständigkeit» bei der Scheidung von Ausländern // von Caemmer E., Nikish A., Zweigert (eds). Festschrift für Hans Dölle. 2. Band. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1963. P. 312; *Gamillscheg F.* Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Internationales Privatrecht, Band II der Sonderausgabe 10/11. Auflage, EGBGB Teil 2–4: Artikel 13–17 EGBGB (Internationales Eherecht), § 606–606b, 328 ZPO (Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen). Berlin: J. Schweizer Verlag, 1973. P. 796 (Art. 17 EGBGB, Rdnr. 377).

В более свежей литературе теорию Ф. Гамилльшега изложила В. Гэртнер (*Gärtner V.* Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. P. 81), которая, однако, не присоединилась к этой теории.

В судебной практике данная идея прозвучала лишь единожды (Landgericht München vom 13. September 1906 // *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.* 1906. Vol. 2. P. 485).

Однако в вынесенном впоследствии решении (Reichsgericht. Application no. IV B 1/21. Urteil vom 21 April 1921 // *Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ).* 1921. Vol. 102. P. 118, 127) четко указывается, что установление в статуте развода (в данном деле — в дореволюционном российском праве) исключительной компетенции религиозных учреждений не имеет правового эффекта на территории Германии, так как «статья 17 Вводного закона к Гражданскому уложению Германии... касается лишь вопроса, какие законы должны применять немецкие суды, если иностранные граждане обращаются в эти суды с иском о разводе».

В решении Земельного суда Бремена (Landgericht Bremen. Application no. R II 69/34. Urteil vom 08.05.1934 // *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.).* 1934. P. 125, no. 55), которое ряд авторов (*Gamillscheg F.* Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Internationales Privatrecht, Band II der Sonderausgabe 10/11. Auflage, EGBGB Teil 2-4: Artikel 13–17 EGBGB (Internationales Eherecht), § 606–606b, 328 ZPO (Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen). P. 796 (Art. 17 EGBGB, Rdnr. 378); *Mankowski P.* Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage... Art. 17 EGBGB, Rdnr. 221, Rdnr. 221) цитируют как пример материально-правовой квалификации: в удовлетворении иска о разводе было отказано по той причине, что подлежавший применению польский статут развода не допускал развод как таковой, а не потому, что немецкий суд посчитал данный иск относящимся к исключительной компетенции польских религиозных судов. Земельный суд Бремена пишет как раз в обратном смысле: «...польский законодатель, который делает лишь оговорку о применении польского права, но не оговорку о характере учреждений, вносящих решение о разводе, выражает согласие с вынесением решения о расторжении польского брака через светские, а не религиозные суды другого государства» (Landgericht Bremen. Application no. R II 69/34...).

заявить требование о разводе, то статут развода следует толковать в том смысле, что этот брак в данном правопорядке вообще является нерасторжимым⁵⁹. Однако религиозные правопорядки далеки от идеи нерасторжимости брака. Исключительная компетенция религиозных судов по еврейскому праву покоится на универсальной претензии иудейской религиозной общины реализовывать публично-правовые полномочия в отношении последователей иудейской религии по всему миру, невзирая на территориальный суверенитет современных государств.

Этой универсальной претензии противостоит принцип территориального суверенитета современных государств. При этом «обе эти системы заявляют эксклюзивную претензию»⁶⁰. Светские правопорядки не принимают универсальную претензию еврейского религиозного права. Напротив, юридическое значение религиозной юрисдикции на территории Германии, Франции или России полностью отрицается.

Светский правопорядок принимает из подлежащего применению религиозного бракоразводного статута лишь возможность расторжения брака и основания для его расторжения, но ни в коем случае не более того. Посвяительство на не терпящее никаких исключений территориальное верховенство не принимается. Лишь носитель этого территориального суверенитета, национальное государство, определяет орган, к которому должны обратиться наши супруги⁶¹. Универсальная претензия религии остается ею лишь в рамках представлений этой религии.

1.2. Сакральный характер религиозного брака

Другое течение в рамках материально-правовой теории исходит из особого характера брака в религиозном праве, из некоего содержательного плюса по сравнению со светским браком.

Поскольку эти рассуждения касаются не только расторжения брака, данная теория находит свое применение также и даже в большей степени в отношении заключения брака. В обоих случаях подчеркивается риск искажения. По данной причине на этом участке мы рассматриваем как заключение религиозного брака, так и его расторжение.

Согласно религии особый характер религиозного брака заключается в его сакральном характере.

Этот сакральный характер сообщает заключению и расторжению религиозного брака особое качество, которого нет у светского брака.

Так, Грундманн (Grundmann) пишет: «Доказательственная функция является не целью заключения религиозного брака, а его следствием. Его истинная цель заключается в превращении брака в таинство. Таинством брак становится через посвящение от Иисуса Христа»⁶².

⁵⁹ В этом смысле, в частности, толкует теорию Гамилльшега П. Манковский (*Mankowski P. Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage... Art. 17 EGBGB, Rdnr. 221*).

⁶⁰ *Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 185.*

⁶¹ Ср.: *Geimer R. Kommentar zum § 98 Familienverfahrensgesetz in Richard Zöllers Kommentar zur Zivilprozessordnung, 34. Auflage. Köln: Verlag Doktor Otto Schmidt, 2022, Rdnr. 54.* — Автор работы пишет: «То обстоятельство, что немецкое решение не будет признано в *lex causae*, которое определяется согласно немецкой коллизионной норме, не является достаточным основанием для того, чтобы отрицать международную компетенцию по вынесению решения, определенную согласно немецким нормам о компетенции. Это общий принцип немецкого международного гражданского процесса».

⁶² *Grundmann St. Qualifikation gegen die Sachnorm: deutsch-portugiesischer Beitrag zur Autonomie des internationalen Privatrechts. München: C. H. Beck, 1985. P. 128.* — Ш. Грундманн, однако, отвергает материально-правовую квалификацию в отношении существующей в Португалии альтернативы

Элван (Elwan) и Ост (Ost) подтверждают: «Заключение брака сконструировано не как договор между вступающими в брак, а как сакрамент. Таинство брака порождается только после благословения лицом специального статуса — священником»⁶³.

Херфарт соглашается: «С заключением брака в присутствии духовного лица брак приобретает... сакральный характер. Требование участия духовного лица не ограничивается, таким образом, обеспечением правовой определенности, но также гарантирует определенное религиозное качество брака»⁶⁴.

Наконец, в 1952 г. Маридакис (Maridakis) писал о греческом обряде заключения брака: «Священник... реализует священную функцию... он обеспечивает совершение ритуальных актов, чтобы Божья благодать, имеющая мистический характер и недостижимая для людей, опустилась на жениха и невесту и скрепила их союз»⁶⁵.

Это религиозное качество брака выражает определенный культурный код, искажение которого не допустимо.

Херфарт пишет об этом: «За материально-правовой квалификацией исключительной бракоразводной компетенции религиозных судов находится идея о том, что развод получает иной характер, чем тот, который у него есть при вынесении решения о разводе светским судом. Задача здесь заключается в том, чтобы не нарушить целостность религиозного права»⁶⁶.

В 1938 г. Доннедье де Вабр указывал: «Нужно признать, что “Закон Моисея приносит чудеса в зал судебных заседаний”, так как ни законодатель, ни правоприменители не брали в расчет возможность подобного обеспечения религиозных убеждений обычных французских граждан»⁶⁷.

Наконец, Бадеван (Basdevant) писал в 1944 г.: «Практика по делу Левинсонов представляет собой выражение идеи толерантности, отвечающей задаче скрупулезного уважения свободы совести»⁶⁸.

Речь в этих цитатах, по сути, идет о конфликте культур, который западные правопорядки должны сознательно разрешить против себя, чтобы защитить религиозный правопорядок как культурную ценность.

Особенно эту идею защищает Херфарт: «При коллизии настолько культурно отличающихся друг от друга правопорядков, как это имеет место при секулярном и религиозном правопорядках, необходимо избегать смешения этих двух систем и обеспечивать уважение особой претензии религиозного права. Культурный конфликт разрешается здесь в смысле разграничения светского и религиозного права, если религиозное право настаивает на этом»⁶⁹; «...в данном случае на чашу весов поставлены системы ценностей, что не имеет ничего общего с не учитываемыми системой ценностей принципами квалификации, как, например,

заключения брака в религиозной форме вследствие того, что правовой эффект такое заключение брака порождает только после его регистрации в органе регистрации актов гражданского состояния.

⁶³ Elwan O., Ost H. Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts // Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax). 1996. Vol. 16, no. 6. P. 396.

⁶⁴ Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 183.

⁶⁵ Maridakis G. S. Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce // Revue critique de droit international privé. 1952. Vol. 41, no. 4. P. 662.

⁶⁶ Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 173.

⁶⁷ Donnedieu de Vabres J. L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle. P. 372.

⁶⁸ Basdevant J. Note sous Cour d'appel de Paris 09.01.1943, Garcia-Fuentès (Daloz 1944, 56) // Daloz. 1944. P. 56 f.

⁶⁹ Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 187.

сопоставление функций. Культурный конфликт между светским и религиозным правопорядками не может быть разрешен “технически” посредством обычной квалификации, а требует независимой ценностной оценки»⁷⁰.

В частности, в религиозном еврейском праве данный культурный код находит свое выражение в том, что заключение и расторжение брака выполняет здесь дополнительную социальную функцию, у которой отсутствует функциональный эквивалент в секулярном правопорядке. Эта дополнительная социальная функция заключается в связи Бога и человека, имеющей трансцендентный характер.

Херфарт пишет в этой связи: «Немецкому праву чужд не только сам правовой институт, но и сама социальная функция соответствующей иностранной нормы, которая должна обеспечить сакральный характер брака. В немецком праве в принципе отсутствует “правовой” вопрос, как обеспечить браку трансцендентный характер. В данном случае речь идет о норме, имеющей также религиозную функцию, что характерно для правовых норм религиозных правопорядков. В светских правопорядках нормы могут выполнять только правовые функции... Функция, которую выполняет соответствующая норма *lex causae*, неизвестна правопорядку, который осуществляет коллизионную отсылку»⁷¹.

Аналогичный ход рассуждений мы обнаруживаем у тех авторов, которые переводят сакральный характер заключения или расторжения религиозного брака на западный юридический язык как «материально-правовое условие» в противовес понятию «правило о форме». Действительно, религиозное право, когда оно требует обязательного соучастия духовного лица при заключении или расторжении брака, преследует таким образом обеспечение браку сакрального характера.

Например, Леребур-Пижоньер (*Lerebours-Pigeonnière*) указывал: «...участие религиозного учреждения было бы обесценено, если бы мы пренебрегали ритуальным, сакральным элементом, который это учреждение привносит в процесс развода»⁷².

В этом же смысле Батиффоль (*Batiffol*) и Лагард (*Lagarde*) пишут: «...для тех, кто рассматривает его серьезно, религиозный развод не является вопросом простой формы, а связан с самой субстанцией брака; между концепцией религиозной связи и связи сугубо гражданско-правовой существует существенное различие»⁷³.

Наконец, Маридакис отмечал: «В многовековой традиции, происходящей из догматики православной Церкви и ее концепции брака как таинства, заключение брака есть религиозный акт, предметом которого является освящение и одухотворение связи между супругами»⁷⁴.

В этом смысле, когда орган регистрации актов гражданского состояния регистрирует волеизъявления супругов при заключении брака или светский суд выносит решение о расторжении брака, у такого заключения и расторжения брака полностью отсутствует особый трансцендентный характер, совершенно неизвестный закону суда, поэтому «в методологическом плане мы приходим к на-

⁷⁰ *Herfarth Ch.* Die Scheidung nach judischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 188.

⁷¹ *Idid.* P. 183; *Herfarth Ch.* Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte... P. 103.

⁷² *Lerebours-Pigonnière P.* Précis de droit international privé, 5ème éd. Paris: Librairie Dalloz, 1948. no. 337.

⁷³ *Batiffol H., Lagarde P.* Droit international privé, tome 2, 7ème éd. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983. P. 541. no. 422; *Delaporte V.* Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé, Paris: Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne, 1974. P. 487. no. 282; *Louis-Lucas P.* La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois // *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome 1. Paris: Librairie Dalloz et Sirey, 1960. P. 186. no. 10; *Ancel B., Lequette Y.* Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. P. 260. no. 12.

⁷⁴ *Maridakis G. S.* Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce. P. 662; *Elgeddawy A. K.* Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé. P. 114 f. no. 146 f.

стоящей карикатуре»⁷⁵, упрек, который с самого начала был адресован сформулированной Бартемом теории закона суда: «Бартен и его последователи закрывают глаза перед подлинными портретами и удовлетворяются коллекцией карикатур»⁷⁶.

Таким образом, посредством материально-правовой квалификации религиозной компетенции обеспечивается защита особого культурного кода религиозных правопорядков, конфликт культур сознательно разрешается противостоящим такому религиозному правопорядку светским правопорядком в ущерб себе, чтобы защитить религиозный правопорядок как культурную ценность.

Имеют ли этот упрек и эта аргументация право на жизнь, вызывает сомнения. Светский и религиозный правопорядки равноценны. Когда вышеперечисленные авторы предлагают светским правопорядкам предоставить религиозным правопорядкам привилегии, то, по сути, эти авторы предлагают отступить от принципа равноценности правопорядков.

Выдвигаемый Гамилльшегом (Gamillscheg) аргумент в поддержку этой теории — «это не входит в нашу задачу, навязывать наши представления о разделении светского и церковного брачно-семейного права другим народам, которые такое разделение не совершили»⁷⁷, — неубедителен. В данном разделении светского и религиозного права находит свое выражение сознательное политико-правовое решение немецкого, французского и российского законодателя о секуляризации заключения и расторжения брака на их территории. На это убедительно указывает в своей лекции в Гаагской академии международного права Депрез (Déprez): «...отделив от существа материального права и личного статуса способ заключения брака путем превращения его в вопрос формы, подчиняющийся закону, действующему в месте совершения акта, светские системы в действительности сделали не что иное, как квалифицировали данный спорный элемент в форму юридического акта; посредством этой квалификации они на самом деле превратили светский брак в единственную форму, доступную иностранным гражданам... и это сделано от имени осознанного выбора правовой политики, заключающейся в экспансии и продвижении модели, основанной на необходимости соблюдения местных правил (курсив наш. — Д. Т.)»⁷⁸; «...подлинная причина данного решения... совершенно не связана с разграничением содержания и формы в области брака, а заключается в выдвигании постулата привилегированности светского брака в тех странах, где брачно-семейные институты были секуляризированы (курсив наш. — Д. Т.)»⁷⁹.

Судебная практика не вправе пренебрегать этим сознательным решением законодателя, чтобы угодить иностранному правопорядку, политико-правовые мотивы которого кардинально иные.

В обоих конкурирующих правопорядках посредством института заключения и расторжения брака должна быть реализована одна и та же социальная функция: однозначно установить личность вступающих в брак, проверить наличие мате-

⁷⁵ Déprez J. Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel // Recueil des Cours de l'Académie de la Haye. 1988. Vol. 211. P. 281.

⁷⁶ Вольф М. Международное частное право / пер. с англ. М.: Иниздат, 1948. С. 174. — Ср.: Bernasconi Ch. Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht. Zürich: Schulthess, 1997. P. 140; Escudey G. Le couple en droit international privé. Contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple, thèse. Bordeaux: Université de Bordeaux, 2016. P. 240, no. 379. — Эскудей пишет: «...квалификация по закону суда несет в себе риск искажения иностранного института».

⁷⁷ Gamillscheg F. Die «wesenseigene Zuständigkeit» bei der Scheidung von Ausländern. P. 312.

⁷⁸ Déprez J. Droit international privé et conflits de civilisations... P. 282.

⁷⁹ Ibid. P. 283.

риально-правовых условий вступления в брак и предать публичности факт заключения брака, чтобы свести к минимуму сомнения в его действительности; при расторжении брака — установить посредством допустимых средств доказывания наличие основания для развода и, если такое имеет место, трансформировать его через публичный правообразующий акт в развод. В секулярных правопорядках эта функция реализуется через орган регистрации актов гражданского состояния, суд или иных носителей публичной власти, а в религиозных правопорядках — через религиозное учреждение⁸⁰.

Когда заключение или расторжение религиозного брака окрашивается в сказовые цвета посредством сообщения им трансцендентной божественной связи через участие религиозного учреждения, а заключение или расторжение брака в светских правопорядках представляется в этом сравнении как обедненная техническая копия, определенно допускается смешение областей исследования. Цветная свадебная картина есть предмет исследования культурологии. Для современного права, следующего европейской модели, трансцендентная божественная связь иррелевантна.

И эта расстановка акцентов вовсе не случайна, а, напротив, представляет закономерный продукт культурной традиции и общественного развития.

Во-первых, квалификация участия духовного лица при церемонии вступления в брак как вопроса формы находит свое начало еще в католической правовой традиции. На этот счет указывал Клузель: «...во французском праве, предшествовавшем Революции, участие религиозного учреждения рассматривалось как часть формы и не как субстанция брака»^{81,82}.

Во-вторых, у заключения брака через орган регистрации актов гражданского состояния и у расторжения брака через светский суд трансцендентный элемент устранился потому, что вследствие эмансипации населения от религиозного влияния новые национальные государства приняли сознательные социально-политические решения, заключающиеся в лишении церкви регистрирующей функции в брачно-семейных вопросах и в передаче этой функции по регистрации актов гражданского состояния носителям публичной власти, отныне единственно компетентным в этих вопросах на их территории. Депрез об этом пишет: «...обязательность светской формы объясняется во Франции сугубо прагматическими причинами необходимости для публичной власти обеспечить контроль за всеми браками, заключение которых происходит на ее территории»⁸³.

Трансцендентные божественные связи из средневековых времен утратили свое юридическое значение. В данной эволюционной линии освобождение брака от сакрального содержания представляет собой не минус, а плюс, более высокую ступень общественного и государственного развития. Это утверждение подтверждается уже тем, что правопорядки, которые эмансипировались от религиозного влияния в брачно-семейных вопросах значительно позже, чем Франция и Германия, такие как Россия, Австрия или Греция, пошли по этому же пути, т. е. раньше или позже, но отказались от обязательного участия религиозных учреждений

⁸⁰ Herfarth Ch. Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht. P. 182; Kegel G., Schurig K. Internationales Privatrecht, 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2004. P. 799; Kropholler J. Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006. P. 335.

⁸¹ Cluzel G. Mariage et le divorce confessionnels des Étrangers en France. P. 27.

⁸² Хотя, например, в Португалии католическое заключение брака рассматривается как вопрос содержания, см.: Grundmann St. Qualifikation gegen die Sachnorm... P. 117.

⁸³ Déprez J. Droit international privé et conflits de civilisations... P. 289. — В Германии аналогичные соображения высказывал X. Шак (Schack H. Religion und Internationales Privatrecht. P. 193, 196).

в заключении и расторжении брака в пользу светского заключения и расторжения брака⁸⁴. Но если отказ от трансцендентного элемента в заключении и расторжении брака представляет собой более высокую ступень правового развития, становится непонятным, почему находящийся на данной ступени правопорядок должен принимать устаревшие представления правопорядков, которые этой ступени еще не достигли, со ссылкой на то, что данный трансцендентный элемент представляет собой здесь еще неизвестный плюс. Здесь представляется более логичным не усматривать в этом трансцендентном элементе никакого плюса. Напротив, здесь имеет место архаизм, от которого светский правопорядок сознательно отказался и у которого в этом правопорядке не может быть никакой правовой релевантности. «Принятие во внимание религиозных представлений ставит в этом случае под угрозу социальный порядок»⁸⁵. В данной связи аргумент необходимости сохранения дополнительной религиозной функции вряд ли может быть убедительным.

Заключение, равно как и расторжение, религиозного брака не несет никакой особенной социальной функции в сравнении с заключением или расторжением светского брака. Особая религиозная окраска не делает эти институты настолько чуждыми светским правопорядкам, что в их рамках не была бы возможна их адаптация и светские суды не могли бы быть признаны полноценной заменой религиозным при рассмотрении данных дел. В смысле этой функциональной равноценности правомерно высказался еще в 1921 г. суд первой инстанции Парижа: «...религиозная форма развода российских подданных еврейского вероисповедания не настолько существенна, чтобы мы не могли заменить ее нашими светскими формами»⁸⁶.

Вывод: теория функциональной квалификации

Функциональная равноценность светского и религиозного брака, состоящая в прекращении брачной связи, — вот тот критерий, который должен определять квалификацию компетенции суда раввинов при совершении религиозного еврейского развода. Суд раввинов реализует в праве Израиля ту же функцию, что и светский суд в европейских правопорядках. Соответственно, светский суд в европейских государствах может выносить решение о разводе между супругами-евреями, подчиненными с точки зрения европейской коллизионной нормы религиозному еврейскому статуту. Так, Жордан (Jordan) писал в связи с религиозным разводом по дореволюционному праву Российской Империи: «...с точки зрения принципов ничто не препятствует тому, чтобы решение о разводе российских супругов по этим основаниям было вынесено французским светским судом... полноценно замещающим российский религиозный суд и применяющим процессуальное право закона суда»⁸⁷.

Новейшее развитие права Израиля показало, что волю к координации израильского и европейских правопорядков в вопросе развода евреев проявил сам

⁸⁴ В свою очередь правопорядки, которые сохраняют религиозный характер своего семейного права, отказываются от материально-правовой квалификации участия религиозного учреждения. Об этом см., например, в отношении Иордании: *Elwan O., Ost H. Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten...* P.396.

⁸⁵ *Jayme E. Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1961. P.79.

⁸⁶ Tribunal civil de la Seine. *Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921.* P. 123.

⁸⁷ *Jordan C. Portée et limite du principe consacrant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leurs lois nationales régissant leur statut personnel, spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps.* P.386.

израильский законодатель. В свете вышеизложенного это несколько неожиданно, поскольку от правопорядка, оперирующего консервативными категориями трансцендентальной связи, сложно было ожидать адаптационных решений.

В 2005 г. Закон Израиля о юрисдикции судов раввинов 5713-1953 был дополнен ст. 4а, литеры «b» и «с», которой гласят: «Не затрагивая правил статьи 1, подача иска в суд раввинов не препятствует иностранному компетентному суду рассмотреть иск о светском разводе; если иск в иностранный суд подан до того, как в суде раввинов произойдет расторжение брака, то суд раввинов не будет компетентен рассматривать вопрос о светском разводе» (литера «b»)⁸⁸; «...если супруги-евреи заключили брак по еврейскому праву и расторгли его в соответствии с иностранным правом, то суд раввинов вправе рассмотреть иск о расторжении брака этой пары по еврейскому праву, даже если только один истец является гражданином Израиля» (литера «с»). Законом от 30 ноября 2021 г. (5782-2021) Закон о юрисдикции судов раввинов был дополнен еще одной статьей 4b, которая допускает иск жены в суде раввинов Израиля даже в отсутствие обычных оснований для подсудности⁸⁹, если в иностранном государстве по месту жительства истца или ответчика нет суда, компетентного сопровождать религиозный еврейский развод (а именно это имеет место в Германии, Франции и России) (эти изменения вступят в силу 30 июня 2027 г.).

Фактически эти нормы предусматривают две стороны в составе еврейского развода: светскую и религиозную, допуская их обособленное друг от друга существование. В этом смысле религиозная сторона развода представляет собой тот самый плюс, который мы в критическом смысле оценили при рассмотрении материально-правовой теории.

При существовании светской стороны развода супругов-евреев светский суд в европейской стране, не утруждая себя неразрешимой проблемой квалификации компетенции суда раввинов, вправе, теперь уже без оглядки на категории религиозного еврейского права, вынести решение о разводе супругов-евреев. При этом светский суд будет применять хотя и израильское право, но не религиозное еврейское право, применение которого относится к исключительной компетенции суда раввинов, а субсидиарное право естественной справедливости, основы которого заложены Верховным судом Израиля в его революционном решении по делу о детях Ноя 2006 г.: отныне светский развод супругов-евреев является возможным и подчиняется он общим правовым принципам, которые обозначены в этом же решении. Верховный суд Израиля пишет в этом решении: «Основание развода, на которое ссылается суд раввинов, основано на неисцелимом разрушении брака. Мы согласны с таким подходом... Основание развода покоится на действительности ситуации в отношениях супругов. Действительно, мы согласны в принципе с тем тезисом, что, если отношения в супружеской паре разрушены,

⁸⁸ Данная норма на французском языке процитирована в решении Апелляционного суда Парижа от 26.01.2012, извлечение из которого включено в состав кассационной жалобы, опубликованной в качестве приложения к решению Кассационного суда Франции (Civ. 1ère) от 04.12.2013 № 12-16899, размещенного на официальном сайте французского законодательства: legifrance.gouv.fr.

⁸⁹ Обычные основания для подсудности бракоразводного процесса между супругами-евреями суду раввинов в Израиле, если супруги имеют связь с иными государством, установлены литерой «а» ст. 4а указанного Закона в ред. 2005 г. и являются следующими: ответчик имеет место жительства в Израиле; оба супруга являются гражданами Израиля; место жительства истца находится в Израиле, при условии, что он проживал там не менее одного года до подачи иска; место жительства истца находится в Израиле при условии, что последнее совместное место жительства супругов было в Израиле; заявитель является гражданином Израиля и его место жительства находится в Израиле; заявитель является гражданином Израиля и проживал в Израиле в течение одного года в течение двух лет, предшествующих подаче иска.

у сторон должно быть право освободиться от уз разрушенного брака»⁹⁰; «...либеральный режим развода должен, однако, исключать поспешные и опрометчивые решения... Отношения между супругами представляют собой сложную и чувствительную материю. Здесь возможны взлеты и падения. Плохие ветры могут уничтожить их. Кризисы в семейной жизни могут провоцировать супругов подавать иски друг на друга. Однако это не всегда означает полное и абсолютное крушение брака. Необходимо предпринимать усилия к тому, чтобы не эскалировать конфликт. Не любое охлаждение отношений между супругами неизбежно ведет к крушению брака. Может так случиться, что уже сама необходимость обращения к государству в лице суда с просьбой о расторжении брака будет работать как способ охлаждения пыла. Но этим, конечно, функция судов не исчерпывается. Недопустимо выносить решения о расторжении брака скоропостижно и автоматически. В самой природе споров между супругами заложено, что их глубинная часть скрыта от посторонних глаз, а видима лишь небольшая внешняя поверхность. Суд раввинов должен попытаться выяснить подробности дела. Он должен получить полную картину семейных отношений. Ему необходимо проверить, действительно ли конфликт между супругами настолько серьезен, что брак уже не спасти. Глубина кризиса должна быть четко идентифицирована. Недопустимо направлять супругов в сторону прекращения брака. Необходимо исчерпать все возможности примирения супругов теми способами, которые выработаны в бракоразводных процессах по религиозному еврейскому праву»⁹¹.

Таким образом, религиозная сторона брака остается в исключительной компетенции суда раввинов в Израиле, но она не должна сковывать иностранные светские суды в возможности вынести решение о разводе между еврейскими супругами, чтобы дать этим супругам возможность организовать свою жизнь самостоятельно, насколько это позволяет религиозное еврейское право: в любом случае эти супруги должны получить имущественную самостоятельность в европейской стране, в которой они фактически проживают.

Статья поступила в редакцию 12 октября 2022 г.
Рекомендована к печати 25 мая 2023 г.

References

- Ancel, Bertrand, Lequette, Yves. 2006. *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd. Paris, Dalloz.
- Audinet, Eugène. 1926. Les conflits de lois relatifs en matière de mariage et de divorce. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 11: 171–252.
- von Bar, Christian. 1991. *Internationales Privatrecht, 2. Band: Besonderer Teil*. München, C. H. Beck.
- Bartin, Etienne. 1903. Note sous Cour d'appel de Paris 17.03.1902, Levinçon (Dalloz 1903, 2, 54). *Dalloz* 2: 49–53.
- Bartin, Etienne. 2019. *Fundamentals of private international law according to French legislation and judicial practice*. Vol. 1. Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Basdevant, Jules. 1944. Note sous Cour d'appel de Paris 09.01.1943, Garcia-Fuentès (Dalloz 1944, 56). *Dalloz*: 56–57.
- Batiffol, Henri, Lagarde, Paul. 1983. *Droit international privé, tome 2*, 7ème éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Bernasconi, Christophe. 1997. *Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht*. Zürich, Schulthess.
- Blecher-Prigat, Ayelet. 2014. Basic Right to Marry: Israeli Style. *Israel Law Review* 47, 3: 433–460.

⁹⁰ Israeli Supreme Court. Application no. 2232/03, Judgement of 21 November 2006. no. 36.

⁹¹ Israeli Supreme Court. Application no. 2232/03, Judgement of 21 November 2006. no. 38.

- Bundesgerichtshof. 1959. Application no. IV ZR 87/58. Urteil vom 19 Dezember 1958. *Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 29: 137–148.
- Cluzel, Gaston. 1909. Mariage et le divorce confessionnels des Etrangers en France. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1 (36): 5–37.
- Coester-Waltjen, Dagmar. 2009. *Das religiöse jüdische Recht im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. J. Baur (ed.) *Festschrift für Gunther Kühne*. Frankfurt a.M., Verlag Recht und Wissenschaft: 669–687.
- Conclusions du procureur Sugier devant le Tribunal civil de la Seine. 1922. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921. *Journal du droit international (Clunet)* 1 (49): 117–122.
- Cour d'appel de Bruxelles. 1899. Arrêt du 8 juin 1899. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (26): 859–860.
- Cour d'appel de Bruxelles. 1967. Corraio Ruiz Sacramento c/ Atienza Gathas. Arrêt du 11 décembre 1965. *Journal du droit international (Clunet)* 1 (94): 121–122.
- Cour d'appel de Paris. 1903. Dame Levinçon c/ Levinçon. Arrêt du 17 mars 1902. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 3–4 (30): 342–346.
- Cour d'appel de Paris. 1912. Frenkel c/ Frenkel. Arrêt du 21 juin 1910. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (39): 205–209.
- Cour d'appel de Paris. 1914. Pessac-Lévin c/ Pessac-Lévin. Arrêt du 26 décembre 1912. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (41): 180–182.
- Cour d'appel de Paris. 1917. Dame de Stankiewicz c/ de Stankiewicz. Arrêt du 26 janvier 1914. *Journal du droit international (Clunet)* 5–8 (44): 602–607.
- Cour d'appel de Rabat. 1930. Epoux Vergara. Arrêt du 21 mai 1929. *Journal du droit international (Clunet)* 1 (57): 178–180.
- Delaporte, Vincent. 1974. *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*. Paris, Université de Paris I: Panthéon-Sorbonne.
- Déprez, Jean. 1988. Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 211: 9–381.
- Donnedieu de Vabres, Jacques. 1938. *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois depuis le début du XXe siècle*. Paris, Recueil Sirey.
- Elgeddawy, A. Kessmat. 1971. *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*. Paris, Dalloz.
- Elwan, Omaia, Menhofer, Bruno. 2005. Talaq nach iranischem Recht und die wesensmäßige Zuständigkeit deutscher Gerichte, Anm. zum Bundesgerichtshof 06.10.2004 — XII ZR. 225/01 (StAZ 005, 175). *Das Standesamt.(StAZ)* 6 (58): 168–174.
- Elwan, Omaia, Ost, Hartmut. 1996. Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts. *Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax)* 6 (16): 389–397.
- Escudey, Gaëtan. 2016. *Le couple en droit international privé. Contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple, thèse*. Bordeaux, Université de Bordeaux.
- Falk, Ze'ev W. 1995. Status und Kontrakt im Familienrecht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 20 (42): 1251–1254.
- Fitoussi, Guy. 2006. *Essai comparatif et critique du rôle du juge dans la procédure de divorce entre le système judiciaire français et israélien, thèse*. Paris, Edilivre.
- Frankenstein, Ernst. 1926. *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, 1. Band. Berlin, Rothschild.
- Frankenstein, Ernst. 1934. *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, 3. Band. Berlin, Rothschild.
- Gamillscheg, Franz. 1963. Die "wesenseigene Zuständigkeit" bei der Scheidung von Ausländern. *Festschrift für Hans Dölle*, 2. Band, E. von Caemmer, A. Nikish, K. Zweigert (eds). Tübingen, Mohr: 289–316.
- Gamillscheg, Franz. 1973. *Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Internationales Privatrecht, Band II der Sonderausgabe 10/11. Auflage, EGBGB Teil 2–4: Artikel 13–17 EGBGB (Internationales Eherecht), § 606–606b, 328 ZPO (Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen)*. Berlin, J. Schweizer Verlag.
- Gärtner, Veronika. 2008. *Die Privatscheidung im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Gaudemet-Tallon, Hélène. 1991. La désunion du couple en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye* 226: 9–279.

- Geimer, Reinhold. 2022. Kommentar zum § 98 Familienverfahrensgesetz. *Richard Zöllers Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 34. Auflage. Köln, Verlag Doktor Otto Schmidt.
- Gottwald, Peter. 1996. Deutsche Probleme Internationaler Familienverfahren. *Festschrift für Hideo Nakamura*, A. Heldrich, U. Takeyoshi (eds). Berlin, Boston, De Gruyter-Seibundo: 187–201.
- Governing Senate of Russian Empire 15.04.1898. Decisions of Civil Cassation Department. 1899. Saint Petersburg: Governing Senate Printing: 115–124.
- Gruber, Urs P. 2021. Kommentar zum Art. 17 EGBGB. *Nomos Kommentar zum BGB, 1. Band: Allgemeiner Teil, EGBGB, 4. Auflage*. T. Heidel, R. Hüßtege, H.-P. Mansel, U. Noack (eds). Baden-Baden, Nomos Verlag.
- Grundmann, Stefan. 1985. *Qualifikation gegen die Sachnorm: deutsch-portugiesischer Beitrag zur Autonomie des internationalen Privatrechts*. München, C. H. Beck.
- Henrich, Dieter. 1995. Zur Berücksichtigung der ausländischen Rechtshängigkeit von Privatscheidungen, Anm. zum Bundesgerichtshof 02.02.1994 — XII ZR 148/92 (IPRax 1995, 111). *Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax) 2* (15): 86–89.
- Herfarth, Christoph. 2000. *Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*. Heidelberg, Universitätsverlag Winter.
- Herfarth, Christoph. 2000. Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte. Anm. zum Kammergericht 27.11.1998 — 3 UF 9545/97 (IPRax 2000, 126). *Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax) 2* (20): 101–103.
- Israeli Supreme Court. Application no. 2232/03. Judgement of 21 November 2006. *Israel Law Reports*: 245–280.
- Jayme, Erik. 1961. *Spannungen bei der Anwendung italienischen Familienrechts durch deutsche Gerichte*. Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking.
- Jayme, Erik. 1999. *Religiöses Recht vor staatlichen Gerichten*. Heidelberg, Universitätsverlag Winter.
- Jordan, Camille. 1922–1923. Portée et limite du principe consacrant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leurs lois nationales régissant leur statut personnel, spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps. *Revue de droit international privé* 3 (18): 373–392.
- Kammergericht. 1994. Application no. 3 WF 7099/92. Beschluss vom 11 Januar 1993. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 13 (41): 839.
- Kammergericht. 2000. Application no. 3 UF 9545/97. Urteil vom 27 November 1998. *Praxis des Internationalen Privatrechts (IPRax) 2* (20): 126–128.
- Kegel, Gerhard, Schurig, Klaus. 2004. *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage. München, C. H. Beck.
- Kropholler, Jan. 2006. *Internationales Privatrecht, einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6. Auflage. Tübingen, Mohr Siebeck.
- La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). 1905. Dame Levinçon c/ Levinçon. Arrêt du 29 mai 1905. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (32): 1006–1008.
- La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). 1906. Mosticzker. Arrêt du 30 octobre 1905. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 3–4 (33): 410–412.
- La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). 1947. Ghattas. Arrêt du 25 février 1947. *Revue critique de droit international privé* 3 (36): 444.
- La chambre civile de la Cour de cassation (Civ.). 1955. Caraslanis c/ dame Caraslanis. Arrêt du 22 juin 1955. *Revue critique de droit international privé* 4 (44): 723.
- Landgericht Bremen. 1934. Application no. R II 69/34. Urteil vom 08.05.1934. *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.)*: 125–127.
- Landgericht München. 1906. Urteil vom 13 September 1906. *Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern* 2: 485.
- Lerebours-Pigonnière Paul. 1948. *Précis de droit international privé*, 5ème éd. Paris, Librairie Dalloz.
- Levin, Daniel. 1991. *Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung: eine kritische Würdigung des israelischen Familienrechts mit besonderer Berücksichtigung des jüdischen Scheidungsrechts aus der Sicht des schweizerischen internationalen Privatrechts*. Zürich, Schulthess.
- Lévy, Renée. 1929. *Le divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer*, thèse. Nancy, Presses universitaires de France.
- Louis-Lucas, Pierre. 1960. *La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois*, in: *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome 1. Paris, Librairie Dalloz et Sirey: 175–205.

- Ludwig, Ingo. 2020. Kommentar zum Art. 17 EGBGB. Würdinger Markus (ed.), *juris PraxisKommentar BGB, 6. Band: Internationales Privatrecht*, 9. Auflage. Saarbrücken, Verlag Juris GmbH.
- Mankowski, Peter. 2010. Julius von Staudingers Kommentar zum BGB, Sonderausgabe 15. Auflage, EGBGB. IPR: Art. 13–17b EGBGB (*Internationales Eherecht*). Berlin, Sellier — De Gruyter.
- Maridakis, Georges S. 1952. Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce. *Revue critique de droit international privé* 4 (41): 661–670.
- Merin, Yuval. 2005. The Right to Family Life and Civil Marriage under International Law and Its Implementation in the State of Israel. *Boston College International and Comparative Law Review* 1 (28): 79–148.
- Nagel, Heinrich, Gottwald Peter. 2020. *Internationales Zivilprozessrecht*, 8. Auflage. Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt.
- Neuner, Robert R. 1932. *Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm: Eine Kritik der Qualifikationstheorie*. Brünn — Prag — Leipzig — Wien, Verlag Rudolf M. Röhner.
- Note anonyme. 1905. sous Civ. 29.05.1905, Dame Levinçon c/ Levinçon (Daloz 1905, 1, 353). *Daloz* 1: 353–354.
- Oberlandesgericht Frankfurt. 1967. Application no. 6 W 472/66. Urteil vom 26 Mai 1967. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 14: 476.
- Oberlandesgericht Frankfurt. 1971. Application no. 6 VA 8/70. Urteil vom 23 November 1970. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 17: 179.
- Oberlandesgericht Köln. 1971. Application no. 16 Wx 18/71. Beschluss vom 14 Juli 1971. *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr.)* 1971: 200–210.
- Perles, Friedrich S. 1966. Entwicklung des israelischen Eherechts. *Das Standesamt (StAZ)* 12 (19): 351–353.
- Perroud, Jean. 1922. Le mariage et le divorce dans les législations à caractère confessionnel. *Journal du droit international (Clunet)* 1 (49): 5–19.
- Pillet, Antoine. 1923. *Traité pratique de droit international privé, tome premier*. Grenoble: Imprimerie Joseph Allier, Paris, Librairie de la Société du Recueil de Sirey.
- Rabbinical Courts Jurisdiction (Marriage and Divorce) Law. 1953. Available at: <http://www.knesset.gov.il/> (accessed: 04.02.2022).
- Rauscher, Thomas. 2007. Zur Frage des Verhältnisses kanonischen Rechts zu dem deutschen ordre public, Anm. — zum Bundesgerichtshof 11. 10.2006 — XII ZR 79/04 (JZ 2007, 739). *Juristenzeitung (JZ)* 14 (62): 741–744.
- Reichsgericht. 1916. Application no. IV 420/15. Urteil vom 6 April 1916. *Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)* 88: 191–193.
- Reichsgericht. 1921. Application no. IV B 1/21. Urteil vom 21 April 1921. *Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)* 102: 118–127.
- Reichsgericht. 1931. Application no. VIII 658/30. Urteil vom 22 Juni 1931. *Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)* 133: 161–167.
- Riezler, Erwin. 1949. *Internationales Zivilprozessrecht*. Berlin, Walter de Gruyter & Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Schack, Haimo. 2006. Religion und Internationales Privatrecht. *Religion und Internationales Recht: Vortragsreihe am Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel im Wintersemester 2004/05 und Sommersemester 2005*. A. Zimmermann, U. E. Heinz (eds). Berlin, Duncker & Humblot: 183–206.
- Scheftelowitz, Erwin E. 1995. Die Anerkennung einer in Israel erfolgten Scheidung in Deutschland. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 10 (42): 593–594.
- Scholz, Peter. 2002. Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher ordre public. *Das Standesamt (StAZ)* 12 (55): 321–334.
- Shava, Menashe. 1985. The Nature and Scope of Jewish Law in Israel as Applied in the Civil Courts as Compared with its Application in the Rabbinical Courts. *The Jewish Law Annual* 5. Leiden: P. 3–24.
- Shava, Menashe. 1989. Civil Marriages Celebrated Abroad: Validity in Israel. *Tel Aviv University Studies in Law* 9: 311–346.
- Tribunal civil d'Anvers. 1909. Dame Esquenazi c/ son mari. Jugement du 9 février 1909. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (36): 1171–1174.
- Tribunal civil de Bordeaux. 1919. Fridberg c/ dame Fridberg. Jugement du 12 juin 1919. *Journal du droit international (Clunet)* 3 (46): 1068–1069.

- Tribunal civil de Bruxelles. 1905. Perimann c/ Bechhafer. Jugement du 25 mars 1905. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (32): 1085–1087.
- Tribunal civil de la Seine. 1892. Dame Hubryseck c/ son mari. Jugement du 5 mars 1892. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 5–6 (19): 661–662.
- Tribunal civil de la Seine. 1896. Dame Lévine c/ Lévine. Jugement du 3 juillet 1896. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (23): 848–849.
- Tribunal civil de la Seine. 1903. Dame Olschwang c/ Olschwang. Jugement du 18 décembre 1902. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 7–10 (30): 805–807.
- Tribunal civil de la Seine. 1912. Rosenbaum c/ Kahn. Jugement du 18 novembre 1911. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (39): 192–205.
- Tribunal civil de la Seine. 1914. Mendelovitch c/ Mendelovitch. Jugement du 11 mars 1913. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (41): 179–180.
- Tribunal civil de la Seine. 1914. Pessac-Lévin c/ Pessac-Lévin. Jugement du 9 mai 1911. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (41): 180–181.
- Tribunal civil de la Seine. 1914. Soulam c/ Soulam. Jugement du 20 janvier 1913. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (41): 177–178.
- Tribunal civil de la Seine. 1917. Dame de Stankiewicz c/ de Stankiewicz. Jugement du 13 juillet 1911. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 5–8 (44): 602–604.
- Tribunal civil de la Seine. 1919. Anker c/ femme Anker. Jugement du 10 décembre 1918. *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1 (15): 120–127.
- Tribunal civil de la Seine. 1920. Dame Leidervarger c/ son mari. Jugement du 19 janvier 1920. *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1 (16): 141–143.
- Tribunal civil de la Seine. 1921. Titoff c/ Titoff. Jugement du 11 juin 1921. *Journal du droit international (Clunet)* 2 (48): 525–526.
- Tribunal civil de la Seine. 1922. Bermann c/ Bermann. Jugement du 24 décembre 1921. *Journal du droit international (Clunet)* 1 (49): 117, 122–125.
- Tribunal civil de la Seine. 1922. Tournansky c/ Tournansky. Jugement du 9 décembre 1921. *Journal de droit international (Clunet)* 1 (49): 116–117.
- Tribunal civil de Marseille. 1909. Caracanda. Jugement du 7 mai 1908. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (36): 189–191.
- Tribunal civil de Saint-Etienne. 1914. Tsicocakis c/ Tsicocakis. Jugement du 27 décembre 1911. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)* 1–2 (41): 184–185.
- Vitta, Edoardo. 1977. Codification of Private International Law in Israel. *Israel Law Review* 12 (2): 129–154.
- Wolff, Martin. 1948. *Private International Law*. Moscow, Iniszdat.
- Zitelmann, Ernst. 1912. *Internationales Privatrecht, 2. Band*. München — Leipzig, von Duncker & Humblot.

Classification in the european legal systems of exclusive competence of the Rabbinical court in Jewish divorce

D. V. Tarikanov

For citation: Tarikanov, Dmitry V. 2023. Classification in the european legal systems of exclusive competence of the Rabbinical court in Jewish divorce. *Pravovedenie* 67 (3): 314–342. <https://doi.org/10.21638/spbu25.2023.305> (In Russian)

In Israel in the family questions is applicable the religious law of each confession. To the Jewish people is applicable the religious Jewish law which dates back to the Pentateuch of Moses. According to that law the divorce is not only the legal, but also the sacral act. The divorce between the Jewish people is realized in Israel in the religious rabbinical court. The divorce in the secular court does not have the legal effect from the point of view of religious Jewish law. If the Jewish spouses wish to get divorced in an european country where the religious courts do not have the public power, so two concepts come into conflict: the concept of the territorial sovereignty of the State authority and the concept if the universal power of religion over its followers

regardless of their residence. In private international law this conflict expresses in the conflict of characterization. The requirement of the religious support of divorce is considered as the substance in law of Israel and as the procedure in law of european countries (Russia, Germany, France). This article is dedicated to the conflict of civilization, competence and/or characterization, which consists in the question whether to consider the religious rabbinical court as exclusive competent and to refer the spouses to get divorced in Israel or to consider the secular court in an european country as an equivalent replacement of the religious court. Since the French Court of Cassation rendered its famous decision in the case of Levinçon 1903 where this question was first posed this question has still not found its unambiguous solution.

Keywords: divorce, Israel, the conflict of characterization, private international law, rabbinical court, religious jurisdiction, secular jurisdiction

Received: October 12, 2022

Accepted: May 25, 2023

Dmitry V. Tarikanov – PhD in Law, Lecturer, Russian Foreign Trade Academy of the Ministry for the Economic Development of the Russian Federation, 6a, Vorobyovskoye shosse, Moscow, 119285, Russian Federation; d.tarikanov@gmail.com