М. И. БРУНЪ.

НЕ КОПИРОВАТЬ

ДОМИЦИЛЬ

ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ

И

ВЪ КОНФЛИКТНОМЪ ПРАВѢ.

ПЕТРОГРАДЪ
СЕНАТСКАЯ ТИПОГРАФІЯ
1916.

Въ основѣ настоящей монографіи лежатъ три лекціи изъ курса международнаго частнаго права, читаннаго въ Московскомъ Коммерческомъ Институтѣ въ 1908—1916 г.г.

Библіотека Коммерческой Академіи.
439
32

СОДЕРЖАНІЕ.

		стр.
	Задачи: выясненіе понятія и сравненіе его съ подданствомъ	3
I.	Домицилъ есть отношеніе	6
II.	Въ отличіе отъ мѣста жительства это—отношеніе юридическое	10
III.	Цѣли, преслѣдуемыя его нормированіемъ,	15
IV.	Отличіе отъ другихъ привязокъ	20
V.	Позднее появленіе въ Россіи	25
VI.	Двойной домицилъ	31
VII.	Отсутствіе домицила	40
VIII.	Прирожденный домицилъ и уроженство	43
IX.	Критеріи домицила	50
X	Домицилъ жены	56
XI.	Домицилъ малолѣтнихъ	62
XII.	Пребываніе, не составляющее домицила,	67
XIII.	Конфликты разномѣстныхъ законовъ о домицилѣ	71
XIV.	Соперничество съ подданствомъ	80
XV.	Причины успѣха подданства. Національный принципъ въ правѣ.	86
XVI.	Политическія причины предпочтенія подданства въ однихъ государствахъ, домицила въ другихъ	97
XVII.	Оговорки и реакція въ пользу домицила	106
XVIII.	Конфликты между подданствомъ и домицилемъ	109

ДОМИЦИЛЬ
ВЪ ГРАЖДАНСКОМЪ И ВЪ КОНФЛИКТНОМЪ ПРАВѢ.

Въ проектѣ положенія о введеніи въ дѣйствіе гражданскаго уложенія содержится пять статей, въ которыхъ компетентнымъ при коллизіи разномѣстныхъ законовъ признается *законъ мѣста жительства* лица. По ст. 4: закономъ мѣстности, къ которой лицо принадлежитъ по мѣсту жительства, опредѣляется его дѣеспособность; 9: по законамъ мѣста жительства мужа во время совершенія брака обсуждаются личныя и имущественныя права супруговъ; 10: законами Имперіи, дѣйствующими въ мѣстѣ жительства усыновителя, опредѣляется усыновленіе; 11: законами мѣста жительства родителей опредѣляются права и обязанности родителей; 13: по законамъ мѣста жительства наслѣдодателя обсуждается право распоряженія на случай смерти движимымъ имуществомъ.

Изъ ст. 3 видно, что упомянутыя статьи разсчитаны на примѣненіе не только къ *русскимъ* подданнымъ, *имѣющимъ пребываніе* въ мѣстностяхъ Имперіи, въ которыхъ дѣйствуютъ особые мѣстные законы, но и къ тѣмъ, которые пребываютъ *заграницей*. А въ ст. 15 значится, что эти же правила примѣняются въ Имперіи къ *иностраннымъ* подданнымъ, т. е. междуобластнымъ нормамъ придается безъ всякихъ оговорокъ международное значеніе. Отсюда слѣдуетъ, во-первыхъ, что

личный статутъ иностранцевъ, имѣющихъ домициль въ Россіи, будетъ обсуждаться не по ихъ отечественнымъ, а по русскимъ законамъ; конкретно: наслѣдованіе въ движимости послѣ швейцарца, домицилированнаго въ Россіи, опредѣлится русскими законами. Во-вторыхъ, личный статутъ иностранцевъ, имѣющихъ домициль не въ своемъ отечествѣ, а въ третьей странѣ, долженъ будетъ послѣдовательно также обсуждаться не по ихъ отечественному закону, а по закону домициля; напр., имущественныя отношенія членовъ французской семьи, домицилированной въ Италіи, будутъ обсуждаться по итальянскимъ законамъ. Всего неожиданнѣе то, что, въ-третьихъ, личный статутъ русскихъ подданныхъ, и притомъ даже не постоянно живущихъ, а только пребывающихъ заграницей, будетъ обсуждаться въ Россіи не по русскимъ, а по иностраннымъ законамъ; такъ, завѣщаніе русскаго, пребывающаго и тѣмъ паче постоянно живущаго въ Швейцаріи, будетъ признано дѣйствительнымъ, если завѣщателю исполнилось только 20 лѣтъ, и даже, буде онъ женатъ, только 18 лѣтъ (14 ZGB.), хотя бы онъ не былъ объявленъ въ Россіи самостоятельнымъ (514 и 1384 ПГУ.) [1]).

При такихъ условіяхъ вопросъ о томъ, что́ такое „мѣсто жительства“, пріобрѣтаетъ для нашего будущаго конфликтнаго права первостепенное значеніе. На первый взглядъ можетъ казаться, что отвѣтъ уже данъ въ ст. 8 проекта гражданскаго уложенія: „мѣстомъ жительства лица признается такое мѣсто его домашняго обзаведенія, службы или другихъ занятій, въ которомъ лицо имѣетъ обыкновенное или преимущественное пребываніе, *либо* то мѣсто, въ коемъ сосредоточено управленіе его имущественными дѣлами“. Однако, обращеніе къ этой статьѣ для разрѣшенія конфликтовъ должно будетъ вызывать недоумѣнія. Предположимъ, что въ Швейцаріи скончался швейцарскій гражданинъ, который никогда въ Россіи не бывалъ, но послѣ котораго только и осталось большое торгово-промышленное предпріятіе въ Россіи; по 8 ПГУ. онъ имѣлъ мѣсто жительства въ Россіи,

---

[1]) Сокращеніе ПГУ. означаетъ проектъ гражданскаго уложенія.

но по 23 ZGB. онъ имѣлъ его только въ Швейцаріи. Ясно, что для опредѣленія порядка наслѣдованія послѣ него, согласно 13 ПВД. [1]) по закону его мѣста жительства, нельзя просто сослаться на 8 ПГУ., а нужно еще предварительно рѣшить, который изъ двухъ законовъ,—23 ZGB. или 8 ПГУ.— компетентенъ сказать, гдѣ было мѣсто жительства наслѣдодателя. Рѣшать это было бы практически излишне, если бы русскій и иностранный законы не расходились въ своемъ содержаніи. А такъ какъ 8 ПГУ. еще только проектъ, то, пока не поздно, слѣдуетъ провѣрить, правильно ли данное въ ней опредѣленіе мѣста жительства.

Съ точки зрѣнія legis ferendae встаетъ еще болѣе важный вопросъ. *Домицилъ* есть только одинъ изъ видовъ привязки лица къ законодательству территоріи. Съ нимъ конкуррируетъ *подданство* (національность). До сихъ поръ не было сомнѣнія, что, по нашему праву, личный статутъ русскихъ подданныхъ опредѣляется ихъ отечественнымъ закономъ, невзирая на то, въ какой странѣ ихъ мѣсто жительства; соотвѣтственно съ этимъ было извѣстно, что въ отношеніи иностранцевъ наше право, въ тѣхъ случаяхъ, когда оно поступается исключительною компетентностью русскихъ законовъ (напр., въ конвенціяхъ о наслѣдствахъ),—также держится національнаго принципа. Для будущаго можно было ожидать сохраненія этого принципа извнѣ и только дальнѣйшаго распространенія его внутри. Вмѣсто этого въ 3 и 15 ПВД. рѣзко проводится на обѣ стороны принципъ домициля. Мало того: вслѣдствіе того, что редакторы не отличаютъ домициля отъ пребыванія, освобожденіе отъ отечественнаго закона должно наступать для русскихъ подданныхъ уже при простомъ пребываніи заграницей. Само по себѣ разграниченіе законодательной компетенціи для личнаго статута по принципу домициля не представляетъ ничего невозможнаго; стоятъ же на этомъ принципѣ англійское и сѣверо-американское право и Сводъ гражд. узак. губерн. Прибалт. Нельзя поэтому утверждать, что при редактированіи 3 и 15

[1]) Сокращеніе ПВД. означаетъ: проектъ положенія о введеніи въ дѣйствіе гражданскаго уложенія.

ШВД. просто допущенъ lapsus. Если же было сознательное желаніе уйти отъ принципа подданства и перейти къ принципу домициля, то это надо было сказать такъ, чтобы всѣ понимали, въ чемъ дѣло. Во всякомъ случаѣ законодательнымъ палатамъ необходимо дать матеріалъ для сравнительной оцѣнки каждаго изъ двухъ принциповъ.

Съ тѣмъ или инымъ рѣшеніемъ этого вопроса связана необходимость дать будущимъ судьямъ опредѣленное руководство, какъ рѣшать въ случаѣ конфликта между коллизіонными нормами, изъ которыхъ одна стоитъ на принципѣ подданства, другая—на принципѣ домициля. *Теорія обратной отсылки*, выросшая въ западноевропейской судебной практикѣ, получитъ жизненное значеніе и у насъ.

Выяснить цивилистическое понятіе домициля, показать его значеніе въ конфликтномъ правѣ, сравнить его съ принципомъ подданства и подойти къ вопросу объ обратной отсылкѣ,—таковы задачи нижеслѣдующихъ страницъ.

I.

На вопросъ, что такое домициль, человѣкъ съ простымъ здравымъ смысломъ отвѣтитъ, вѣроятно, словами лорда Cranworth: „это—постоянное жительство въ одномъ мѣстѣ (permanent home); тому, кто этого не понимаетъ, не помогутъ никакія дальнѣйшія объясненія [1])“. Однако, можно повторить вопросъ, не рискуя своей умственной репутаціей въ глазахъ другихъ юристовъ.

Наиболѣе распространено въ юриспруденціи отождествленіе домициля съ *мѣстомъ* осѣдлости. Но съ такимъ представленіемъ тотчасъ же запутываются въ противорѣчіи. Такъ, напр., у Гирке мы читаемъ: „Домициль есть мѣсто (Ort), которое образуетъ длительное пространственное средоточіе жизненной дѣятельности лица. Домициль основывается путемъ осѣданія съ намѣреніемъ сдѣлать мѣсто осѣдлости постояннымъ средоточіемъ и т. д.“ [2]). Но позволительно

[1]) Whicker v. Hume (1858), vol. 28 L. J. Chancery pp. 396, 400.

[2]) Gierke, Deutsches Privatrecht, I, p. 453.

спросить: какъ можно основать реальный предметъ путемъ осѣданія? опускаясь на воображаемое сидѣнье, создать матеріальный стулъ? Ясно, что, если домициль основывается и прекращается, потому что лицо совершаетъ нѣкоторыя дѣйствія и проявляетъ волю извѣстнаго содержанія, то домициль не есть мѣсто. А между тѣмъ опредѣленіе, случайно взятое у Гирке, даютъ множество юристовъ [1]). Но ошибка и послѣ многократнаго повторенія не становится истиной.

Воздерживаясь отъ опредѣленія, что такое домициль, нѣкоторые юристы [2]) и законодательные тексты говорятъ, *гдѣ онъ находится*: „въ томъ мѣстѣ, гдѣ главная осѣдлость (principal établissement)“,—102 c. civ. [3]). Въ этомъ выраженіи сказывается все то же представленіе о домицилѣ, какъ о реальномъ предметѣ. Планіоль, напр., такъ прямо и говоритъ: „формула 102 c. civ. вполнѣ мирится съ идеей, что самъ домициль есть домъ, т. е. мѣсто“.

На самомъ дѣлѣ домициль не поддается чувственному воспріятію. Это—юридическое понятіе, и для объясненія его слѣдуетъ поэтому обратиться къ міру отношеній, а не вещей. Реально даны *человѣкъ* и *нѣкоторая площадь земной поверхности;* между этими двумя вещами существуетъ отношеніе, въ силу котораго вторая есть мѣсто для первой. Соціальная жизнь превращаетъ это отношеніе въ жительство на территоріи, отграниченной политически или административно. Соціальный фактъ жительства служитъ субстратомъ для юридическаго понятія домициля,—понятія, которое выводится изъ нормъ, регулирующихъ жительство и его послѣдствія. Для

---

[1]) Въ нѣмецкой литературѣ: Savigny, System, VIII, p. 67.; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2-te Aufl., p. 90: Crome, System d. deutschen bürgerlichen Rechts. I. p. 221; во французской—Pothier, Introduction à la coutume d'Orleans, éd. Buguet, I p. 3; и Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 1906, I p. 199 (lieu); въ сѣвероамериканской Story, Commentaries on the conflict of laws, 1865 p. 37; въ англійской вицеканцлеръ Kindersley, въ Lord v. Colvin (1859), vol. 28 L. J. Ch. p. 366 и Dicey, Conflict of laws, 1908, p. 82. То же опредѣленіе въ 3066 Св. гражд. узак. губ. Прибалт.

[2]) Напр., Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1900, I, pp. 127, 128.

[3]) То же итал. c. civ. 16: „гдѣ главное средоточіе (sede) дѣлъ и интересовъ“, и 23 ZGB: „гдѣ (лицо) пребываетъ съ намѣреніемъ длительнаго нахожденія“.

построенія этого понятія, абстрактнаго, какъ всѣ юридическія понятія, берутся такія же абстрактныя понятія *лица* и *мѣста*. Правопорядку нужно для нѣкоторыхъ его цѣлей считать лицо длительно присутствующимъ въ такомъ-то домѣ, городѣ, округѣ, странѣ, и потому онъ объявляетъ лицо привязаннымъ къ данному мѣсту, не считаясь съ тѣмъ, что фактически лица тамъ нѣтъ. Оттого одинаково имѣютъ домициль въ томъ же городѣ и обитатель роскошнаго особняка, и нищій, который устраивается для ночлега на паперти или въ скверѣ; оттого пріобрѣтаетъ въ этомъ же городѣ домициль дѣвушка въ самый моментъ вступленія въ бракъ хотя бы въ чужой странѣ, если въ томъ городѣ имѣетъ домициль ея мужъ, и, какъ жена, она будетъ почитаться имѣющей здѣсь домициль, хотя бы фактически она за мужемъ не послѣдовала вовсе (9 ПГУ.). Три столь различныхъ соціальныхъ факта охватываются понятіемъ домициля, потому что во всѣхъ трехъ случаяхъ встрѣчается юридически значительная привязка лица къ мѣсту: привязка,—потому что лицо для извѣстныхъ цѣлей правопорядка мыслится въ связи съ даннымъ мѣстомъ; юридическая,—потому что такъ его мыслить приказываетъ законъ.

На этихъ страницахъ употребляется терминъ „домициль“ потому, что въ нашемъ родномъ языкѣ нѣтъ слова, которое выражало бы, что разсматриваемое здѣсь отношеніе — *юридическое*. Словами „мѣсто жительства“ передается только то, что существуетъ *отношеніе*. „Мѣсто“ имѣетъ два смысла: это — родовое понятіе, объемлющее цѣлый рядъ самыхъ разнообразныхъ конкретныхъ предметовъ, которые въ своей совокупности образуютъ земную поверхность: городъ, деревня, пустошь, поле, рѣка, берегъ,—все это будутъ „мѣста“, и въ такомъ значеніи употребляютъ соотвѣтствующія ему Ort, lieu, place—Гирке, Планіоль и др. Но „мѣсто“ означаетъ не только реальные предметы, но и отношеніе между вещами: тѣло больного есть мѣсто для хирургическаго ножа, кресло въ театрѣ есть мѣсто для зрителя, Реймскій соборъ былъ мѣстомъ прицѣла для германскихъ орудій и т. п.: если бы между этими разнообразными вещами не было отношеній,

то не было бы и „мѣстъ“. Таково именно значеніе мѣста въ сочетаніи „мѣсто жительства“. Но этими двумя словами передается только соціальный фактъ осѣдлости, который служитъ субстратомъ для юридическаго отношенія домициля [1]).

Представленіе о домицилѣ, какъ объ отношеніи, имѣетъ также много сторонниковъ въ литературѣ [2]). Но многихъ оно не удовлетворяетъ; напр., Планіоль возражаетъ; попробуйте сказать вмѣсто „возвратиться въ свой домициль“ „вернуться въ свое отношеніе“,—и получится безсмыслица. Однако, съ помощью этого же пріема легко показать, что домициль не домъ и вообще не вещь, чувственно воспріемлемая. Въ засыпанномъ пепломъ городѣ остались дома, но не осталось домицилей, потому что нѣтъ людей, состояніе которыхъ опредѣлялось тѣмъ, что законъ мыслилъ ихъ привязанными своимъ жительствомъ къ этимъ домамъ. И потому можно сказать „никѣмъ не обитаемый домъ“, но нельзя сказать „опустѣвшій домициль“. Или, если угодно, сказать можно, но только тогда домициль уже не имѣетъ техническаго значенія

---

[1]) Можно прослѣдить, какъ слово „мѣсто“, обозначая сперва отношеніе, пріобрѣтаетъ значеніе вещи: посыльщикъ спрашиваетъ, сколько у васъ мѣстъ,— т. е. вещь, занимающая мѣсто, заимствуетъ изъ этого отношенія свое названіе.

[2]) У французскихъ юристовъ встрѣчаются замѣчанія, что это — „чисто интеллектуальная абстракція, созданная закономъ“, Dalloz, Jurisprudence générale, Répertoire, vol. XVII, 1851, p. 372; что это — „эффектъ правопорядка, заключающійся въ установленномъ законами отношеніи между лицомъ и мѣстомъ, гдѣ оно осуществляетъ свои права“, Demante, Cours analytique, I, p. 197, цит. у Dalloz, ibid.; что это—„постоянное отношеніе, которое законъ устанавливаетъ между лицомъ и мѣстомъ, гдѣ лицо считается всегда присутствующимъ“, Baudry-Lacantinerie, Traité théorique et pratique de droit civil, 1896, I, p. 644. Въ нѣмецкой литературѣ Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, I, 1904, p. 273, употребляетъ не переводимое однимъ словомъ выраженіе Zustandverhältniss (отношеніе, которое есть вмѣстѣ съ тѣмъ и состояніе); Tuhr, Der Allgem. Teil d. Deutschen bürgerlichen Rechts, I p. 427, говоритъ объ örtliche Beziehung. По лорду Westbury, Bell v. Kennedy (1868), vol. I L. R. on Scottish and Div. App. Cases, 307, 319, это—отношеніе, созданное закономъ между индивидомъ и отдѣльною мѣстностью или страною. Имѣя въ виду только англійское конфликтное право, Foote, A Concise Treatise on Private International Jurisprudence, 1904, p. 52, опредѣляетъ домициль, какъ „отношеніе между индивидомъ и государствомъ, вытекающее изъ пребыванія въ его предѣлахъ въ качествѣ члена его общества“.

юридической привязки, а бытовое значеніе жилища. Изъ того, что римляне употребляли слово domicilium въ этихъ двухъ смыслахъ, не слѣдуетъ, что оно имѣетъ только второй. Представленіе о домицилѣ, какъ объ отношеніи, вѣрно потому, что вещи, взятыя внѣ отношеній людей къ нимъ или между людьми по поводу ихъ, права не интересуютъ.

Въ нѣкоторыхъ законодательныхъ текстахъ можно, не насилуя ихъ, встрѣтить признаніе въ домицилѣ не матеріальнаго мѣста, а привязки. Такъ, когда 7 BGB. говоритъ, что лицо „основываетъ свой домициль“ въ томъ мѣстѣ, гдѣ оно прочно осѣло, то ясно, что здѣсь рѣчь идетъ не о захватѣ нѣкоторой площади земной поверхности и не о сооруженіи дома или объ устройствѣ квартиры, а объ установленіи опредѣленной привязки къ данному мѣсту и о возникновеніи, вслѣдствіе этого, юридически значительнаго состоянія даннаго лица. Привязка, называемая домицилемъ, облекаетъ лицо состояніемъ или свойствомъ, которое присоединяется къ серіи другихъ уже характеризующихъ его юридическихъ свойствъ, каковы подданство, гражданство, принадлежность къ сословной, возрастной, семейственной и т. п. группѣ лицъ, и которое ставитъ его во многія разнообразныя отношенія къ другимъ лицамъ и къ государству.

Можно думать, что, прочитавъ написанное и спрошенный, есть ли домициль мѣсто или нѣчто въ мѣстѣ или отношеніе лица къ мѣсту,—лордъ Cranworth во всякомъ случаѣ согласился бы, что здѣсь есть надъ чѣмъ подумать.

II.

Выше отмѣчено отсутствіе въ нашемъ языкѣ термина для юридическаго отношенія, отличнаго отъ соціальнаго факта жительства въ одномъ мѣстѣ. Другіе языки счастливѣе нашего. Нѣмцы различаютъ Wohnsitz (= Domizil) и Wohnort (= мѣсто жительства); англичане отличаютъ domicil и home; французы domicile и habitation réelle dans un lieu; итальянцы domicilio и residenza (= dimora abituale). Напротивъ, у римлянъ, создавшихъ слово domicilium, самое это слово имѣло столь же

мало техническое значеніе [1]), какъ наше „мѣсто жительства“, и въ этомъ источникѣ важныхъ недоразумѣній въ современной юриспруденціи.

Въ томъ, что человѣкъ переходитъ съ мѣста на мѣсто вмѣстѣ со своими домашними фетишами, со своей семьей, со всѣмъ скотомъ и прочимъ имуществомъ; что, едва устроившись на одномъ мѣстѣ, онъ уже думаетъ о переходѣ на другое, и что въ такихъ передвиженіяхъ проходитъ вся его жизнь,—во всемъ этомъ всякій соціологъ усмотритъ признаки кочевника; и, напротивъ, онъ признаетъ вполнѣ точной характеристикой жизни осѣдлаго человѣка то, что этотъ „устраиваетъ свой домашній культъ прочно въ одномъ мѣстѣ, гдѣ сосредоточиваются всѣ его интересы и имущество, откуда, если его ничто не будетъ отзывать, онъ не уѣдетъ, буде же уѣдетъ, то начнетъ говорить о себѣ, какъ о путешественникѣ, а когда туда вернется, то будетъ считать, что его странствія кончились“. Но взятыя въ кавычки слова выписаны вовсе не изъ какого либо соціологическаго трактата, а представляютъ только едва стилистически измѣненный переводъ l. 7 C. 10, 40 (30), гдѣ значится, что человѣкъ, который такъ относится къ данному мѣсту, „имѣетъ тамъ свой домициль“. Въ дѣйствительности въ этихъ словахъ хорошо описано соціальное явленіе постояннаго жительства въ одномъ мѣстѣ,—жительства, которое образуетъ домициль, *если этого хочетъ правопорядокъ;* потому что бываютъ случаи, когда, невзирая на такое постоянное жительство, право отказывается признать человѣка имѣющимъ тамъ свой домициль; такъ, 17-тилѣтній юноша, ушедшій изъ родительскаго дома, можетъ имѣть

---

[1]) Domicilium производится то отъ domus et colo (Lexicon totius Latinitatis Facciolati, Forcellini et Furlanetti, Patavia, 1884), то „a domus syllabica adjectione, aut, si mavis, a domus et cieo, ut sit locus, qui ut propria domus cietur“, и поясняется, какъ „domus, sedes domestica, habitatio certa et diuturna“ (Totius Latinitatis Lexicon Forcellini, Prati, 1861). — Nep. Attic. 3: domicilium orbis terrarum... imperii (Roma); Cic. 1 Orat. 23: in hoc domicilio imperii et gloriae; Cic. Balb. 5: Cn. Pompeii... gloriae domicilium communis imperii finibus terminetur; Vellej. 2, 69: In Vatinio deformitas corporis cum turpitudine certabat ingenii adeo ut animus eius dignissimo domicilio inclusus videretur; Gell. 17, 15, голова называется domicilium animi. Цит. у Forcellini, op. cit.

такое отношеніе къ мѣсту, какое описано въ приведенной конституціи Діоклетіана, но домициль его, по всѣмъ современнымъ европейскимъ законодательствамъ, будетъ не тамъ, а въ мѣстѣ жительства родителей. Точно такъ же, когда въ l. 27 § 1 D. 50,1 говорится, что, если человѣкъ постоянно ведетъ свои дѣла въ городѣ, здѣсь продаетъ, покупаетъ, договаривается, здѣсь пользуется форумомъ, банями, зрѣлищами, здѣсь проводитъ праздники, и вообще пользуется всѣми городскими удобствами, тогда какъ въ усадьбѣ онъ бываетъ только для сельскохозяйственныхъ работъ, то его домициль скорѣе въ городѣ, чѣмъ въ усадьбѣ,—то опять-таки въ этихъ словахъ дается только описаніе соціальнаго факта постояннаго жительства въ городѣ, но домицилемъ это жительство называется только потому, что *этого хочетъ правопорядокъ;* потому что, если „всѣми городскими удобствами“ будетъ пользоваться жена, покинувшая своего мужа, который остался въ усадьбѣ, то ея домициль будетъ все-таки не въ городѣ. Изъ этихъ примѣровъ видно, что, если человѣкъ можетъ имѣть свой домициль тамъ же, гдѣ его осѣдлость, то онъ можетъ имѣть осѣдлость, не имѣя вовсе въ томъ же мѣстѣ своего домициля.

Постоянное жительство въ одномъ мѣстѣ или осѣдлость, описанныя римлянами столь казуистически, передаются въ англійской юриспруденціи словами home; огромное значеніе понятія домициля для англійскаго права обязываетъ англійскихъ юристовъ болѣе тщательно, чѣмъ это дѣлали римляне, различать два понятія, изъ которыхъ одно выражаетъ только соціальный фактъ, а другое—юридическое отношеніе. Въ словѣ home, объясняетъ Дайси, выражается соединеніе двухъ фактовъ, физическаго и психическаго, — 1) обычнаго физическаго пребыванія и 2) наличности намѣренія постоянно или неопредѣленное время пребывать въ предѣлахъ одного мѣста (или страны). Home есть то мѣсто (или страна), гдѣ лицо фактически пребываетъ съ намѣреніемъ тамъ оставаться (animus manendi), или гдѣ лицо продолжаетъ фактически пребывать, хотя и утратило это намѣреніе, или гдѣ оно имѣетъ намѣреніе пребывать, хотя фактически тамъ уже не пребы-

ваетъ. Совершенно безразлично, мѣсяцъ или десять лѣтъ человѣкъ пребываетъ съ описаннымъ намѣреніемъ въ данномъ мѣстѣ; не важно, что онъ носится съ мыслью эмигрировать, но все еще не снимается съ мѣста; и не существенно, что онъ уѣхалъ надолго, если онъ все-же намѣревается вернуться;—во всѣхъ этихъ случаяхъ у человѣка будетъ въ томъ мѣстѣ home [1]). Въ такомъ отношеніи лица къ мѣсту нѣтъ ничего юридическаго; оно возможно и въ такой проблематичной странѣ, гдѣ нѣтъ ни законовъ, ни судовъ, потому что это фактъ только соціальный, а не юридическій. Изъ того же, что это только соціальный фактъ, слѣдуетъ, что въ немъ нѣтъ ничего принудительнаго, что онъ можетъ существовать, но можетъ и не быть. Обстоятельство это весьма важно въ связи съ вопросомъ объ отсутствіи домициля и о двойномъ домицилѣ.

Ульпіанъ говоритъ: „мудрено человѣку быть безъ домициля, но думаю, что и это можетъ случиться, если онъ, покинувъ домицилъ, пустится въ морское или сухопутное странствіе, ища, куда бы направиться и гдѣ бы основаться; такой человѣкъ будетъ, по моему, безъ домициля (l. 27 § 2 D. 50,1)“. Ульпіанъ не категориченъ, потому что не знаетъ, какъ относится правопорядокъ къ безспорному соціальному факту отсутствія осѣдлости; онъ *думаетъ*, что правопорядокъ съ нимъ мирится. Напротивъ, для англійскихъ юристовъ нѣтъ сомнѣнія, что ихъ правопорядокъ этого не терпитъ, а между тѣмъ они согласны съ римлянами въ констатированіи соціальнаго факта. Изъ того, что огромное большинство человѣческаго рода имѣетъ постоянную осѣдлость, не слѣдуетъ, говоритъ Дайси, что исключены случаи, когда у человѣка ея нѣтъ. Эмигрантъ, находящійся на пути въ Америку, лишился своего home въ Англіи и еще не пріобрѣлъ его въ Америкѣ; онъ бездоменъ, потому что ни въ одномъ изъ этихъ мѣстъ не пребываетъ. Бездоменъ и тотъ, кто покинулъ англійскіе берега съ намѣреніемъ никогда больше не возвращаться, а неопредѣленное время путешествовать въ разныхъ странахъ. Без-

[1]) Dicey, op. cit., p. 83.

доменъ, наконецъ, и тотъ, кто, какъ цыганъ, бродяжничаетъ, не имѣя намѣренія гдѣ-либо основаться. Постояннаго жительства нѣтъ ни у одного изъ этихъ трехъ лицъ, но для англійскихъ юристовъ не подлежитъ сомнѣнію, что по англійскому правопорядку всѣ трое имѣютъ домициль.

Съ другой стороны, тотъ же Ульпіанъ сообщаетъ, что „мудрые люди рѣшили, что человѣкъ можетъ имѣть домициль въ двухъ мѣстахъ, если онъ такъ построился въ одномъ мѣстѣ, что тѣмъ не менѣе онъ оказывается устроившимся и въ другомъ мѣстѣ (l. 6 § 2 D. 50,1)“. И опять-таки соціальный фактъ сомнѣній не возбуждаетъ и у англичанъ: конечно, говорятъ ихъ юристы, можно имѣть постоянное жительство, home, въ двухъ мѣстахъ, напр., лѣтомъ въ Англіи, зимою на югѣ Франціи. Но домициль будетъ всегда одинъ.

Изъ этихъ сопоставленій и иллюстрацій явствуетъ, что постоянное жительство въ одномъ мѣстѣ и домициль не одно и то же. Можно имѣть осѣдлость въ опредѣленномъ мѣстѣ и не имѣть тамъ домициля. Можно имѣть домициль тамъ, гдѣ вовсе нѣтъ осѣдлости. Можно совсѣмъ не имѣть осѣдлости и все-же имѣть домициль. Можно имѣть двѣ осѣдлости и только одинъ домициль.

Постоянное жительство въ одномъ мѣстѣ есть продуктъ соціальной жизни, а домициль—юридическое построеніе, надстройка на соціальномъ фактѣ. Положительное право разныхъ народовъ можетъ давать одному и тому же соціальному факту разную физіономію: одно право можетъ трактовать какъ домициль то самое соціальное явленіе, которое по другому праву не есть домициль. Постоянное жительство человѣкъ имѣетъ, поскольку это требуется соціальными условіями его существованія; потому онъ можетъ и не имѣть его и тогда называться вѣчнымъ путешественникомъ, если онъ богатъ, и бродягою, если онъ бѣденъ. Домициль же онъ имѣетъ потому, что это бываетъ нужно правопорядку, и имѣетъ его при тѣхъ предположеніяхъ, какія выставляются правопорядкомъ; оттого англійскій судъ могъ объявить, что англичанинъ, который поселился въ Шанхаѣ съ намѣреніемъ жить тамъ постоянно и который тамъ же умеръ, имѣлъ свой домициль

не въ Китаѣ, а въ Англіи [1]); или по 107 с. civ. чиновникъ, принявшій пожизненную должность, немедленно же пріобрѣтаетъ домициль въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ долженъ отправлять свои обязанности, и будетъ почитаться имѣвшимъ этотъ домициль, хотя бы онъ, принявъ назначеніе, фактически не отправился вовсе къ мѣсту служенія и умеръ, такъ и не видавъ того мѣста [2]). Домициль можетъ совпадать съ постояннымъ жительствомъ въ одномъ мѣстѣ; но, если это нужно правопорядку, то домициль будетъ фингированъ тогда, когда нѣтъ вовсе постояннаго жительства, и не будетъ признаваться, несмотря на существованіе постояннаго жительства. Отъ осѣдлости домициль отличается такъ же, какъ отличается, напр., союзъ брачный отъ семьи въ соціологическомъ значеніи слова. Домициль есть не что иное, какъ юридическая привязка лица къ нѣкоторому мѣсту.

Спрашивается, зачѣмъ правопорядку нужно это превращеніе постояннаго жительства въ юридическую привязку и даже фингированіе ея наличности при отсутствіи осѣдлости, а иногда и отрицаніе ея вопреки очевидности соціальнаго факта.

III.

Это нужно праву для *разныхъ* цѣлей, и потому у разныхъ народовъ и въ разныя эпохи расхожденіе между соціальнымъ фактомъ постояннаго жительства и нормами о домицилѣ то больше, то меньше. Оттого ошибочно, напр., въ нормахъ римскаго права, которое интересовалось постояннымъ жительствомъ для привлеченія къ общественной службѣ и для цѣлей обложенія, искать руководства для регулированія

---

[1]) In re Tootal's Trusts (1883), v. 23 Ch. D. p. 532. Сѣвероамериканская юриспруденція держалась одного взгляда съ англійской, но въ рѣшеніи по дѣлу Allen 1907 г. сѣвероамериканскій судъ въ Шанхаѣ призналъ, что американскій гражданинъ можетъ быть домицилированъ въ Китаѣ и потому подлежать common law, а не законамъ своего штата, покинутаго за 47 лѣтъ до смерти (Revue Darras, 1908, p. 672). То же Supreme Court of Maine 1909, Mathec v. Cunningham (Clunet, 1910, p. 1308).

[2]) Baudry-Lacantinerie, op. cit. I, p. 654; Planiol, op. cit., I, p. 210.

частноправовыхъ и конфликтно-правовыхъ отношеній нашего времени.

Дѣйствительно, у римлянъ правопорядокъ видѣлъ въ постоянномъ жительствѣ основаніе для юридической привязки лица къ мѣсту только ради двухъ цѣлей,—привлеченія къ муниципальнымъ, личнымъ и денежнымъ, повинностямъ и для созданія гражданской подсудности.

1) Состояніе постояннаго жительства, incolatus, обязывало каждаго жителя (точнѣе,—водвореннаго, incolam) нести муниципальныя повинности, munera,—независимо отъ тѣхъ, которымъ онъ же былъ подверженъ въ силу своей принадлежности къ родной общинѣ (origo) по постановленію ея властей. Павелъ сообщаетъ, l. 20 D. 50,1, что многіе, дабы уклониться отъ повинностей, лежавшихъ на водворенныхъ, увѣряли, что они здѣсь уже не имѣютъ постояннаго жительства; на это юристъ замѣчаетъ, что недостаточно одного увѣренія о своемъ намѣреніи выселиться, нужно еще соотвѣтственное дѣйствіе: domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione. Тотъ же поводъ,—необходимость опредѣлить, подлежитъ ли лицо муниципальнымъ повинностямъ или нѣтъ,—вызвалъ Папиніана на разъясненіе, что одно владѣніе домомъ, купленнымъ въ чужой городской общинѣ, еще не создаетъ домициля (l. 17 § 13 D. 50,1); и то же объяснилъ Діоклетіанъ: „если вы не уроженцы и не водворенные, а только имѣете домъ, то подчинять васъ публично-правовымъ повинностямъ нельзя, l. 4 C. 10, 40 (39)“.

2) Второю цѣлью было установленіе процессуальной подвѣдомственности лица суду мѣста жительства на ряду съ подчиненностью суду родной городской общины. Гай, l. 29 D. 50,1, говоритъ: постоянный житель обязанъ повиноваться какъ магистратамъ своего домициля, такъ и тѣмъ, у кого онъ гражданинъ.

Въ источникахъ римскаго права нѣтъ указаній на то, чтобы домицилъ имѣлъ значеніе еще въ какомъ-либо третьемъ отношеніи, напр., въ матеріально-правовомъ [1]). Изъ этого,

[1]) Этому не противорѣчитъ 203 Fragm. Vatic. Ulp., L. de off. pr. tut.: est et hoc genus excusationis, si quis se dicat domicilium non habere Romae delectus ad

казалось бы, слѣдуетъ заключить, что для матеріальнаго права современныхъ народовъ нельзя дѣлать никакихъ выводовъ изъ того, что римляне говорили, имѣя въ виду совершенно другія задачи.

Въ пандектномъ правѣ [1]) домицилъ выступаетъ только въ процессуальной роли, для опредѣленія мѣста подсудности отвѣтчика.

Много значительнѣе роль домицила въ современныхъ правопорядкахъ. Къ фискальнымъ цѣлямъ всюду присоединяется пользованіе домицилемъ для организаціи политическихъ и мѣстныхъ выборовъ и воинской повинности. Осталось его процессуальное значеніе. Но, сверхъ того, въ отличіе отъ римскаго права, домицилъ имѣетъ и матеріально-правовое значеніе. И особенно важна его роль въ конфликтномъ правѣ. И, опять-таки, въ томъ и другомъ отношеніи отдѣльные правопорядки интересуются имъ неодинаково.

О матеріально-правовомъ значеніи домицила можно судить по тремъ кодексамъ,—c. civ., BGB. и ZGB. (и Obl. R.) и по ПГУ. [2]). О конфликтно-правовой роли—ниже.

---

munus vel in ea provincia, ubi domicilium non habet, потому что званіе опекуна было также публично-правовою повинностью; мы не слышимъ, чтобы опека могла учреждаться только въ домицилѣ малолѣтняго, какъ по современнымъ уложеніямъ.

[1]) Dernburg, Pandekten, 1-oe изд., I, p. 102; Windscheid, op. cit., I, p. 127.

[2]) *Права личности и семейственныя:* 34 c. civ. домицилъ долженъ быть указанъ въ актахъ состоянія; 115, 116 c. civ., 35 ZGB., 12 ПГУ. важенъ для понятія безвѣстнаго отсутствія и для объявленія его; 74, 165 ss. c. civ. 106, 113 ZGB, 184 ПГУ.—для мѣста совершенія брака; это единственный случай, когда о немъ говоритъ 1 ч. X т. Св. Зак.,—25 объ оглашеніи; 152 c. civ., 1305 BGB. домицилъ восходящаго, отъ котораго требуется согласіе на бракъ; 353 ss. c. civ., 267 ZGB, 66 герм. Ges. über Ang. Freiw. Ger.,—домицилъ усыновителя; 477 c. civ. и суд. практ.—мѣсто эмансипаціи; 417 c. civ.—назначеніе протутора; 234 c. civ. 144 ZGB.—мѣсто развода; 1558 s. BGB., 250 ZGB. мѣсто регистраціи брачнаго договора; 1433 BGB.—условіе подчиненія имущественныхъ отношеній между супругами иностранному закону; 363, 406 c. civ., 376, 396 ZGB., 36, 37, 47 Ges. u. Ang. Fr. G.; 520, 521 ПГУ.—мѣсто опеки; 432 c. civ., 1786 BGB., 532 ПГУ.—для excusatio при опекѣ; 406, 411 c. civ. для созыва семейнаго совѣта; 361 ZGB. для признанія законнорожденности, 312, 313 ZGB. для иска о признаніи отца. *Въ наслѣдственномъ правѣ:* домицилъ наслѣдодателя—мѣсто открытія наслѣдства: 538 ZGB., 73 герм. Fr. Ger., 1344 ПГУ.; значеніе для срока для принятія наслѣдства,—для спора и для отреченія 1944, 1954 BGB.; 466 ZGB. для

Различіе въ цѣляхъ, ради которыхъ правопорядокъ овладѣваетъ соціальнымъ фактомъ постояннаго жительства для построенія института домицила, сказывается на степени расхожденія юридическаго понятія съ жизненной дѣйствительностью. Такъ, для процессуальныхъ цѣлей расхожденіе это едва замѣтно: для того, чтобы вызвать отвѣтчика на судъ, нужно указать опредѣленный домъ, въ которомъ онъ дѣйствительно проживаетъ. Для цѣлей матеріальнаго права расхожденіе становится болѣе замѣтнымъ: такъ, при исполненіи обязательства въ домицилѣ кредитора мыслится его жилище или его дѣловое помѣщеніе, но для вступленія въ бракъ, для учрежденія опеки, для развода и т. д.,—совершенно несущественно, что лицо проводитъ дни подъ открытымъ небомъ, а ночи въ ночлежныхъ домахъ или подъ мостами; домицилемъ почитается постоянное пребываніе въ кочевомъ состояніи въ предѣлахъ прихода, коммуны, судебнаго округа. И, наконецъ, въ конфликтно-правовомъ отношеніи расхожденіе настолько значительно, что и кочующій въ необозримыхъ степяхъ инородецъ, и укрывающійся въ тайгѣ бродяга, и странствующій коробейникъ,—всѣ они признаются имѣющими домициль въ странѣ, законами которой опредѣляется ихъ личный статутъ. Лордъ Jeffrey говоритъ: прочная осѣдлость „можетъ быть важна для доказательства домицила и совсѣмъ не нужна для его образованія. У многихъ старыхъ холостяковъ нѣтъ вовсе дома, который они могли бы назвать своимъ; они мѣняютъ отели, переѣзжаютъ изъ одного курорта въ другой, не заботясь вовсе о комфортѣ постояннаго пребыванія, потому что не хотятъ подвергаться связанной съ этимъ gêne. Я зналъ одного барина, который всегда жилъ въ гостиницахъ и предпочиталъ имѣть не слугъ, а корридорныхъ; но это не значило, что онъ утратилъ домициль. Когда намѣреніе оставаться на территоріи ясно доказано

права фиска на выморочное имущество. *Въ обязательственномъ правѣ:* 1247 c. civ., 269, 270 BGB., 74 швейц. Obl. R. 90 Пр. обяз. пр.—мѣсто исполненія обязательствъ; у насъ до сихъ поръ это рѣшается только судебною практикою; 2018 c. civ., 772, 775, 795 BGB. домициль поручителя; 117 Пр. обяз. пр.—неизвѣстность домицила кредитора; 865 швейц. Obl. R.—занесеніе купца въ торг. реестръ, 818 Obl. R.—протестъ векселя, и т. д.

aliter, особаго home'a не нужно“ [1]). Въ конфликтно-правовомъ смыслѣ домицилъ имѣетъ только отдаленную связь съ постояннымъ жительствомъ въ одномъ мѣстѣ, но означаетъ привязку ко всей территоріи одного законодательства. Нигдѣ бѣдность терминологіи нашего языка не сказывается такъ ясно, какъ въ этомъ случаѣ. 1284 ч. 1, X, говоритъ, что „гражданскія права и обязанности по распоряженію движимымъ имуществомъ лицъ, не имѣющихъ *постояннаго мѣста жительства*, и иностранцевъ опредѣляются общими законами Имперіи“. Здѣсь подъ мѣстомъ жительства разумѣется не осѣдлость въ соціальномъ смыслѣ, а привязка къ территоріи, „состоящей на особыхъ правахъ“ или же „состоящей на общихъ безъ мѣстныхъ изъятій правахъ“: сомнѣніе въ томъ, что есть личный статутъ такого наслѣдодателя, который не имѣлъ домициля ни тамъ, ни здѣсь, разрѣшается въ пользу компетентности общихъ законовъ Имперіи,—совершенно такъ же, какъ и для иностранцевъ при отсутствіи конвенцій съ ихъ отечествомъ. Иное толкованіе словъ „постояннаго мѣста жительства“ въ 1284 приводило бы къ заключенію, что лицо, имѣющее постоянную осѣдлость въ какой нибудь опредѣленной мѣстности на территоріи государства, дѣйствію общихъ законовъ Имперіи не подлежитъ! Для цѣлей конфликтнаго права соціальный фактъ постояннаго жительства въ одномъ мѣстѣ обрабатывается юридическою мыслью такъ, что *мѣсто*, гдѣ римлянинъ могъ держать домашнихъ боговъ, растягивается отъ Торнео до Эрзерума, *жительство* вывѣтривается до того, что остается только жизнь между небомъ и землею, а *постоянство* выворачивается наизнанку, потому что и долголѣтнее отсутствіе не идетъ въ счетъ. Но, такъ какъ правопорядку нужно только, чтобы лицо не могло ускользать отъ дѣйствія тѣхъ нормъ матеріальнаго права, которыя объемлются понятіемъ личнаго статута,—то онъ велитъ считать лицо привязаннымъ къ цѣлой странѣ такъ, какъ человѣкъ можетъ соединяться только съ мѣстомъ своей осѣдлости, и велитъ называть эту при-

[1]) Arnott v. Groom, Court of Session Cases, 1846, 9 D. ff. 142, 150.

вязку домицилемъ. Совершенно очевидно, что попытка приложить къ *этому* домицилю то, что Ульпіанъ говоритъ о возможности двойного домициля въ l. 6 § 2 D. 50,1, была бы имъ самимъ отвергнута, какъ несообразность.

IV.

Домициль не единственная юридически значительная привязка лица къ мѣсту или къ странѣ. То, что отличаетъ его отъ другихъ возможныхъ привязокъ, выражено въ опредѣленіи Савиньи:... „мѣсто, которое лицо *свободно выбрало* для длительнаго пребыванія и какъ центръ своихъ правоотношеній и дѣлъ“. Въ соотвѣтствіи съ этимъ 7 BGB. указываетъ на *инициативу* лица въ основаніи своего домициля: „кто прочно осѣлъ“; и 23 ZGB. говоритъ о пребываніи съ *намѣреніемъ* длительно оставаться. Привязка въ видѣ домициля характеризуется свободой лица въ ея установленіи и прекращеніи. Свободно, разумѣется, установленіе и прекращеніе не домиціля, а (съ крупицею соли) мѣста жительства. О свободѣ домициля можно говорить только по сравненію этой привязки съ другими, отъ которыхъ она отличается въ самомъ дѣлѣ тѣмъ, что свободно собою располагающее лицо можетъ завязать и порвать ее одностороннимъ актомъ своей воли. Цѣна этой свободы видна изъ сопоставленія домициля съ другими юридически значительными привязками.

Римскіе юристы нормировали двѣ привязки къ мѣсту,— origo и domicilium, и два состоянія, создаваемыя этими привязками,—состояніе municeps'a (= civis) и incolae, гражданина и водвореннаго. То и другое для однѣхъ и тѣхъ же цѣлей,— фискальныхъ или служебныхъ и процессуальныхъ.

За исключеніемъ пастбищныхъ пространствъ (saltus) въ нѣкоторыхъ провинціяхъ, особенно въ Африкѣ, вся территорія Римской Имперіи къ III вѣку нашей эры представляла сѣть городскихъ общинъ (civitates, respublicae, municipia), въ составъ которыхъ входили, кромѣ самаго города, также и окружныя села (vici) и отдѣльные дворы (coloniae). Вслѣдствіе такого административнаго дѣленія почти всѣ лично

свободные подданные римскаго императора были привязаны къ какой нибудь опредѣленной городской общинѣ въ качествѣ ея гражданъ. Муниципальное гражданство устанавливалось рожденіемъ отъ лица, которое само уже было гражданиномъ (origo), или суррогатами рожденія,—усыновленіемъ и отпущеніемъ на волю со стороны гражданина, или же пріемомъ со стороны городскихъ властей (allectio),—но отнюдь не одностороннею волею лица. И порывалась эта привязка не произвольно, l. 4 C. 10, 39 (38), а только путемъ увольненія со стороны городскихъ властей; замужество, военная служба, сенаторское званіе освобождали отъ личныхъ городскихъ повинностей, но не прекращали прирожденнаго гражданства. Первоначально origo давала права,—въ особенности право на участіе въ городскомъ управленіи; позже и honores превратились въ большое бремя; фактически на гражданинѣ лежали только повинности (munera), личныя и имущественныя; уйти отъ нихъ переѣздомъ въ другую общину нельзя было. Точно такъ же нельзя было уйти и отъ подчиненія городскимъ властямъ,—уклониться отъ вызова на судъ въ родной городъ (forum originis). Кромѣ того, пока римское право не вытѣснило всѣхъ мѣстныхъ правъ, гражданамъ сопутствовали отдѣльныя, правда, весьма немногія, нормы частнаго права ихъ родного города [1]). Бывали случаи, что лицо состояло одновременно гражданиномъ нѣсколькихъ общинъ,—одной по рожденію, другой въ силу принятія со стороны муниципальныхъ властей. Почему бы и нѣтъ, разъ все сводилось къ удовлетворенію дорого оплачиваемаго тщеславія? Когда Каракалла объявилъ всѣхъ свободныхъ людей римскими гражданами, у всѣхъ оказалось двойное гражданство,—своего родного города и города Рима.

Понятіе домициля явилось исторически позже привязки чрезъ origo, потому что, пока Римъ былъ только городской общиной, всѣ римскіе граждане были и постоянными жителями Рима. По мѣрѣ завоеванія Италіи, а затѣмъ и другихъ странъ, Римъ присоединялъ къ себѣ все новыя городскія

[1]) См. объ этомъ у Savigny, System, VIII, pp. 39 cl.

общины, въ которыхъ, въ силу причинъ, не требующихъ здѣсь выясненія, стали появляться пришлые люди, не граждане, а только самовольно водворившіеся, incolae. Такъ назывались не только тѣ, кто жилъ въ стѣнахъ самаго города, но и поселяне на окружныхъ городскихъ земляхъ, l. 239 § 2 D. 50, 16. Такъ явилась вторая привязка къ мѣсту: въ отличіе отъ „гражданъ, которыхъ дѣлаетъ origo, водворенныхъ дѣлаетъ домициль, l. 7 pr. C. 10, 40 (39)“. Марцеллъ объяснилъ, что „ничто не препятствуетъ тому, чтобы всякій имѣлъ домициль, *гдѣ захочетъ*“, l. 31 D. 50, 1. Свободу самоопредѣленія въ основаніи домициля нельзя было ограничить частными соглашеніями; напр., согласно Папиніану, необязательно условіе въ завѣщаніи, чтобы легатарій имѣлъ домициль въ такомъ-то городѣ, l. 71 § 2 D. 35, 1. Та же свобода существовала и для прекращенія домициля и перенесенія его въ другое мѣсто; но только дѣйствительное переселеніе, а не простые разговоры, могло имѣть фискальныя послѣдствія, l. 20 D. 50, 1. На водворенномъ лежали муниципальныя повинности, независимо отъ тѣхъ, которымъ онъ продолжалъ подлежать относительно родного города, l. 1 C. 10, 39 (38); о „почестяхъ“ для него не могло быть и рѣчи, они составляли „привилегію“ коренныхъ гражданъ.

Не останавливаясь на исторіи общиннаго гражданства и домициля въ послѣдующія столѣтія (IV—XVIII в.в.), мы обращаемся къ началу XIX в. Во *Франціи* послѣ революціи домициль оказывается единственной привязкой лица къ мѣсту какъ въ частно-правовомъ, такъ и въ публично-правовомъ отношеніяхъ: коммуны образуются изъ однихъ домицилированныхъ, и, кромѣ коммуны, гдѣ лицо имѣетъ домициль, никакая другая его къ себѣ не тянетъ и не влечетъ. Кромѣ своей коммуны французъ знаетъ еще только Францію; по отношенію къ первой онъ домицилированъ, по отношенію ко второй онъ гражданинъ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ въ гражданскомъ правѣ Франціи имѣетъ значеніе домициль, въ конфликтномъ—подданство (національность). Поскольку домициль есть плодъ свободы самоопредѣленія, французъ внутри страны привязанъ къ своей коммунѣ потому, что онъ этого

хочетъ, и доколѣ этого хочетъ, и привязанъ къ ней одной.

Не такъ обстояло дѣло въ *Германіи* до 40-хъ г.г. XIX в., а отчасти обстоитъ и въ настоящее время [1]). До тѣхъ поръ повсемѣстно существовала принудительная принадлежность каждаго подданнаго (съ нѣкоторыми изъятіями, напр., для помѣщиковъ) къ какой нибудь общинѣ. Она устанавливалась рожденіемъ и замужествомъ, или же формальнымъ пріемомъ, обусловленнымъ платежомъ вступныхъ денегъ, и утрачивалась только путемъ формальнаго же вступленія въ другую общину. Домициль въ другой общинѣ, хотя бы въ теченіе десятковъ лѣтъ, не разрывалъ привязки къ общинѣ—родинѣ. Принадлежностью къ общинѣ обусловливалось пользованіе такими правами, которыя послѣ революціи 1789 г. считались уже во Франціи достояніемъ каждаго человѣка. Прежде всего *право* жительства на территоріи общины имѣлъ только членъ ея; всѣ прочіе могли только пребывать въ ней. Право жительства члена общины было неотъемлемо; удалить его изъ общины нельзя было; при всѣхъ условіяхъ онъ имѣлъ право вернуться и основаться въ ней. Вмѣстѣ съ правомъ на общественную благотворительность право жительства составляло главное содержаніе „родиннаго права“ (Heimatrecht); полиція могла выслать на родину всякаго нуждающагося въ этой благотворительности. Независимо отъ этого принадлежностью къ общинѣ обусловливалось право на вступленіе въ бракъ, право на занятіе промысломъ и право пріобрѣтенія недвижимости; просто домицилированный долженъ былъ для всего этого имѣть разрѣшеніе мѣстныхъ властей. Первою на путь отмѣны привязки къ общинѣ ступила Пруссія; ея примѣру послѣдовали другія германскія государства, за исключеніемъ Баваріи, которая и при образованіи имперіи въ 1871 г. выговорила себѣ сохраненіе родиннаго права. Теперь во всей

---

[1]) Bähr, Wohnsitzrecht und Heimatrecht въ Ihering's Jahrbücher, XXI, 1883, pp. 343 ss.; Gierke въ Holtzendorff's Rechtslexicon, 1881, sub verbo Gemeindebürgerrecht, Rehm, Erwerb von Staats- und Gemeinde-Angehörigkeit etc. въ Hirth's Annalen, 1892, pp. 136—281. Idem, въ Conrad's Handwörterbuch der Staatswissenschaften, sub verbis Heimatrecht u. Eheschliessung.

остальной Германіи всякій волень селиться, гдѣ ему угодно, и вступаетъ въ члены избранной имъ общины уже въ силу своего домициля въ ея предѣлахъ; право на общественную благотворительность онъ имѣетъ по мѣсту своего домициля (Unterstützungswohnsitz). Только въ Баваріи сохранилось родинное право, содержаніе котораго, впрочемъ, сводится только къ праву на общинную благотворительность и къ праву общины не давать своему члену разрѣшенія на бракъ [1]).

Въ *Швейцаріи* каждый гражданинъ, гдѣ бы онъ ни былъ домицилированъ, остается привязаннымъ къ какой-нибудь общинѣ, какъ къ „родинѣ". Исторически эта привязка восходитъ къ эпохѣ феодализма, когда, опираясь на нее, сеньеръ считалъ себя въ правѣ требовать выдачи укрывшагося въ городскихъ стѣнахъ бѣглаго крѣпостного [2]). Какъ обломокъ стародавнихъ отношеній, родина даже въ ZGB. сохранила рядъ правъ по отношенію къ своему уроженцу, давая, въ свою очередь, ему преимущества, которыхъ не имѣетъ только домицилированный [3]). Родинное гражданство никогда не пріобрѣтается только однимъ домицилемъ; тѣ, кто не имѣ-

---

[1]) Das bayerische Gesetz über Heimat, Verehelichung und Aufenthalt vom 16/IV 1868 in der Fassung nach der Novelle vom 17/VI 1896, herausg. von Proebst, München, 1896.

[2]) Message du Conseil fédéral du 28 novembre 1862, цитир. у Lainé, Etude sur la loi suisse etc. въ Bulletin de la société de législation comparée, 1894 p. 132.

[3]) По 22 ZGB. „родина лица опредѣляется по его праву гражданства", которое само „опредѣляется публичнымъ правомъ". Можно имѣть право гражданства въ нѣсколькихъ мѣстахъ, и въ такомъ случаѣ родиною почитается то мѣсто, гдѣ у лица въ то же время и домициль, а за отсутствіемъ домициля то мѣсто, чье гражданство пріобрѣтено послѣднимъ. Цивилистическое значеніе родины заключается въ томъ, что общинныя или кантональныя власти имѣютъ право вмѣшиваться въ личныя и семейственныя правоотношенія гражданина; такъ, по 30 перемѣна имени зависитъ отъ согласія кантональнаго правительства родины; по 35 общинному судьѣ принадлежитъ субсидіарная компетенція для объявленія лица умершимъ; по 106 оглашеніе брака должно быть сдѣлано какъ въ домицилѣ, такъ и въ родной общинѣ обоихъ супруговъ; по 256 власти родного кантона могутъ оспаривать законность рожденія дитяти, несмотря на признаніе отца, если дитя зачато до брака; по 262 и 263 онѣ же могутъ оспаривать законность легитимаціи внѣбрачнаго дитяти по судебному опредѣленію; по 312 власти родной общины извѣщаются объ искѣ о признаніи отца съ послѣдствіями для состоянія; по 376 на родной общинѣ лежитъ обязанность помощи въ бѣдности, а по 378 право требовать учрежденія опеки надъ домицилированнымъ въ другомъ кантонѣ, и т. д.

ютъ его отъ рожденія, получаютъ его по постановленію общины и обыкновенно за деньги; формальное основаніе для этого побора въ томъ, что съ общиннымъ гражданствомъ связано право пользованія общиннымъ выгономъ [1]). Безъ принадлежности къ родинѣ нельзя быть кантональнымъ гражданиномъ, а слѣдовательно, и швейцарскимъ подданнымъ.

Всѣ эти описанныя здѣсь разновидности привязки къ родной общинѣ, будь то въ Римской Имперіи, или въ современной Баваріи или Швейцаріи, отличаются отъ домициля тѣмъ, что онѣ построены на соціальномъ фактѣ группового объединенія, тогда какъ домициль построенъ на соціальномъ фактѣ осѣдлаго жительства человѣка. Привязка къ родной общинѣ (короче— уроженство) есть категорія соціальной солидарности, домициль—категорія индивидуалистическая. Уроженство можно бы изобразить какъ малый кругъ, концентрическій съ другимъ, большимъ, соотвѣтствующимъ принадлежности къ цѣлому народу или государству, т. е. подданству; по отношенію къ уроженству домициль можно бы изобразить, какъ параллельную линію. Появленіе домициля знаменуетъ признаніе права личности выбирать себѣ мѣсто для постояннаго жительства въ соотвѣтствіи съ собственнымъ представленіемъ о своихъ интересахъ; означаетъ признаніе ея права на свободу выдѣленія изъ группы, съ которой ее связала общность происхожденія или интересовъ,—права на то, чтобы положить пространство между собою и группою, чтобы самому подобрать себѣ соціальную среду. Предпосылкой домициля является уваженіе къ личности, признаніе, что она существуетъ не только для цѣлей, поставленныхъ ей соціальною группою или государствомъ. Этимъ объясняется, что въ Россіи домициль появился только послѣ паденія крѣпостного права и что до сихъ поръ онъ все еще не регулированъ законами матеріальнаго права.

V.

Когда редактировалась I ч. X т. Св. Зак., тогда не предполагалось, что россійскіе подданные могутъ интересоваться

[1]) Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. I, 1886 pp. 145 сл.

свободой самоопредѣленія хотя бы въ столь скромной дозѣ, какъ избраніе себѣ мѣста жительства. Не то, чтобы законодательству крѣпостной Россіи были вовсе неизвѣстны случаи проявленія такой свободы, но ему была чужда мысль о построенномъ на этой свободѣ твердомъ гражданскомъ порядкѣ. Нужны были, напр., спеціальные законы о томъ, чтобы купцы и мѣщане, живущіе въ казенныхъ селеніяхъ, не принуждались къ переселенію въ города или чтобы купцамъ не чинилось препятствій къ переходу изъ одного города въ другой (П. С. З. 21479, 1804 г.; 24441, 1810 г.). Проживаніе лица не тамъ, гдѣ ему полагается жить по закону, а тамъ, гдѣ оно хочетъ жить, называлось отлучкой, временнымъ пребываніемъ (16187, 1785 г. 72⁵, 58). 744 ст. 2 ч. X т., изд. 1857 г., въ которой выражено правило о предъявленіи личнаго иска въ форумѣ отвѣтчика, говорила не о мѣстѣ жительства, а о мѣстѣ пребыванія, и появленіе 204 уст. гражд. суд., въ которой, правда, только для процессуальныхъ цѣлей значится, что „постоянное мѣсто жительства полагается тамъ, гдѣ кто . . . имѣетъ осѣдлость“. . ., было показателемъ большого перелома въ воззрѣніяхъ законодательства. До тѣхъ поръ для всякаго русскаго человѣка, не жившаго въ своемъ имѣніи или не состоявшаго на службѣ государству, постоянное мѣсто жительства „полагалось“ въ непосредственной близости съ тѣмъ сословнымъ или полицейскимъ учрежденіемъ, въ книгахъ котораго значилось его имя. Такъ прямо и говорила ст. 2 паспортнаго устава 1832 г.: „то мѣсто, гдѣ кто, бывъ записанъ въ книгахъ дворянскихъ, городовыхъ или ревизскихъ, имѣетъ водвореніе“. И дальше законъ поясняль, что водвореніе мѣщанъ полагается въ томъ городѣ, гдѣ они записаны въ обывательскія книги (4), ремесленниковъ и посадскихъ—тамъ, гдѣ они записаны въ цехи и посады (5), крестьянъ—въ тѣхъ селеніяхъ и мѣстахъ, гдѣ они записаны въ подушный окладъ (10), отставныхъ военныхъ—въ селеніяхъ, къ которымъ они приписались (12). Все это о податныхъ сословіяхъ. Но то же самое было и для привилегированныхъ классовъ, потому что по 51, 56, 59, 76 уст. о пасп., дѣйствовавшаго вплоть до 1895 г., мѣсто жительства дворянъ полагалось въ губер-

ніи, изъ депутатскаго собранія которой они получали грамоты на дворянское достоинство; духовенства,—въ епархіи, изъ консисторіи которой его члены получали виды на отлучку; почетныхъ гражданъ—въ городѣ, гдѣ имъ обязаны были выдавать паспорта на отлучку [1]). Только въ 1894 г. въ положеніи о видахъ на жительство было опредѣлено, что дворяне, чиновники, почетные граждане, купцы и разночинцы имѣютъ постоянное мѣсто жительства тамъ, гдѣ у кого осѣдлость или домашнее обзаведеніе; но для мѣщанъ, ремесленниковъ и сельскихъ обывателей постояннымъ мѣстомъ жительства осталась территорія того общества, къ которому они причислены или приписаны. Такъ 1700 лѣтъ послѣ римскаго юриста, написавшаго: ubi velit!—русскій народъ въ огромномъ большинствѣ своемъ поставлялъ еще не постоянныхъ жителей, а „пребывателей“. Только указъ 5 октября 1906 призналъ, наконецъ, постояннымъ мѣстомъ жительства сельскихъ обывателей и другихъ лицъ бывшихъ податныхъ состояній не мѣсто приписки, а мѣсто осѣдлости или домашняго обзаведенія.

Съ этого момента, казалось бы, представленіе о мѣстѣ жительства, какъ о результатѣ приписки, должно бы исчезнуть изъ умовъ юристовъ, и при толкованіи всякаго закона, гдѣ встрѣчаются термины „постоянное мѣсто жительства“ и „временное пребываніе“, слѣдуетъ отнынѣ понимать то, что подъ этимъ разумѣютъ 204 уст. гражд. суд. и указъ 1906 г., а не то, что разумѣлъ законодатель въ 1840 году. Однако въ рѣшеніи 1912 г. № 63 Сенатъ, призванный къ истолкованію понятій „временное пребываніе“ и „постоянное водвореніе“ въ 1279 и 1280 I ч. X т., нашелъ, что здѣсь все осталось по старому. Мотивы этого рѣшенія совершенно неубѣдительны. Вопросъ шелъ о томъ, какими законами—бессарабскими или I ч. X т.—опредѣляется порядокъ наслѣдованія послѣ уроженца Черниговской губерніи, умершаго въ Бессарабіи, гдѣ онъ „проживалъ продолжительное время“, занимаясь здѣсь торговлею и пріобрѣтя домъ. Палата нашла, что это обстоятельство не доказываетъ его намѣренія навсегда водвориться

[1]) Ср. Анненковъ,—„Мѣстожительство и безвѣстное отсутствіе“, въ Ж. Г. и У. П. 1893, 8.

„въ Бессарабіи“, а, слѣдовательно, такъ какъ онъ здѣсь пребывалъ только временно, то наслѣдованіе должно опредѣляться по I ч. X т. Это совершенно безспорно. Но Сенатъ поставилъ на свое разрѣшеніе общій вопросъ, какими законами должно опредѣляться наслѣдованіе послѣ умершаго по изданіи указа 1906 г., если онъ проживалъ въ мѣстности, состоящей на особыхъ правахъ, но числился приписаннымъ въ одной изъ внутреннихъ губерній? Сенатъ нашелъ [1]), что указъ ничего не измѣнилъ въ смыслѣ статей 1279 и сл. Мотивируется это такъ: 1, измѣненіе понятія о постоянномъ мѣстѣ жительства въ указѣ 1906 г. сдѣлано съ исключительною цѣлью уравненія сельскихъ обывателей въ правѣ свободнаго избранія себѣ мѣста постояннаго жительства съ лицами всѣхъ прочихъ состояній; 2, „такія же измѣненія понятія... дѣлались и прежде, но они... ни въ чемъ не измѣнили правилъ“ ст. 1279 и сл., „ибо и по настоящее время они остаются въ томъ же видѣ, въ какомъ были изданы при существованіи правила, по коему мѣстомъ водворенія должно почитаться... мѣсто записи въ.. книги“. Но, во-первыхъ, цѣль, ради которой сдѣлано измѣненіе понятія мѣста жительства, не имѣетъ никакого значенія въ вопросѣ о томъ, сохранилось ли прежнее понятіе или на его мѣсто стало новое; для юриста-догматика важно только то, что теперь въ *законѣ* мѣсто жительства значитъ не то, что прежде, цѣли же *законодателя* его не касаются. Во-вторыхъ, надлежало доказать, что, несмотря на это измѣненіе понятія со стороны указа 1906 г., эта lex posterior не могла измѣнить *понятія*, съ которымъ оперировалъ законодатель 1840 года; на это говорятъ, что измѣненія ничего не измѣнили, ибо правила оста-

[1]) Приступая къ разрѣшенію вопроса, Сенатъ слилъ воедино 1279 и сл. и 1287 и сл. Это была первая неправильность, потому что въ первой группѣ статей, которая одна только и имѣла значеніе въ данномъ дѣлѣ, ничего не говорится о „численіи въ Имперіи“, а говорится только объ уроженцахъ Имперіи; о „водворенныхъ постоянно и числящихся“ говоритъ только вторая группа статей, касающаяся губерній Царства Польскаго и Финляндіи. И потому не было никакого повода распространять на отношенія, къ которымъ можетъ быть примѣнено *бессарабское* право, статьи, предусматривающія возможность примѣненія *польскаго* права.

лись безъ измѣненія, т. е. допускается petitio principii. Правильно сказано, что не измѣнились *правила* 1279 и сл. и что по прежнему послѣ „временно пребывающихъ“ уроженцевъ наслѣдованіе опредѣляется законами мѣстности, откуда они уроженцы. Но, что „временное пребываніе“, какъ *юридическое понятіе*, осталось съ тѣмъ же смысломъ, что̀ и до 1906 г., можно утверждать только ratione imperii, но доказать это нѣтъ возможности. Всякое юридическое понятіе выводится изъ тѣхъ нормъ, которыя регулируютъ отношенія; измѣнились нормы, измѣняется и понятіе. Стоять на томъ, что понятіе „временнаго пребыванія“ осталось тѣмъ же, чѣмъ оно было, когда всѣ въ Россіи жительствовали у той или другой изъ полицейскихъ книгъ, значитъ выводить его изъ нормъ, которыя съ 1906 г. уже не дѣйствуютъ. Ссылка на то, что внѣшнимъ образомъ въ 1279 и сл. ничего не измѣнено, ничего не доказываетъ, потому что для того, чтобы 1279 не стояла въ противорѣчіи съ указомъ 1906 г., въ ней нечего и мѣнять, но только суду слѣдуетъ теперь подъ временнымъ пребываніемъ понимать то, что разумѣютъ подъ этимъ всѣ юристы, начиная съ римлянъ и кончая судебной палатой въ томъ же дѣлѣ. Можно поставить вопросъ такъ: что̀, если черезъ нѣсколько лѣтъ совсѣмъ отпадетъ паспортная система и никакихъ книгъ съ полицейскими записями въ Россіи не будетъ? Неужели тогда и понятіе „временнаго пребыванія“ утратитъ практическое значеніе? Міровоззрѣніе законодателя 1840 г. есть кусокъ исторіи; текстъ же 1279 и сл. есть орудіе, которое дается современному судьѣ для работы въ той обстановкѣ, которая создалась теперь, между прочимъ, и вслѣдствіе появленія указа 1906 г.

Появленіе въ будущемъ гражданскомъ уложеніи ст. 8 будетъ означать, что гражданскій правопорядокъ взялъ, наконецъ, подъ свою защиту тотъ общественный строй, въ которомъ каждый свободный человѣкъ имѣетъ свое постоянное мѣсто жительства не тамъ, гдѣ о немъ ведется запись въ цѣляхъ статистики и общественной безопасности, а тамъ, гдѣ онъ re et facto, cum animo manendi, обыкновенно живетъ; что индивидъ есть самостоятельная цѣнность, а не только

счетная или податная единица. Но текстъ 8 ПГУ. требуетъ переработки.

Въ немъ удачно выраженіе „признается“, потому что этимъ отмѣчается, что домициль условное или техническое понятіе, а не простое описаніе реальнаго факта. Напротивъ, большимъ дефектомъ слѣдуетъ считать, что текстъ 8 ПГУ. не содержитъ никакихъ указаній на свободу избранія мѣста жительства, какъ на критерій домициля. Человѣкъ постоянно или преимущественно живетъ въ извѣстномъ мѣстѣ,—этого для ПГУ. довольно, чтобы считать его здѣсь домицилированнымъ. Для будущихъ судей исчезаетъ поводъ не признавать наличности домициля въ тѣхъ случаяхъ (о нихъ рѣчь ниже), когда постоянное жительство въ данномъ мѣстѣ не добровольное, а вынужденное; нужно надѣяться на хорошую судебную практику, которая сама внесетъ критерій добровольности, между тѣмъ какъ лучше предупредить возможное шатаніе практики, прямо сказавъ то, что слѣдуетъ. Еще большимъ недостаткомъ 8 ПГУ. является то, что вмѣсто одного критерія она даетъ два альтернативныхъ: „... пребываніе *либо* ... управленіе его имущественными дѣлами“. Когда для процессуальныхъ цѣлей устанавливается альтернативный форумъ, въ домицилѣ или въ мѣстѣ нахожденія торговаго предпріятія, то это вполнѣ понятно. Но альтернативный домициль для цѣлей матеріальнаго права не можетъ быть ничѣмъ оправданъ. Такъ, лицо живетъ съ семьей постоянно въ Москвѣ исключительно на доходы отъ пріисковъ въ Сибири, гдѣ „сосредоточено управленіе его имущественными дѣлами“; если его матеріальноправовой домициль тамъ *либо* здѣсь, то отъ кого зависитъ сказать, гдѣ же онъ на самомъ дѣлѣ? Гдѣ считать открывшимся наслѣдство послѣ его умершей на Ривьерѣ жены, для которой, въ силу 9 ПГУ., *его* сибирскіе пріиски также должны, въ виду альтернативности 8 ПГУ., почитаться домицилемъ? Почему не возбудить производство о безвѣстномъ отсутствіи такого лица, согласно 12 ПГУ., въ судѣ по мѣсту пріисковъ, разъ и это—мѣсто для жительства? А если его назначатъ опекуномъ надъ чужимъ малолѣтнимъ, живущимъ въ Москвѣ, то по 10 ПГУ. домициль

опекаемаго будетъ на пріискахъ? Еще очевиднѣе несостоятельность этой альтернативности въ случаѣ конфликта съ иностраннымъ закономъ: если „управленіе имущественными дѣлами сосредоточено“ въ Парижѣ, гдѣ нашъ москвичъ играетъ на биржѣ чрезъ посредство мѣстнаго банкира,—то его домицилъ можетъ быть и въ Парижѣ? Ясно, что это „либо“ должно сдѣлаться источникомъ смуты тѣмъ самымъ, что оно выбрасываетъ критерій личнаго пребыванія или по крайней мѣрѣ тяготѣнія къ мѣсту и допускаетъ отождествленіе *жительства* лица съ мѣстомъ *управленія* его имуществомъ. Діоклетіанъ правильно отвергалъ возможность такого отождествленія даже для фискальныхъ цѣлей, l. 4 C. 10, 40 (39); для несравненно болѣе важныхъ матеріальноправовыхъ цѣлей оно и вовсе недопустимо. Оно и не имѣетъ себѣ прецедента ни въ одномъ изъ упоминавшихся выше уложеній,—ни въ 3066 остз. зак., ни въ 102 c. civ., ни въ 16 итал. с.с., ни въ 7 BGB., ни въ 23 ZGB.

Недосмотръ редакторовъ 8 ПГУ. находитъ себѣ объясненіе въ той позиціи, которую редакціонная комиссія заняла въ вопросѣ о допустимости двойного домициля.

VI.

По этому вопросу современные правопорядки рѣзко дѣлятся на двѣ группы,—одна допускаетъ возможность двойного домициля, другая признаетъ только одинъ домицилъ.

Правило о допустимости двойного домициля опирается на изреченія римскихъ юристовъ. L. 6 § 2 D. 50,1 Ульпіана уже упомянута выше; въ l. 27 § 2 D. 50,1 онъ, ничѣмъ свое рѣшеніе не мотивируя, говоритъ: „хотя это и трудно, но два домициля имѣть можно“. Павелъ же сообщаетъ о мнѣніи Лабеона, будто лицо, которое одинаково ведетъ дѣла въ нѣсколькихъ мѣстахъ, не имѣетъ домициля ни въ одномъ изъ нихъ, и о противоположномъ мнѣніи другихъ юристовъ, что такое лицо имѣетъ домицилъ въ нѣсколькихъ мѣстахъ; Павелъ присоединяется ко второму мнѣнію, l. 5 D. 50,1.

Изъ этихъ изреченій не видно, чтобы авторы ихъ заду-

мывались надъ выводами изъ признанія двойного домициля для матеріальнаго права. У римлянъ, какъ показано выше, двойной домициль означалъ всего только, что человѣкъ будетъ привлеченъ къ муниципальному обложенію въ двухъ мѣстахъ. Лабеонъ могъ думать: не много ли будетъ, если съ человѣка будутъ требовать tributa повсемѣстно, гдѣ онъ бываетъ по дѣламъ? не довольно ли того, что съ него берутъ по мѣсту origo? А Павелъ могъ разсуждать, что съ публичноправовой точки зрѣнія противъ многократнаго взиманія поборовъ ничего нельзя имѣть, разъ человѣкъ самъ идетъ на это. Не видно, чтобы Ульпіанъ и Павелъ задумывались надъ процессуальными послѣдствіями допущенія двойного домициля; приведенное выше изреченіе Гая, l. 29 D. 50,1, говоритъ о подсудности въ форумѣ originis и въ форумѣ домициля, а вовсе не о подсудности въ двухъ домицилях, и потому оно не можетъ быть использовано въ защиту принципа двойного домициля.

Какъ бы то ни было, изреченія, представляющія сами по себѣ только констатированіе соціальнаго факта двойной осѣдлости, попали въ Corpus iuris и сдѣлались законами. Съ такимъ юридическимъ значеніемъ они перешли въ пандектное право, и Савиньи, опираясь на нихъ, писалъ, что домициль „возможенъ одновременно относительно нѣсколькихъ городовъ, если лицо разсматриваетъ нѣсколько мѣстъ равномѣрно, какъ главные пункты своихъ отношеній и дѣлъ и, по мѣрѣ надобности, распредѣляетъ свое дѣйствительное пребываніе (p. 63)“. Но въ пандектномъ матеріальномъ правѣ домициль никакой роли не играетъ; фискальныя цѣли Савиньи не интересовали; слѣдовательно, онъ могъ имѣть въ виду только процессуальную цѣль,—двойную подсудность отвѣтчика.

Напротивъ, въ BGB. домициль получилъ значеніе и для матеріальноправовыхъ отношеній. Изъ „Мотивовъ“ перваго проекта BGB. видно, что комиссія усвоила правило о возможности двойного домициля, внутренно сомнѣваясь въ его цѣлесообразности, и только потому, что такова была традиція [1]). Она признаетъ, что это ведетъ къ осложненіямъ, что

[1]) Motive zu dem Entwurfe eines BGB. fur das Deutsche Reich, I, 1888, p. 71: „По природѣ вещи множественный домициль встрѣчается рѣдко. Тамъ, гдѣ

это не въ духѣ закона, но такъ было, и потому можно надѣяться, что судья справится съ осложненіями, которыя комиссія узаконяетъ, потому что такъ, хотя и рѣдко, но бываетъ въ жизни. Но что, если бы законодатель всегда узаконялъ все, что встрѣчается въ жизни? напримѣръ,... скрытую полигамію или поліандрію, которыя весьма нерѣдки въ современныхъ обществахъ? Что же касается логики, которая будто бы не страдаетъ отъ того, что *всѣ* мѣста оказываются *главными*, то куда послѣдовательнѣе былъ Лабеонъ, когда утверждалъ, что въ такихъ случаяхъ нѣтъ вовсе домициля. Прямого объясненія, зачѣмъ нужно признаніе множественности домициля со стороны закона, „Мотивы“ не дали.

Нѣтъ ничего удивительнаго, что это признаніе вызвало въ послѣдующей литературѣ BGB. стремленіе ослабить его послѣдствія и свести случаи дѣйствительно двойного домициля къ минимуму. Дернбургъ нашелъ, что нужно выдѣлить случаи перемѣннаго домициля, напр., врачъ практикуетъ зимою въ столицѣ, лѣтомъ въ курортѣ [1]). Но противъ этого высказались многіе [2]), потому что тогда для третьихъ лицъ является неувѣренность, въ какой моментъ считать наступившей перемѣну; напр., помѣщикъ живетъ то въ городѣ, то въ усадьбѣ; считаться съ перемѣной сезона или съ фактическимъ, быть можетъ, и случайнымъ, пребываніемъ? Большинство германскихъ юристовъ примирилось съ тѣмъ, что возможенъ двойной домициль, а слѣдовательно, и общая

это отношеніе кажется существующимъ, внимательное разсмотрѣніе часто обнаружитъ, что на самомъ дѣлѣ домициль только въ одномъ мѣстѣ. Нельзя согласиться съ мнѣніемъ, будто множественный домициль логически невозможенъ. Лицо можетъ легко дѣлить свое пребываніе между нѣсколькими мѣстами такъ, что *каждое* изъ нихъ равномѣрно является *главнымъ* мѣстонахожденіемъ его отношеній и дѣятельности, ни одно изъ нихъ не исключаетъ другого, ни одно не можетъ быть разсматриваемо какъ центръ только обособленнаго тѣснаго круга хозяйственной жизни. Точно такъ же недопустимо устраненіе осложненій, вытекающихъ изъ множественнаго домициля, тѣмъ, что *реальное отношеніе не признается* за таковое. Къ тому же осложненія, которыя возникаютъ главнымъ образомъ тамъ, гдѣ по тенденціи закона домицилемъ можетъ и должно быть обозначено только *одно* мѣсто, незначительны. Судьѣ нетрудно будетъ опредѣлить рѣшающее мѣсто по обстоятельствамъ случая въ согласіи съ духомъ закона“.

[1]) Dernburg, Das Bürgerliche Recht, 1906, p. 157.

[2]) Tuhr, Op. cit., p. 431, и цитированные у него.

подсудность, и исполненіе обязательства и т. д. въ двухъ мѣстахъ; надъ тѣмъ, насколько это соотвѣтствуетъ интересамъ самого того, кто юридически привязывается къ двумъ мѣстамъ одновременно, и общества въ цѣломъ, не задумывались.

На точкѣ зрѣнія, противоположной римско-германской, стоитъ прежде всего code civil [1]). 102 знаетъ только одинъ домициль,—тамъ, гдѣ у лица principal établissement. Законъ не говоритъ expressis verbis, что двойного домициля быть не можетъ, но французскіе юристы не сомнѣваются, что словомъ principal достаточно ясно сказано, что домициль — одинъ. Законодательный мотивъ высказанъ трибуномъ Malherbe'омъ въ засѣданіи законодательнаго собранія 23 ventose XI года: „каждый можетъ имѣть только одинъ домициль, хотя можетъ имѣть нѣсколько мѣстъ пребыванія; правило о единствѣ домициля предупреждаетъ ошибки и обманы, которые были возможны при дѣйствіи противоположнаго принципа, допускавшагося дореволюціонной практикой [2])". Изъ современныхъ французскихъ юристовъ Планіоль сочувствуетъ двойному домицилю BGB., но не объясняетъ, почему это лучше.

Какъ нельзя болѣе категориченъ швейцарскій ZGB: по 23 „никто не можетъ имѣть своего домициля одновременно въ нѣсколькихъ мѣстахъ". Оправдывается это „соображеніями цѣлесообразности", „заботой объ увѣренности оборота [3])". Законъ отвергаетъ *единовременный* множественный домициль, а комментаторы закона не допускаютъ возможности и *перемѣннаго* домициля. Въ странѣ сезонныхъ промысловъ случаи передвиженія врачей, лавочниковъ, продавщицъ, персонала гостиницъ и т. п. изъ курортовъ въ города и обратно весьма часты; и тѣмъ не менѣе домициль всѣхъ этихъ лицъ всегда будетъ признаваться только въ какомъ нибудь

[1]) Старое французское право допускало двойной домициль. D'Argentré, Commentarii in consuetudines ducatus Britanniae, Par. 1621, col. 28, art. 9, 5: duobus locis haberi domicilium potest, но, какъ примѣры, авторъ беретъ персидскаго царя, который проводилъ зиму въ Экбатанѣ, лѣто въ Вавилонѣ и т. п., и ничего изъ практики.

[2]) Dalloz, Répertoire, v. XVII, p. 376.

[3]) Kommentar zum Schweizerischen ZGB. von Egger etc., 1911, p. 77.

одномъ мѣстѣ, и все по тѣмъ же соображеніямъ цѣлесообразности.

И столь же категорично *англійское* право. „По нашему праву, говоритъ лордъ Hatherley въ руководящемъ рѣшеніи по дѣлу Udny v. Udny [1]), человѣкъ долженъ имѣть домицилъ и долженъ имѣть одинъ домицилъ“. Это незыблемое правило конфликтнаго права. Дайси [2]) говоритъ: если по смерти лица возникнетъ вопросъ, было ли оно домицилировано въ Англіи или въ Шотландіи, потому что отъ этого зависитъ примѣненіе къ порядку наслѣдованія послѣ него англійскаго или шотландскаго права, то судъ самымъ детальнымъ образомъ разслѣдуетъ, въ которой изъ двухъ странъ наслѣдодатель былъ домицилированъ, но ни за что не признаетъ, что онъ могъ быть домицилированъ въ обѣихъ [3]).

Редакторы ПГУ. оставили вопросъ о допустимости двухъ

[1]) 1869, L. R, 1 Sc. App., pp. 441, ss.

[2]) Dicey, op. cit. p. 98.

[3]) До упомянутаго рѣшенія у англійскихъ юристовъ было сомнѣніе, нельзя ли считать человѣка домицилированнымъ для разныхъ цѣлей одновременно въ разныхъ мѣстахъ; такъ, напр., завѣщательный или главный домицилъ могъ бы быть въ одномъ мѣстѣ, матримоніальный, судебный или политическій въ другомъ; тогда, напр., вопросъ о силѣ завѣщанія рѣшался бы по шотландскому домицилію, а о законности брака того же лица по германскому домицилію. Но и возможность такого двойного домицилія теперь рѣшительно отвергается, а тѣ случаи, когда представляется видимость особаго процессуальнаго или торговаго домицилія, объясняются такъ, что здѣсь имѣется простое пребываніе, достаточное для предоставленія нѣкоторыхъ правъ и возложенія обязанностей (напр., для привлеченія къ подоходному налогу), или пребываніе, достаточное для вызова на судъ по мѣсту пребыванія, не взирая на то, что домицилъ въ другомъ мѣстѣ. Но эти случаи отнюдь не имѣютъ того значенія, будто у лица два домицилія.

Впрочемъ, англійское право допускаетъ исключеніе при существованіи конвенціи на основаніи The Domicile Act, 1861, 24 v. 25 Vict. c. 121: тогда англичанинъ, хотя и домицилированный въ чужой странѣ и здѣсь умершій, почитается, въ отношеніи оставшагося послѣ него наслѣдства, все-же домицилированнымъ въ Англіи; тогда, если онъ былъ, напр., домицилированъ во Франціи, наслѣдованіе послѣ него въ движимомъ имуществѣ пойдетъ по англійскимъ законамъ; но вопросъ о томъ, могъ ли онъ узаконить своего внѣбрачнаго сына, будетъ и англійскимъ судомъ рѣшенъ по французскимъ законамъ. За этимъ изъятіемъ, англійское право, какъ конфликтное, такъ и матеріальное, признаетъ возможнымъ только одинъ домицилъ. Cf. Schirrmeister, Das bürgerliche Recht Englands, I, 1905, p. 24. Въ мотивахъ къ ПГУ. (изд. Тютрюмова) сообщенное на стр. 38 объ англійскомъ и сѣвероамериканскомъ правѣ не точно.

или только одного домициля безъ отвѣта въ текстѣ закона, но они обсуждали его. Изъ мотивовъ видно, что они нашли, что „установленіе правила о единствѣ мѣстожительства представляетъ извѣстныя удобства, въ особенности для примѣненія мѣстныхъ законовъ", но сочли „установленіе этого правила именно по вопросамъ о примѣненіи законовъ не безопаснымъ, потому что иностранецъ, хотя и проживающій въ Имперіи, при существованіи такого правила, всегда сталъ бы ссылаться на то, что у него есть мѣстожительство за границею". Но для примѣненія мѣстныхъ законовъ, т. е. для конфликтнаго права, правило о единствѣ домициля не то, что „удобно", а единственно возможно, потому что если мы начнемъ допускать, что, напр., французъ можетъ имѣть домициль и въ Швейцаріи, и въ Россіи, то по какому изъ двухъ законодательствъ будемъ мы обсуждать его имущественныя отношенія съ женою,—по швейцарскому или по русскому? Если допустить, что у этого француза былъ двойной домициль во время совершенія брака (9ПВД.), то получится неразрѣшимая коллизія. Ссылка же иностранца на то, что у него есть заграничный домициль, никакой „опасности" не представляетъ, потому что рѣшеніе вопроса, есть ли у него домициль въ Россіи, зависитъ отъ русскаго суда, который долженъ руководствоваться русскими законами для опредѣленія того, что есть домициль въ Россіи. „Означенныя соображенія", такимъ образомъ, ничего не говорятъ; но хуже то, что къ нимъ прибавляется: „вопросъ о мѣстожительствѣ, какъ вопросъ факта, естественно долженъ быть предоставленъ усмотрѣнію суда", а потому „проектъ не считаетъ нужнымъ установить правило о единствѣ мѣста жительства,... тѣмъ болѣе, что съ постепеннымъ развитіемъ... торговли и путей сообщенія подобное правило могло бы оказаться стѣснительнымъ и вреднымъ". Прежде всего, почему, если законодатель считаетъ возможнымъ допущеніе двойного домициля, онъ не исполняетъ своей прямой обязанности и не говоритъ этого, а взваливаетъ установленіе нормы на плечи судьи? Когда такое правило формулировано въ законѣ, судъ обязывается въ конкретномъ случаѣ рѣшить, имѣется

ли одинъ или два домициля; но, когда правила въ законѣ нѣтъ, судья можетъ вдохновиться тѣми же соображеніями, которыя руководили французскими и швейцарскими юристами, и объявить, что возможенъ только одинъ домициль. Кому полезно возможное вслѣдствіе умолчанія закона блужданіе судебной практики? А затѣмъ мотивъ о стѣснительности и вредности правила о единствѣ домициля есть плодъ недоразумѣнія. Вопросъ идетъ не о томъ, можетъ ли лицо жить, гдѣ ему вздумается; не о томъ, чтобы предоставить каждому *право* жительства въ любой мѣстности Имперіи, и не о томъ, чтобы воспретить ему имѣть осѣдлость въ нѣсколькихъ мѣстахъ одновременно; а о томъ, дѣлать ли юридическіе выводы изъ того, что лицо пользуется своимъ (скажемъ смѣло: естественнымъ) правомъ устраиваться по домашнему въ стольких мѣстахъ, въ сколькихъ ему это желательно. Это совсѣмъ разные вопросы. Полетъ творческой мысли редакторовъ сковывается памятью о паспортной системѣ и объ исключительныхъ положеніяхъ; но нельзя же думать, что наше отечество обречено на то, чтобы еще долгое время только мечтать о правовомъ порядкѣ и о гражданской свободѣ; паспортная система и всякія иныя ограниченія, навѣрное, черезъ нѣсколько лѣтъ исчезнутъ, и тогда *вопросъ* о правѣ жительства сдѣлается анахронизмомъ; но вопросъ о единствѣ домициля останется все тѣмъ же вопросомъ не свободы, а цѣлесообразности. Что сказали бы французскіе, швейцарскіе и англійскіе юристы, если бы ихъ упрекнули въ томъ, что, защищая принципъ единства домициля, они посягаютъ на свободу гражданина жить... ubi velit! И почему они, при „ихъ путяхъ сообщенія“, не только не находятъ этого правила стѣснительнымъ и вреднымъ, а, какъ-разъ наоборотъ, считаютъ его единственно цѣлесообразнымъ?

Все говоритъ за то, что вопросъ долженъ быть рѣшенъ въ пользу единства домициля. Съ точки зрѣнія конфликтнаго права это и не можетъ быть иначе: при двухъ домициляхъ неизвѣстно, по законамъ какой территоріи слѣдуетъ считать, что лицо находится въ безвѣстномъ отсутствіи, что послѣ него открылось наслѣдство, неизвѣстно, какъ регулировать

порядокъ наслѣдованія послѣ него, гдѣ учредить опеку, гдѣ объявить несостоятельность и т. д. И та же неувѣренность для правоотношеній, всецѣло подчиненныхъ одному туземному матеріальному праву: если, напр., у опекуна два домициля, то гдѣ же мѣстожительство опекаемаго (10 ПВД)? Два домициля являются въ гражданскомъ правѣ средствомъ злоупотребленій и шиканы совершенно такъ же, какъ и въ правѣ процессуальномъ. Тогда должнику, имѣющему домицили въ Москвѣ и въ Томскѣ, можно послать нотаріальное извѣщеніе въ Томскъ, когда онъ, завѣдомо для извѣщающаго, находится въ Москвѣ, чтобы ввести въ заблужденіе, создать, напр., поводъ для требованія неустойки; тогда кредитору, имѣющему домицили въ Петроградѣ и въ Ялтѣ, можно послать платежъ въ Ялту, когда онъ завѣдомо въ Петроградѣ, и обратно, чтобы затруднить ему полученіе платежа. Два домициля въ процессуальномъ правѣ значатъ, что можно вызвать на судъ въ любомъ изъ двухъ мѣстъ, и отвѣтчикъ не можетъ требовать переноса дѣла, какъ когда его застигли въ мѣстѣ пребыванія, а домициль у него одинъ. Тогда врача, который имѣетъ домицили въ Москвѣ и въ Ессентукахъ, можно вызвать зимою къ отвѣту во второмъ мѣстѣ, лѣтомъ въ первомъ, чтобы осуществить какое нибудь темное взысканіе, и т. п. Два домициля означаютъ не то, что лицо можетъ жительствовать въ любомъ изъ двухъ мѣстъ по своему усмотрѣнію, а то, что оно юридически привязывается для своихъ гражданскихъ правоотношеній одновременно къ двумъ мѣстамъ. Кому и на что это нужно [1])?

[1]) Совершенно особо стоятъ случаи, когда у лица торговое или промышленное предпріятіе въ другомъ мѣстѣ, чѣмъ его постоянное мѣсто жительство. Тогда есть полное основаніе выдѣлить правоотношенія, связанныя съ этимъ предпріятіемъ, и признать центромъ тяготѣнія для нихъ это мѣсто. Только не для чего называть это мѣсто домицилемъ, приравнивая его этимъ къ мѣсту, съ которымъ лицо связано своимъ физіологическимъ и духовнымъ существованіемъ. Выше показано, какъ съ такого рода случаями справляется англійская юриспруденція: она видитъ въ нихъ пребываніе, имѣющее для извѣстныхъ цѣлей тѣ же послѣдствія, что и домициль. Швейцарскій ZGB. 23 постановляетъ, что норма, запрещающая имѣть домициль одновременно въ нѣсколькихъ мѣстахъ, „не касается торговопромышленной (geschäftliche) осѣдлости“. При такой ясности положенія, не можетъ быть сомнѣній, гдѣ домициль жены и дѣтей, домициль опекаемаго‘

Изъ мотивовъ видно, что ПГУ. отнесъ къ числу законодательствъ, признающихъ двойной домицилъ, и наше дѣйствующее право,—а именно, 1285 ст. 1 ч. X т.; онъ понялъ ее такъ, будто наше законодательство узаконяетъ двойной домицилъ какъ-разъ тамъ, гдѣ это менѣе всего допустимо,—въ сферѣ конфликтовъ. Такое мнѣніе основано на поверхностной экзегезѣ текста 1285 ст. [1]). Изъ этой статьи явствуетъ обратное тому, что въ ней усмотрѣли редакторы ПГУ.: законодатель не признаетъ, а отвергаетъ юридическій выводъ изъ соціологическаго факта двойной осѣдлости. Если бы онъ признавалъ юридическую допустимость двухъ домицилей, то наслѣдованіе опредѣлялось бы для имущества, оставшагося въ каждомъ изъ домицилей, отдѣльно законами этого мѣста, а отнюдь не непремѣнно законами одного мѣста. 1285 ст. рѣшаетъ въ пользу законовъ *послѣдняго* домициля; Савиньи, наоборотъ, „не сомнѣвался“, что надо отдавать „предпочтеніе тому мѣсту, гдѣ домицилъ установленъ *сначала* (p. 101)“. Которое изъ этихъ двухъ рѣшеній правильнѣе de lege ferenda, вопросъ иной; объ этомъ рѣчь впереди; но только оба рѣшенія одинаково отвергаютъ возможность для права считаться съ тѣмъ, что умершій имѣлъ осѣдлость въ двухъ мѣстахъ. Въ противномъ случаѣ 1285 ст. или Савиньи усвоили бы то рѣшеніе, которое рекомендовалъ Павелъ Футъ: при двухъ домициляхъ не давать предпочтенія ни одному, а рѣшать по законамъ каждой территоріи для вещей, находящихся на ней [2]). Такимъ образомъ, единственный текстъ въ нашемъ дѣйствующемъ законодательствѣ, упоминающій о двойномъ

гдѣ открылось наслѣдство и т. д. Впрочемъ, дѣло не въ названіи: по французскому праву жена, ведущая торговлю, имѣетъ домицилъ для торговыхъ дѣлъ и несостоятельности, но сохраняетъ главный домицилъ мужа, Planiol, op. cit. p. 207.

[1]) 1285: „если умершій имѣлъ двойное мѣсто жительство, то раздѣлъ оставшагося послѣ него движимаго имущества... производится по законамъ того изъ сихъ двухъ мѣстъ, гдѣ умершій въ послѣднее время жизни пребывалъ“.

[2]) Pauli Voet, De statutis eorumque concursu, Brux., 1715, p. 256: si duobus in locis habuerit domicilium, alterum alteri non praevaliturum, atque adeo secundum statuta cuiusque loci mobilia ubi sita ex destinatione patris familias dirigenda esse. Подробно о Футѣ см. Брунъ, Очерки исторіи конфликтнаго права, М. 1915.

мѣстѣ жительства, только подтверждаетъ мысль о недопустимости двухъ домицилей. Отсутствіе въ нашемъ языкѣ техническаго термина привело къ тому, что упоминаніе о фактѣ жительства въ двухъ мѣстахъ понято было, какъ признаніе законности двойной привязки.

VII.

ПГУ. оставляетъ безъ упоминанія, какъ относится законъ къ случаю отсутствія осѣдлости. Выше уже объяснено, что отсутствіе осѣдлости еще не значитъ отсутствіе домициля: первое есть соціальный фактъ кочеванья, странствованія, бродяжничества, второе—юридическая санкція этого факта. Опять и по этому вопросу правопорядки расходятся.

Съ эпическимъ спокойствіемъ Ульпіанъ, l. 27 § 2 D. 50,1, говоритъ о возможности не имѣть домициля. Почему бы и нѣтъ, разъ юридически это значитъ только, что человѣкъ свободенъ отъ городскихъ повинностей сверхъ тѣхъ, которыя онъ уже несетъ по мѣсту origo? Процессуально это не опасно, потому что всегда можно позвать на судъ въ форумъ originis. Въ крайнемъ случаѣ это значитъ, что отвѣтчикъ долженъ явиться на судъ по мѣсту своего фактическаго, хотя бы и мимолетнаго, пребыванія. Для матеріальнаго права временъ Ульпіана отсутствіе домициля такое же безразличное явленіе, какъ и обладаніе имъ.

Въ пандектномъ правѣ то же индифферентное отношеніе къ вопросу. Савиньи въ своемъ описаніи прибавилъ къ примѣру Ульпіана еще два, и въ общемъ получились тѣ три, которые національзированы у Дайси (см. выше),—но только для иллюстраціи бездомности, а не отсутствія домициля. Вслѣдъ за пандектистами возможность отсутствія домициля признало и современное германское право. „Motive“ упрекаютъ французское и англійское право въ томъ, что они цѣною фикціи поддерживаютъ существованіе домициля, вопреки его отсутствію; но тутъ же замѣчаютъ, что законодательство вольно, когда это цѣлесообразно, объявлять рѣшающимъ *послѣдній* домициль (p. 70); какъ будто такое „объявленіе“

не есть само по себѣ фикція! Въ дѣйствительности и германское право вовсе не мирится съ отсутствіемъ домициля, какъ юридической привязки: когда лицо фактически переѣзжаетъ съ мѣста на мѣсто (быть можетъ, даже умышленно, чтобы уклониться отъ платежа налоговъ), то его подсудность и вообще мѣстонахожденіе, когда это нужно для его матеріально-правовыхъ отношеній, опредѣляются по мѣсту пребыванія; буде же оно неизвѣстно, то по послѣднему домицилю [1]). Казалось бы, что это именно и значитъ, что правопорядокъ не мирится съ отсутствіемъ домициля, когда ему нужна привязка лица къ какому нибудь мѣсту, и велитъ считать за домициль то, что самъ субъектъ за домициль не считаетъ: жительствовать въ одномъ мѣстѣ есть право, но имѣть домициль всякій обязанъ. Трудно понять, какъ при этихъ условіяхъ можно утверждать, что юридически отсутствіе домициля возможно.

Французскому, швейцарскому и англійскому праву слѣдуетъ поставить въ заслугу, что они лучше различаютъ соціальный фактъ и юридическую привязку. По французскому праву никто не можетъ быть безъ домициля. Это обыкновенно основываютъ на текстѣ 103 c. civ., которая говоритъ о *перемѣнѣ* домициля, а не объ утратѣ его; отсюда выводятъ, что можно свой домициль перемѣнить, но нельзя остаться безъ него. Возраженія Планіоля противъ господствующаго мнѣнія совсѣмъ неубѣдительны: говорятъ, молъ, что законъ не предусмотрѣлъ возможности утраты домициля; но развѣ законодатель предусматриваетъ все? Къ тому же онъ караетъ бродягъ; значитъ, онъ признаетъ состояніе бездомности (p. 212). Въ этихъ разсужденіяхъ спутываются соціальные факты съ юридическими нормами.

Швейцарскій ZGB. также предвидѣлъ возможность бездомности,—когда нѣтъ возможности доказать, что у лица былъ домициль когда либо въ прошломъ (странствующіе комедьянты, паяльщики, точильщики и т. п.); или когда лицо покинуло свой домициль за границей и не основало новаго

[1]) Tuhr, op. cit. p. 431.

въ Швейцаріи, 24 ZGB. Но законодатель не хочетъ съ такимъ состояніемъ считаться; въ такого рода случаяхъ „мѣсто пребыванія признается за домицилъ“; нужды нѣтъ, что у лица нѣтъ „намѣренія длительно оставаться“ въ этомъ мѣстѣ или нѣтъ здѣсь личныхъ связей [1]); закону нужно, чтобы у него былъ домицилъ, и онъ его имѣетъ вопреки своей волѣ. Нормально же „однажды основанный домицилъ лица остается въ силѣ до пріобрѣтенія новаго домициля“, 24 ZGB.

Наконецъ, въ англійскомъ правѣ признается „яснымъ“, „безспорнымъ“, „твердо установленнымъ“, что „никто не можетъ быть безъ домициля“ [2]). Для цѣлей конфликтнаго права иначе и быть не можетъ. Когда личный статутъ опредѣляется домицилемъ, какъ въ англійскомъ правѣ, то какъ опредѣлить, дѣеспособно ли лицо, каковы его семейственныя и наслѣдственныя права и т. д., если у него нѣтъ домициля? Оставалось бы признать это лицо стоящимъ внѣ законовъ гражданскаго права, т. е. выдать правопорядку testimonium paupertatis.

И такое же здравое рѣшеніе даетъ наше дѣйствующее конфликтное право, хотя поверхностное чтеніе текста можетъ вызвать мысль, будто, напротивъ, нашъ законъ допускаетъ отсутствіе домициля. 1284 ст. 1 ч. X т. говоритъ о лицахъ, „не имѣющихъ постояннаго мѣста жительства“, и подчиняетъ наслѣдованіе послѣ нихъ общимъ законамъ Имперіи. Смыслъ статьи тотъ, что отсутствіе постояннаго мѣста жительства— положеніе, закономъ не допустимое; оттого, игнорируя соціальный фактъ отсутствія осѣдлости, конфликтный законъ распространяетъ на такіе случаи дѣйствіе нормъ общеимперскаго матеріальнаго права. Въ томъ, что компетентнымъ объявлено общеимперское право, не было ничего обязательнаго; выборъ конфликтнаго законодателя могъ пасть и на другое матеріальное право (перваго домициля, послѣдняго домициля, мѣста пребыванія, и т. д.); но важно то, что пройти мимо факта бездомности и не подчинить лицо закону, какъ если бы у него домицилъ былъ, законъ не можетъ.

---

[1]) Kommentar etc. von Egger etc. p. 81.

[2]) Udny v. Udny, и ср. Dicey, op. cit. p. 97.

Нашъ ПГУ. долженъ быть, разъ мѣсто жительства призвано играть рѣшающую роль при коллизіи законовъ, пополненъ нормою о томъ, что никто не можетъ не имѣть его. Формулированіе такой нормы цѣлесообразнѣе, чѣмъ то, что дѣлаетъ германское право, создавая видимость возможности отсутствія домициля и заполняя пробѣлъ суррогатомъ домициля. Слѣдуетъ пойти вслѣдъ за французскимъ и англійскимъ правомъ; къ тому же этотъ путь уже подготовленъ нашимъ дѣйствующимъ правомъ въ понятіи „уроженства", 1279 ст. 1 ч. X т.

VIII.

Названные два правопорядка твердо стоятъ на томъ, что у лица не можетъ не быть домициля, хотя бы уже потому, что у всякаго человѣка есть *прирожденный* домицилъ, domicile d'origine, domicil of origin. Сочетаніе словъ, которое съ римской точки зрѣнія представляетъ безсмыслицу; однако, языкъ эволюціонируетъ, не сообразуясь съ послѣдующей критикой [1]). Нѣмецкій юристъ XVI в., Gail, повидимому, первый началъ противополагать d. originis и d. habitationis; первымъ терминомъ пользовались въ Германіи для обозначенія мѣста, гдѣ лицо имѣетъ *право* жительства, вторымъ—мѣста, гдѣ оно постоянно жительствуетъ [2]). Во французскомъ юридическомъ языкѣ терминъ встрѣчается въ концѣ XVI в. [3]). Code civil этого термина не употребляетъ, но комментаторы

---

[1]) Tomasius, цит. у Savigny, и самъ Савиньи, pp. 105 сл.

[2]) Gail говоритъ о d. originis,—quod ex ipsa natura naturaliter venit et tam ex propria quam parentis persona acquiritur; оно „de jure communi immutabile est"; а тотъ, кто его имѣетъ, есть civis originarius; цит. у Rehm, op. cit. p. 177.

[3]) D'Argentré, op. cit., col. 694, но онъ же рѣшительно противополагаетъ origo и domicilium: loco originis nusquam in foro considerationem habet, cum aliud domicilium proponitur (art. 218 gl. 6 n. 47), и потому онъ со свойственной ему прямолинейностью говоритъ col. 28: originis domicilium quod et naturale vocant, nullo in usu fori est, si aliud ullum est, et frustra tot paginas occupat in libris jurisconsultorum. Однако, у юриста XVIII в. Bouhier, Observations sur la Coutume du Duché de la Bourgogne, Oeuvres, 1746, I ch. 22 n. 3 p. 618, мы читаемъ: „природный домицилъ—домицилъ отца и матери; это тотъ, который юрисконсульты называютъ d. d'origine". Согласно Bouhier, человѣкъ предполагается всегда сохранившимъ этотъ домицилъ, пока не доказано, что онъ его измѣнилъ, l. c.

кодекса не сомнѣваются, что понятіе прирожденнаго домициля вполнѣ усвоено закономъ. Это явствуетъ изъ того, что 102 ст. опредѣляетъ, гдѣ у *каждаго* француза домицильї; значитъ, каждый его имѣетъ; и дѣйствительно, онъ имѣетъ по крайней мѣрѣ домициль своихъ родителей, потому что по 108 ст. малолѣтній имѣетъ его у своихъ отца и матери. Этотъ домициль сохраняется имъ и по достиженіи совершеннолѣтія или послѣ эмансипаціи на всю жизнь, доколѣ самъ не избралъ себѣ другого. Такой преемственный домициль имѣлъ и наполеоновскій солдатъ, всю жизнь проведшій въ походахъ; имѣютъ его и странствующій актеръ, и коробейникъ и т. д. Утратить его человѣкъ не можетъ, потому что 103 ст. говоритъ о перемѣнѣ домициля, а не о пріобрѣтеніи его лицомъ, которое его не имѣетъ; слѣдовательно, уже потому, что лицо не пріобрѣло новаго домициля, оно сохраняетъ domicile d'origine. Въ старой литературѣ утверждалось даже, что такой домициль сохраняется и французомъ, переселившимся за границу, потому что заграничный домициль не есть будто бы вовсе домициль съ точки зрѣнія французскаго закона [1]); въ этомъ взглядѣ, и по существу невѣрномъ, отражалось воспоминаніе о быломъ конфликтно-правовомъ значеніи домициля. Напротивъ, изъ современныхъ юристовъ у Планіоля (p. 212) настолько забыто это прежнее значеніе домициля, что онъ утверждаетъ, будто можно утратить домициль вовсе, ибо законъ говоритъ не то, что у лица есть домициль въ силу рожденія въ извѣстномъ мѣстѣ, а то, что дитя имѣетъ его у своего отца и матери; а значитъ, если у отца домициля нѣтъ (цыгане, странствующіе актеры), то нѣтъ его и у дѣтей. Въ этомъ сказывается уже отмѣченная склонность Планіоля смѣшивать соціальный фактъ съ юридической привязкой. Мнѣніе Планіоля не раздѣляется большинствомъ другихъ юристовъ, но и самъ онъ въ принципѣ повторяетъ то же, что говорилъ Bouhier за 150 лѣтъ до него: человѣкъ сохраняетъ прирожденный домициль, пока не основалъ себѣ новаго.

---

[1]) Demolombe, Cours de code Napoléon, I, n. 349 и возраженіе Dalloz, l. c.

Въ англійскомъ правѣ, въ связи съ конфликтно-правовымъ значеніемъ домициля вообще, d. of origin играетъ еще болѣе важную роль, чѣмъ во французскомъ. Изъ положеній, выставленныхъ въ рядѣ судебныхъ рѣшеній, явствуетъ, что каждое лицо получаетъ при рожденіи такой домициль: для законнорожденнаго при жизни отца—это домициль отца въ моментъ рожденія; для внѣбрачнаго и для постума—это домициль матери въ моментъ его рожденія; для подкидыша—это страна, гдѣ онъ найденъ. Существованіе этого домициля есть „фикція или предположеніе закона, не допускающаго возможности, чтобы человѣкъ былъ безъ домициля (Дайси)".

Важная особенность англійскаго права въ томъ, что этотъ прирожденный домициль только замираетъ на то время, когда лицо избрало себѣ другой домициль по своему усмотрѣнію, но не утрачивается вовсе; такъ что, если лицо, избравъ себѣ другой домициль, впослѣдствіи его покинетъ, то въ тотъ промежутокъ времени, пока оно не пріобрѣло новаго избраннаго домициля, оно не то, что сохраняетъ ранѣе избранный домициль, а снова становится привязаннымъ къ своему d. of origin: этотъ домициль каждое лицо имѣетъ въ резервѣ. Такъ достигается та цѣль, которую преслѣдуетъ правопорядокъ,—чтобы никто не былъ ни одной минуты безъ домициля. Прирожденный домициль, говорятъ англійскіе судьи, длится, доколѣ лицо не избрало само себѣ новаго домициля; onus probandi происшедшаго измѣненія лежитъ на томъ, кто его утверждаетъ; нужно доказать, что animo et facto лицо осуществило перемѣну домициля [1]). Въ процессѣ Bell v. Kennedy (1868) потомокъ шотландской семьи имѣлъ прирожденный домициль въ Ямайкѣ; достигнувъ совершеннолѣтія, онъ распродалъ свои помѣстья на Ямайкѣ и пріѣхалъ въ Шотландію, гдѣ и провелъ 1838 годъ, но еще не принявъ рѣшенія поселиться здѣсь окончательно; много лѣтъ спустя онъ дѣйствительно пріобрѣлъ шотландскій домициль, но спорный вопросъ,—былъ ли у него домициль въ Шотландіи *уже* 28 сентября 1838 г., палата лордовъ рѣшила отрицательно, вопреки его

[1]) Лорды Wensleydale и Cranworth въ процессѣ Aikman v. Aikman (1861), 3 Macq. 854, 877.

affidavit, но опираясь на его же письма отъ 1838 г., судьи нашли, что въ то время онъ animo былъ еще домицилированъ на Ямайкѣ. Слѣдовательно, покинуть прирожденный домициль можно, но только дѣйствительно основавъ новый. Въ то же время избранный домициль можно покинуть также съ тѣмъ, чтобы непремѣнно пріобрѣсти новый; но до момента этого пріобрѣтенія не продолжаетъ владѣть лицомъ прежній избранный, а на время перерыва овладѣваетъ имъ прирожденный домициль [1]). Въ процессѣ Udny v. Udny палата лордовъ рѣшила, что шотландецъ (по своему прирожденному домицилю), имѣвшій избранный домициль въ Англіи и покинувшій его, переѣхавшій во Францію, но безъ намѣренія основать здѣсь свой домициль, вернулъ себѣ въ моментъ оставленія Англіи свой шотландскій домициль.

Появленіе на территоріи законовъ 1 ч. X т. бѣженцевъ и выселенцевъ изъ Курляндіи и изъ польскихъ губерній дѣлаетъ актуальнымъ вопросъ, существуетъ ли прирожденный домициль и по нашему дѣйствующему праву? Если да, то на основаніи 1279 и слѣд. наслѣдованіе въ движимомъ имуществѣ не только послѣ самихъ бѣженцевъ и выселенцевъ, но и послѣ ихъ дѣтей, родившихся на территоріи 1 ч. X т., должно опредѣляться курляндскими или б. Царства Польскаго законами. А если 9, 11 и 13 ПВД. сдѣлаются законами раньше, чѣмъ эти дѣти достигнутъ совершеннолѣтія, то и ихъ семейственно-правовыя отношенія должны будутъ опредѣляться тѣми же мѣстными законами.

Для отвѣта на поставленный вопросъ необходимо прежде всего твердо установить значеніе термина „уроженецъ“ въ

[1]) Впрочемъ, по этому пункту существуетъ разногласіе. Westlake, A treatise on private international law, 1905, p. 336, 337, думаетъ, что, покинувъ избранный домициль ради новаго избраннаго же, лицо, уже до прибытія на новое мѣсто, пріобрѣтаетъ этотъ новый домициль. Дайси же настаиваетъ, что воскресаетъ прирожденный домициль. Напримѣръ, изъ Англіи эмигрируютъ домицилированные тамъ англичанинъ съ прирожденнымъ домицилемъ и шотландецъ съ избраннымъ англійскимъ домицилемъ. Если они во время переѣзда въ Америку погибнутъ, то наслѣдованіе послѣ перваго пойдетъ по англійскому закону, а послѣ второго—не по англійскому закону и не по американскому (какъ думаетъ Вестлейкъ), а по шотландскому закону,—потому что воскресъ его прирожденный шотландскій домициль.

1279 и слѣд. Разъясненіе, данное Гражд. Касс. Деп. 1899 № 15, что уроженецъ есть тотъ, кто родился въ данной мѣстности, и что подъ закономъ мѣста происхожденія въ 1294 слѣдуетъ разумѣть законъ мѣста появленія на свѣтъ, было слѣдствіемъ пользованія исключительно „грамматическимъ элементомъ толкованія". Неправильность рѣшенія, основаннаго на такомъ самоограниченіи однимъ источникомъ познанія предмета, показана въ прекрасной статьѣ Б. Э. Нольде [1]); къ тѣмъ соображеніямъ, которыя тамъ приведены, можно добавить, что въ западно-европейской судебной практикѣ и литературѣ считается безспорнымъ, что мѣсто рожденія, какъ совершенно случайное, никакого значенія для личнаго состоянія не имѣетъ, а важно то мѣсто, гдѣ родители имѣли домициль и потому нормально должны были бы находиться въ моментъ появленія дитяти на свѣтъ. Такъ думали голландскій статутарій XVII в., Іоаннъ Футъ [2]), французскій юристъ XVIII в. Потье [3]), сѣверо-американскій и нѣмецкій юристы XIX в. Стори [4]) и Савиньи [5]). Въ англійскомъ рѣшеніи 1801 г. судья Arden говоритъ: „рѣчь идетъ о прирожденномъ домицилѣ, а не о домицилѣ рожденія; я нигдѣ не нахожу авторитета, который придавалъ бы значеніе мѣсту рожденія; если сынъ англичанина родится въ пути, то его домицилемъ будетъ домициль его отца [6])", а Дайси (p. 106) иллюстрируетъ: если этотъ англичанинъ домицилированъ въ Америкѣ, а дитя родилось во время пребыванія родителей во Франціи, то его домициль въ Америкѣ. И, наконецъ, рѣшенію 1899 № 15, имѣвшему практическимъ послѣдствіемъ распространеніе русскаго закона на финляндскаго уроженца, можно противопоставить рѣшеніе

---

[1]) Нольде, Коллизія разномѣстныхъ законовъ о наслѣдованіи и т. д. въ „Вѣстникѣ Права", 1900, 7.

[2]) Ioh. Voet, Commentaries ad Pandectas, Hallae 1776 V, § 91: est autem originis locus, in quo quis natus est aut nasci debuit, licet forte re ipsa alibi natus est, matre in peregrinatione parturiente. Подробно о І. Футѣ Брунъ, Очерки исторіи конфликтнаго права.

[3]) Pothier, Coutume d'Orléans, ch. 1, art. 10, 12.

[4]) Story, op. cit. p. 43.

[5]) Savigny, op. cit. p. 41.

[6]) Somerville v. Sommerville (1801), цит. у Story, l. c.

Общ. Собр. 1895 г. 25/v, которымъ отвергнуто распространеніе польскаго закона на русскаго уроженца: „фактъ случайнаго рожденія въ Царствѣ Польскомъ не можетъ обратить его въ лицо не русскаго происхожденія“ [1]).

Можно бы замѣтить, что само по себѣ уроженство означаетъ только происхожденіе, origo; для отождествленія его съ domicilium originis потребны иныя основанія. Они и даны контекстомъ 1279, 1280, 1283 и 1294. Уроженство здѣсь противополагается временному пребыванію и отождествляется съ постояннымъ водвореніемъ, т. е. это привязка къ мѣсту, болѣе крѣпкая, чѣмъ временное пребываніе, и столь же крѣпкая, какъ постоянное водвореніе; но это и есть домициль. Остается послѣднее возраженіе, что законодатель 1840 г. не зналъ домициля въ римскомъ и въ современномъ значеніи слова; но выше уже упомянуто, что обращеніе къ міровоззрѣнію законодателя 1840 г. пріемъ неправильный въ рукахъ догматика: мы не сомнѣваемся, что облигаціи акціонерныхъ компаній и автомобили суть имущества движимыя, хотя при начертаніи 401 и 402 I ч. X т. подъ „обязательствами“ и „экипажами“ не могли разумѣться ни тѣ, ни другіе. Приписка не была критеріемъ домициля для Курляндіи уже на основаніи 3066 ст. Св. гражд. узак. губ. Приб. 1864 г. перестала имъ быть для всей Россіи отчасти послѣ положенія о видахъ на жительство 3 іюня 1894 г. и окончательно послѣ указа 5 окт. 1906 г.

Для польскихъ бѣженцевъ вопросъ осложняется тѣмъ, что 1287—1290 говорятъ не объ уроженцахъ, а о „постоянно водворенныхъ и числящихся“. Но это понятіе не противоположное уроженству, а болѣе обширное, включающее въ себѣ какъ тѣхъ, кто родился на территоріи польскихъ законовъ, такъ и тѣхъ, кто тамъ добровольно водворился. Въ 1843 г. еще различались, на основаніи грамоты 14 февраля 1832 г. и положенія 27 мая 1836 г., подданные Имперіи и подданные Царства Польскаго, и тогда постоянное водвореніе обусловливалось перечисленіемъ въ административномъ порядкѣ и вне-

[1]) Указъ 22 сентября 1895 г. № 9495, цитир. у Рейнке, Очеркъ русско-польскаго междуобластного частнаго права, стр. 24. Оттуда же взяты дальнѣйшія свѣдѣнія о польскихъ законахъ.

сеніемъ въ книги народонаселенія Царства, т. е. было тожественно съ натурализаціей. Законъ 26 іюня 1868 г. отмѣнилъ законъ 1836 г., но сохранилъ правило, что водвореніе совершается посредствомъ внесенія въ книги постояннаго народонаселенія; отъ этихъ книгъ отличаются „книги народонаселенія непостояннаго“, куда записываются „всѣ не-туземцы, а изъ туземцевъ тѣ, которые пребываютъ внѣ мѣста своего водворенія“. Въ 1874 г. было упразднено „намѣстничество, служившее внѣшнимъ признакомъ обособленности Царства“, въ 1875 г. распространено на губерніи бывшаго Царства дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ 1864 г., въ 1902 г.— положеніе 3 іюня 1894 г. о видахъ на жительство. По ст. 1 закона 1902 г. мѣстомъ постояннаго жительства для лицъ, вписанныхъ въ книги постояннаго народонаселенія, признается то, гдѣ каждый записанъ въ книгѣ. Уничтоженіе обособленности Царства должно было бы имѣть послѣдствіемъ то, что тожественное съ натурализаціей постоянное водвореніе означало бы впредь постоянное жительство или домициль, и ничего кромѣ. Такъ и посмотрѣлъ на дѣло Гражд. Касс. Деп. 1904 г. № 40: толкуя понятіе „постояннаго водворенія“ въ 1287 и слѣд., Сенатъ откинулъ стоящее рядомъ „численіе“ и, ссылаясь на 2 Положенія о видахъ на жительство 1894 и на 26 гражд. улож. Ц. П. 1825, призналъ, что численіе или запись въ дворянскихъ книгахъ одной изъ польскихъ губерній не имѣетъ значенія, когда лицо имѣетъ осѣдлость на территоріи I ч. X т.; слѣдовательно, постоянно водворенными въ б. Царствѣ Польскомъ слѣдуетъ считать тѣхъ, кто имѣетъ тамъ осѣдлость, а не тѣхъ только, кто тамъ числится по книгамъ постояннаго народонаселенія. Однако, Гражд. Касс. Деп. 1911 г. № 84 объявилъ предшествующее рѣшеніе ошибочнымъ и призналъ, что наслѣдованіе въ движимомъ имуществѣ должно опредѣляться не по мѣсту жительства, а по мѣсту водворенія, т. е. приписки; хотя бы лицо и имѣло осѣдлость и недвижимость во внутреннихъ губерніяхъ, но рѣшающее значеніе имѣетъ внесеніе въ книги постояннаго народонаселенія. При всемъ разногласіи обоихъ рѣшеній, ихъ практическій результатъ— одинъ и тотъ же: ограниченіе круга лицъ, на которыхъ про-

стирается дѣйствіе польскихъ законовъ. Но первое рѣшеніе дѣлало логическій выводъ изъ 2 полож. 1894 г. и предвосхищало указъ 5 окт. 1906 г., второе поддерживаетъ фикцію политической обособленности Царства. Если это рѣшеніе останется руководящимъ, то въ будущемъ для опредѣленія порядка наслѣдованія послѣ бѣженцевъ и выселенцевъ изъ Привислянскихъ губерній придется различать тѣхъ, кто былъ записанъ въ книгѣ постояннаго народонаселенія, и ихъ дѣтей, хотя бы родившихся уже на территоріи I ч. X т., и тѣхъ, которые не „числились“. Это различеніе не имѣло бы подъ собою почвы, если бы 13 ПВД. была уже теперь закономъ, потому что тогда уже не подлежало бы сомнѣнію, что рѣшаетъ не запись или численіе, а домициль. Правда, тогда для сомнѣній было бы основаніе въ текстѣ 8 ПГУ., если предположить, что онъ останется безъ измѣненій. Ниже показано, въ чемъ заключаются эти необходимыя измѣненія. Если они будутъ сдѣланы, то о рѣшеніи 1911 г. № 84 можно будетъ сказать, что оно не облегчило перехода къ будущему праву, а сдѣлало необходимымъ рѣзкій разрывъ съ прошлымъ.

IX.

Въ зависимости отъ того, придаетъ ли законодательство какое либо значеніе прирожденности домициля, стоитъ та квалификація, которую оно дѣлаетъ тому домицилю, о которомъ римлянинъ сказалъ ubi velit, а Савиньи—frei gewählt. Это для всѣхъ правопорядковъ *избранный* домициль, но для однихъ онъ ничѣмъ не связанъ съ прошлымъ, для другихъ онъ только замѣститель предшествующаго домициля. Оттого одни (напр., BGB.) говорятъ, что нужно, чтобы основать или прекратить домициль, другіе (напр., c. civ., итал. c. civ., англійское право)—что нужно, чтобы перемѣнить домициль. Но, будетъ ли домициль новымъ въ смыслѣ созданія или новымъ только въ смыслѣ замѣны стараго,—условія для признанія его наличности во всѣхъ упомянутыхъ правопорядкахъ одни и тѣ же. И у насъ? Отвѣтить на это утвердительно, опираясь только на тексты 204 уст. гражд. суд. и 2 уст. пасп., нѣтъ возможности, но для цѣлей,

которыя преслѣдуются этими законами, тотъ или другой отвѣтъ далеко не такъ важенъ, какъ для цѣлей гражданскаго и конфликтнаго права. И потому, когда 8 ПГУ такъ же точно оставляетъ вопросъ открытымъ, то это дефектъ редакціи, который, пока не поздно, долженъ быть устраненъ.

По всѣмъ разсматриваемымъ правопорядкамъ для признанія наличности домициля нужны два условія, и нужно притомъ совмѣстное существованіе обоихъ: это—(тѣлесное) пребываніе и (душевное) намѣреніе пребывать. Непремѣнное соединеніе обоихъ условій категорически требуется юристами разныхъ вѣковъ и странъ. Neque animus sine facto, neque factum sine animo ad id sufficiat, говоритъ Д'Аржантре (col. 28), и то же говорятъ англійскія судебныя рѣшенія XIX в. „Если существуетъ намѣреніе постоянно пребывать въ извѣстномъ мѣстѣ, то пребываніе во исполненіе этого намѣренія установитъ домициль"; „когда о лицѣ утверждаютъ, что оно покинуло свой прирожденный домициль и пріобрѣло новый, то необходимо показать, что были и factum, и animus; должно быть дѣйствіе, и должно быть намѣреніе"; „новый домициль пріобрѣтается не раньше, чѣмъ твердое намѣреніе установить постоянное пребываніе въ другой странѣ было приведено въ исполненіе дѣйствительнымъ пребываніемъ въ ней" [1]). Такъ объясняется слѣдующее рѣшеніе: природная англичанка пріобрѣла вслѣдствіе замужества домициль во Франціи; по смерти мужа она рѣшила вернуться въ Англію: она сѣла въ Кале на англійскій пароходъ, но внезапно захворала и, прежде чѣмъ пароходъ вышелъ изъ гавани, высадилась обратно на французскій берегъ и умерла нѣсколько мѣсяцевъ спустя, неоднократно выразивъ желаніе уѣхать въ Англію. Судъ призналъ, что она умерла съ французскимъ домицилемъ [2]). О совмѣщеніи двухъ элементовъ говорятъ и законодательные тексты: 103 c. civ. („фактъ реальнаго жительства" и „намѣреніе"), 23 ZGB („пребываетъ съ намѣреніемъ"). Каждый изъ обоихъ элементовъ требуетъ особаго анализа.

О характерѣ *пребыванія* согласно говорятъ юристы раз-

[1]) Bell v. Kennedy; Cockrell v. Cockrell (1856), 25 L. J. Ch. 730, 731.
[2]) In Goods of Raffenel (1863), 32 L. J. P. & M. 203, 204 per sir C. Cresswell.

ныхъ странъ: оно можетъ быть продолжительно или мимолетно, но оно должно выразиться въ личномъ присутствіи. Такъ понималъ это Потье, говоря: „какіе бы знаки своего желанія перенести домициль въ другое мѣсто лицо ни обнаружило, оно тамъ еще не домицилировано, пока фактически не основалось тамъ“ [1]); и такъ понимаетъ это Планіоль, настаивая на личномъ присутствіи, хотя бы для основанія домициля: недостаточно снять квартиру и отправить туда мебель; если человѣкъ лично не прибылъ на мѣсто, то въ случаѣ его смерти наслѣдство откроется не здѣсь (p. 211). Въ англійскомъ правѣ пребываніе опредѣляется, какъ „привычное физическое присутствіе (Dicey, p. 110)“; оно не должно быть продолжительнымъ: „если существуетъ намѣреніе постояннаго пребыванія, то, какъ бы ни было коротко самое пребываніе, оно создастъ домициль“ [2]). Ненужность долговременности пребыванія выяснена въ рядѣ рѣшеній швейцарскаго федеральнаго суда: если человѣкъ пріѣхалъ въ общину вмѣстѣ съ семьей, чтобы здѣсь жить, то онъ основалъ свой домициль въ этотъ самый моментъ; фактическое пребываніе послѣ того уже не нужно: коммивояжеръ, спортсменъ, музыкантъ, отельная прислуга имѣютъ домицили, несмотря на то, что возвращаются домой рѣдко и на короткое время; не нужно имѣть квартиру, достаточно имѣть комнату въ гостиницѣ; и даже бездомность не составляетъ препятствія. Но нужно личное пребываніе; представительство не допустимо, хотя возможны случаи, когда достаточно переѣзда семьи на жительство, потому что глава ея временно задержанъ въ другомъ мѣстѣ [3]).

Нужно пребываніе, разсчитанное на длительность или постоянство, и вотъ почему оно неразрывно связывается со вторымъ элементомъ,—*намѣреніемъ*. Сколь мало значитъ одно пребываніе безъ намѣренія, видно изъ французскаго рѣшенія по дѣлу Legof 1841: послѣ француза, умершаго во Франціи, осталось имущество въ колоніи; возникъ вопросъ, гдѣ откры-

[1]) Pothier, Introduction générale aux coutumes nº 14.
[2]) Bell v. Kennedy.
[3]) Egger, op. cit., p. 75.

лось наслѣдство. Судъ установилъ, что въ свое время наслѣдодатель, покинувъ свой прирожденный домициль во Франціи, перенесъ его въ колонію; пробывъ тамъ 30 лѣтъ, онъ въ продолженіе четырехъ высказывалъ въ своихъ письмахъ желаніе вернуться во Францію; но затѣмъ, женившись въ колоніи, онъ уже писалъ, что пріѣдетъ во Францію на воды, а когда дѣйствительно пріѣхалъ, то распорядился пріостановить высылку ему денегъ изъ колоніи. Судъ рѣшилъ, что наслѣдство открылось въ колоніи [1]). Сколь мало значитъ весьма продолжительное пребываніе, но также безъ намѣренія, видно изъ англійскаго рѣшенія In re Patience, 1885: шотландецъ провелъ послѣдніе 22 года жизни въ Англіи, но никогда не выражалъ намѣренія основаться въ Англіи; судъ призналъ, что онъ умеръ съ шотландскимъ домицилемъ [2]). И сколь мало значитъ пребываніе безъ намѣренія, которое само по себѣ предполаетъ наличность доброй воли, выбора, это разъяснено англійской юриспруденціей: когда пребываніе „диктуется внѣшней необходимостью (Udny v. Udny)“, тогда не можетъ быть рѣчи о намѣреніи; если человѣкъ, пребывая въ чужой странѣ, заболѣлъ и, откладывая свой отъѣздъ съ недѣли на недѣлю, въ концѣ концовъ остается въ ней годами,—онъ здѣсь домициля не создастъ. Добрая воля, безъ которой нельзя говорить о намѣреніи,—вещь, конечно, условная; это не есть свобода отъ мотивовъ, которые могутъ быть порою и очень принудительны: выборъ можетъ быть обусловленъ нуждою, болѣзнью, исканіемъ удовольствій,—но существенно не это, а то, что есть намѣреніе оставаться. И, наконецъ, англійскіе юристы требуютъ, чтобы намѣреніе было оставаться постоянно или въ теченіе неопредѣленнаго времени (indefinite), безъ ограниченія какимъ либо заранѣе намѣченнымъ срокомъ или достиженіемъ нѣкоторой опредѣленной цѣли: такъ, поѣздка въ Америку на 6 мѣсяцевъ, или до окончанія извѣстнаго дѣла, или пока не будетъ нажито состояніе,—не создаетъ домициля въ Америкѣ; если нѣтъ намѣренія поселиться въ странѣ навсегда или безсрочно, то

[1]) Dalloz, op. cit., p. 384.
[2]) In re Patience (1885), 29 Ch. D. 976.

можно 25 лѣтъ пробыть въ чужой странѣ и все-же сохранить прежній домициль. Если такъ важно, чтобы къ намѣренію не примѣшивалось какихъ либо оговорокъ относительно срока или условій пребыванія, то ясно, какъ рѣшали бы англійскіе судьи въ предстоящихъ въ нашей практикѣ случаяхъ смерти польскихъ бѣженцевъ во внутреннихъ губерніяхъ. Само собою разумѣется, что въ глазахъ тѣхъ же англійскихъ судей простое пребываніе должно превратиться въ домициль тотчасъ же, какъ только къ нему присоединится намѣреніе пребывать въ теченіе времени, не ограниченнаго срокомъ или условіемъ (Dicey). Этотъ вопросъ о безотговорочности или безсрочности намѣренія оставаться занимаетъ и швейцарскую юриспруденцію, но разрѣшается ею иначе, чѣмъ англичанами. „Длительность“, о которой говоритъ 23 ZGB., не значитъ непрерывность (immerwährend). Не требуется, чтобы намѣреніе было пребывать неопредѣленное время; возможно неопредѣленное намѣреніе въ неопредѣленномъ будущемъ опять покинуть мѣсто жительства,—это не исключаетъ намѣренія длительно оставаться: кто идетъ въ городъ съ опредѣленнымъ намѣреніемъ оставаться тамъ, пока сбереженія не позволятъ вернуться въ родную общину, тотъ имѣетъ домициль въ городѣ. Мало того: даже опредѣленное намѣреніе покинуть мѣсто въ опредѣленное время не исключаетъ намѣренія длительно оставаться, напр., намѣреніе оставаться въ университетскомъ городѣ до сдачи государственнаго экзамена; или—врачъ поселяется на годъ, чтобы испытать счастье, и т. д. Иначе говоря, намѣреніе длительно оставаться значитъ только намѣреніе оставаться не мимолетно [1]). Такимъ образомъ, швейцарская юриспруденція скорѣе признаетъ наличность домициля, чѣмъ англійская; это объясняется тѣмъ, что въ Швейцаріи привязка чрезъ домициль соперничаетъ съ привязкой къ родинѣ. Въ остальномъ и швейцарскіе юристы согласны, что важно не то, сколько длится пребываніе, а на сколь продолжительное время направлено намѣреніе оставаться.

---

[1]) Egger, op. cit., p. 76.

Какъ установить наличность намѣренія? Англійскіе судьи не останавливаются предъ трудностью провѣрки. Имъ, напр., недостаточно одного присяжнаго показанія самого того, кто о себѣ утверждаетъ, что у него такое намѣреніе было: въ одномъ дѣлѣ, гдѣ мужъ требовалъ развода, они не повѣрили его affidavit, будто онъ поселился въ Англіи съ намѣреніемъ остаться [1]). И точно такъ же швейцарскіе юристы говорятъ, что важно не *субъективное* намѣреніе, потому что наличность домициля опредѣляется не произволомъ субъекта; нужно, чтобы соединеніе лица съ мѣстомъ было таково, чтобы можно было, не считаясь съ тѣмъ, что говоритъ самъ субъектъ, а только съ тѣмъ, что сказалъ бы добросовѣстный наблюдатель дѣлового оборота (nach Treu und Glauben), заключить о наличности намѣренія.

Итакъ, для установленія домициля нужно соединеніе двухъ условій; недостаточно одного изъ нихъ, и не нужно ничего другаго (Dicey). Въ одномъ случаѣ англичанинъ жилъ много лѣтъ въ Гамбургѣ при обстоятельствахъ, которыя свидѣтельствовали, что у него тамъ домициль, а затѣмъ, прибывъ на короткое время въ Англію, онъ составилъ завѣщаніе, въ которомъ объяснилъ, что онъ не намѣревается отказываться отъ своего прирожденнаго англійскаго домициля; судъ нашелъ, что сохранить прирожденный домициль зависитъ не отъ его воли, что его желаніе равносильно желанію имѣть два домициля и что его домициль только въ Гамбургѣ [2]). Намѣреніе не должно быть направлено на основаніе домициля, т. е. на юридическій результатъ пребыванія съ намѣреніемъ; этотъ результатъ не зависитъ отъ намѣренія, а отъ закона, и потому онъ наступаетъ и тогда, когда лицо не хочетъ, чтобы явился домициль, но когда есть намѣреніе остаться [3]). Другими словами, домициль есть привязка, возникновеніе которой зависитъ отъ свободнаго усмотрѣнія лица, но эта свобода относится только къ возникновенію соціальнаго факта жительства въ избранномъ мѣстѣ,

[1]) Manning v. Manning, L. R. 2 P. & D. 223, цит. у Foote, op. cit. p. 56.
[2]) In Re Stern, 28 L. J. Ex. 22.
[3]) Stevenson v. Masson; Bradford v. Young; цит. у Foote, op. cit., p. 56, 57.

а отнюдь не къ созданію самой привязки, признаваемой правопорядкомъ за домицилъ: отъ лица зависитъ поселиться тамъ, а не здѣсь, но не отъ него зависитъ, чтобы правопорядокъ считалъ образовавшееся отношеніе къ территоріи за домицилъ. Отсюда, если, напр., правопорядокъ не допускаетъ возможности основанія домициля безъ прекращенія уже существующаго, то, какъ бы сильно ни было желаніе лица считать себя домицилированнымъ въ новомъ мѣстѣ, это ему не поможетъ: онъ останется „крѣпокъ“ первому домицилю, какъ былъ крѣпокъ землѣ крестьянинъ до освобожденія. И по той же причинѣ лицу остается только преклониться предъ правопорядкомъ, если послѣдній велитъ относить его къ такой категоріи лицъ, которыя, обладая и психологической волеспособностью, и экономической независимостью, были бы вполнѣ способны избрать себѣ мѣсто жительства, но которыя велѣно почитать неспособными имѣть иной домицилъ, кромѣ того, какой имъ присвоиваетъ самъ законъ,—напр., жена и дѣти. О такихъ лицахъ говорятъ, что у нихъ не добровольный, а легальный домицилъ.

Не давая никакихъ указаній на то, что для бытія домициля нужно сочетаніе двухъ элементовъ,—пребыванія и намѣренія,—8 ПГУ. упрощаетъ работу будущихъ судей, поощряя ихъ отождествлять пребываніе безъ намѣренія съ домицилемъ, т. е. постановлять неправильныя рѣшенія. Остается надежда на то, что суды сами создадутъ хорошую практику, внеся въ опредѣленіе, данное въ законѣ, требуемое различеніе. Въ интересахъ экономіи силъ и для предотвращенія болѣзненно отзывающагося на тяжущихся колебанія практики необходима новая редакція 8 ПГУ. Ниже будетъ видно, насколько это важно въ конфликтно-правовомъ отношеніи.

X.

Правило, которымъ открывается 9 ПГУ., что „мѣстомъ жительства жены признается мѣсто жительства мужа“, само по себѣ старо, какъ всѣ полигамическія и моногамическія общества; оно формулировано римлянами въ l. 38 § 3 D. 50, 1, воспроизводится въ тѣхъ же выраженіяхъ 3070 Св. гражд.

узак. губ. Приб., повторяется 108 c. civ., 10 BGB., 25 ZGB., въ англійскихъ судебныхъ рѣшеніяхъ, выдекаетъ для нашего дѣйствующаго права изъ 103 зак. гражд.,—словомъ, принадлежитъ къ числу нормъ, которыя, вѣроятно, безъ возраженій вошли бы въ проблематическій кодексъ всемірнаго гражданскаго права. Но въ 9 ПГУ. это правило сопровождается такимъ исключеніемъ, которое не имѣетъ себѣ подобія ни въ одномъ изъ упомянутыхъ правопорядковъ; встрѣчается ли оно вообще гдѣ-нибудь, намъ неизвѣстно. Для оцѣнки этого исключенія необходимо разсмотрѣть основаніе и смыслъ правила.

Въ наше время это правило мотивируется нѣсколько иначе, чѣмъ даже сто лѣтъ тому назадъ. Такъ, 108 c. civ. основана, по мнѣнію французскихъ юристовъ, на 214, по которой „жена обязана жить съ мужемъ и слѣдовать за нимъ всюду, гдѣ онъ сочтетъ умѣстнымъ пребывать“, а швейцарскіе юристы видятъ основаніе 25 ZGB. только косвенно въ томъ, что бракъ есть по существу нераздѣльное общеніе жизни; рѣшающее значеніе имѣетъ въ ихъ глазахъ то, что такъ фактически складывается большинство отношеній и что это необходимо въ интересахъ гражданскаго оборота (Egger, p. 82). Но у всѣхъ западно-европейскихъ юристовъ остается непоколебимымъ воззрѣніе, что правило это изъ тѣхъ, которыя privatorum pactis mutari non possunt. Такъ, во французской литературѣ и въ судебной практикѣ неуклонно проводится принципъ, что отдѣльное жительство жены, хотя бы съ согласія мужа, не создаетъ для нея самостоятельнаго домициля. При этомъ не имѣетъ никакого значенія имущественный режимъ супруговъ, такъ что, даже если предбрачнымъ договоромъ установлена раздѣльность имуществъ, домициль жены остается у мужа, потому что жить съ нимъ она обязана при всѣхъ режимахъ. Отсюда, изъ ряда судебныхъ рѣшеній на протяженіи столѣтія видно, что по иску о разводѣ мужъ-истецъ обращается въ судъ своего домициля, хотя жена съ его согласія живетъ въ другомъ мѣстѣ; что третье лицо обращается къ ней съ искомъ въ домицилѣ мужа, хотя ея, съ согласія мужа, здѣсь нѣтъ; что наслѣдство послѣ нея открывается въ домицилѣ мужа, хотя она умерла не здѣсь [1]).

[1]) Dalloz, op. cit, p. 397; Baudry-Lacantinerie, op. cit. I n. 978 и цитаты; Planiol, op. cit. I p. 206.

Изъ недавнихъ случаевъ можно отмѣтить рѣшеніе 1907 г.: супруги домицилированы въ Голландіи; между ними состоялось соглашеніе, что она уѣдетъ, куда хочетъ, въ ожиданіи развода; *живя въ Парижѣ*, она предъявляетъ къ третьему лицу искъ о деньгахъ; отвѣтчикъ требуетъ cautio judicatum solvi; она защищается тѣмъ, что ея *домицилъ въ Голландіи*, а потому на нее распространяется гаагская конвенція 14 ноября 1896 г.; судъ признаетъ ея возраженіе правильнымъ [1]). Такимъ образомъ, для французскаго права безспорно, что фактически жена можетъ жить, гдѣ обоимъ супругамъ угодно, но ихъ соглашеніе не можетъ измѣнить правила 108 c. civ., что ея домицилъ только у мужа.

И совершенно то же выводится германской юриспруденціей изъ 10 BGB. Жена имѣетъ легальный домицилъ, который всегда тамъ, гдѣ домицилъ мужа. „Этотъ домицилъ жены исключителенъ и относится къ числу принудительныхъ нормъ; жена и съ согласія мужа не можетъ основать самостоятельнаго домициля; отступающіе отъ этого договоры между супругами недѣйствительны“. Не имѣетъ значенія, гдѣ жена фактически живетъ: нормально мужъ опредѣляетъ, гдѣ имъ жить (Wohnort) и въ какой квартирѣ, 1354 BGB., но жена не обязана ему повиноваться, если въ этомъ лежитъ злоупотребленіе супружескимъ правомъ; кромѣ того, судъ можетъ разрѣшить раздѣльное жительство на время процесса о разводѣ. И все-таки легальный домицилъ жены остается въ домицилѣ мужа [2]).

И по англійскому праву домицилъ жены остается у мужа, невзирая на то, что фактически они живутъ отдѣльно [3]), что супруги разъѣхались по взаимному согласію [4]), что мужъ ведетъ себя настолько дурно, что ему отказали бы въ искѣ о возстановленіи супружеской жизни [5]). Въ одномъ случаѣ супруги-англичане разъѣхались добровольно, а затѣмъ получили въ шотландскомъ судѣ разводъ, который, однако, съ точки зрѣнія англійскаго права былъ недѣйствителенъ; жена переселилась во Францію, гдѣ, считая себя свободной, вышла за француза, а первый ея мужъ остался въ Англіи и пере-

[1]) Tribunal de la Seine, 11 janvier 1907, Journal Clunet 1907, p. 749.
[2]) Tuhr, op. cit. p. 432.
[3]) Warrender v. Warrender (1835), 2 Cl. and F. 488.
[4]) Dolphin v. Robins (1859) 7 H. of L. cases on appeals etc., pp. 390—423.
[5]) Yelverton v. Yelverton (1859), 1 Sw. and Tr. 574.

жилъ ее. Когда она умерла во Франціи, судъ призналъ, что ея домицильъ въ день смерти былъ въ Англіи, а не во Франціи [1]).

По сравненію съ разсмотрѣнными тремя правопорядками швейцарскій ZGB. содержитъ нововведеніе. Въ принципѣ и онъ обязываетъ считать, что жена раздѣляетъ домицильмужа; даже если этотъ домицильзаграницей, а жена осталась въ Швейцаріи, то ея домицильтамъ, а не здѣсь; даже если у мужа не добровольный домицильнапр., онъ отданъ подъ опеку и потому считается домицилированнымъ тамъ, гдѣ опекунское учрежденіе,—домицильжены тамъ же. Новизна состоитъ въ томъ, что жена можетъ имѣть самостоятельный домицильесли она „получила право жить раздѣльно“. Ново это потому, что до введенія ZGB. не только фактическираздѣльная жизнь, но также и судебное разлученіе не отмѣняло привязки жены къ домицилю мужа. Право жить раздѣльно можетъ предоставить женѣ только судъ, 169 ZGB. и сл. Но одинъ изъ комментаторовъ думаетъ, что такое право можетъ принадлежать женѣ уже прежде, чѣмъ судья высказался, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ судебное опредѣленіе постановляется послѣ разъѣзда. Кромѣ того, замѣчаетъ тотъ же комментаторъ, такое право возможно и безъ судебнаго опредѣленія, напр., если мужъ далъ свое согласіе на раздѣльную жизнь или супруги не съѣхались вновь послѣ судебнаго разлученія на срокъ; но тутъ же оговаривается, что, конечно, нельзя договоромъ отказаться отъ супружеской совмѣстной жизни или отъ возсоединенія. „Впрочемъ,—продолжаетъ онъ,—такого рода соглашенія отнюдь не лишены всякихъ юридическихъ послѣдствій; во всякомъ случаѣ мужъ не въ правѣ позвать жену назадъ не во время, а до тѣхъ поръ жена имѣетъ право жить отдѣльно, по крайней мѣрѣ въ томъ смыслѣ, что въ этомъ нѣтъ никакого правонарушенія (Egger, p. 83)“, т. е. во всякомъ случаѣ не въ томъ смыслѣ, что у нея будетъ вслѣдствіе этого самостоятельный домицильи.

Итакъ, нигдѣ законодатель или замѣняющая его судебная практика не допускаютъ, чтобы жена могла имѣть самостоятельный домицильпросто съ согласія мужа. Тѣмъ неожиданнѣе вторая часть 9 ПГУ.: „жена можетъ избрать отдѣльное отъ мужа мѣсто жительства съ согласія мужа“. Откуда это

[1]) Le Sueur v. Le Sueur (1877), 1 P. D. 139.

и къ чему это? Гдѣ ratio juris? Это постановленіе идетъ въ разрѣзъ съ 234 ПГУ., по которой „супруги *обязаны* жить вмѣстѣ"; по 9 отъ мужа зависитъ освободить жену отъ обязанности, возлагаемой на нее закономъ; эта обязанность превращается въ договорное обязательство, въ простой коррелатъ требованія мужа; отъ принудительности, характерной для всякой семейственноправовой нормы, не остается и слѣда; санкціонируется договоръ, запрещенный по 265: „раздѣльное жительство супруговъ не можетъ быть разрѣшено (судомъ) на основаніи одного лишь ихъ о томъ соглашенія". Легко понять, что́ *хотѣли* сказать составители 9 ПГУ. Въ странѣ, гдѣ еще существуетъ паспортная система, важно не лишать мужа права давать женѣ отдѣльный видъ на жительство, и, можетъ быть, даже не лишнее сказать, что публичная власть не имѣетъ права препятствовать супругамъ жить врозь, если они почему-либо этого хотятъ. Но, при начертаніи законовъ о домицилѣ, нѣтъ никакой надобности вспоминать о свободѣ самоопредѣленія супруговъ; нечего подсказывать супругамъ то, что они и сами знаютъ,—что, буде они этого хотятъ, они могутъ жить врозь; это напоминаніе не болѣе умѣстно въ законѣ, чѣмъ противоположное о любви и угожденіи въ 106 зак. гражд. Вопросъ совсѣмъ въ другой плоскости. Зачѣмъ законодатель вообще занимается домицилемъ?—Потому, что на извѣстнаго рода отношеніи лица къ мѣсту строится привязка, имѣющая юридическія послѣдствія не только для самого индивида, но и для третьихъ лицъ. Почему законъ говоритъ, что домициль жены тамъ, гдѣ мужъ? Вовсе не для того, чтобы мужъ обязанъ былъ пустить къ себѣ въ домъ жену, а потому, что фиксація домициля важна для третьихъ лицъ и для общества въ цѣломъ. Всѣ заинтересованныя лица, частныя или органы власти, должны знать, гдѣ лицо находится по закону. На мѣсто твердаго правила, гарантирующаго всѣмъ ясность положенія, ПГУ. вводитъ норму, слѣдствіемъ которой должна быть смута въ гражданскихъ отношеніяхъ.

Это всего очевиднѣе на почвѣ конфликтнаго права: „съ согласія мужа" домициль жены можетъ быть заграницей, а тогда на основаніи 3 ПВД. наслѣдованіе послѣ нея должно по 13 ПВД. опредѣляться иностранными законами; дѣйствіе русскихъ или иностранныхъ законовъ, или же общеимперскихъ, или финляндскихъ, польскихъ, остзейскихъ, бессараб-

скихъ, ставится въ зависимость отъ согласія или несогласія мужа. Въ сферѣ гражданскихъ отношеній недобросовѣстнымъ супругамъ открывается возможность обманывать своихъ кредиторовъ: женѣ стóитъ переѣхать изъ общей квартиры въ гостиницу, предъявить кредитору „согласіе“ мужа,—и ея имущество въ общей квартирѣ неприкосновенно, напр., для взысканія подоходнаго налога. И, наконецъ, этимъ согласіемъ создается доходная статья для мужа-притѣснителя; если его поведеніе только не перевалило за рубежъ того, когда жена получаетъ право требовать разлученія по суду, то согласіе будетъ предметомъ торга, между тѣмъ какъ хорошій мужъ и самъ не станетъ держать жену противъ ея воли; справедливѣе было бы вовсе уничтожить правило, что домицилъ жены у мужа. Словомъ: согласію мужа въ этомъ вопросѣ дѣлать нечего: домицилъ жены долженъ опредѣляться закономъ, а не усмотрѣніемъ мужа.

Иное слѣдуетъ сказать о п. 2 той же 9 ПГУ.: „въ случаѣ разрѣшенія судомъ раздѣльнаго жительства“. Вопросъ о самостоятельности домициля жены при этомъ условіи прошелъ въ исторіи европейской юриспруденціи нѣсколько этаповъ. До сихъ поръ онъ остается спорнымъ въ англійскомъ правѣ [1]). Во Франціи сперва судебная практика, а затѣмъ и законъ 6 февраля 1893 г. признали, что въ случаѣ séparation de corps жена перестаетъ имѣть свой легальный домицилъ у мужа. Кромѣ того, если мужъ интердицируется, то по 108 его домицилъ у опекуна; если опекуномъ назначено лицо постороннее, то онъ можетъ заставить опекаемаго жить у него, но не можетъ принудить къ этому его жену; вслѣдствіе этого у жены, думаетъ Планіоль, является самостоятельный домицилъ [2]). Въ Германіи BGB. не содержитъ особаго

[1]) Въ процессѣ Dolphin v. Robins (1859) 7 H. L. c. 390, двое изъ судей разошлись во взглядахъ: лордъ Cranworth нашелъ, что, основавъ послѣ разлученія собственный home, жена имѣетъ самостоятельный домицилъ, а лордъ Kingsdown возразилъ, что онъ въ этомъ не увѣренъ и что вопросъ долженъ быть рѣшенъ особо палатою лордовъ. Это происходило въ 1859 году, и съ тѣхъ поръ дѣло не подвинулось. Dicey, op. cit. p. 133; Schirrmeister, op. cit., p. 28.

[2]) Какъ курьезъ, Планіоль отмѣчаетъ, что, если опекуншей назначена жена, то у мужа оказывается домицилъ у жены-опекунши, p. 208.

постановленія о послѣдствіяхъ разлученія; предполагается яснымъ само собою, что, какъ и при разводѣ, у жены будетъ самостоятельный домициль. Но законъ знаетъ другое исключеніе: „если мужъ основываетъ свой домициль заграницей въ такомъ мѣстѣ, куда жена за нимъ не слѣдуетъ и не обязана слѣдовать, то она его домициля не раздѣляетъ, 10; не обязана же она слѣдовать за нимъ тогда, когда въ его требованіи ѣхать за нимъ заграницу лежитъ злоупотребленіе своимъ правомъ, 1354. Тогда она можетъ основать самостоятельный домициль, какъ и всякое другое независимое лицо, 7. И то же, если у мужа нѣтъ собственнаго домициля, 10. Наконецъ, швейцарскій ZGB. даетъ женѣ право имѣть самостоятельный домициль, если домициль мужа неизвѣстенъ или если она получила право жить раздѣльно; въ чемъ тутъ новизна, сказано выше.

Нашъ ПГУ. заимствуетъ въ п. 2 изъ французскаго кодекса постановленіе 108 въ редакціи 1893 г., и въ п. 3 изъ BGB. исключеніе ст. 10, такъ что оригинальность его ограничивается п. I („съ согласія“), и крайне неудачно.

Если это останется такъ и въ законѣ, то конфликты съ иностранными законами возрастутъ въ числѣ; для цѣлей конфликтнаго права крайне важно сохраненіе той опредѣленности, которая вытекаетъ изъ основного правила ст. 9. Образцомъ такой опредѣленности можетъ служить правило англійскаго права о домицилѣ вдовы или разведенной жены: та и другая имѣютъ право основать самостоятельный домициль, но, пока это право не осуществлено, сохраняется домициль мужа. Дайси иллюстрируетъ: англичанка была замужемъ за нѣмцемъ, домицилированнымъ въ Германіи; послѣ его смерти она покидаетъ Германію безъ намѣренія вернуться; тѣмъ самымъ возстанавливается ея англійскій домициль (p. 135). Не меньшимъ дефектомъ страдаетъ и слѣдующая статья 10 ПГУ.

XI.

Всѣ входящіе въ кругъ нашего разсмотрѣнія правопорядки одинаково признаютъ, что у несовершеннолѣтнихъ

дѣтей нѣтъ отдѣльнаго отъ родителей домициля. Основаніе этого правила лежитъ въ подчиненности дѣтей родительской власти. Но 11 BGB. представляетъ ту особенность, что легальный домициль имѣютъ у родителей дѣти вообще, хотя бы и совершеннолѣтнія, доколѣ они не основали собственнаго домициля; мотивируется это тѣмъ, что ихъ интересы тѣсно связаны съ родительскими, и разрывъ домицилей противорѣчилъ бы идеѣ семейной связи [1]).

Зависимость дѣтскаго домициля отъ родительскаго выражается въ томъ, что мѣсто, гдѣ дитя фактически живетъ, не имѣетъ значенія. Германскій юристъ [2]) такъ же, какъ и англійскіе судьи [3]), одинаково полагаютъ, что перемѣна домициля отца влечетъ за собою перемѣну домициля дитяти, хотя бы дитя жило не съ отцомъ и осталось на прежнемъ мѣстѣ. Выше показано, что германское право допускаетъ возможность оставленія отцомъ домициля безъ немедленнаго пріобрѣтенія имъ новаго; что, напротивъ, англійское право такой возможности не допускаетъ; но по обоимъ правамъ легальный домициль дитяти остается прежній, пока отецъ не пріобрѣтетъ новаго. Въ одномъ случаѣ отецъ-англичанинъ эмигрировалъ въ Америку, оставивъ десятилѣтняго сына въ школѣ въ Англіи; послѣ того, какъ отецъ пріобрѣлъ домициль въ Америкѣ, у сына, который никогда тамъ не былъ и, быть можетъ, никогда не будетъ, образовался домициль въ Америкѣ [4]).

Если оба родителя живы и живутъ вмѣстѣ, то вопроса нѣтъ. 108 c. civ., напр., говоритъ: „не эмансипированный малолѣтній имѣетъ свой домициль у своихъ отца и матери“. То же гласитъ 25 ZGB. Но, если родители живутъ врозь, и у матери собственный домициль, и дѣти живутъ съ нею?—

---

[1]) Kohler, op. cit., p. 274.

[2]) Tuhr, op. cit. p. 433.

[3]) Potinger v. Wightman (1817), въ изданіи J. H. Merivale, Reports of Cases argued and determined in the H. C. of Chancery, 3 vol. pp. 67—80; In re Beaumont (1893) 3 Ch. p. 490.

[4]) Urquhart v. Butterfield (1887) L. R. on cases determ. in the Chancery Division, vol. 37, pp. 357—380.

Тогда, какъ послѣдовательно замѣчаетъ комментаторъ 25 ZGB., легальный домицильдѣтей все-же у отца. Иное дѣло, если у отца отнята родительская власть; тогда дитя считается домицилированнымъ уже не у него, а у матери, сохранившей эту власть. Въ этомъ послѣднемъ пунктѣ между швейцарскимъ и французскимъ правомъ нѣкоторое расхожденіе, не лишенное значенія для насъ. Когда нѣтъ отца, то и по французскому праву домицильдитяти остается у матери, но не какъ у матери, а какъ опекунши (законъ говоритъ: у отца *и* матери *или* опекуна). Поэтому, если мать отклонила это званіе, то домицильдитяти мѣняется и переходитъ къ опекуну, несмотря на то, что родительская власть осталась у матери: дитя продолжаетъ жить у нея, но домицильего у опекуна [1]).

Вопросъ о домицилѣдѣтей вдовы важенъ съ точки зрѣнія конфликтнаго права. Въ Англіи до рѣшенія по дѣлу Potinger v. Wightman (1817) было спорно, слѣдуетъ ли домицильдѣтей вдовы за ея домицилемъ, буде она перемѣнила его, или же дѣти сохраняютъ до совершеннолѣтія домицильсвоего отца въ моментъ его смерти. Теперь установлено, что перемѣна домицилятери-вдовы влечетъ за собою перемѣну домицилядѣтей, если только они дѣйствительно живутъ съ нею. Но, если она выйдетъ замужъ, то ея домицилемъ станетъ домицильея мужа; а что̀ будетъ домицилемъ дѣтей въ этомъ случаѣ? Домицильихъ вотчима̀? Въ сѣверо-американскихъ рѣшеніяхъ это рѣшительно отрицается; Дайси же, опираясь на In re Beaumont (1893), думаетъ, что, если мать въ самомъ дѣлѣ уѣдетъ съ дѣтьми въ страну своего новаго мужа, то перемѣнится и домицильдѣтей; но, если она, напр., вышла замужъ за француза, домицилированнаго во Франціи, но пребывающаго въ Англіи, и осталась жить съ нимъ въ Англіи, то ея домицилемъ будетъ Франція, а домицильдѣтей останется въ Англіи.

---

[1]) Въ дореволюціонномъ французскомъ правѣ спорили, гдѣ домицильдитяти; Pothier рѣшалъ, что не у опекуна, а у матери; code civil положилъ конецъ спору, признавъ за матерью droit de garde, 372. Поэтому безспорно, что у матери дитя пребываетъ, но домицильего у опекуна.

Вопросъ о домицилѣ внѣбрачнаго дитяти разрѣшается по BGB. и ZGB. тѣмъ, что родительская власть принадлежитъ его матери. Но французскій c. civ. не даетъ прямого отвѣта; отсюда французскіе юристы заключаютъ, что у такого дитяти легальнаго домициля нѣтъ и что его домициль тамъ, гдѣ его главная осѣдлость, т. е. у лица, которое о немъ заботится; слѣдовательно, онъ у матери, но не потому, чтобы у нея была родительская власть, а потому, что дитя живетъ у нея. Если такое дитя признано и отцомъ и матерью, которые живутъ врозь, а дитя живетъ у матери, то, по мнѣнію тѣхъ же французскихъ юристовъ, домициль дитяти у матери, а не у отца [1]). Англійскіе юристы заняты вопросомъ о послѣдствіяхъ перемѣны домициля внѣбрачною матерью. Они рѣшаютъ, что въ этомъ случаѣ, какъ и въ случаѣ матери-вдовы, мѣняется и домициль дитяти. Такъ, внѣбрачный сынъ англичанина и француженки, домицилированной въ Англіи, увезенъ матерью, когда ему было 5 лѣтъ, во Францію, гдѣ мать возстановила свой прирожденный (французскій) домициль; у сына явился французскій домициль [2]).

До сихъ поръ шла рѣчь о дитяти, у котораго живы родители или хотя бы только мать. Остается сказать о домицилѣ опекаемаго малолѣтняго. По c. civ. онъ у опекуна, и, слѣдовательно, перемѣна домициля опекуна влечетъ за собою и перемѣну домициля опекаемаго. По смыслу 11 BGB. опекаемый сохраняетъ домициль своихъ отца или матери, доколѣ онъ его не перемѣнитъ, что, по 8, возможно только съ согласія опекуна; нѣтъ, слѣдовательно, того, чтобы этотъ домициль былъ непремѣнно у опекуна. Не вполнѣ выясненъ вопросъ въ Англіи; по Дайси, сомнительно, чтобы перемѣна домициля влекла за собою перемѣну домициля опекаемаго,— чтобы, напр., опекунъ-англичанинъ, перенеся свой домициль во Францію, могъ тѣмъ самымъ лишить опекаемаго его англійскаго домициля. И сомнительно, чтобы опекунъ вообще могъ измѣнить домициль опекаемаго, если послѣдній не живетъ съ нимъ. Важное отступленіе отъ воззрѣнія, котораго дер-

[1]) Planiol, op. cit., p. 206.
[2]) Dicey, op. cit., p. 126.

жатся приведенные правопорядки, даетъ швейцарскій ZGB. Здѣсь ново то, что легальный домициль опекаемаго тамъ, гдѣ находится опекунское учрежденіе, а отнюдь не тамъ, гдѣ живетъ опекунъ; только для взысканій домициль у опекуна. Новое правило мотивируется тѣмъ, что мѣстонахожденіе опекунскаго учрежденія—твердо опредѣленное; опека учреждается или въ домицилѣ малолѣтняго, или въ его родной общинѣ, 376; въ обоихъ случаяхъ есть нѣчто постоянное, тогда какъ домициль опекуна подлежитъ перемѣнамъ; опекунъ можетъ и не жить въ мѣстѣ нахожденія опекунскаго учрежденія. Въ отличіе отъ дѣтей подъ властью родителей, опекаемый, если онъ фактически пребываетъ въ другомъ мѣстѣ и если имѣетъ на то согласіе опекуна, можетъ перемѣнить свой домициль; это влечетъ за собою передачу опеки въ другое учрежденіе, 377.

Обращаясь отъ западно-европейскихъ образцовъ къ 10 ПГУ., въ которой выражено правило, что „мѣстомъ жительства несовершеннолѣтнихъ дѣтей признается мѣсто жительства того родителя, которому принадлежитъ право управленія имуществомъ дѣтей и представительство ихъ личности“, нельзя не остановиться съ недоумѣніемъ, почему ПГУ. не говоритъ о родителяхъ, или объ отцѣ, а, при его отсутствіи, о матери; тогда было бы ясно, что основаніе правила въ родительской власти, и не нужно было бы мотивировать его столь несовершеннымъ образомъ. Содержаніе родительской власти далеко не исчерпывается управленіемъ имуществомъ, котораго у дѣтей можетъ и не быть, и представительствомъ ихъ личности, которое на практикѣ можетъ никогда не осуществиться. Почему не сказать прямо, что домициль у родителя, которому принадлежитъ родительская власть? Это диктуется соображеніемъ, что у несовершеннолѣтнихъ дѣтей не можетъ быть юридически-значительнаго намѣренія уйти отъ родителей и основать собственный домициль, разъ по 408 ПГУ. они до совершеннолѣтія состоятъ подъ властью родителей, а по 411 не въ правѣ безъ ихъ дозволенія отлучаться изъ назначеннаго имъ мѣста пребыванія; изъ этого вытекаетъ, что дѣти не могутъ основать собственнаго домициля, потому что не удо-

влетворяютъ тѣмъ двумъ условіямъ, которыя необходимы для установленія этого правоотношенія. Тѣмъ, что ПГУ. не говоритъ объ отцѣ и матери и ничѣмъ не намекаетъ на родительскую власть, но даетъ описательное выраженіе для опредѣленія управомоченнаго родителя, будущій законъ готовитъ столкновеніе между опекуномъ и матерью. 10 ПГУ. говоритъ, что „мѣстомъ жительства лица, состоящаго подъ опекой, признается мѣсто жительства опекуна". Но по 420 опекунъ назначается и тогда, если мать не въ состояніи управлять имуществомъ и представлять личность; а такъ какъ у матери, по той же 10, легальный домицилъ дѣтей не потому, что она мать, а потому, что она есть „родитель, которому принадлежитъ право управленія и представительство личности", то оказывается, что опекунъ, по 10, всецѣло становится на ея мѣсто и въ отношеніи домицила дѣтей. И потому, если опекунъ потребуетъ, чтобы мать передала ему дѣтей или помѣстила ихъ у него, то 10 будетъ источникомъ большихъ затрудненій и колебаній для не мирящейся съ несправедливымъ закономъ судебной практики, а, слѣдовательно, и источникомъ ненужныхъ страданій для заинтересованныхъ лицъ. Ничего бы этого не было, если бы, во-первыхъ, всѣ одинаково сознавали, что домицилъ и мѣсто жительства не одно и то же, и, во-вторыхъ, если бы законъ говорилъ о матери, имѣющей родительскую власть, а не только о родителѣ, управляющемъ имуществомъ и представляющемъ личность. Въ первомъ случаѣ было бы ясно, что дѣти могутъ быть у матери, а домицилъ ихъ можетъ быть у опекуна; во второмъ,—что опекунъ можетъ управлять и представлять, но это еще не основаніе, чтобы при жизни матери-вдовы, не утратившей родительской власти, опекунъ могъ требовать отдачи дѣтей ему.

XII.

Выше выяснено, въ чемъ несовершенство редакціи 8 ПГУ. она поощряетъ видѣть наличность домицила въ такихъ случаяхъ, когда въ дѣйствительности лицо только пребываетъ безъ намѣренія. Еще хуже 3 ПВД., которая прямо говоритъ

о пребываніи тамъ, гдѣ обязательно было сказать: „мѣсто жительства“, потому что при буквальномъ пониманіи ея текста русскому поданному достаточно съѣздить на недѣлю заграницу, чтобы эмансипироваться отъ подчиненія русскимъ законамъ. Между тѣмъ составители обоихъ проектовъ слишкомъ образованные юристы, чтобы не понимать разницы между пребываніемъ и домицилемъ, и это вполнѣ обнаруживается въ 11 ПГУ., которая постановляетъ, что дипломатическіе агенты, живущіе заграницей, сохраняютъ свое мѣсто жительства въ Россіи. Но дѣло въ томъ, что случаи, когда можно очень долго жить въ одномъ мѣстѣ и когда тѣмъ не менѣе не слѣдуетъ признавать лицо тамъ домицилированнымъ, этимъ однимъ не исчерпывается, и потому, если будущіе законы останутся въ проектированныхъ редакціяхъ, то задача дать намъ хорошее право ляжетъ уже на будущихъ судей. Мириться съ этимъ можно тѣмъ меньше, что составители ПВД. сами придали домицилю первостепенное конфликтноправовое значеніе. Вотъ важнѣйшіе случаи, когда будущая судебная практика обрекается на сомнѣнія.

На одномъ изъ нихъ останавливались уже римляне: можно ли считать домицилированными въ городѣ, гдѣ они посѣщаютъ высшее учебное заведеніе, *студентовъ*, хотя бы и совершеннолѣтнихъ, хотя бы живущихъ здѣсь въ теченіе ряда лѣтъ? Императоръ Адріанъ, l. 5 § 5 D. 47, 10; l. 2, 3 C. 10, 39, постановилъ, что только по истеченіи десяти лѣтъ ихъ пребываніе превращается въ домицилъ. C. civ. прямо объ этомъ случаѣ не говоритъ, но французскіе юристы не сомнѣваются, что нѣтъ домициля не только, пока студентъ учится, но и послѣ, если онъ остался, чтобы работать въ клиникахъ или продѣлать адвокатскій стажъ (Dalloz, p. 394). Германскіе юристы, не колеблясь, выводятъ отсутствіе домициля у учащихся изъ 7BGB. (Tuhr, p. 428) [1]). Швейцарскій же законодатель предпочелъ сказать въ 26 ZGB. прямо, что пребываніе въ одномъ мѣстѣ съ цѣлью посѣщенія учебнаго

[1]) Wharton, A treatise on the conflict of laws, 1881 p. 88, сообщаетъ о такомъ же взглядѣ сѣвероамериканской юриспруденціи, какъ на этотъ случай, такъ и на послѣдующіе.

заведенія не создаетъ домициля. Не различая пребыванія и домициля, ПГУ. готовитъ конфликтъ: у насъ будутъ говорить, что послѣ русскаго студента, умершаго, напр., въ Лозаннѣ, наслѣдство открылось въ Швейцаріи, а швейцарскія власти скажутъ, что оно открылось въ Россіи; и, обратно, у насъ захотятъ регулировать русскими законами наслѣдованіе послѣ иностраннаго слушателя нашего университета, вопреки тому, что въ отечествѣ его будутъ считать сохранившимъ свой прирожденный домициль.

Тюремное заключеніе не создаетъ домициля; такъ по французскому праву (Baudry-Lacantinerie, p. 672), по германскому (Tuhr, p. 428), по швейцарскому — 26 ZGB., по англійскому: нельзя думать, говоритъ Дайси (p. 147), что у заключеннаго есть намѣреніе пребывать въ тюрьмѣ, и потому онъ сохраняетъ тотъ домициль, который имѣлъ до заключенія: ирландецъ, сидящій въ англійской тюрьмѣ, остается домицилированнымъ въ Ирландіи. Но какъ на основаніи ПГУ. рѣшить, гдѣ, напр., домициль галиційскаго заложника, умершаго въ иркутской тюрьмѣ?

Вопросъ о вліяніи *ссылки* занималъ уже римлянъ, l. 22 § 3 D. 50, 1 [1]). Англійскіе юристы не видятъ разницы между сосланнымъ на срокъ и заключеннымъ въ тюрьмѣ: намѣренія постоянно оставаться нѣтъ у обоихъ (Dicey, ibid.). Гдѣ домициль административно-сосланныхъ въ Сибирь, если искать отвѣта въ ПГУ.?

О домицилѣ *политическаго эмигранта* имѣли поводъ высказаться во Франціи уже въ концѣ 17 в. и началѣ 18 в.: спутники Якова II во Франціи считались сохранившими англійскій домициль. По англійскому праву политическій бѣглецъ сохраняетъ свой отечественный домициль, сколько бы

[1]) По французскому праву (17 зак. 25/III 1873 и 15 декр. 31/VIII 1878) домициль сосланныхъ въ Новую Каледонію тамъ, гдѣ они несутъ наказаніе, только для тѣхъ гражданскихъ правъ, которыя они осуществляютъ въ колоніи; домициль тѣхъ, кто получилъ земли въ пенитенціарныхъ колоніяхъ, тамъ для осуществленія только тѣхъ правъ, которыя изъ этого факта вытекаютъ. Для всѣхъ прочихъ отношеній ихъ домициль остается у ихъ опекуна. Но высланный съ запрещеніемъ жительства въ извѣстномъ мѣстѣ по 19 закона 19/V 1885 можетъ сохранить прежній домициль.

онъ ни жилъ въ Англіи: разсуждаютъ, что, хотя ничто не обязываетъ его жить именно въ Англіи, но тѣмъ не менѣе его пребываніе здѣсь не можетъ служить презумпціей намѣренія оставаться здѣсь постоянно. Въ дѣлѣ De Bonneval v. de Bonneval (1838) спорили о домицилѣ французскаго эмигранта, который съ 1792 г. до 1815 г. прожилъ въ Англіи, затѣмъ вернулся во Францію, гдѣ прожилъ до 1821 г., когда купилъ домъ въ Лондонѣ; въ этомъ домѣ онъ прожилъ съ 1834 г. до своей смерти; судъ нашелъ, что онъ умеръ съ французскимъ домицилемъ. Это не значитъ, что эмигрантъ не можетъ пріобрѣсти домициля въ Англіи; но для этого недостаточно одного пребыванія [1]).

Гдѣ домициль *умалишеннаго*? Что не въ больницѣ, это подсказывается аналогіей съ тюремнымъ сидѣльцемъ: умалишенный не можетъ выбирать, слѣдовательно, не можетъ и пріобрѣсти домициль; продолжительность пребыванія въ больницѣ не имѣетъ значенія. Такъ согласно рѣшаютъ въ Германіи (Tuhr, p. 428), въ Швейцаріи 26 ZGB., въ Англіи; здѣсь считаютъ, что умалишенный сохраняетъ тотъ домициль, который ему принадлежалъ въ моментъ заболѣванія, Urquhart v. Butterfield, 1887.

Но, съ другой стороны, умалишенный обыкновенно находится подъ опекой; онъ, какъ выражаются англичане,—persona non sui juris; можетъ ли ему назначить домициль опекунъ, т. е. перемѣнить его домициль, бывшій до заболѣванія, на новый? По французскому праву,—можетъ, потому что его домициль всегда у опекуна и мѣняется вмѣстѣ съ домицилемъ послѣдняго, 108 c. civ. Въ сѣвероамериканской судебной практикѣ были рѣшенія и за, и противъ (Wharton, p. 93). Но Дайси рѣшительно противъ: если допустить, что опекунъ

---

[1]) Вопросъ о домицилѣ бѣглеца отъ наказанія рѣшается въ Англіи въ зависимости отъ того, подлежитъ ли его наказаніе въ отечествѣ давности. Если подлежитъ, то, хотя бы онъ 20 лѣтъ провелъ въ Англіи, его домициль останется въ отечествѣ. Но въ дѣлѣ In re Martin, Loustalan v. Loustalan (1900), лицо, приговоренное въ Англіи къ 5 годамъ каторги, бѣжало въ Нью-Іоркъ и тамъ скончалось черезъ 4 года; по англійскому праву нѣтъ давности наказанія, и потому бѣглецъ умеръ съ англійскимъ домицилемъ.

можетъ измѣнить домициль умалишеннаго, то это будетъ значить, что у опекуна больше власти, чѣмъ у отца надъ сыномъ, потому что и отецъ не можетъ дать сыну отдѣльнаго отъ себя домициля, а можетъ только измѣнить собственный домициль; только тогда мѣняется домициль сына (p. 149).

И, наконецъ (хотя сомнительные случаи все еще не исчерпаны), вопросъ о домицилѣ *больного*, ищущаго или ожидающаго выздоровленія. По 7 BGB. у него нѣтъ домициля тамъ, гдѣ его удерживаетъ болѣзнь, потому что его пребыванію недостаетъ признака постоянства (ständig); 26 ZGB. прямо рѣшаетъ такъ же. Въ англійскомъ правѣ вопросъ представляется запутаннымъ въ рядѣ судебныхъ рѣшеній, но Дайси разъясняетъ его такъ же, — т. е. что больной не пріобрѣтаетъ домициля въ странѣ, гдѣ онъ пребываетъ здоровья ради. Въ In re succession James (1908) шло дѣло о лицѣ, которое родилось въ Уэльсѣ и въ 1891 г., заболѣвъ туберкулезомъ, переѣхало въ Южную Африку, гдѣ и скончалось въ 1905 г.; за это время больной пріѣзжалъ одинъ разъ въ Англію, гдѣ предполагалъ остаться 6 мѣсяцевъ, но пробылъ только 6 недѣль. Судъ рѣшилъ, что въ Южной Африкѣ его удерживала болѣзнь и намѣренія отказаться отъ своего прирожденнаго домициля у него не было, и потому онъ умеръ съ англійскимъ домицилемъ [1]).

XIII.

Для выясненія дефектовъ редакціи ПГУ. на предшествующихъ страницахъ было прибѣгнуто къ сравненію его постановленій съ нормами нѣсколькихъ другихъ правопорядковъ о домицилѣ. Другой возможный критическій пріемъ,—провѣрка соотвѣтствія этихъ постановленій нѣкоторому понятію, изъ содержанія котораго раскрывались бы отдѣльныя нормы о домицилѣ, былъ бы неправиленъ, потому что предустановленнаго понятія о домицилѣ не существуетъ, а, напротивъ, это

[1]) H. C. of J., Chancery Division, въ Journal Clunet, 1910 p. 1261.

понятіе есть само только обобщеніе, построенное на нормахъ положительнаго права. А такъ какъ единаго всемірнаго гражданскаго права нѣтъ и появленіе единаго гражданскаго кодекса для всѣхъ народовъ не предвидится, то подъ нормами положительнаго права приходится разумѣть нормы отдѣльныхъ многочисленныхъ правопорядковъ, между которыми неизбѣжны разногласія,—неизбѣжны потому, что эти нормы вырабатывались при разнообразныхъ соціальныхъ условіяхъ и отражаютъ на себѣ естественную многогранность мышленія сочинявшихъ ихъ юристовъ. Такія разнорѣчія найдены уже въ нормахъ тѣхъ немногихъ правопорядковъ, которые брались для сравненія, и мы заранѣе должны быть готовы къ тому, что въ нашемъ будущемъ гражданскомъ уложеніи окажутся разногласія съ нѣкоторыми другими кодексами; сами по себѣ отступленія ПГУ. отъ приведенныхъ образцовъ не могли бы служить укоромъ, если бы только они были лучше обоснованы.

Переходя теперь къ значенію домициля въ конфликтномъ правѣ, мы въ дальнѣйшемъ будемъ трактовать ПГУ. такъ, какъ если бы всѣ его постановленія были уже законами въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ они вышли изъ подъ пера редакторовъ, потому что особенности ПГУ. даютъ только лишній матеріалъ для иллюстраціи источниковъ конфликтовъ и способовъ ихъ разрѣшенія.

Въ своихъ постановленіяхъ о домицилѣ правопорядки расходятся между собою въ томъ, кто способенъ основать домициль; можно ли имѣть нѣсколько домицилей или не имѣть его вовсе; можно ли прекратить существующій домициль, не создавая въ то же время новаго, или же автоматически воскресаетъ однажды прекращенный домициль; при какихъ условіяхъ можетъ имѣть самостоятельный домициль замужняя женщина; что разумѣть подъ дитятей, не имѣющимъ самостоятельнаго домициля; гдѣ домициль опекаемаго, гдѣ—студента, больного, умалишеннаго, тюремнаго сидѣльца, политическаго эмигранта и т. д.? Справиться съ этими расхожденіями—задача конфликтнаго права, для котораго нормы каждаго отдѣльнаго правопорядка представляютъ нѣчто данное, измѣнить которое не въ его власти. Разнорѣчіе нормъ обя-

зываетъ судью всякій разъ, когда для обсуждаемаго имъ правоотношенія съ иностранными элементами имѣетъ значеніе какая-нибудь норма о домицилѣ, задумываться надъ тѣмъ, въ какомъ изъ законодательствъ слѣдуетъ взять норму для примѣненія. Какъ же сдѣлать этотъ выборъ?

Всегда соблазнительно взять искомую норму въ законодательствѣ собственной страны. Но не всегда обращеніе къ lex fori будетъ согласно съ предписаніями конфликтныхъ нормъ своего же законодательства: судья въ правѣ примѣнить норму своего матеріальнаго права не тогда, когда ему это захочется, а когда это предписывается нормами конфликтнаго права его же страны. Въ частности наша будущая судебная практика должна имѣть въ виду, что то „мѣсто жительства“, о которомъ говорятъ 4, 9, 10, 11 и 13 ПВД., не всегда означаетъ то самое, опредѣленіе котораго дано въ 8 ПГУ. Такъ, напр., по 8 ПВД. семейственныя отношенія лица, жившаго въ моментъ совершенія брака осѣдло во Франціи, опредѣляются французскими законами. Если нашему судьѣ придется разбирать споръ между супругами, вступившими въ бракъ во Франціи, то ему прежде всего нужно будетъ рѣшить, былъ ли мужъ въ тотъ моментъ домицилированъ въ той странѣ. А для этого судья долженъ знать, что́ значитъ постоянное „мѣсто жительства“. Если онъ просто обратится къ 8 ПГУ. и на ней остановится, то можетъ случиться, что онъ признаетъ лицо имѣвшимъ домициль во Франціи только на томъ основаніи, что тамъ было „сосредоточено управленіе его имущественными дѣлами“, хотя само лицо во Франціи „обыкновенно или преимущественно не пребывало“ вовсе; или же судъ признаетъ имѣвшимъ домициль во Франціи больного уроженца Норвегіи, который „обыкновенно или преимущественно“ въ теченіе нѣсколькихъ лѣтъ „пребывалъ“ на Ривьерѣ, и т. п. Между тѣмъ, если бы тотъ же судья развернулъ code civil, онъ тотчасъ увидалъ бы, что французскій судъ рѣшилъ бы тотъ же самый вопросъ отрицательно. Чтобы знать, которое изъ двухъ возможныхъ рѣшеній одно только правильно, нашъ судья долженъ знать, имѣлъ ли онъ право обратиться къ 8 ПГУ. въ дѣлѣ, гдѣ

супружеское правоотношеніе осложняется наличностью иностраннаго элемента (вступленіемъ въ бракъ заграницей). Разсмотрѣніе слѣдующихъ 9 и 10 ПГУ. убѣдитъ судью, что къ 8 ПГУ. онъ обращаться не долженъ былъ. 9 говоритъ о мѣстѣ жительства жены; но,—кто есть жена, рѣшается, согласно 8 ПВД., если супруги не русскіе подданные и бракъ заключенъ заграницей, „по дѣйствующимъ тамъ законамъ“. Если же въ иностранномъ законѣ надлежитъ искать критерій юридическаго понятія „жена“, когда дѣло идетъ объ иностранцѣ, то тотъ же иностранный законъ долженъ отвѣтить, гдѣ домициль такой жены. Точно такъ же въ 10 говорится о несовершеннолѣтнихъ дѣтяхъ, но,—кто несовершеннолѣтній, рѣшается на основаніи 4 ПВД. по законамъ его мѣста жительства, т. е. по законамъ иностраннымъ, если отецъ имѣетъ домициль заграницей; или, иначе, юридическія понятія „несовершеннолѣтній“ и „отецъ“ опредѣляются иностранными законами; слѣдовательно, и вопросъ, гдѣ домициль отца, находящагося заграницей, долженъ быть рѣшенъ по иностранному закону. Изъ всего этого явствуетъ, что 8 ПГУ. не содержитъ въ себѣ приказанія примѣнять ее и въ тѣхъ случаяхъ, когда на лицо иностранный элементъ (субъекты правоотношенія—иностранцы, или само правоотношеніе локализовано заграницей): вопросъ о томъ, домицилировано ли лицо во Франціи, подлежитъ рѣшенію по 102 с. civ, а отнюдь не по 8 ПГУ. [1]).

Слѣдствіемъ этого можетъ быть то, что къ лицу, пребывающему въ Россіи, будетъ примѣненъ въ Россіи иностранный законъ. Такъ, по 108 с. civ. жена имѣетъ домициль у мужа. Если мужъ домицилированъ во Франціи, а жена его фактически живетъ въ Россіи, хотя бы съ его согласія, то, въ случаѣ ея смерти въ Россіи, наслѣдство послѣ нея должно считаться открывшимся во Франціи, а не въ Россіи, потому что ея легальный домициль не здѣсь, а тамъ. И обратно, если французъ домицилированъ въ Россіи, то его дѣти, фактически живущія во Франціи, должны считаться

[1]) Cf. Niemeyer, Internationales Privatrecht, 1900, p. 69 ss.

домицилированными въ Россіи, т. е. къ иностранцу, пребывающему заграницей, долженъ быть примѣненъ русскій законъ. Отсюда, напр., если сынъ домицилированнаго въ Россіи француза женится во Франціи, то по 9 ПВД. его супружескія имущественныя отношенія должны подлежать у насъ обсужденію по русскимъ законамъ. По той же причинѣ, если швейцарецъ домицилированъ въ своемъ отечествѣ, то его 20-лѣтній сынъ, живущій въ Россіи, долженъ на основаніи 4 ПВД. считаться имѣющимъ у насъ самостоятельный домициль; буде же отецъ также домицилированъ въ Россіи, то на основаніи той же 4 ПВД. у сына раньше 21 года самостоятельнаго домициля нѣтъ. Говоря вообще: нашъ судъ обязывается черпать понятіе домициля то въ русскомъ, то въ иностранномъ матеріальномъ правѣ, въ зависимости отъ того, примѣненія какого изъ разномѣстныхъ законовъ требуютъ коллизіонныя нормы русскаго права.

Но коллизіонныя нормы отдѣльныхъ правопорядковъ такъ же мало между собою согласованы, какъ и нормы гражданскаго права. Мы предположили, что ПВД. съ его принципомъ домициля сдѣлается закономъ; это не измѣнитъ того факта, что французское и швейцарское конфликтное право будутъ по прежнему держаться принципа подданства. И потому тѣ рѣшенія, которыя будутъ постановлены русскимъ судомъ на основаніи ПВД., будутъ расходиться съ тѣми, которыя были бы постановлены во взятыхъ выше для примѣра случаяхъ французскими и швейцарскими судами. Объ этомъ конфликтѣ между конфликтными нормами рѣчь будетъ ниже. Пока предположимъ, что всѣ правопорядки одинаково держатся для обсужденія личнаго статута принципа домициля, или что конфликты встрѣчаются только между правопорядками, одинаково раздѣляющими этотъ принципъ; гарантируетъ ли хотя бы это то однообразіе судебныхъ рѣшеній, которое составляетъ постулатъ всего международнаго частнаго права?

Выше было показано, какъ нѣкоторые правопорядки, слѣпо повторяя сказанное римскими юристами, допускаютъ возможность двойного домициля и отсутствія всякаго доми-

циля. Но замѣчательно, что это отношеніе къ вопросу, кажущееся столь свободолюбивымъ на почвѣ матеріальнаго права, останавливается у порога конфликтнаго права. Иначе и быть не можетъ, потому что двойной домициль и отсутствіе домициля означаютъ въ конфликтномъ правѣ полную неизвѣстность относительно того, что есть личный (въ формальномъ смыслѣ) статутъ даннаго лица. Въ самомъ дѣлѣ, если мириться съ тѣмъ, что, напр., мужъ—англичанинъ имѣлъ въ моментъ совершенія брака домициль и въ Россіи, и въ Англіи, то по какому же изъ двухъ законовъ слѣдуетъ опредѣлять его семейственныя отношенія? По англійскому праву онъ не утратилъ своего прирожденнаго домициля въ Англіи, потому что находился въ Россіи съ animus revertendi, а по ПГУ. онъ пріобрѣлъ въ Россіи домициль, невзирая на этотъ animus. Если онъ умеръ въ Россіи, то въ Англіи будутъ считать, что онъ умеръ съ англійскимъ домицилемъ, въ Россіи найдутъ, что онъ умеръ съ русскимъ домицилемъ; тамъ будутъ думать, что къ наслѣдованію призываются одни лица, у насъ рѣшатъ, что призываются другія. Но что́ же именно вѣрно? Съ другой стороны, если допустить, что у лица можетъ не быть домициля вовсе, то это равносильно допущенію того, что нѣтъ законодательства, по которому можно сказать, дѣеспособно ли лицо, состоитъ ли оно въ бракѣ, кто его наслѣдники, и т. д. Однако, появленіе такого лица возможно; напр., русскій политическій эмигрантъ не имѣетъ домициля въ Россіи на основаніи 8 ПГУ. и не имѣетъ его въ Англіи; оба законодательства отказываются отъ распространенія своихъ нормъ на его личный (въ матеріальномъ смыслѣ) статутъ. Но можно ли на этомъ успокоиться?

Возникновеніе такихъ конфликтовъ, — положительнаго, когда два правопорядка хотятъ регулировать личный статутъ лица, и отрицательнаго,—когда ни одно законодательство не интересуется имъ,—невозможно тамъ, гдѣ, какъ въ Англіи, Франціи и т. д., правопорядокъ считаетъ, что у каждаго человѣка есть свой прирожденный домициль, а, слѣдовательно, человѣкъ безъ домициля то же, что человѣкъ безъ тѣни, и что двухъ домицилей не можетъ быть ни у кого.

Тамъ не приходится затрачивать столько силъ на разрѣшеніе задачъ, которыя ставятся такими конфликтами, какъ это сдѣлано въ нѣмецкой литературѣ, ни обращаться къ помощи суррогата, какъ это дѣлаетъ германскій EG. z. BGB. Нашъ ПГУ., оставляя возможнымъ образованіе въ будущемъ вредной доктрины о допустимости двойного домициля, становится въ одинъ рядъ съ германскимъ BGB., и потому знакомство съ рѣшеніемъ вопроса въ Германіи пріобрѣтаетъ для насъ практическое значеніе.

При положительномъ конфликтѣ необходимо различать, между кѣмъ и кѣмъ конфликтъ,—между lex fori и иностраннымъ закономъ, или же между двумя иностранными. Въ первомъ случаѣ вопросъ ясенъ: судья повинуется своему законодателю, и никому кромѣ; если туземный законъ говоритъ, что при наличности такихъ-то обстоятельствъ лицо имѣетъ домициль въ странѣ форума, то судьѣ нечего смущаться тѣмъ, что иностранный законъ въ свою очередь считаетъ другія обстоятельства рѣшающими для признанія лица домицилированнымъ въ его странѣ. Судья, разрѣшающій, напр., въ Ригѣ коллизію между прибалтійскимъ и англійскимъ законами о домицилѣ умалишеннаго, признаетъ его домицилированнымъ тамъ, гдѣ назначилъ опекунъ, какъ велитъ 3072 Св. гражд. узак. губ. Приб., а то обстоятельство, что по англійскому праву опекунъ не могъ измѣнить домициля, бывшаго у лица до болѣзни, рижскаго судьи не касается [1]).

Сложнѣе вопросъ, когда въ конфликтѣ находятся два иностранныхъ закона; напр., судья въ Ригѣ призванъ разрѣшить конфликтъ между англійскимъ и норвежскимъ законами. Здѣсь ясно во всякомъ случаѣ, что судья долженъ оставить въ сторонѣ нормы своего матеріальнаго права о домицилѣ, потому что это право въ конфликтѣ не участвуетъ; о томъ же, какому изъ двухъ иностранныхъ соперниковъ отдать предпочтеніе, высказано цѣлыхъ три воззрѣнія. Одно стоитъ за рѣшеніе въ пользу того домициля, который

---

[1]) Такъ Zitelmann, Internationales Privatrecht, I p. 180; Niedner, Das Einführungsgesetz, 1900, p. 85; Habicht, Internationales Privatrecht, 1907, p. 231.

установленъ раньше во времени [1]), т. е. въ большинствѣ случаевъ, въ пользу прирожденнаго домициля. Другое стоитъ за рѣшеніе въ пользу суррогата домициля,—мѣста фактическаго пребыванія [2]). Третье высказывается противъ обращенія къ суррогату; говорятъ, что при чемъ, напр., мѣсто пребыванія, если лицо, имѣвшее два домициля, скончалось въ гостиницѣ въ третьемъ государствѣ? Какое основаніе считать, что наслѣдство открылось здѣсь? Или: какъ можно довольствоваться этимъ критеріемъ для регулированія личныхъ отношеній между супругами или отношеній между родителями и дѣтьми? Въ крайнемъ случаѣ, говорятъ еще, мѣсто пребыванія можетъ имѣть значеніе, если ни одинъ изъ двухъ домицилей не прирожденный, напр., лицо происходитъ отъ родителя, который уже самъ имѣлъ два домициля; тогда фактъ пребыванія можетъ имѣть симптоматическое значеніе бо́льшей близости къ территоріи. Этотъ критерій бо́льшей близости рекомендуется третьимъ воззрѣніемъ также преимущественно предъ обращеніемъ къ прирожденному домицилю. Нужно, говорятъ, выяснить, который изъ двухъ домицилей интенсивнѣе и длительнѣе привязываетъ лицо къ себѣ, а для этого надо дифференцировать правоотношенія. Такъ, при обсужденіи нѣкоторыхъ актовъ правильно отдавать рѣшающее значеніе тому домицилю, гдѣ сдѣлка совершена (напр., бракосочетаніе), тогда какъ для обсужденія имущественныхъ отношеній между супругами или порядка наслѣдованія, тотъ домициль, гдѣ заключенъ бракъ или гдѣ умеръ наслѣдодатель, самъ по себѣ еще не долженъ имѣть значенія; слѣдуетъ отдавать предпочтеніе тому домицилю, съ которымъ лицо болѣе длительно связано; обыкновенно это будетъ болѣе ранній по времени, но можетъ быть и послѣдующій [3]).

Вопросъ о двойномъ домицилѣ въ конфликтномъ правѣ разрѣшается и 1285 зак. гражд. Статья предусматриваетъ слу-

[1]) Такъ рѣшаютъ Savigny, op. cit. p. 101, присоединяясь къ мнѣнію Meier, de conflictu legum, p. 16; Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, I p. 161; Zitelmann, l. c.

[2]) Такъ Kahn, Gesetzeskollisionen въ Ihering's Jahrbücher, XXX p. 79; Neumann, Internationales Privatrecht, 1896, p. 52; Niedner, l. c.

[3]) Niemeyer, op. cit. p. 73; Habicht, op. cit. p. 231 s.; Zitelmann, l. c.

чай конфликта между закономъ, начертаннымъ въ I ч. X т., и закономъ остзейскимъ или бессарабскимъ. Для русскаго судьи оба закона одинаково leges fori; 1285 прямо предписываетъ отдавать предпочтеніе закону послѣдняго мѣста пребыванія. Статья имѣетъ въ виду не конфликтъ между закономъ прирожденнаго домициля и закономъ мѣста временнаго пребыванія (1279): законъ уроженца слѣдуетъ за нимъ повсюду. Здѣсь же рѣчь идетъ о лицахъ, которыя не привязаны къ какому-либо мѣсту уроженствомъ, а о такихъ, которыя въ двухъ мѣстахъ имѣютъ осѣдлость по избранію, такъ что само по себѣ ни одно изъ этихъ мѣстъ не можетъ разсматриваться, какъ болѣе интенсивно привязывающее. Имѣя по своей идеѣ узкій кругъ, 1285 можетъ быть использована для заполненія пробѣловъ въ конфликтныхъ нормахъ въ тѣхъ случаяхъ, когда надлежитъ сдѣлать выборъ между двумя *иностранными* законами о домицилѣ.

При отрицательномъ конфликтѣ въ той же нѣмецкой юриспруденціи указаны два возможныхъ рѣшенія. Одно приближается къ принципіальному воззрѣнію англійскаго права, что невозможно сбросить съ себя прирожденный домициль безъ того, чтобы основать новый. Согласно съ этимъ выдвигается фикція, что бывшій послѣднимъ домициль не прекратился; въ одномъ случаѣ имперскій судъ рѣшилъ, что лицо, покинувшее свой домициль въ штатѣ Миссури и затѣмъ проведшее 30 лѣтъ въ разныхъ городахъ Германіи, нигдѣ не основывая новаго домициля, осталось все-же домицилированнымъ въ Миссури [1]). Противъ такого способа рѣшенія возражаютъ, что, разъ лицо покинуло страну, гдѣ у него былъ домициль, то это значитъ, что оно не хочетъ больше имѣть ничего общаго съ той страной. Правильнѣе, говорятъ [2]), отдавать предпочтеніе мѣсту пребыванія; при этомъ слѣдуетъ обращаться не ко всякому случайному, а къ тому, гдѣ лицо пребывало въ моментъ, къ которому относится фактъ, вызывающій примѣненіе закона. Обращеніе къ мѣсту

[1]) Цитируется у Zitelmann, op. cit. p. 181.
[2]) Kahn, op. cit. p. 79; Zitelmann, op. cit. p. 182.

пребыванія, какъ къ суррогату недостающаго домициля, предписывается и 29 EG. z. BGB.

XIV.

До сихъ поръ шла рѣчь о домицилѣ, какъ о критеріи для выбора законовъ о личномъ статутѣ, такъ, какъ если бы другого критерія не было. Но, если въ исторіи международнаго частнаго права до начала XIX в. домициль и былъ единственнымъ критеріемъ, то въ настоящее время это уже давно не такъ. Во многихъ правопорядкахъ,—въ большинствѣ европейскихъ,—критеріемъ является подданство. Въ Европѣ домициль сохранилъ свое былое значеніе въ Великобританіи, въ Норвегіи и Даніи и въ Остзейскихъ губерніяхъ, и теперь,—если нѣтъ недосмотра въ редакціи,—возвращаетъ свое утраченное значеніе въ ПВД. Вслѣдствіе этого открывается поле для конфликтовъ между законами, изъ которыхъ одинъ компетентенъ въ силу подданства, другой—въ силу домициля. Прежде чѣмъ говорить о томъ, какъ такіе конфликты разрѣшаются, посмотримъ, какъ исторически образовалось это раздѣленіе правопорядковъ.

Всѣхъ раньше порвалъ съ принципомъ домициля code civil 1804 г. До революціи 1789 г., когда въ частноправовомъ отношеніи вся Франція была раздроблена на множество провинцій съ особымъ писанымъ или кутюмнымъ правомъ, никакого другого критерія для примѣненія къ лицу не мѣстныхъ законовъ и не могло быть; особенности, оправдывающія примѣненіе иныхъ законовъ вмѣсто территоріальныхъ, могли лежать только въ домицилѣ, потому что политически страна была уже объединена. Революція уничтожила мѣстные законы и кутюмы и дала Франціи единое гражданское законодательство. Источникъ коллизій, отзывающихся на французскихъ правоотношеніяхъ, исчезъ, и осталась возможность конфликтовъ только между французскими и иностранными законами. Явился вопросъ о роли домициля для иностранцевъ во Франціи и для французовъ (и иностранцевъ) заграницей. Но редакторы кодекса обошли вопросъ объ иностранцахъ

молчаніемъ. Первоначальный текстъ проекта хотѣлъ подчинить иностранцевъ, пребывающихъ во Франціи, дѣйствію французскихъ законовъ даже въ сферѣ личнаго статута, но эта мысль была отвергнута, и въ кодексъ вошла 3 § 3: „Законы о состояніи и способности лицъ управляютъ французами даже когда они пребываютъ заграницей". Это была односторонняя коллизіонная норма для руководства французскимъ судьею при обсужденіи правоотношеній, установленныхъ французами во время ихъ нахожденія заграницей: предъ французскимъ судомъ французъ не можетъ ссылаться на то, что онъ имѣлъ домициль заграницей, и разсчитывать, что на этомъ основаніи его состояніе и способность, бывшія въ моментъ возникновенія правоотношенія, подвергнутся во Франціи обсужденію по иностраннымъ законамъ. Понятно безъ длинныхъ объясненій, почему кодексъ распространилъ на французовъ, пребывающихъ заграницей, дѣйствіе французскихъ законовъ: дѣти революціи, редакторы кодекса, полны были сознанія превосходства своего творенія надъ правопорядками старой Европы; предоставлять иностраннымъ законамъ о состояніи, каково бы ни было ихъ содержаніе, власть надъ французомъ съ послѣдствіями даже по возвращеніи его во Францію было прямо немыслимо; при массѣ эмигрантовъ, возвращеніе которыхъ можно было предвидѣть, это значило бы напередъ подрывать авторитетъ французскихъ законовъ. Такъ значеніе исконнаго принципа домициля отпало вовсе для правоотношеній, въ которыхъ заграницей участвуютъ французы; уйти отъ дѣйствія французскихъ законовъ можно, только разорвавъ государственную связь съ Франціей, а отнюдь не поселяясь только на болѣе или менѣе продолжительное время въ чужой странѣ. Объ иностранцахъ, домицилированныхъ во Франціи, 3 § 3 ничего не говоритъ. Изъ того, что мысль распространять на нихъ дѣйствіе французскихъ законовъ о состояніи не прошла, заключили, что законодатель предоставилъ рѣшеніе вопроса будущей доктринѣ, и послѣ періода колебаній судебная практика и литература пришли къ тому, что 3 § 3 подлежитъ толкованію по аналогіи: иностранецъ, находящійся во Франціи,

подчиняется въ вопросахъ личнаго статута дѣйствію своихъ отечественныхъ законовъ [1]).

Замѣна принципа домициля принципомъ подданства совершилась во Франціи такъ легко и просто, что на нее долго не обращали даже вниманія. Такъ, одинъ изъ первыхъ по времени спеціалистовъ международнаго частнаго права въ XIX в., Феликсъ, писалъ, что выраженія „мѣсто домициля индивида“ и „территорія его націи или отечество“ можно употреблять безразлично [2]); nationalité и domicile d'origine были для него тождественными понятіями: достигнувъ совершеннолѣтія, человѣкъ „воленъ перемѣнить національность и избрать новый домициль (p. 57)“. Другой прославленный французскій юристъ первой половины XIX в., Демоломбъ, находилъ, что французъ не можетъ перенести свой домициль заграницу такъ, чтобы совсѣмъ утратить его во Франціи; что съ точки зрѣнія французскаго закона заграничный домициль не существуетъ вовсе [3]). Демоломбу возражалъ Dalloz, упрекая его въ petitio principii и находя, что французъ можетъ совсѣмъ не имѣть домициля во Франціи, но что судъ не долженъ считать заграничный домициль прочнымъ, доколѣ французъ не натурализовался въ той чужой странѣ (p. 381). Даже Савиньи умалялъ значеніе совершившейся смѣны принциповъ: „можетъ показаться, говорилъ онъ, что code civil возвращается къ римской origo въ противоположность домицилю“, но „практическое значеніе понятія Français меньше, чѣмъ кажется на первый взглядъ“, потому что понятіе droits civils спутано, а иностранцы имѣютъ тѣ же права, что и французы (p. 98).

Второй изъ европейскихъ кодексовъ XIX в., *австрійское уложеніе 1811 г.*, ввелъ новый принципъ подданства только по отношенію къ австрійскимъ подданнымъ: гдѣ бы они ни жили, всюду на нихъ распространяется дѣйствіе австрійскихъ законовъ. Но по отношенію къ иностранцамъ все

---

[1]) См. Брунъ, Право- и дѣеспособность физическаго лица въ конфликтномъ правѣ, 1915, стр. 61, 62.

[2]) Foelix, Traité du droit international privé, I p. 58.

[3]) Demolombe, op. cit., I, c.

осталось по старому: на нихъ распространяется законъ ихъ домициля (34 ABGB); подданство ихъ безразлично, и это касается не только иностранцевъ, живущихъ въ Австріи, но и тѣхъ, которые вообще живутъ внѣ своего отечества: не только, поясняетъ Унгеръ, французъ, домицилированный въ Австріи, подлежитъ дѣйствію австрійскихъ законовъ, но и англичанинъ, домицилированный въ Пруссіи, долженъ обсуждаться въ Австріи по прусскимъ законамъ; при перемѣнѣ домициля иностранецъ подлежитъ обсужденію по закону новаго домициля [1]).

Такъ незамѣтно и безшумно принципъ подданства входилъ въ жизнь только въ первую половину XIX в. Но въ 60-хъ годахъ онъ вдругъ выступаетъ, какъ принципъ національности, съ барабаннымъ боемъ и развернутымъ знаменемъ: создается впечатлѣніе, будто человѣчеству несутъ новую благую вѣсть. То появился *итальянскій кодексъ 1865 г.* съ нѣсколькими полными двусторонними коллизіонными нормами: 6 прелим. постан.: „состояніе и способность *лицъ* (не итальянцевъ только) и семейственныя отношенія регулируются закономъ націи, которой они принадлежатъ"; 8: „наслѣдованіе . . . . . по національному закону, какова бы ни была природа имуществъ и *гдѣ бы* они ни находились". Слѣдомъ шла новая итальянская школа съ авторомъ этихъ постановленій кодекса, Манчини, во главѣ; рядомъ, изъ другого пункта, но въ томъ же направленіи, выступилъ Лоранъ; вскорѣ знамя перенесено было во Францію, и къ 80-мъ годамъ принципъ національности сдѣлался въ глазахъ его сторонниковъ своего рода палладіумомъ, святыней, непререкаемой истиной, а принципъ домициля порожденіемъ средневѣковой тьмы и невѣжества. „Между истиной и заблужденіемъ нѣтъ примиренія",—увѣренно возглашаетъ Вейсъ [2]).

Тѣмъ не менѣе въ *Германіи* старый принципъ домициля продолжалъ функціонировать до самаго конца XIX в., и только EG. z. BGB. поставилъ на его мѣсто подданство. Ре-

[1]) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1876, I p. 165.
[2]) Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, III p. 67.

форма совершилась послѣ спокойнаго обсужденія аргументовъ за и противъ.

Односторонняя коллизіонная норма 3 § 3 французскаго кодекса,—что французы заграницей подчиняются законамъ своего отечества, повторяется въ законодательствахъ Бельгіи (c. civ. 3 § 3) и Голландіи (6 зак. 15 мая 1829), Испаніи (9 с. с. 1889) и Португаліи (24 с. с.), Греціи (4 зак. 1856) и Румыніи (2 с. с.), и въ рядѣ кодексовъ государствъ Центральной и Южной Америки (Чили 15, Колумбія 19, Костарика 3, Эквадоръ 14, Гондурасъ 19, Гаити 7, Мексика 12, Сальвадоръ 15, Венецуела 7, Уругвай 4). Но, дѣйствуетъ ли тотъ же принципъ и въ пользу иностранцевъ или же они, какъ въ Австріи, подчиняются законамъ домициля, этого большинство названныхъ законодательствъ не говоритъ, такъ что судить о дѣйствительномъ положеніи вещей можно только, зная содержаніе судебной практики каждой отдѣльной страны [1]). Только въ португальскомъ (27 с. с.) и мексиканскомъ (32 с. de estranjeria) законодательствахъ содержатся прямыя нормы объ обсужденіи личнаго статута иностранцевъ по ихъ національному закону. О Швеціи, напр., извѣстно, что она начала переходить къ принципу подданства послѣ изданія скандинавскаго вексельнаго устава, гдѣ 84 взята изъ германскаго вексельнаго устава 1848 г. (аналогичная 82 нашего вексельнаго устава 1902 г.); но переходъ еще далеко не законченъ, потому что на иностранцевъ въ Швеціи, такъ же, какъ и въ Австріи, распространяется принципъ домициля или даже мѣста пребыванія [2]). Полная ясность положенія существуетъ только въ Италіи и Германіи, а также въ Японіи, гдѣ въ законахъ (6 disp. prael.; 7 EG.; 3 зак. 1898) содержатся полныя коллизіонныя нормы, дѣйствующія на обѣ стороны, потому что онѣ говорятъ не о подданныхъ, а о лицахъ вообще.

---

[1]) Такъ, напр., объ Уругваѣ извѣстно, что тамъ къ иностранцамъ примѣняется законъ домициля, см. Revue Darras, 1909, p. 393.

[2]) Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt, 1889, цитир. у Synestvedt, Le droit international privé de la Scandinavie, 1904, p. 225.

Но, если въ рядѣ государствъ старый принципъ совсѣмъ замѣненъ новымъ или во всякомъ случаѣ сильно поколебленъ въ своемъ значеніи, то за то онъ уцѣлѣлъ въ государствахъ, занимающихъ весьма обширныя территоріи: кромѣ упомянутыхъ выше Норвегіи, Даніи и Прибалтійскихъ губерній, онъ безраздѣльно господствуетъ во всѣхъ частяхъ Британской Имперіи и въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки, а также въ Аргентинѣ, гдѣ онъ прямо выраженъ въ законѣ (6 и 7 с.с.).

Въ *Россіи* до сихъ поръ никто не сомнѣвался, что на русскихъ заграницей распространяются русскіе законы; иностранцы въ Россіи подлежатъ на основаніи 822 IX т. дѣйствію русскихъ законовъ, т. е. принципу домициля; иностранцы заграницей, на основаніи 82 векс. уст. 1902 г., подлежатъ дѣйствію національнаго принципа. ПВД. такъ написанъ, какъ если бы его составители замышляли переворотъ, освобожденіе русскихъ заграницей отъ дѣйствія отечественныхъ законовъ и подчиненіе ихъ закону домициля, однако, никакого намека на такой замыселъ въ опубликованныхъ соображеніяхъ нѣтъ, такъ что скорѣе всего отвѣтственность падаетъ на неудачную редакцію текста 3 ПВД. По отношенію къ иностранцамъ въ Россіи ПВД. становится на сторону принципа домициля. О томъ, каковъ принципъ ПВД. въ отношеніи иностранцевъ внѣ Россіи, но и внѣ ихъ отечества, возможно только строить умозаключенія.

Изъ этого обзора видно, что міръ современныхъ правопорядковъ можетъ быть, если отбросить частности, раздѣленъ на два лагеря: въ одномъ находятся тѣ, которые опредѣляютъ личный статутъ по подданству, въ другомъ правопорядки, оставшіеся вѣрными принципу домициля. Съ законодательно-политической точки зрѣнія это обязываетъ къ сравнительной оцѣнкѣ обоихъ принциповъ; съ конфликтно-правовой—къ разсмотрѣнію коллизій между коллизіонными нормами, основанными на этихъ соперничающихъ принципахъ.

XV.

Если бы законодателю, одинаково свободному отъ знакомства съ конфликтными нормами чужихъ правопорядковъ и отъ національныхъ предразсудковъ, пришлось, сочиняя нормы международнаго частнаго права для своей страны, рѣшить, по какому закону слѣдуетъ опредѣлять личное состояніе и семейственныя и наслѣдственныя правоотношенія иностранца, попавшаго на его территорію,—онъ имѣлъ бы выборъ между тремя привязками,—пребываніемъ, домицилемъ и подданствомъ. Построенныя на первой изъ нихъ нормы означали бы, что достаточно иностранцу очутиться хотя бы на нѣсколько часовъ, напр., проѣздомъ на желѣзнодорожной станціи, на территоріи предположеннаго законодателя, чтобы тотчасъ же цѣлый рядъ его правоотношеній начиналъ регулироваться законами территоріи. Но полная нецѣлесообразность такого способа упраздненія конфликтовъ въ сферѣ личнаго статута не замедлила бы обнаружиться съ очевидностью. Что толку въ томъ, что у насъ подчиняли бы нашимъ законамъ, напр., порядокъ наслѣдованія послѣ умершаго иностраннаго путешественника или семейственныя отношенія проѣзжей иностранной семьи, когда можно съ увѣренностью сказать, что рѣшеніе, постановленное на основаніи нашихъ законовъ, не будетъ имѣть никакихъ послѣдствій въ странѣ, гдѣ осталось имущество наслѣдодателя или семья имѣетъ осѣдлость. А съ другой стороны, понравилось ли бы намъ, если бы такія же конфликтныя нормы приняты были заграницей, когда нашему соотечественнику стоило бы только съѣздить на нѣсколько часовъ заграницу, чтобы затѣмъ заключенныя имъ тамъ сдѣлки и его семейственныя и наслѣдственныя правоотношенія, развертывающіяся у насъ, подлежали въ нашей странѣ обсужденію по иностраннымъ законамъ. И потому можно сказать a priori, что, подумавъ надъ вопросомъ, законодатель увидѣлъ бы возможность выбора только между двумя другими привязками и что, если въ нашемъ законодательствѣ и встрѣчается такая норма, какъ 822 IX т.,

которую можно толковать и такъ, будто для подчиненія личнаго статута иностранца нашимъ законамъ достаточно его простого пребыванія, то о преднамѣренности законодателя здѣсь во всякомъ случаѣ не можетъ быть рѣчи [1]). Это не значитъ, что въ дѣйствительности такая норма не можетъ, хоть и „разсудку вопреки", быть введена, если законодатель завѣдомо этого хочетъ, но наличность ея въ скрытомъ состояніи въ правѣ страны предполагаться не должна.

При такомъ же апріорномъ подходѣ къ выбору между домицилемъ и подданствомъ законодатель не можетъ не замѣтить общихъ чертъ у обѣихъ привязокъ. Та и другая устанавливаютъ длительную связь лица съ правопорядкомъ территоріи; при обѣихъ эта связь не порывается простою отлучкою лица изъ страны, такъ что и стоитъ, и возможно регулировать мѣстными законами личный статутъ всѣхъ, кто домицилированъ въ странѣ, не дѣлая исключенія для находящихся среди нихъ иностранцевъ, или же только личный статутъ своихъ подданныхъ, но за то и тѣхъ, кто годами живетъ заграницей. Если тѣмъ не менѣе между обѣими привязками дѣлается выборъ, то, очевидно, разница между ними глубже отмѣченныхъ чертъ сходства.

Въ литературѣ высказывается предположеніе [2]), что вѣковая популярность домициля, какъ привязки, объясняется его межеумочностью; въ немъ примиряются два крайнихъ основанія для господства законодательства,—территоріальное (пребываніе) и личное (подданство) верховенство. На самомъ дѣлѣ это только остроумное post hoc, потому что, если до начала XIX в. для оправданія привязки чрезъ домициль и обращались къ идеологіи, то во всякомъ случаѣ не къ той, которая имѣетъ цѣну въ глазахъ современныхъ интернаціоналистовъ.

Въ теченіе XVI—XVIII столѣтій не могло быть и вопроса о соперничествѣ подданства съ домицилемъ, какъ привязкою къ гражданскому правопорядку. Прежде всего

---

[1]) Объ источникахъ 822 IX т. см. Брунъ. О безвѣстномъ отсутствіи въ международномъ частномъ правѣ, 1914, стр. 30.

[2]) Zitelmann, op. cit. p. 388.

подданство вовсе не представлялось въ видѣ той идеальной связи, которая, по нашимъ воззрѣніямъ, существуетъ независимо отъ мѣста нахожденія подданнаго. Достаточно вспомнить, что только въ XVIII в. во Франціи вполнѣ усвоенъ былъ взглядъ, что дѣти французовъ, родившіяся заграницей, остаются французами и потому не могутъ быть жертвами ненавистнаго droit d'aubaine; но дѣти иностранцевъ, родившіяся во Франціи, становились iure soli подданными французскаго короля. Въ Германіи же подданство вообще устанавливалось до конца XVIII в. только водвореніемъ, въ началѣ вѣка даже безъ полицейскаго разрѣшенія; но и тогда, когда послѣднее стало требоваться, все-же осталась возможность пріобрѣтенія подданства по давности домициля; при этомъ въ законодательномъ языкѣ сохранилось обозначеніе подданства, какъ domicilium или какъ jus domicilii [1]). Затѣмъ правоотношеніе подданства не имѣло сколько-нибудь значительнаго содержанія, отличающаго его въ публичноправовомъ смыслѣ отъ домициля: безправна была одинаково вся масса обывателей; въ войска и во флотъ вербовали уговоромъ или насиліемъ, не считаясь съ подданствомъ; изгнанію изъ страны подвергались и подданные. Вся разница между подданными и иностранцами сводилась къ тому, что съ иностранца взимали еще особые поборы и что наслѣдство послѣ него становилось добычей казны (тоже способъ упраздненія конфликтовъ). Все это измѣнилось въ XIX в. Освобожденіе крестьянъ отъ крѣпостной зависимости въ Западной Европѣ открыло для массъ юридическую возможность болѣе быстрой и частой перемѣны домициля, а, слѣдовательно, при тѣхъ способахъ натурализаціи, которые примѣнялись, напр., въ Германіи, должна была расти неувѣренность въ государственной принадлежности лица [2]). Это въ связи съ другими причинами привело къ тому, что домициль въ странѣ, хотя бы онъ длился годами и поколѣніями, пересталъ служить основаніемъ для вступленія въ подданство.

---

[1]) Rehm, op. cit. pp. 198, 206, 211, 217.

[2]) Rehm, op. cit. p. 230. См. также В. М. Гессенъ, Подданство, I, 1909, стр. 193 сл.

Но и самое отношеніе подданства пріобрѣло совсѣмъ иное содержаніе. Установилось воззрѣніе, что подданный, въ отличіе отъ иностранца, не подлежитъ выдачѣ или изгнанію. Явилась обязательная, постепенно всенародная, воинская повинность. Обыватель превратился,—гдѣ раньше, гдѣ позже,—въ гражданина съ избирательными правами. Все это вело къ необходимости не считать болѣе домицилированныхъ иностранцевъ въ такой же мѣрѣ своими. Подданство и домициль сдѣлались двумя рѣзко различными публичноправовыми отношеніями. Это не могло не отразиться на частноправовыхъ отношеніяхъ.

Вѣковая монополія домициля, какъ привязки, имѣла, однако, свое основаніе не только въ слабости соперника. Важнѣе было состояніе источниковъ права въ странахъ, гдѣ юристы XVI—XVIII в.в. занимались конфликтноправовыми вопросами. Во Франціи, Нидерландахъ и Германіи объединеніе гражданскаго законодательства наступило только въ XIX и въ XX в.в. Во Франціи, несмотря на политическую централизацію, осуществленную монархіей Бурбоновъ, злободневное значеніе имѣли конфликты между кутюмами отдѣльныхъ провинцій, и все вниманіе статутаріевъ поглощалось послѣдствіями отъ разнорѣчія Парижскаго, Бургундскаго, Нормандскаго, Бретонскаго и другихъ кутюмовъ. Какой другой критерій, если не домициль, можно было класть въ основаніе при спорахъ, гдѣ всѣ заинтересованные одинаково подданные французскаго короля? И то же было въ Нидерландахъ, гдѣ Роденбурги и Футы имѣли дѣло съ обычаями Утрехта и Голландіи, Фризіи и Зюдерзее и т. д. И то же въ Германіи, гдѣ до 1900 г. дѣйствовали цѣлыя сотни правопорядковъ. Сколь незначителенъ могъ быть при этомъ интересъ къ конфликтамъ съ правомъ недомицилированнаго иностранца! И къ тому же политическое разграниченіе государствъ не мѣшало сохраненію единства обычноправовыхъ источниковъ гражданскаго права разныхъ территорій. Такъ, критерій различенія по домицилю не могъ не заполнять сознанія конфликтныхъ юристовъ, среди которыхъ единственными теоретиками были статутаріи. А умы этихъ послѣднихъ, если

уже говорить объ идеологіи, были какъ нельзя лучше направлены именно такъ, чтобы не сомнѣваться въ цѣлесообразности этого критерія: опредѣляя личный статутъ по закону домициля, статутаріи оставались вѣрны своей идеѣ территоріальности права,—идеѣ, что привязка къ мѣсту составляетъ не просто бытовой, а юридически существенный элементъ всякаго правоотношенія: въ концѣ концовъ и о формальномъ личномъ, и о формальномъ реальномъ статутахъ можно сказать, что они примѣняются—одинъ къ вещамъ, другой къ лицамъ, по одной и той же причинѣ,—потому что тѣ и другія привязаны къ мѣстамъ: домициль тотъ же реальный статутъ, но только для лицъ.

Переходъ отъ домициля къ подданству, какъ къ новой привязкѣ для личнаго статута, начавшійся незамѣтно въ странахъ, гдѣ вводился кодексъ Наполеона, не останавливалъ на себѣ вниманія теоретиковъ конфликтнаго права, пока выступленіе итальянцевъ Манчини и Эсперсона и бельгійца Лорана не сдѣлало вопроса о сравнительныхъ преимуществахъ подданства и домициля боевымъ. Разборъ ихъ ученія покажетъ, что утрата домицилемъ своей позиціи объясняется отнюдь не внутреннимъ достоинствомъ ихъ аргументовъ.

Свой идейный багажъ названные юристы получили отъ нѣмецкой исторической школы,—Савиньи и его учениковъ; право есть произведеніе народнаго духа, органически, подобно языку и быту, выростающее на національной почвѣ. Эта въ 70-хъ годахъ XIX в. уже достаточно расшатанная критикою Іеринга идея взята была Манчини и Лораномъ, какъ непререкаемая истина, и доведена до крайнихъ предѣловъ. Первый былъ политическій дѣятель, начавшій свою карьеру въ 50-хъ годахъ, въ эпоху борьбы Италіи за освобожденіе Ломбардіи и Венеціи отъ австрійцевъ и за политическое объединеніе всей страны, и горячо проповѣдывавшій національную идею, сознательно или безсознательно смѣшивая національное начало въ правѣ съ государственнымъ единствомъ. Второй просто увлекался своимъ религіозно-фантастическимъ представленіемъ о томъ, какъ самъ Богъ даетъ

въ концѣ концовъ каждой національности устроиться въ „естественныхъ“ границахъ. Оба проводили полную аналогію между уваженіемъ государства къ свободѣ самоопредѣленія индивида въ сферѣ гражданскаго права и признаніемъ со стороны государства національнаго права иностранца; это уваженіе и это признаніе казались обоимъ обязанностью государства, отпадающею только при наличности опасности для публичнаго порядка страны [1]). Признаніе національнаго права иностранца обязательно во имя уваженія къ его національности, потому что все право каждаго народа опредѣляется климатомъ, температурой, географическимъ положеніемъ (сѣверяне развиваются медленнѣе южанъ, и потому ихъ дѣеспособность наступаетъ позднѣе), разнообразіемъ мѣстныхъ потребностей и нравовъ (отсюда національный характеръ организаціи семьи и содержанія имущественныхъ сдѣлокъ). Отъ такихъ принудительныхъ нормъ частнаго права, каковы законы о состояніи, о семейственныхъ отношеніяхъ и о наслѣдованіи безъ завѣщанія, никто не можетъ отказываться, и потому національное право сопутствуетъ лицу заграницу, гдѣ иностранецъ въ правѣ требовать, чтобы его законы признавались мѣстною государственною властью (Манчини). Право есть манифестація національной жизни; какъ не сбрасываютъ своей національности, перейдя границу, такъ и частное право остается цѣликомъ привязаннымъ къ личности, и потому каждый долженъ управляться своими національными законами, которые для него то же, что кровь въ жилахъ и мускулы на костяхъ (Лоранъ).

Все это ученіе представляло цѣпь произвольныхъ утвержденій. Невѣрно прежде всего представленіе о національности, какъ объ естественной группѣ людей, опредѣляемой такими внѣшними признаками, какъ общность территоріи, расы, языка, религіи и т. д.; на самомъ дѣлѣ національность образуется тожественнымъ внутреннимъ переживаніемъ множества людей, считающихъ себя духовно между собою связанными и тѣмъ самымъ отличными отъ всѣхъ другихъ.

[1]) О Манчини и Лоранѣ см. Брумъ, Публичный порядокъ въ международномъ частномъ правѣ, Журн. Мин. Юст., Январь 1916 г.

Національность есть раздѣляемое множествомъ людей сознаніе, что общія имъ всѣмъ культурныя блага,—религія, эпосъ, бытъ, государство,—созидались ихъ, а не другихъ людей предками; что всѣ они съ одинаковымъ чувствомъ близости должны вспоминать о нѣкоторыхъ прошедшихъ славныхъ событіяхъ и массовыхъ несчастіяхъ и о великихъ историческихъ дѣятеляхъ жизни и мысли, одинаково возноситься душою при вѣстяхъ о побѣдахъ на поляхъ сраженія или о подвигахъ въ области духа, одинаково страдать при сообщеніяхъ о пораженіяхъ или гоненіяхъ, одинаково видѣть въ осуществленіи нѣкоторыхъ общихъ имъ всѣмъ желаній *свое* достиженіе [1]). Разумѣется, эта одинаковость знанія, сознанія, чувствъ имѣетъ градаціи, и потому „индивидъ можетъ считать себя членомъ націи въ большей или меньшей степени, сообразно съ объемомъ вліявшихъ на него элементовъ культуры [2]), но въ минимальной степени это субъективное состояніе присуще каждому, кто говоритъ о себѣ „мы“ въ противоположность всѣмъ тѣмъ, кого онъ называетъ „они“; и по той же причинѣ для маленькихъ народностей, судьбы которыхъ связаны съ другими, возможны одновременно два національныхъ сознанія. Національность есть произведеніе „соединеннаго множества людей“, а отнюдь не „соединеніе людей“ [3]). Внѣшняго критерія для національности нѣтъ. Это не тѣ люди, которые говорятъ на одномъ языкѣ (швейцарцы, бельгійцы); не тѣ, у кого одна религія (французы, нѣмцы, англичане); не тѣ, въ чьихъ жилахъ течетъ чистая безъ примѣси кровь отдаленныхъ прародителей (не только не сѣверо-американцы, итальянцы, но и не германцы и не великоруссы); не тѣ, кто живетъ въ естественныхъ границахъ,—потому что таковыхъ вообще нѣтъ, а всѣ онѣ результатъ войнъ и соглашеній; не тѣ, кто живетъ подъ одною государственною властью (съ раздѣлами не погибла польская національность).

И всего менѣе это тѣ, для кого обязательны одни и

---

[1]) Renan, Qu'est ce qu'une nation? въ Discours et conférences, p. 277 ss.

[2]) Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1905, pp. 112 ss.

[3]) Th. Kistiakovski, Gesellschaft und Einzelwesen, 1899, p. 142, говоритъ это объ обществѣ, но это противоположеніе вполнѣ примѣнимо и здѣсь.

тѣ же гражданскіе законы. О какомъ изъ гражданскихъ уложеній можно сказать, что оно національно для поляковъ съ конца XVIII в.: о прусскомъ ландрехтѣ 1795 г.? или о BGB? или объ австрійскомъ ABGB. 1811 г.? или о кодексѣ Наполеона? Если бы единство кодекса служило признакомъ національности, то надо было бы сказать, что во Франціи, въ Бельгіи, Голландіи, Румыніи, Гаити, Луизіанѣ, Люксембургѣ, до 1900 г. въ прирейнской Германіи и до 1912 г. въ Женевскомъ кантонѣ жила одна и та же національность. Говорятъ объ оскорбленіи національнаго чувства, если отказываются примѣнить къ иностранцу его національное право; какъ это похоже на правду, если представить себѣ, напр., русскаго армянина, семейственныя отношенія котораго обсудили бы въ Англіи не по 1 ч. X т., а по common law; и какъ будто въ самой Италіи задумались бы примѣнить къ итальянцу изъ Тріеста австрійское уложеніе? Ясно теперь, въ чемъ недоразумѣніе: Манчини писалъ о національности, устремляя свой взоръ на предстоявшее включеніе всѣхъ итальянцевъ въ королевство Италіи; онъ думалъ о подданствѣ, cittadinanza, а говорилъ nazionalità. Вмѣстѣ съ Лораномъ они разумѣли подъ національнымъ просто то законодательство, которому лицо подчинено въ силу своей принадлежности къ государству. Освобожденное отъ заволакивающей его оболочки, положеніе, что иностранецъ имѣетъ право требовать примѣненія къ нему его отечественнаго закона, потому что противное этому обращеніе съ нимъ оскорбляло бы его національное самосознаніе, не выдерживаетъ самаго легкаго напора критики. Забыли, что подданство пріобрѣтается замужествомъ и натурализаціей, а отнюдь не только рожденіемъ, и тѣмъ не менѣе говорятъ объ отечественномъ законодательствѣ, какъ о предметѣ, столь же близкомъ, какъ мускулы на костяхъ, для подданнаго вообще. Но и для тѣхъ, кто родился подъ дѣйствіемъ отечественнаго законодательства, ихъ гражданское право не есть вовсе продуктъ національнаго сознанія; это можно говорить по отношенію къ отдаленному прошлому, отъ котораго не дошло воспоминаній о юристахъ, сочинявшихъ нормы; но какъ мало это похоже

на правду въ примѣненіи къ современнымъ законамъ, проекты которыхъ вырабатываются учеными цивилистами, обсуждаются въ парламентскихъ комиссіяхъ и принимаются голосованіемъ большинства, которое складывается подъ вліяніемъ самыхъ разнообразныхъ комбинацій, противъ меньшинства, въ которомъ остаются отнюдь не тѣ, у кого слабѣе національное сознаніе. Въ частности, вопросы о свободѣ развода, о расширеніи наслѣдственныхъ правъ женщинъ и т. п., т. е. какъ-разъ вопросы изъ сферы личнаго статута, разрѣшаются на основаніи соціальныхъ, а не національныхъ соображеній; въ вопросѣ о возрастѣ для совершеннолѣтія не имѣетъ никакого значенія сѣверный или южный климатъ (въ Норвегіи 21 г., въ Испаніи 23 г.; брачное совершеннолѣтіе въ Англіи 14 и 12 л., въ Италіи 18 и 15 л.), а церковная традиція или соціальныя и экономическія соображенія,—напр., чѣмъ сильнѣе вліяніе демократіи, тѣмъ ниже возрастъ, когда лицо признается самостоятельнымъ [1]).

Фальшивое отъ начала до конца ученіе могло еще привлекать къ себѣ сочувствіе, пока оно подогрѣвалось національнымъ энтузіазмомъ или религіозной мечтательностью; но въ устахъ французскихъ эпигоновъ школы оно вызываетъ уже только досаду и скуку. Вейсъ далъ трезвое, прозаическое, даже черезчуръ прозаическое обоснованіе этой теоріи персональности права. „Законъ, когда онъ постановляетъ о частномъ интересѣ, имѣетъ всегда объектомъ пользу личности(?!); онъ можетъ управлять только тѣми, для кого онъ сочиненъ; но ими онъ долженъ управлять въ принципѣ повсемѣстно и во всѣхъ ихъ юридическихъ отношеніяхъ.... Къ нуждамъ и интересамъ личности болѣе всего приспособленъ законъ національный“. Такова первая идея Вейса, болѣе низменная, чѣмъ представленіе его предшественниковъ, но въ существѣ съ нимъ однородная. Тѣ воображали, что правотворчество должно считаться съ индивидуальными вку-

[1]) Лучшая и исчерпывающая критика этого ученія итальянской школы принадлежитъ L. Strisower, Die italienische Schule des internationalen Privatrechts, въ Gerichtshalle, 1881, pp. 103 ss., и Fusinato, Il principio della scuola italiana въ Archivio Giuridico, XXXIII, 1884.

сами лицъ, правоотношенія которыхъ регулируются его нормами, и потому иностранецъ въ правѣ обижаться, если къ нему примѣняютъ не его отечественные законы; но вѣдь гражданское законодательство вообще не считается и не можетъ считаться съ тѣмъ, что у каждаго человѣка могутъ быть свои основанія, почему та или другая норма ему непріятна; оно часто игнорируетъ даже различія классовыя, религіозныя, національныя, экономическія среди собственнаго народа; тѣмъ менѣе можно требовать, чтобы оно справлялось съ воззрѣніями иностранца. Но Вейсъ идетъ еще дальше, когда говоритъ о нуждахъ и интересахъ личности. Нужно ли доказывать, что законы издаются не ради пользы индивидовъ, потому что иначе слѣдовало бы каждому предоставить право не подчиняться закону, который ему неполезенъ, и что претензія иностранца, чтобы къ нему не примѣняли мѣстныхъ законовъ на томъ основаніи, что ихъ содержаніе противно его воззрѣніямъ и потребностямъ, вызываетъ естественное возраженіе, что до его взглядовъ и нуждъ законодателю дѣла нѣтъ? Но у Вейса есть еще вторая идея: „Личный суверенитетъ государства, проявляющійся въ его правѣ давать своимъ подданнымъ законы, не знаетъ границъ въ пространствѣ. Примѣненіе къ его подданнымъ заграницей законовъ, которые не для нихъ были сочинены, означаетъ нарушеніе его равнаго съ другими государствами суверенитета. Отказъ отъ исключительнаго права управленія юридическимъ состояніемъ своихъ эмигрировавшихъ подданныхъ означалъ бы отреченіе отъ собственнаго суверенитета [1])“.

Такъ вотъ куда мы спустились съ высотъ, гдѣ носился Манчини: то—непримѣненіе иностранныхъ законовъ означало нарушеніе личной свободы, неуваженіе къ національности, равносильное посягательству на вѣрованія и самоопредѣленіе личности; теперь это выходитъ уже обида иностранному государю, если въ чужой странѣ дѣйствуютъ только законы, изданные мѣстнымъ законодателемъ въ силу собственнаго суверенитета, хотя бы этотъ законодатель не

[1]) Weiss, op. cit. III, p. 64.

посягалъ на порядокъ, установленный иностраннымъ государемъ у себя.

Таково то ученіе о персональности національнаго права, которое дало первые теоретическіе аргументы въ пользу замѣны принципа домициля принципомъ подданства. О силѣ этихъ аргументовъ можно судить по слѣдующимъ образцамъ. „Домициль,—увѣряетъ тотъ же Вейсъ,—не даетъ никакого представленія объ умственномъ и нравственномъ состояніи личности. Какъ, въ самомъ дѣлѣ, допустить, что пребываніе, быть можетъ, и эфемерное, заграницей можетъ такъ измѣнить темпераментъ и природныя качества лица, чтобы явилась необходимость примѣнять къ нему новое законодательство“ [1])? „Это было бы такъ, развиваетъ ту же мысль Роленъ, если бы домициль предполагалъ проживаніе въ странѣ съ ранняго дѣтства, когда умъ и характеръ формируются. Но вѣдь домициль есть только мѣсто главнаго обзаведенія и можетъ быть весьма недавняго происхожденія. Напротивъ, между національностью (разумѣйте: подданствомъ) и умственнымъ и нравственнымъ развитіемъ индивида существуетъ логическая связь, потому что большинство націй состоитъ изъ людей одной расы (?!), и что во всякомъ случаѣ фактъ принадлежности къ одному и тому же народу предполагаетъ вообще общность жизни подъ тѣми же законами, подъ тѣмъ же (?) климатомъ, съ однообразными (?) нравами“ [2]) и т. д. Въ этихъ разсужденіяхъ закрываются глаза на то, что для огромнаго большинства людей ихъ домициль есть состояніе прирожденное, что множество иностранцевъ живетъ заграницей потому, что тамъ поселились уже ихъ родители, что объ эфемерности домициля нельзя говорить, когда у лица нѣтъ намѣренія выселиться въ другое мѣсто, что при свободѣ эмиграціи и выхода изъ подданства можно съ такимъ же основаніемъ говорить объ эфемерности подданства, что объ умственныхъ и нравственныхъ качествахъ индивида нельзя судить и по подданству, что съ темпераментомъ и природными качествами лица законодательство не считается и для внутрен-

[1]) Weiss, op. cit. III, p. 66.

[2]) Rolin, Principes du droit international privé, I, 1897, p. 243.

няго гражданскаго права (развѣ законы личнаго статута для жителей Архангельска и Батума разные?), что объ отсутствіи прочныхъ связей съ окружающей средой можно говорить только въ случаѣ недавняго пребыванія и притомъ, когда нѣтъ намѣренія оставаться; но и у подданнаго, который годами живетъ заграницей, можетъ не быть никакихъ связей въ отечествѣ, и т. д. Говоря короче: можно сколько угодно превозносить національный принципъ въ правѣ, но доказать неудовлетворительность принципа домициля такимъ способомъ нельзя.

XVI.

Для сравнительной оцѣнки обоихъ принциповъ много поучительнѣе тѣ дебаты, которые велись въ германской юриспруденціи въ послѣднее двадцатилѣтіе XIX в. и закончились въ 1900 г. замѣной въ EG. z. BGB. стараго принципа новымъ. Въ этихъ дебатахъ выяснилось, что къ вопросу можно подходить съ нѣсколькихъ сторонъ, вслѣдствіе чего опредѣленное рѣшеніе въ пользу одного изъ принциповъ предполагаетъ отдачу предпочтенія одной изъ точекъ зрѣнія и пренебреженіе всѣми остальными. Можно ставить вопросъ съ точекъ зрѣнія интересовъ самого иностранца или страны, гдѣ онъ домицилированъ, или же того государства, которому онъ принадлежитъ, какъ подданный.

Иностранецъ, говорилъ, напр., Баръ, долженъ ощутить, какъ насиліе надъ личностью, если въ силу перемѣны домициля, „который часто пріобрѣтается незамѣтно и безъ яснаго сознанія“, его семейственныя и наслѣдственныя правоотношенія начинаютъ подчиняться другимъ законамъ [1]). Конечно, на это можно бы возразить, что, когда нѣтъ яснаго сознанія, то нѣтъ и домициля, а когда есть намѣреніе оставаться, то нѣтъ и насилія въ томъ, что новаго поселенца подчиняютъ тѣмъ же законамъ, что и туземцевъ. Но эффектнѣе то, что какъ разъ съ тѣмъ же лозунгомъ „противъ насилія“ швейцарскій юристъ Мейли настойчиво спорилъ противъ

[1]) Bar, op. cit. p. 270.

исключительности подданства, говоря, что иностранецъ, который годами живетъ въ странѣ, долженъ испытывать, какъ насиліе, подчиненіе законамъ отечества, съ которымъ у него нѣтъ никакихъ, кромѣ чисто нравственныхъ, связей [1]). Ясно, что, если однимъ и тѣмъ же аргументомъ пользуются на обѣ стороны, то лучше всего его отбросить. И въ самомъ дѣлѣ, вопросу о насиліи мѣсто совсѣмъ въ другой плоскости. При выработкѣ конфликтной нормы важно знать, нарушается ли тѣмъ, что лицо будетъ подчинено туземному закону, его субъективное право, благопріобрѣтенное подъ дѣйствіемъ иностраннаго закона. Если лицо вступило въ бракъ въ отечествѣ и сообразно съ этимъ построило свои супружескія имущественныя отношенія, то, конечно, будетъ насиліе, если въ чужой странѣ, гдѣ оно поселится впослѣдствіи, не захотятъ считаться съ его благопріобрѣтенными правами. Но нѣтъ насилія, если ему предлагаютъ построить свои новыя отношенія такъ, какъ ихъ строитъ та среда, въ которой оно живетъ съ намѣреніемъ оставаться и впредь. О насиліи можно говорить, если наслѣдованіе послѣ иностранца, умершаго въ странѣ домициля, идетъ не по отечественнымъ законамъ, потому что съ этимъ связано нарушеніе законныхъ ожиданій заграничныхъ родственниковъ и кредиторовъ, но нельзя говорить о насиліи надъ самимъ наслѣдодателемъ, который не позаботился составить завѣщаніе.

Подъ тѣмъ же угломъ зрѣнія Баръ выставилъ противъ домициля другое соображеніе, заключавшееся въ томъ, что нормы о дѣеспособности и опекѣ разсчитаны на длительное попеченіе о личности, котораго поэтому не слѣдуетъ возлагать на государство, гдѣ индивидъ устраиваетъ свой домициль по своему произволу и незамѣтно. Здѣсь Баръ смѣши-

---

[1]) Meili, Das internationale Privatrecht, 1902, I p. 166. Его же, Die Hauptfragen des internationalen Privatrechts, 1910, S. 28. Въ pendant къ этому авторъ этихъ страницъ можетъ на основаніи собственной практики удостовѣрить, что правъ Мейли. Какъ былъ пораженъ французскій гражданинъ Р., родившійся въ Россіи и женатый на русской, когда онъ узналъ, что онъ можетъ завѣщать только въ предѣлахъ $^1/_6$ своего движимаго имущества, что $^1/_2$ этого имущества послѣ его смерти будетъ признана французскимъ консуломъ собственностью его жены, потому что онъ женатъ sous le régime de la communauté!

валъ два разныхъ вопроса,—слѣдуетъ ли при конфликтѣ законовъ о дѣеспособности считаться съ ограниченіями ея въ національномъ законѣ иностранца и предоставлять туземнымъ властямъ учреждать опеку надъ недѣеспособнымъ иностранцемъ и притомъ по основаніямъ, указаннымъ въ туземномъ законѣ, или же предоставлять все попеченіе о немъ національнымъ учрежденіямъ. Въ вопросѣ о дѣеспособности сталкиваются не домицилъ и подданство, а личный статутъ вообще и lex loci actus. А что касается опеки, то не менѣе пикантно то, что теперь, послѣ того какъ Швейцарія подписала вмѣстѣ съ другими державами гаагскую конвенцію 1902 года объ опекѣ, въ которой на первомъ планѣ стоитъ національный принципъ, среди швейцарскихъ юристовъ сказывается сильное стремленіе вернуться къ принципу домицила, т. е. учреждать опеку не тогда, когда этого требуетъ отечественный законъ нуждающагося въ ней иностранца, а когда это предписывается швейцарскими законами [1]). Такъ и второй аргументъ служитъ обѣимъ спорящимъ сторонамъ, и потому ничего не стоитъ.

И, наконецъ, Баръ находилъ, что, такъ какъ домицилъ иностранца можетъ быть во всякую минуту прекращенъ административнымъ распоряженіемъ о высылкѣ его заграницу, то не раціонально предоставлять государству домицила длительное попеченіе о личности и регулированіе семейственныхъ и наслѣдственныхъ отношеній иностранца. Здѣсь между посылкой и заключеніемъ нѣтъ вовсе логической связи; къ тому же съ такимъ же успѣхомъ можно спорить противъ принципа подданства, потому что иностранецъ, живущій заграницей, можетъ никогда больше не вернуться въ отечество.

Очевидно, что, становясь на точку зрѣнія частныхъ интересовъ иностранца, разрѣшить вопросъ о томъ, какой принципъ лучше, нѣтъ возможности.

Вторая точка зрѣнія—интересы страны домицила и прежде всего ея гражданскаго оборота. Фактъ домицила, говорятъ, труднѣе юридически отграничить, чѣмъ подданство; легко

[1]) Meili u. Mamelock, Das internationale Privatrecht auf Grund der Haager Conventionen, 1911, pp. 309 ss.

возможно, что въ разныхъ странахъ судебная практика разно рѣшитъ, существуетъ ли домицилъ и гдѣ онъ. Чаще случаи двойного домициля или отсутствія его, чѣмъ двойного подданства или безподданства. Еще важнѣе то, что домицилъ можно легче перемѣнить, чѣмъ подданство, а легкая перемѣна личнаго статута есть несомнѣнное зло [1]). Но на все это можно возразить, что для гражданскаго оборота цѣлесообразнѣе считаться съ домицилемъ, а не съ подданствомъ [2]), потому что послѣднее легко скрыть, тогда какъ въ домицилѣ контрагента можно всегда справиться о его добропорядочности. Впрочемъ, какъ уже сказано выше, въ вопросѣ о твердости сдѣлокъ не столько важенъ домицилъ, сколько мѣсто заключенія сдѣлки: какіе законы дѣйствуютъ здѣсь, я могу всегда узнать; но, какіе дѣйствуютъ въ отечествѣ иностранца, этого я обыкновенно знать не могу.

Для страны домициля важно, далѣе, состояніе ея гражданскаго правосудія. Здѣсь принципъ домициля представляетъ явныя преимущества. Опредѣленіе личнаго статута по подданству обязываетъ судей (но также и другихъ должностныхъ лицъ и простыхъ обывателей) знакомиться съ иностранными законами,—тѣмъ чаще, чѣмъ больше въ странѣ иностранцевъ и чѣмъ многочисленнѣе правоотношенія съ ихъ участіемъ; вслѣдствіе этого „правосудіе интернаціонализируется“; „растетъ юридическая обезпеченность иностранцевъ на счетъ туземцевъ“; „значеніе lex fori отодвигается“. Современемъ это должно приводить къ „запутанности судебной практики“ и къ „необозримости правоотношеній“ [3]). Но на это можно возразить, что еще больше преимуществъ представляло бы полное игнорированіе иностранныхъ законовъ, опредѣленіе личнаго статута по закону мѣста пребыванія, примѣненіе всегда только закона форума,—т. е. въ концѣ концовъ упраздненіе во имя большаго удобства судей всѣхъ

---

[1]) Zitelmann, op. cit. p. 388.

[2]) Весьма убѣдительны разсужденія на эту тему Chausse, Du rôle international du domicile, Journal Clunet, 1897, p.p. 5 ss.

[3]) См. у Niemeyer, Internationales Privatrecht, p. 58, который самъ высказывается за подданство.

конфликтовъ. Ясно, что и на эту точку зрѣнія нельзя становиться, если не считать все международное частное право праздною выдумкою кабинетныхъ людей или ненужнымъ балластомъ въ системѣ юридическихъ нормъ.

Такъ, становясь и на эту точку зрѣнія, можно спорить безъ конца и не прійти къ рѣшенію, которое бы всѣхъ удовлетворило. Ключъ къ рѣшенію даетъ описанная выше исторія распространенія принципа подданства. Въ XIX в. военныя государства получили основаніе больше интересоваться своими подданными, живущими заграницей, чѣмъ раньше. Они начали больше предусматривать возможность возвращенія подданнаго на родину; вслѣдствіе этого должно было прекратиться ихъ равнодушное отношеніе къ тому, что подданный, живя заграницей, устраиваетъ свои семейственныя правоотношенія или, умирая, оставляетъ наслѣдованіе не такъ, какъ это предусмотрѣно правопорядкомъ отечества; доколѣ связь не порвана выходомъ изъ подданства и остается возможность возвращенія, государству важно, чтобы и возникшія заграницей правоотношенія не вносили разстройства въ порядокъ отношеній въ странѣ. Оттого вслѣдъ за французскимъ кодексомъ австрійскій, испанскій, румынскій и даже чилійскій или сальвадорскій говорятъ о личномъ статутѣ австрійцевъ, румынъ, сальвадорцевъ и т. д., пребывающихъ заграницей, обходя вовсе молчаніемъ вопросъ объ иностранцахъ на своей территоріи, или даже открыто, какъ австрійскій кодексъ, отказываясь считаться съ ихъ подданствомъ. Мысль, что надо привязать живущаго заграницей своего подданнаго къ отечественному правопорядку, находитъ себѣ выраженіе въ конвенціяхъ о наслѣдствахъ: государства выговариваютъ себѣ, чтобы наслѣдованіе послѣ ихъ подданнаго, хотя бы въ движимомъ имуществѣ, шло по національному закону. Уже въ XX в. та же мысль осуществляется въ гаагскихъ конвенціяхъ 1902 г.: условія для вступленія въ бракъ, имущественныя отношенія супруговъ подчиняются ихъ національному закону. Откровенная односторонность австрійскаго уложенія 1811 г. кажется уже неприличной въ 60-хъ годахъ, и въ итальянскомъ кодексѣ говорится уже о личномъ ста-

тутѣ не итальянцевъ, а лицъ вообще, т. е. признается, что столь же закономѣренъ и интересъ иностраннаго государства въ сохраненіи связи съ своимъ отсутствующимъ подданнымъ. Своего апогея выраженіе этой мысли достигаетъ на нашихъ глазахъ, когда наканунѣ міровой войны въ Германіи издается законъ 22 іюля 1913 г., по которому германскій подданный, натурализуясь въ чужомъ государствѣ, имѣетъ право сохранить свое германское подданство, оставаясь, такимъ образомъ, навсегда эмиссаромъ своего первоначальнаго отечества въ странѣ поселенія и приберегая себѣ возможность возвращенія полноправнымъ германскимъ гражданиномъ. Другія государства до этого (впрочемъ, только ли до этого?) не додумались, но мыслью, что подданнаго, живущаго заграницей, надо привязать къ отечеству, прониклись одинаково всѣ; характерно, что она оставила до сихъ поръ равнодушными на материкѣ Европы только такія не агрессивныя государства, какъ Данія и Норвегія. Въ частности, въ послѣдней вопросъ о замѣнѣ принципа домициля принципомъ подданства сдѣлался предметомъ оживленнаго обсужденія со стороны мѣстныхъ юристовъ, когда пришлось рѣшать, подписывать ли три гаагскія конвенціи 1902 г. о бракѣ, разводѣ и опекѣ; въ результатѣ Норвегія предпочла остаться при старомъ принципѣ и отказалась отъ подписанія конвенцій [1]); ясно, что въ отличіе отъ другихъ государствъ ее болѣе интересуютъ иностранцы на ея территоріи, чѣмъ отсутствующіе норвежцы. При такихъ условіяхъ, когда почти всѣ одинаково заинтересованы, чтобы привязка подданнаго къ отечеству не разрывалась, естественно, что приходится идти по пути, намѣченному судебной практикой во Франціи, законодательствомъ въ Италіи и Германіи: приходится и къ иностранцамъ на своей территоріи примѣнять національный принципъ, а не домициль. И потому, сколько бы ни разсуждать, который изъ двухъ принциповъ лучше по существу,— дѣло вовсе не въ этомъ, а въ томъ, что выросло политическое значеніе подданства, возросло количество подданныхъ,

---

[1]) Synestvedt, op. cit. p. 231 сл.

пребывающихъ заграницей, и усилился интересъ къ сохраненію связи ихъ самихъ, ихъ семей и имуществъ съ отечественнымъ правопорядкомъ.

Въ томъ, что рѣшающій голосъ при выборѣ между обоими принципами принадлежитъ государственнымъ соображеніямъ, убѣждаетъ разсмотрѣніе причинъ, по которымъ въ Англіи, въ Сѣверной Америкѣ и въ Аргентинѣ удержался принципъ домициля. Слѣдуетъ помнить, что Британская Имперія объемлетъ цѣлый рядъ разнообразныхъ правопорядковъ, не только такихъ, въ основѣ которыхъ лежитъ common law и которые отличаются другъ отъ друга деталями (Англія, Шотландія, Ирландія, о. Менъ, Канада, Австралія, Новая Зеландія), но и такихъ, какъ Индія и Южная Африка (въ послѣдней дѣйствуетъ пандектное право). Всюду подданные Его Величества: иного критерія, кромѣ домициля, и быть не можетъ. Англійская судебная практика до сихъ поръ не колебалась примѣнять тотъ же критерій и къ правоотношеніямъ, въ которыхъ участвуютъ иностранцы; впрочемъ, сфера личнаго статута вообще въ англійскомъ правѣ сужена въ пользу lex loci contractus. Не колеблясь, англійскіе суды примѣняютъ принципъ домициля и противъ англійскаго права, т. е. когда дѣло идетъ объ англичанахъ, домицилированныхъ заграницей. Они считаютъ совершенно нормальнымъ, чтобы подданствомъ опредѣлялось только политическое состояніе, гражданское же—домицилемъ; въ книгѣ, изданной въ 1904 г., авторъ невозмутимо проходитъ мимо увѣренія, что такъ дѣлается во всемъ свѣтѣ [1]).

Въ Соединенныхъ Штатахъ Сѣверной Америки подданство Союзу также опредѣляетъ только политическое состояніе лица, его гражданское же состояніе опредѣляется законами Штатовъ, изъ которыхъ у каждаго свое самостоятельное законодательство или обычное право о законности рожденія, о бракѣ, о разводѣ, опекѣ и наслѣдованіи. Оттого въ предѣлахъ Штатовъ то же, что на территоріи Британской Имперіи: личный статутъ гражданина, а заодно и иностранца,

[1]) Foote, op. cit., p. 52.

опредѣляется его домицилемъ. Американскіе юристы видятъ основаніе этого принципа въ нравахъ демократическаго общества. Переселенецъ пріобрѣтаетъ домициль въ Америкѣ тотчасъ же, и, хотя обыкновенно онъ тутъ же выражаетъ намѣреніе натурализоваться, но до натурализаціи проходитъ нѣсколько лѣтъ; разсматривать его въ это промежуточное время все-же какъ иностранца въ гражданско-правовыхъ отношеніяхъ, значило бы часто считаться съ существующими въ нѣкоторыхъ европейскихъ странахъ возрастными ограниченіями дѣеспособности, и, слѣдовательно, стѣснять самодѣятельность молодежи, препятствовать образованію новыхъ семей и т. д. [1]).

И въ Южной Америкѣ на конгрессѣ государствъ въ Монтевидео (1889) большинство участниковъ высказалось такъ, что система національности смѣшиваетъ два ряда идей: политическое право не есть гражданское право, пользованіе публичными правами гражданина не зависитъ отъ способности заключать договоры; первое касается только подданнаго, второе имѣетъ своимъ предметомъ человѣка. Необходимость различать эти двѣ вещи горячо доказывается и въ самое послѣднее время [2]). Въ Аргентинѣ, въ Парагваѣ, въ Уругваѣ находятъ, что признаніе принципа подданства угрожало бы самому существованію многихъ южно-американскихъ республикъ, потому что въ нихъ составъ населенія постоянно измѣняется вслѣдствіе иммиграціи, и для нихъ чрезвычайно важно, чтобы новые элементы возможно скорѣе ассимилировались съ окружающею средою, чтобы они поскорѣе забывали о своихъ національныхъ законахъ и консулахъ и въ отвѣтъ на оказываемое имъ гостепріимство принимали американскіе законы безъ недовѣрія. Отсутствіе законодательнаго единства угрожало бы политической цѣлости республикъ. Такъ, въ пользу принципа домициля говорятъ въ этихъ странахъ интересы

---

[1]) Wharton, op. cit. p. 89.

[2]) Journal Clunet, 1909, p. 1004, вступительная лекція проф. Calandrelli въ Буэносъ-Айресскомъ университетѣ; также Torres-Campos, Conflicto entra la nacionalidad y el domicilio въ Rivista general de legislacion y jurisprudencia, 1908, I. p. 313, рецензія у Darras, 1909, p. 393.

демократіи и политической независимости. Его защитники выводятъ его также еще изъ факта иммиграціи. Самый фактъ поселенія въ чужой странѣ, говорятъ они, доказываетъ, что эмигрантъ желаетъ отречься отъ своего національнаго законодательства и слиться съ тѣми, среди кого ему предстоитъ отнынѣ жить и осуществлять гражданскія права. Современный эмигрантъ ничего не имѣетъ общаго съ варварскимъ завоевателемъ римской имперіи, который всюду носилъ свое племенное право; ему вовсе не можетъ быть дорого право страны, которая не могла доставить ему побѣды въ борьбѣ за существованіе. И потому примѣненіе принципа домициля соотвѣтствуетъ его взглядамъ и интересамъ.

Въ перечнѣ европейскихъ государствъ не была упомянута *Швейцарія*. Нигдѣ нѣтъ такого процентнаго отношенія иностранцевъ къ коренному населенію, какъ въ этой странѣ. Въ то время какъ въ Германіи ихъ 1,7%, во Франціи 3,2%, въ Швейцаріи по переписи 1910 г. они составляли 14,5%. Этимъ достаточно объясняется стремленіе швейцарскихъ юристовъ подчинять ихъ личный статутъ закону домициля. Къ тому же развитіе *международнаго* конфликтнаго права Швейцаріи зависѣло отъ развитія *междукантональнаго* конфликтнаго права. Федеральный законъ 25 іюня 1891 г. ограничилъ компетентность кантональнаго родиннаго права и расширилъ компетентность права того кантона, гдѣ у лица домициль; это былъ шагъ по пути къ объединенію гражданскаго законодательства Швейцаріи. Нормы междукантональнаго права примѣняются въ силу 32 закона 1891 г. по аналогіи къ иностранцамъ, домицилированнымъ въ Швейцаріи; этотъ законъ остался въ силѣ и послѣ введенія въ дѣйствіе ZGB. 1907 года. Вслѣдствіе этого права родительской власти, 9, опеки, 10, наслѣдованія, 22, опредѣляются для домицилированныхъ иностранцевъ швейцарскими законами.

Выше мы предположили, что законодатель призывается къ апріорному выбору между привязками. Теперь выяснилось, что такой выборъ, пригодный для всѣхъ временъ и народовъ, какъ его рекомендуютъ интернаціоналисты (Баръ, Цительманъ), ссылаясь на требованія международнаго права,

совершенно невозможенъ. Высказанное въ другомъ мѣстѣ [1]) положеніе, что конфликтныя нормы имѣютъ своимъ источникомъ внутренне-государственное право, получило полное свое подтвержденіе.

XVII.

Но именно поэтому пѣсня домициля еще далеко не спѣта даже въ тѣхъ государствахъ, которыя приняли принципъ подданства.

Мы не будемъ возвращаться къ тому, что въ государствахъ, гдѣ, какъ въ Британской Имперіи или въ Россіи, нѣтъ единаго гражданскаго правопорядка, конфликты между разномѣстными нормами могутъ быть разрѣшаемы только по домицилю. Но необходимо отмѣтить, какъ это отражается заграницей. Что̀ есть личный статутъ для сѣверо-американскаго гражданина или для русскаго подданнаго, напр., во Франціи или въ Германіи? Относительно перваго вопросъ ясенъ: это законодательство того штата, гдѣ у него былъ домицильвъ Соединенныхъ Штатахъ. Такъ же ясенъ вопросъ для того изъ русскихъ подданныхъ, кто имѣлъ домицильна территоріи 1 ч. X т., въ Царствѣ Польскомъ, въ Бессарабіи, а также въ Финляндіи. Но для выходцевъ изъ Остзейскихъ губерній вопросъ осложняется тѣмъ, что Св. гражд. узак. губ. Приб. самъ опредѣляетъ личный статутъ не по подданству, а по домицилю. Такъ, напр., въ Германіи личный статутъ уроженца гор. Риги должны были бы обсуждать по остзейскимъ законамъ; но, если это лицо домицилировано въ Германіи, то сами остзейскіе законы, предписывая обсуждать личный статутъ по домицилю, какъ бы приказываютъ обсуждать его по германскимъ законамъ. Этимъ мы подходимъ къ теоріи обратной отсылки, о которой будетъ рѣчь въ другомъ мѣстѣ. Какъ общее правило же, рекомендуемое и въ оксфордскихъ постановленіяхъ Института международнаго права [2]), для опредѣленія личнаго статута выходца изъ страны, гдѣ дѣйствуетъ

---

[1]) Брунъ, Введеніе въ международное частное право, 1915, глава III.

[2]) Annuaire de l'Institut, V, p. 57.

нѣсколько правопорядковъ, слѣдуетъ обращаться къ его отечественному законодательству.

Далѣе, трудно обойтись безъ обращенія къ домицилю въ случаяхъ двойного подданства. Конечно, не тогда, когда конфликтъ приходится разрѣшать въ государствѣ, которое само считаетъ лицо своимъ подданнымъ; тогда второе подданство просто игнорируется. Вопросъ ставится тогда, когда рѣшеніе долженъ вынести судъ страны, для которой данное лицо во всякомъ случаѣ чужое. Такъ, напр., швейцарецъ натурализовался во Франціи, оставивъ жену въ Швейцаріи; жена пережила его и умираетъ заграницей, оставивъ движимое имущество въ Россіи. За кого долженъ признать ее русскій судъ? Если она француженка, то наслѣдство нужно выдать французскому консулу; если швейцарка,—то наслѣдованіе идетъ по русскимъ законамъ (потому что нѣтъ конвенціи). Кто же она? Въ этомъ случаѣ рѣшаетъ ея домициль. Но что, если она не была домицилирована ни во Франціи, ни въ Швейцаріи, а, напр., въ Италіи? Здѣсь открывается обширное поле для контроверзъ, разбору которыхъ мѣсто въ изслѣдованіи о подданствѣ; достаточно замѣтить, что одно изъ высказанныхъ въ литературѣ мнѣній стоитъ за то, что и въ такомъ случаѣ рѣшаетъ домициль [1]).

Къ домицилю приходится обращаться въ случаѣ безподданства. Такое рѣшеніе предусмотрѣно японскимъ закономъ 27: „для лица, не имѣющаго подданства, отечественнымъ правомъ считается право страны домициля, а, если домициль неизвѣстенъ, то—право страны пребыванія“, и германскимъ—29 EG., который, впрочемъ, обращается къ домицилю только тогда, когда лицо и въ прошломъ никогда не состояло ни въ чьемъ подданствѣ.

И, наконецъ, не замолкли голоса, требующіе de lege ferenda смягченія національнаго принципа во имя соображеній, которыя, какъ показано выше, сами по себѣ безсильны доста-

---

[1]) Kahn, Gesetzeskollisionen, Jhering's Jahrbücher, Bd. 30, p. 68; Niemeyer, Vorschläge und Materialien, p. 124; съ оговорками онъ же, Internationales Privatrecht, p. 66. См. также Гессенъ, назв. соч., стр. 152 сл.

вить торжество тому или другому изъ принциповъ. Jitta [1]) въ Голландіи, Chausse во Франціи, Meili [2]) въ Швейцаріи выступали за то, чтобы сфера примѣненія національнаго принципа была ограничена; напр., чтобы несостоятельность, безвѣстное отсутствіе, опека обсуждались по законамъ домициля, такъ какъ въ этихъ случаяхъ дѣло идетъ о состояніяхъ человѣка, обусловливаемыхъ его общеловѣческими, а не національными свойствами. Но, какъ уже упомянуто выше по поводу способности къ сдѣлкамъ, основанія для объявленія несостоятельности и безвѣстнаго отсутствія слѣдуетъ вовсе исключить изъ сферы личнаго статута и искать ихъ не въ законахъ отечества или домициля, а въ дѣйственномъ статутѣ, т. е. въ законахъ страны, господствующихъ надъ правоотношеніемъ, для котораго имѣютъ значеніе несостоятельность или безвѣстное отсутствіе. Что же касается опеки, то гаагская конвенція 1902 г. старается примирить оба принципа. Meili рекомендовалъ еще какъ средство для ограниченія дѣйствія національнаго начала, чтобы послѣ десятилѣтняго пребыванія иностранца въ странѣ на него начинали распространяться законы домициля о личномъ статутѣ, т. е. на его семейственныя отношенія и наслѣдованіе послѣ него.

Нѣтъ сомнѣнія, что всѣ этого рода протесты противъ неограниченнаго примѣненія національнаго принципа способны находить благосклоннаго слушателя въ законодателѣ страны домициля, который самъ, однако, не согласится освободить своего подданнаго, живущаго заграницей, отъ подчиненія отечественнымъ законамъ: государственный эгоизмъ такъ же въ природѣ вещей, какъ и индивидуальный. И потому нѣтъ ничего удивительнаго, что при изолированной выработкѣ нормъ международнаго частнаго права законодатели стремятся, гдѣ можно, сохранить авторитетъ законовъ домициля, и, навѣрное, если бы пропагандѣ Манчини и Ассера не удалось въ концѣ XIX в. подвинуть государства на то, чтобы приступить къ выработкѣ конвенцій объ уста-

[1]) Jitta, La méthode du droit international privé, 1890, p. 156 ca.

[2]) Meili, Das internationale Privatrecht und die Statutenkollisionen im Haag, 1900, p. 26 ss.

новленіи однообразныхъ коллизіонныхъ нормъ, мы и впредь видѣли бы только повтореніе австрійской системы: мой подданный заграницей принадлежитъ мнѣ, а иностранецъ у меня . . . принадлежитъ мнѣ же. Но въ исторіи конфликтнаго права нужда оказывается матерью добродѣтели: безъ конвенцій, которыя всегда суть дѣтища компромисса, національнзмъ считалъ бы себя нынужденнымъ облекать свою склонность къ принципу домициля въ мантію теоріи о принятіи обратной отсылки. Образецъ такого прикровеннаго удержанія стараго принципа даетъ 27 EG. z. BGB. Но и объ этомъ здѣсь уже нѣтъ мѣста говорить.

XVIII.

Однако, забудемъ на время, что принципъ домициля еще не умеръ даже тамъ, гдѣ его торжественно похоронили; ограничимся тѣмъ, что представляется взору, скользящему по поверхности. Оба принципа раздѣлили между собою всѣ такъ называемые культурные правопорядки. Единое международное частное право, какъ система конфликтныхъ нормъ, дѣйствующихъ во всемъ мірѣ, остается пока въ сферѣ мечтаній теоретиковъ, вѣрныхъ идеѣ Савиньи о международной общности правопорядковъ. Пока можно навѣрное сказать, что европейскія государства уже не откажутся отъ принципа подданства; откажутся ли Британская Имперія, Сѣверо-Американскіе Штаты, Аргентина и др. отъ принципа домициля, кто возьмется гадать объ этомъ [1])? Во всякомъ случаѣ на необозримое число лѣтъ предстоятъ конфликты не только между законами матеріальнаго права разныхъ правопорядковъ, но и между конфликтными нормами правопорядковъ, изъ которыхъ одни стоятъ за подданство, другіе за домициль. Какъ разрѣшать такіе конфликты?

По аналогіи съ тѣмъ, что мы видѣли выше въ связи съ конфликтами законовъ о домицилѣ, и здѣсь возможны кон-

[1]) Возможно, что въ Англіи введеніе всеобщей воинской повинности будетъ имѣть послѣдствіемъ пересмотръ принциповъ.

фликты положительный и отрицательный [1]). Примѣръ положительнаго: французъ домицилированъ въ Австріи. Каждое изъ двухъ государствъ—Франція и Австрія—считаетъ свое законодательство компетентнымъ для его личнаго статута. Примѣръ отрицательнаго: англичанинъ домицилированъ въ Италіи. Каждое изъ двухъ государствъ объявляетъ свое законодательство некомпетентнымъ и приписываетъ компетентность другому: въ Англіи скажутъ, что личный статутъ того англичанина подлежитъ обсужденію по итальянскому закону, а въ Италіи скажутъ, что компетентно англійское право.

Если бы существовало единое международное частное право, то судъ любой страны выносилъ бы въ этихъ случаяхъ одинаковыя рѣшенія. Пока этого нѣтъ, приходится различать, гдѣ находится судъ, призванный рѣшать.

Возможно, что онъ находится въ одномъ изъ двухъ государствъ, между законами которыхъ обнаружился конфликтъ. Тогда задача проста: каждый судъ повинуется только тѣмъ конфликтнымъ нормамъ, которыя признаны законодателемъ его страны. Французскій судъ примѣнитъ къ французу, домицилированному въ Австріи, французское право; австрійскій судъ примѣнитъ къ нему австрійское право. Точно такъ же англійскій судъ примѣнитъ къ своему соотечественнику, живущему въ Италіи, итальянское право. А итальянскій судъ....? Непредубѣжденный умъ продолжаетъ: ...„примѣнить къ этому англичанину англійское право“. Но что, если итальянскій судъ вкусилъ отъ древа теоріи обратной отсылки и скажетъ: какъ же я могу примѣнить англійское право, когда оно само приказываетъ (кому?) примѣнять законы домициля? Такъ открывается необходимость сосчитаться съ этой теоріей.

Рѣже, но все-же возможно, что и положительный, и отрицательный конфликты возникаютъ предъ судомъ, который находится въ третьемъ государствѣ, т. е. въ странѣ, гдѣ лицо вовсе не домицилировано и къ которой оно не стоитъ вовсе въ отношеніи подданства. Тогда опять-таки для суда важно

---

[1]) Для дальнѣйшаго ср. Zitelmann, op. cit., I, pp. 390 ss.

прежде всего то, что говоритъ его собственное законодательство. Представимъ себѣ, что ПВД. сдѣлался закономъ; онъ неуклонно стоитъ за принципъ домициля. Нашему суду нужно разобраться въ спорѣ, возникшемъ изъ супружескихъ имущественныхъ отношеній француза, который вступилъ въ бракъ, будучи домицилированнымъ въ Австріи. Первое, что нашъ судъ долженъ рѣшить для себя, это—касается ли 9 ПВД. и такихъ случаевъ, когда въ конфликтѣ два иностранныхъ закона, или же только такихъ, когда въ конфликтѣ русскій законъ съ иностраннымъ. Предположимъ, что будущая судебная практика установитъ, что для примѣненія 9 ПВД. безразлично, какія законодательства находятся въ конфликтѣ. Тогда нашъ судъ не усомнится примѣнить австрійскій законъ. Но что, если суду представится, что конфликтная норма 9 ПВД. предусматриваетъ только вторую комбинацію. Тогда онъ долженъ будетъ сказать: законъ форума ничего мнѣ не предписываетъ; я обязанъ обратиться къ отысканію того, что сказалъ бы законодатель, если бы самъ подумалъ надъ вопросомъ. Если при этомъ суду попадется въ руки трактатъ Цительмана, онъ скажетъ вслѣдъ за нимъ: надо рѣшить „по общимъ принципамъ международнаго права“, т. е. примѣнить отечественный законъ (въ данномъ случаѣ французскій). И будетъ неправъ, ибо международное право ничего нашему суду не предписываетъ. И долженъ будетъ сказать: такъ какъ вынести рѣшеніе я все-же обязанъ, то рѣшу по аналогіи съ 9 ПВД., а не такъ, какъ мнѣ рекомендуетъ теоретикъ-интернаціоналистъ [1]).

Конфликтъ можетъ возникнуть, наконецъ, между закономъ форума, съ одной стороны, и законами домициля и отечества—съ другой. Такъ, напр., французъ домицилированъ въ Голландіи, но его личный статутъ подлежитъ обсужденію въ Ригѣ: и французское и голландское право одинаково велятъ примѣнить французскій законъ, а Св. гражд. узак. губ. Приб. велитъ примѣнить голландское право. Рижскій судъ сдѣлаетъ такъ, какъ велитъ Св. гражд. узак. губ. Приб.

---

[1]) Zitelmann, op. cit., p. 391.

Но его вниманіе могутъ обратить на то, что вѣдь само голландское право не хочетъ, чтобы его примѣняли, а отсылаетъ къ національному закону домицилированнаго въ Голландіи француза. Тѣмъ самымъ рижскій судъ встрѣтится съ необходимостью оріентироваться въ теоріи дальнѣйшей отсылки. Или возможно, что въ итальянскомъ судѣ нужно обсудить личный статутъ англичанина, домицилированнаго въ Норвегіи; здѣсь, какъ и въ Англіи, конфликтное право требуетъ примѣненія норвежскаго закона, а итальянское право приказываетъ примѣнить англійское право. Такъ итальянскій судъ и сдѣлаетъ. Но и ему могутъ сказать: почему примѣняете вы англійское право, когда оно само не хочетъ, чтобы его примѣняли, а отсылаетъ васъ къ норвежскому? Опять встаетъ призракъ теоріи дальнѣйшей отсылки.

Такъ изслѣдованіе о домицилѣ въ конфликтномъ правѣ приводитъ къ преддверію новаго изслѣдованія о теоріи обратной и дальнѣйшей отсылки.

