

Наука международного частного права: Жан Николая Гертиус¹



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



Аннотация

Объектом исследования настоящей статьи является теория международного частного права, разработанная в труде немецкого ученого XVII века Жана Николая Гертиуса. В статье анализируются его основные доктринальные построения, правила разрешения конфликтов законов, их значение и актуальность для современного МЧП. Фигура Жана Николая Гертиуса занимает центральное место в немецкой теории статутов. Способы разрешения конфликтов разнонациональных законов, предложенные этим ученым, предопределили развитие немецких коллизионных доктрин XIX–XX веков; разработанные им практические решения закреплены в современном законодательстве и судебной практике. Однако конфликтная теория Гертиуса противоречива, отличается двойственностью, жизненные примеры не вписываются в жесткие теоретические категории. В статье сделан вывод, что при всей критике теоретических построений Гертиуса необходимо признать его весомую положительную роль в развитии доктрины МЧП. Он обогатил терминологический аппарат МЧП, впервые предложил термины «коллизии законов», «коллизионное право», которые восприняты судебной практикой, законодательством и доктриной большинства стран мира. Три правила Гертиуса — это, по существу, три варианта иностранного элемента (субъект, объект, факт), которые нужно выявить и оценить с точки зрения выбора компетентного законодательства. Сконструированные им 63 казуса охватывают право лиц, деликты, наследование, имущественные права супругов, контракты, процесс — т.е. все сферы, в которых могут возникнуть конфликты законов. В своей диссертации Гертиус практически исчерпывающим образом отразил все потенциальные коллизионные ситуации. Он подтвердил «классическое» понимание смешанных статутов как законов о форме юридических действий; утверждал обязанность применения иностранного права; указывал на необходимость унификации местных законов для ликвидации интерлокальных коллизий. Все эти результаты обладают высокой значимостью и, несмотря на то, что в своей теории «Гертиус является жертвой различных, порой несовместимых влияний», его такт практически всегда помогал ему находить правильные коллизионные решения.



Ключевые слова

международное частное право, доктрина, Германия, конфликтное право, теория статутов, коллизии законов, международная вежливость, применение иностранного права, Жан Николая Гертиус.

Библиографическое описание: Гетьман-Павлова И.В. Наука международного частного права: Жан Николая Гертиус // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 1. С. 4–20.

JEL: K33; УДК: 341.91

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.4.20

¹ Настоящая статья подготовлена в ходе исследования № 15-01-0025 программы Научного фонда Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) в 2015–2016 гг. и с использованием субсидии на государственную поддержку ведущих университетов России в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

Введение

Теория статутов — единственная теория международного частного права (далее — МЧП) в течение почти 500 лет (начало XIV — конец XVIII вв.) — не привлекает особого внимания современных российских исследователей. Действительно, по этому вопросу написано много, и принято считать, что теория статутов исследована исчерпывающим образом. При этом уместно напомнить, что в российской литературе данная проблематика анализировалась, в основном, в работах дореволюционных ученых². Кроме того, в теории статутов принято выделять три школы: итальянскую, французскую и голландскую. Немецкая доктрина МЧП XV–XVII вв. как самостоятельная школа в теории статутов не выделяется, и вклад немецких статутариев в развитие учения о коллизии законов исследуется только в немецкой литературе³. Настоящая статья призвана частично восполнить этот пробел.

Самое известное имя в немецкой теории статутов — это имя ученого XVII века Жана Никола Гертиуса. Его конфликтная теория предопределила развитие немецких коллизионных доктрин XIX–XX веков; его практические решения закреплены в современном законодательстве; творчество этого ученого по-прежнему актуально и заслуживает внимательного и подробного изучения.

Жан Никола Гертиус (Jean Nicolas Hertius) родился 6 октября 1652 г. в Нидерклене, умер 19 сентября 1710 г. в Гиссене. Сын министра, получил прекрасное домашнее образование. В 1664 г. поступил в гимназию, а в 1667 г. — в университет Гиссена. Учился в университетах Йены, Лейпцига и Виттенберга. В 1676 г. вернулся в Гиссен, где получил степень лицензиата права, стал адвокатом при княжеском дворе и читал лекции в университете. В 1683 г. стал экстраординарным профессором права, в 1686 г. получил степень доктора и должность ординарного профессора на юридическом факультете, которую занимал до 1702 г. С 1703 г. служил ассессором в придворном совете Гиссена, в 1707 г. стал членом городского совета, в 1710 г. был избран на должность ректора университета.

Гертиус — один из основоположников анализа права с философских и исторических позиций. В его исследованиях много отсылок к римскому и старонемецкому феодальному государственному и ленному праву, в гражданском и естественном праве он акцентирует внимание на философских аспектах этих отраслей. Опираясь на теории Цицерона и Лейбница о всечеловеческом обществе, ученый считает, что между людьми установлена общность права⁴.

Гертиус — единственный из немецких авторов XV–XVII вв., написавший специальную и «основательную» диссертацию о столкновениях разнонациональных законов

² См. прежде всего: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб., 1900. 283 с. // СПС Консультант Плюс; *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. М. 1915. 105 с. // СПС Гарант.

³ См.: *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. C. von Bar u. P. Dopffel.* 2001. XXVI, 758 S. // URL: <https://books.google.ru/books?id=d3VVKaXcGgUC&pg=PR1&lpg=PR1&dq=Deutsches+Internationales+Privatrecht+im+16.+und+17.+Jahrhundert&source> (дата обращения: 05.01.2016); *Gutzwiller M.* Geschichte des Internationalprivatrechts. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1977. XVIII, 326 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

⁴ См.: *Laurent F.* Droit civil international. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880. Т. I. 684 p. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

(*Dissertatio de collisione legume* (1688))⁵, которая являет собой настоящий трактат по конфликтному праву. Именно он ввел в мировой юридический оборот термин «коллизии законов», составивший название его диссертации⁶. В XIX в. немецкие юристы говорили о Гертюсе как о величине, равной Бартоло да Сассоферрато или Иоанну Вуту⁷. Российский ученый М.И. Брун называл его важнейшим из писателей XVII века⁸.

При этом в другой работе М.И. Брун писал, что Гертюс — это «на редкость бездарный и тяжеловесный писатель»⁹, «малосамостоятельный, удручающий своим изложением, сумбурный в своих заключениях, который повторял только то, что уже сказали другие»¹⁰. Такого же мнения придерживался и А.Н. Макаров: «Конфликтная теория Гертюса... автора утомительно тяжеловесного, в существенных своих основах идет от д'Аржантре»¹¹. Итальянский исследователь Н. Рокко утверждал, что Гертюс набросал только сухие и жалкие основы науки. Соглашаясь с ним, немецкий ученый Е. Ландсберг остроумно заметил, что, «быть может, Гертюса перед судом истории оправдывает то, что у него была необыкновенно сварливая жена, которая отравила ему жизнь»¹².

Подобные оценки сложились в литературе второй половины XIX — начала XX вв. благодаря К.Г. Вэхтеру, который был убежден, что Гертюс по существу только повторил теорию своего современника Генриха фон Кокцейна¹³. Немецкая теория статутов была известна в Европе XIX века исключительно по работам самого Вэхтера, и вслед за ним другие ученые поддержали нелестную оценку трактата Гертюса. Действительно, содержание его учения очень сильно напоминает теорию Кокцейна¹⁴. Нельзя отрицать, что Гертюс чрезвычайно много перенял у Кокцейна, и ключевые положения обоих авторов совпадают. Оба пользуются методологией статутариев и мыслят в их категориях, что позволило Вэхтеру утверждать: «Кокцейн и Гертюс относятся к главным защитникам известной теории, которую они хотя формально и отбрасывали, но положили в основу

⁵ См.: Köbler G. Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte. 2 Aufl. B., 2004. 896 S. // <http://www.koeblergerhard.de/Zielwoerterbuch5.htm> (дата обращения: 05.01.2016)

⁶ См.: Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.

⁷ См. об этом: Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве. М., 1915. 100 с. // СПС Гарант.

⁸ См.: Брун М.И. Международное частное право: Курс лекций. М., 1911. 276 с. [Электронный ресурс РГБ.]

⁹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

¹⁰ Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве.

¹¹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1924. 146 с.

¹² Цит. по: Meili F. Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. I Band. Zurich: Art. Institut Orell Fussli, 1902. 407 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

¹³ Одновременно сам Вэхтер именно Гертюса называет своим предшественником. См.: Wächter K.G. Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten / Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert. Frankfurt, 1841. 79 S.

¹⁴ О теории Генриха фон Кокцейна и других ученых — предшественниках Гертюса в доктрине конфликтного права см., напр.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права; Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб., 1900. 283 с.; Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.; Ancel B. Histoire du droit international privé. P: Universite Pantheon-Assas (Paris II), 2008. 196 p. // URL: http://www.u-paris2.fr/44834992/0/fiche_document/&RH=COURS_TD (дата обращения: 05.01.2016); Gutzwiller M. Geschichte des Internationalprivatrechts.

своих размышлений»¹⁵. Тем не менее, в самых существенных своих рассуждениях (хотя бы в оригинальном порядке изложения материала) Гертюс является вполне самостоятельным писателем. В современной немецкой литературе подчеркивается, что «оба корифея, Гертюс и Кокцейн, объективно стоят в центре немецкой школы МЧП»¹⁶.

Для выстраивания собственной теории конфликтного права Гертюс основательно изучал, прежде всего, голландскую литературу; он цитирует многих французских и даже испанских авторов; итальянские и немецкие ученые не привлекают его внимания. В его диссертации (впервые в европейской науке конфликтного права!) дается краткий обзор истории этой науки. После упоминания «*Lex cunctos populous*» и глоссы «*Quod si Bononiensis*»¹⁷ Гертюс называет «четырех сведущих»: Бертрана д'Аржантре¹⁸, Никола Бургундуса, Христиана Роденбурга и Каспара Циглера¹⁹, к которым добавляет еще Павла Вута и Генриха фон Кокцейна. По мнению А. Лэне, такая «иерархия авторитетов» создает впечатление, что немецкий ученый, нимало не колеблясь, присоединяется к сторонникам трихотомии статутов²⁰. Он даже подчеркивает «новизну» теории, предложенной д'Аржантре в 1584 г.: «Совсем недавно было установлено различие между реальными, персональными и смешанными статутами»²¹. На первый взгляд, Гертюс выступает ярким поборником «бретонской» теории в смысле, предложенном Бургундусом, не принимая более «современного» понимания тройственного деления законов, уже закрепленного в работах Павла Вута и Ульриха Губера.

Однако сам Гертюс с самого начала прямо и недвусмысленно дистанцировался от статутариев. О делении законов он отзывается с «пренебрежением»: «Многим пошлое понравилось бы различие реальных, личных и смешанных статутов; поистине удивительно, как для их определения ученые потеют»²². Цель нашей классификации (говорит он «величественно»²³) отнюдь не статутарная. Наша цель — выяснить, что представляют собой коллизии законов и какой из законов является наиболее предпочтительным для их разрешения. После предварительного рассмотрения значения слова «коллизия» Гертюс рассматривает коллизии естественных законов между собой, затем

¹⁵ Wächter K.G. Op. cit.

¹⁶ Gutzwiller M. Op. cit.

¹⁷ *Cunctos populous* — первые слова Конституции императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия «Об утверждении веры в Святую Троицу» (380 г.), к которой была сделана знаменитая глосса «*Quod si Bononiensis*» («О болонце в Модене»), положившая начало науке международного частного права.

¹⁸ Гертюс называет д'Аржантре «*virum summae eruditionis*» (человек большой учености, кладезь премудрости), который «так легко блуждает в таком широком материале». См.: Meili F. Op. cit..

¹⁹ Каспар Циглер (1621–1690) — представитель немецкого реализма в теории статутов; первым в немецкой доктрине конфликтного права принял идею автономии воли сторон. Гертюс — единственный автор, кто придает такую значимость высказываниям Циглера о конфликтах законов. Из других немецких авторов Гертюс одобрительно относится к Вольфгангу Адаму Лотербаху, поддержавшему трихотомию статутов д'Аржантре.

²⁰ См.: Laine A. Introduction au droit international privé. P.: Librairie Cotillon, 1888. Т. I. 437 p. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016)

²¹ Цит. по: Ibid.

²² Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. Эта «знаменитая» фраза Гертюса («*verum in his statutis definiendis mirum est quam sudent doctors*») цитируется всеми исследователями истории МЧП XIX — XXI вв. и у многих вызывает весьма ехидные замечания, например, у Ф. Мейли: «Сам он [Гертюс], конечно, вспотел меньше!» См.: Meili F. Die Doctrin des internationalen Privatrechts // Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht. 1891. N 1. S. 1–170.

²³ Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.

коллизии между позитивными и естественными законами, наконец, коллизии между позитивными законами.

«Позитивные законы коллидируют или в силу различных материальных предписаний, или в силу различной воли законодателей»²⁴. Люди подчиняются верховной власти по одному из трех оснований (личность, имущество, действие); национальный суверен устанавливает три режима: обоснования для лиц, вещей и актов. Все люди являются субъектами этого тройного правила, поскольку лицо связано с территорией своего домициля, вещь — своего места нахождения, а исполнение акта зависит от законности трансакции: «Люди подвергаются действию трех сил: либо места жительства лица, либо места нахождения вещи, либо места совершения действия»²⁵. Законы, изданные верховной властью, и муниципальные статуты имеют своим содержанием лицо, вещь или форму юридического действия. Эти три фактические ситуации можно сформулировать в три главных принципа.

Три принципа — каркас теории Гертюса. При этом он настойчиво подчеркивает, что его принципы — не аксиомы, подобные предложенным У. Губером; принципы Гертюса — это общие правила, которые в зависимости от конкретной ситуации терпят исключения. Ученый предлагает чрезвычайно детализированные объяснения условий, которые определяют, действуют ли эти правила. Он рассматривает 63 случая (которые в большинстве своем присутствуют в работах его предшественников и в судебной практике, но частично придуманы им самим²⁶), направленных на уточнение сформулированных в диссертации дефиниций.

Правило первое: когда закон направлен на лицо, то надлежит принимать во внимание закон того государства, на территории которого лицо имеет постоянное местожительство. Важно, что закон прежде всего говорит о лице (*primario*), если он косвенно (*per consequentiam*) затрагивает имущество или действия — это не имеет значения. «Очевидное» основание данного правила в том, что личность подданного подчинена той верховной власти, «которой она себя подчинила», основав свой домициль. Законы о статусе и свойствах лица сопутствуют ему, куда бы оно ни отправилось, даже в случае эмиграции в другое государство: «Нельзя изменять метку (*notam*), однажды наложенную по закону домициля»²⁷. Примеры: совершеннолетие, объявление лица недееспособным, обеспеченным или расточителем, опека, легитимация, право супружеского имущества и наследование по закону (презюмируется, что супруги и наследники предпочитают господство права места жительства). «Совершеннолетие, если оно основано на справедливости, регулируется законом домициля, как и легитимация путем последующего брака... Статут о способности завещать в пользу замужней дочери распространяется и на товары в других странах»²⁸. Закон, который «метит или определяет свойство подданного», определяет и его право что-либо делать или не делать даже на чужой территории.

При наследовании по завещанию имеет значение то место жительства наследодателя, где он сам «как будто завещает по праву своей родины, и где это поведение считается

²⁴ Цит. по: *Ibid.*.

²⁵ Цит. по: *Gutzwiller M. Op. cit.*

²⁶ См.: *Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2.*

²⁷ Цит. по: *Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве.*

²⁸ Цит. по: *Gamillscheg F. Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts. Tübingen: De Gruyter : Mohr, 1955. 268 S. // URL: <http://www.worldcat.org/title/einfluss-dumoulin's-auf-die-entwicklung-des-kollisionsrecht/oclc/859580871> (дата обращения: 05.01.2016)*

как совершение молчаливого завещания, если это не противоречит обязательным законам места нахождения недвижимости»²⁹. В XVIII и XIX вв. такой взгляд был полностью воспринят в Германии и обоснован в работах многих немецких ученых.

И свойства личности (правоспособность), и последствия этих свойств (дееспособность) всегда обсуждаются по закону домицилия. Личные права устанавливаются законами, затрагивающими универсальный или специальный (права состояния) статус личности. Личные права возникают, с одной стороны, тогда, когда общий статус или правовое положение лица включены в определение статута; с другой стороны, в любых специальных независимых от вещей положениях»³⁰. Такие законы должны быть «без каких-либо вещных дополнений». Это условие противоречит ранее сказанному о возможности «косвенной» вещной примеси; кроме того, оно «выглядит абсурдным, поскольку лицо не является абстрактным, а во всех правилах выступает исходным пунктом какой-то компетенции»³¹.

Исключения: *lex domicilii* отступает перед действием местных постановлений о земельных участках и толковании завещания. Личный статут не имеет значения, если речь идет о судьбе иностранных недвижимостей или о совершении юридических действий в иностранном государстве. *Lex domicilii* также не действует, «если та метка [однажды наложенная по закону домицилия] влечет за собою привилегии, как во многих местах: дворянство; или если она противоречит публичному праву другого государства, напр., за границей протестант считается еретиком; такой закон у нас заслуженно не имел бы значения. Так, известно, что магистрат вне своей территории рассматривается, как частное лицо»³². Если свойство личности не является ее «постоянным качеством» (присвоение титула, статус «сына семейства»), такое свойство не имеет экстерриториального эффекта.

Однако Гертюс не поясняет, по каким признакам свойства личности делятся на «непостоянные» и «постоянные». У него статус подопечного является непостоянным (что правильно), а статус опекуна или расточителя — постоянным (но этот статус — отнюдь не «природное» свойство личности, и может быть утрачен). Более того, и совершеннолетие может быть «непостоянным» свойством: «Тот, кто был здесь совершеннолетним, становится, переменяв домициль, малолетним»³³. Вслед за Бургундусом немецкий ученый не проводит различия между свойствами личности и последствиями этих свойств. Весьма возможно, что в данном случае сказывается общее неприятие Гертюсом концепции Ульриха Губера, который к тому времени уже обозначил разницу между право- и дееспособностью для целей коллизии законов. В результате, по мнению М.И. Бруна, исключения из первого правила показывают, что «Гертюс не в силах справиться с трудностями, которые неизбежны, когда не различают конфликтных норм о правоспособности и о дееспособности»³⁴.

Правило второе: если закон непосредственно (*directo*) говорит о вещи, то действует право места нахождения вещи. Закон касается вещей, «когда он налагает на них печать определенного свойства в отношении отчуждения или приобретения, например, закон, запрещающий продажу дедовских имуществ или требующий при продаже недви-

²⁹ Цит. по: Ibid.

³⁰ Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

³¹ Ibid.

³² Цит. по: Брун М.И. Право и дееспособность физического лица в конфликтном праве.

³³ Цит. по: Там же.

³⁴ Там же.

мости судебного отречения»³⁵. Закон о вещи применяется повсеместно и обязателен, в том числе для тех, кто за границей совершает сделки по поводу местных имуществ. Это правило основано на том, что верховная власть распространяется не только на лица, но и на все недвижимости на ее территории. Законы о вещах (как и публичные законы) являются законами первой степени. Примеры: исковая и приобретательная давность, завещательная право- и дееспособность подвластных сыновей, запрет завещаний между супругами, величина обязательной доли, наследственный узурфрукт, права привилегированных кредиторов на землю³⁶.

Утверждая, что запрет на экспорт зерна имеет реальный характер и распространяется на иностранцев, Гertiус выдвигает «оригинальное обоснование», — фрукты на стебле являются частью почвы и имеют природу недвижимых вещей, так что по закону они не могут быть изъяты без каких-либо действий по разделению почвы³⁷. Это особая категория вещей — квази-недвижимость, судьба которой обсуждается по *lex loci situs*.

Исключения: общее правило *lex loci situs* касается только земли, для движимого имущества (к которому относятся и права требования) действует закон места жительства собственника. Доказательство этого правила нужно искать в отношениях подданства. При банкротстве движимое имущество подчиняется *lex domicilii* должника по месту проведения конкурса. При этом во многих землях «туземцы» при банкротстве пользуются предпочтениями по сравнению с иностранцами, так, в 1591 г. к «верующему из Ульма отнеслись снисходительнее, чем к иностранцу»³⁸. Кроме того, *lex loci situs* не применяется, если закон не отнимает свободы постановлять иное. Например, «законы о наследовании касаются вещей; однако часто эти законы не лишают свободы завещательных распоряжений; или, напр., часто феодальные владения переходят не по местному закону, а по клевскому, мюнстерскому, фульдскому и т.д.»³⁹.

Жена, не имеющая права наследовать по законам своей родины, не может наследовать и в имуществах, которые лежат в области, по праву которой она может наследовать. Почему такой случай представляет собой исключение из правила *lex loci situs*, Гertiус не объясняет. По-видимому, он считает исключение жены из наследования фаворательным (благоприятствующим) распоряжением. Точно так же статут, принуждающий замужнюю дочь отказаться от наследства, будет действовать повсеместно, но только если это не противоречит закону места нахождения вещи⁴⁰.

Вопрос наследования по закону является «*magis voluntatis quam juris*» (больше волевым, чем правовым). Если порядок наследования по закону различен в домициле наследодателя и в месте нахождения имущества, то волю наследодателя следует интерпретировать в соответствии с законом домициля⁴¹.

Правило третье: если закон постановляет о форме действия, следует применять закон места совершения действия: «Относительно действий обсуждаются по законам

³⁵ Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

³⁶ Kegel G. Internationales Privatrecht. Munchen: C.H. Beck, 1995. 297 S. // URL: <http://books.google.com/> (дата обращения: 05.01.2016); Gamillscheg F. Op. cit.

³⁷ См.: Gamillscheg F. Op. cit.

³⁸ Цит. по: Ibid.

³⁹ Цит. по: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴⁰ Однако статут, исключаящий замужнюю дочь из наследования, — реальный, имущества, лежащие вне его, дочь может наследовать. См.: Gamillscheg F. Op. cit.

⁴¹ Но толкование завещания подчиняется *lex domicilii*.

данной области лица всех сословий, также иностранцы, чужеземцы и путешествующие, которые из-за своих сделок пребывают на территории, до тех пор, пока они там торгуют, т.е. заключают или прекращают договоры»⁴². Примеры: брак, форма и содержание контрактных обязательств, форма соглашений о вещных правах, форма завещаний (в том числе о недвижимости). Таким образом, *lex loci actus* компетентен для целой гаммы разнообразных правоотношений, не входящих ни в группу вещных, ни в группу личных (или одновременно входящих в обе группы).

Третье правило признается повсеместно — заключенный по форме места заключения брак действителен везде. Лица, совершая какие-либо юридические действия, молчаливо и добровольно подчиняются местным законам. Презюмируется, что *lex loci actus* носит обязательный характер⁴³. По поводу формы завещания Гертюс цитирует многих авторов (во главе с Гуго Гроцием), утверждавших, что завещание, удовлетворяющее формальностям места его совершения, действительно везде. Гертюс согласен с этой позицией, но вслед за высоко им ценимым Каспаром Циглером считает, что наследодатель всегда должен стремиться, чтобы форма завещания соответствовала праву его домицилия⁴⁴.

Во многих случаях применение правила *lex loci actus* требует особого объяснения.

Lex loci actus применяется к иностранцам, которые совершают действия на территории. Формальности местности касаются иностранцев, по, в некоторой степени, «темным» причинам, поскольку иностранцы подчиняются законам своей родины, а по формальностям они становятся *как бы подданными*.

Lex loci actus применяется к последствиям, вытекающим из главного действия. Например, Титус контрагировал в одном месте. В другом месте, более благоприятном для его дела, он требует *restitutio in integrum*. Более ранняя реституция является дополнением к контракту и в соответствии с третьим правилом подчиняется праву места его заключения; ее фундамент — это *jus naturale*. Позднейшая реституция относится к процессуальным отношениям и должна обсуждаться по законам суда, что опять же предполагает применение *lex loci actus*⁴⁵.

Lex loci actus применяется к имуществам, лежащим на чужой территории, т.е. «формально здесь правильное завещание признается и для расположенной где-то недвижимости; это распространяется и на духовных лиц»⁴⁶. Применительно к форме завещания *lex loci actus* нужно толковать как право места жительства завещателя в момент исполнения воли, даже в отношении распоряжения недвижимым имуществом⁴⁷.

Lex loci actus применяется, если сделка обставлена «известными обрядностями» (например, требуются письменная форма и печать). Однако часто возникает ситуация, когда в месте заключения договора не требуется печати и письменной формы, а в месте подачи иска такие требования предъявляются. Будет ли иск действителен в таком случае? Здесь Гертюс «окончательно запутывается и впадает в противоречия с самим собою»⁴⁸. На поставленный вопрос он отвечает утвердительно: да, поскольку это вытекает из обще-

⁴² Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

⁴³ См.: Lorenzen E.G. Op. cit.

⁴⁴ См.: Gamillscheg F. Op. cit.

⁴⁵ См.: Gutzwiller M. Op. cit.

⁴⁶ Цит. по: Gamillscheg F. Op. cit.

⁴⁷ См.: Lorenzen E.G. Op. cit.

⁴⁸ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

го принципа третьего правила, но принуждение возможно только в месте получения официального документа, а не по месту рассмотрения иска. Однако свидетельство, «молчаливо» («без шума») полученное в месте совершения акта, не может иметь силы за границей; в качестве аргумента Гертюс ссылается на голландского ученого Иоанна а Зандэ.

Lex loci actus определяет не только форму, но и содержание контракта. Общее правило, что действия подчиняются праву места их совершения, распространяется на обязанности, вытекающие из договора и долга. Компетентным является право места заключения договора. Действительность договоров, связанных с игрой, регулируются правом, где проходит игра. В обоснование этой мысли Гертюс ссылается на Закон *Si fundis et contraxisse*. Однако что считать *loci actus*, если контракт заключен посредством письма (*per literas* — между отсутствующими), — место отправления или место получения? Гертюс склонен к признанию права места получения, поскольку это вытекает из волеизъявления отправителя, ожидающего «скорый ответ» из места получения своего письма. Однако он уклоняется от прямого ответа, утверждая, что такой договор подлежит только естественному праву. В доказательство своего «философского» решения Гертюса ссылается на «Право войны и мира» Гроция⁴⁹.

Исключения: *lex loci actus* не применяется:

- если иностранец не подчинен местному закону, например, посланник;
- если иностранец не знал статута;
- если закон о форме создает привилегию местных граждан;
- к формам вещно-правовых документов, которые должны подчиняться *lex situs*, например, *lex loci rei* прямо исключает общность супружеского имущества;
- для брачного договора супруги вправе использовать форму, установленную правом их совместного места жительства;
- для формы контрактов действует чрезвычайно значимое ограничение — контракт, заключенный двумя гражданами за границей, будет действительным, когда соблюдается форма не только места заключения, но форма общего domicilia. Более того, стороны договора вправе использовать форму права своего жительства, но «если domicilia контрагентов не совпадает, то управляет место нахождения вещи»⁵⁰;
- для истребования приданого обратно компетентно право места жительства мужа (его *lex domicilii*), а не право места заключения или право, согласованное с отцом невесты в соглашении о приданом.

Правила и исключения Гертюса наиболее рельефным образом выражены в его рассуждениях по вопросу *общности супружеского имущества (societas bonorum)*. Этой проблеме ученый посвятил самое пристальное внимание, но предложенное решение отличается «типичной для Герта двойственностью»⁵¹. В domicilio Титуса не предусматривается общности супружеского имущества; Титус имеет собственность в земле, где господствует институт общей собственности супругов. Брак был заключен в третьем месте. Какое право компетентно? «Место заключения брака (очевидно, что это место жительства невесты) не принимается во внимание, поскольку муж является там чужим, невеста в день свадьбы переедет к мужу, и оба станут для этого места чужими. Правило *loci regit actum* в этом случае не применяется. Также мы не можем руководствоваться местом прикрепления вещей (хотя и не потому, что этот закон не является реальным,

⁴⁹ См.: *Gamillscheg F. Op. cit.*

⁵⁰ Цит. по: *Gutzwiller M. Op. cit.*

⁵¹ *Ibid.*

как утверждают Дюмулен и Бургундус, чьи взгляды справедливо отклонили д'Аржантре и Павел Вут), но потому, что статут не постановляет, могут ли супруги по-другому что-либо явно или молчаливо согласовать»⁵².

Из этого следует, что супружеская общность — это результат формально признанного факта, и статут не является основной причиной ее возникновения. Такая общность может быть установлена молчаливым соглашением, но общность не действует, если установлено другое намерение супругов. Поэтому можно заключить, что должно господствовать общее место жительства супругов, кроме того, «именно там, как мы часто повторяли, обязательства являются свойством личности»⁵³. Последующее изменение места жительства не может оказывать влияния на общность супружеского имущества: «Брак заключен в области общего права, позднее пара переселяется в область, где действует общность имущества; жена не может требовать половины имущества»⁵⁴.

По существу, решение Гертюса полностью совпадает с решением Шарля Дюмулена, однако аргументация принципиально иная. В сфере супружеской общности и брачного договора Гертюс, как и Дюмулен, предоставляет некоторую свободу воли субъектам брачных отношений (как явно выраженную, так и молчаливую (презюмируемую)). Однако немецкий ученый далек от того, чтобы провозгласить автономию воли как общий принцип выбора права для договоров. Основное правило — договор подлежит праву места его совершения, в том числе и по вопросам толкования. Нет и речи о том, что договор может регулироваться правом, избранным сторонами⁵⁵.

Ученые-статутари, предшественники Гертюса, положили начало разработке **теории оговорки о публичном порядке**. В XIV в. основоположник науки МЧП Бартоло да Сассоферрато предложил деление статутов на фаворательные (благоприятствующие) и одиозные (ограничительные); одиозные статуты действуют только на своей территории и не распространяются за границу, но на территории они обязывают всех и исключают применение иностранных статутов, им противоречащих. Гертюс повторяет данное деление статутов (но ссылается не на самого Бартоло, а на его более поздних последователей) и однозначно указывает, что «материальные положения одиозных статутов или обычаев не относятся к вещам, существующим вне территории»⁵⁶. Завещание, составленное по местным законом, написанное собственноручно, но не заверенное, не может главенствовать над иностранной публичной формой. Если где-то протестант объявлен еретиком, такой личный статут в других странах не действует.

Гертюс не уделяет большого внимания проблематике одиозных статутов, он делает только небольшой «реверанс в сторону иностранного публичного порядка»⁵⁷. Его слабый интерес к этому вопросу обусловлен тем, что ученый исследовал, прежде всего, интерлокальные коллизии, возникавшие между различными немецкими землями. Международные (межгосударственные) коллизии во времена Гертюса уже были достаточно острыми и разрабатывались многими учеными, но сам он считал, что коллизии

⁵² Цит. по: *Gamillscheg F.* Op. cit.

⁵³ Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit. Как пишет этот немецкий ученый, у Гертюса «обязательство странным образом объявляется качеством личности».

⁵⁴ Цит. по: *Ibid.*

⁵⁵ См.: *Gamillscheg F.* Op. cit. Этот автор неоднократно подчеркивает, что работы Дюмулена в принципе не оказали какого-либо влияния на Гертюса.

⁵⁶ Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit.

⁵⁷ *Ibid.*

онные случаи чаще всего встречаются внутри государства, внутри одной подвластной территории. Коль скоро речь идет о межобластных коллизиях, то категория одиозных статутов не имеет особого значения — законы земель, естественно, различны, но не настолько, чтобы проблема публичного порядка нуждалась бы в детальном освещении.

По вопросу **признания и исполнения иностранных судебных решений** Гертюс придерживается воспринятой из римского права и устоявшейся в Средние века максимы. Признание и исполнение решений, вынесенных судами компетентной юрисдикции, — это естественный долг, возложенный на государства по соображениям справедливости. Это производится по тем же правилам, которые действуют для определения компетентного закона, но с учетом территориального или экстерриториального характера исполнения⁵⁸. В признании и исполнении решений может быть отказано, если подобное исполнение способно нанести ущерб интересам государства или его субъектов. Суды места нахождения имущества имеют исключительную юрисдикцию по отношению к действиям, связанным с регулированием вещных прав, влияющих на недвижимые объекты. Такие решения не признаются и не исполняются, если есть решение, вынесенное судом по месту нахождения вещи. Гертюс ставит вопрос о коллизиях между законом суда и законом места исполнения, но ясно ответить на него не может: «В общем, большинство докторов утверждает, что при исполнении действует право места исполнения. Можно возразить, что должен действовать закон суда, так как исполнение является следствием суда; но следует сказать, что экзекуция — это часть публичного права, которое является собственным законом каждой страны. За границей нередко требуется исполнение относительно имущества, здесь нужно применять *lex situs*. При этом необходимо отличать причину исполнения от его вида и способа: причина регулируется правом места, где был суд»⁵⁹.

В результате ни одно из правил Гертюса не может быть руководящим при разрешении всех случаев конфликтов законов, не может претендовать на статус **общего принципа при решении коллизий**. При этом необходимо подчеркнуть, что к концу XVII века «три кита» коллизионного права (*lex domicilii*, *lex rei sitae*, *lex loci actus*), стоявшие «на спине черепахи» *lex fori*, всеми уже признавались как общепризнанные фундаментальные начала, пригодные для регулирования любых конфликтных вопросов. Однако формулировки и понимание этих правил, предложенные Гертюсом, не подходят для всех ситуаций, «они непонятны, имеют много значений, они неопределенны и шатки; когда с их помощью нужно что-то точно установить, они часто прямо враждебны друг другу и могут применяться только произвольно»⁶⁰.

Хотя Гертюс не употребляет выражений «реальные, личные в смешанные статуты», в действительности «то, чему он учит, есть не что иное, как теория статутов, сформулированная д'Аржантре и голландскими писателями XVII века»⁶¹. В литературе XIX–XX вв. Гертюса единодушно и вполне справедливо именуют «древним», «старым» писателем, последователем теории статутов⁶². Фундамент его концепции — правила о статутах, касающихся лиц, вещей или формы актов, — прямо ассоциируется с данной

⁵⁸ См.: Lorenzen E.G. Op cit.

⁵⁹ Цит. по: Gutzwiller M. Op. cit.

⁶⁰ См.: Gutzwiller M. Op. cit.

⁶¹ Брун М.И. Международное частное право: Курс лекций.

⁶² «Древним» и «старым» в том смысле, что он придерживался «древней» теории статутов, см., напр.: Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции», Казань, 1865. 56 с.; Малышев К.И. Курс общего гражданского права России. СПб., 1878. Т. I. 360 с.; Gutzwiller M. Op. cit.; Gamillscheg F. Op. cit.

теорией. Это подтверждает и собственное высказывание ученого: «...д'Аржантре предложил точное деление законов...»⁶³. По мнению А. Лэне, именно благодаря работам Гертюса теории д'Аржантре в Германии сопутствовал полный успех; немецкий ученый отнюдь не частично, даже не наполовину, а целиком сделал эту теорию своей⁶⁴. Три правила Гертюса — это все те же три группы статутов, как бы сам Гертюс ни открещивался от такого деления.

М.И. Брун писал, что «Гертюс тем и интересен, что хорошо иллюстрирует беспомощность теории, заимствованной им у д'Аржантре, Бургундуса, Роденбурга и Павла Вута»⁶⁵. Главный порок этой теории — невозможность корректно объяснить, почему личные и смешанные статуты действуют вне территории, а реальные — нет. Почему иностранный суверен должен применять в пределах своей юрисдикции иностранное право? Почему его собственные законы должен применять другой суверен? Теория статутов объясняет обязанность применения иностранных законов их характером, объектом регулирования — если закон постановляет о лицах или актах, он априорно является экстерриториальным. Но сам по себе характер иностранного закона не может быть причиной его обязательности в другом государстве — «почему за границей обязаны признавать то состояние, которое дала лицу господствующая над ним территориальная власть; ведь из того, что лицо подчинено законам своего места жительства, вовсе не следует, что иностранное государство должно признавать это подчинение, что оно не вправе обсуждать состояние лица по своим законам... Юридическое действие... должно потому обсуждаться по законам страны, где оно совершается, что оно подчинено местной территориальной власти. На самом деле, однако, ниоткуда не видно, чтобы территориальная власть желала, чтобы действия или сделки, совершаемые на ее территории иностранцами или хотя бы и подданными, но об имуществе, лежащих за границей, облекались в нормы местных законов. Но если бы она даже этого желала, то это еще не основание для того, чтобы и в других территориях обсуждали действие по ее законам, а не по своим»⁶⁶.

М.И. Брун видит основную ошибку статутариев в том, что они пытались построить конфликтные нормы, отталкиваясь только от классификации гражданских законов по их объекту. С его точки зрения, для целей конфликтного права нужно оценивать правоотношение, а не объект закона⁶⁷. Однако представляется, что для формулирования конкретной коллизионной привязки как раз важно, о чем говорит закон, — именно в зависимости от его объекта мы конструируем ту или иную привязку, потому что непосредственно характер объекта предопределяет его наиболее тесную связь с определенным правопорядком. При этом объект закона отражает круг регулируемых отношений, тем самым очерчивая объем коллизионной нормы. Но, разумеется, ни характер отношений, ни объект закона не могут объяснить причину его применения за границей.

В 1666 г. голландец Павел Вут впервые в литературе конфликтного права предложил понятие «вежливость», на основании которой суверены добровольно применяют законы других суверенов. В 1684 г. Ульрих Губер довел теорию международной вежливости (*comitas gentium*) до логического завершения, обосновав применение иностранного

⁶³ Цит. по: *Gutzwiller M.* Op. cit.

⁶⁴ См.: *Laine A.* Op. cit.

⁶⁵ Брун М.И. Международное частное право: Курс лекций.

⁶⁶ Там же.

⁶⁷ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

права взаимными интересами государств, их добровольным желанием на взаимной основе признавать благоприобретенные за границей субъективные права. Теория *comitas gentium* пережила своих создателей и вошла в современную судебную практику (прежде всего, в англо-американскую). Непосредственный предшественник Гертюса в немецкой доктрине, Генрих фон Кокцейн, отрицал концепцию вежливости и декларировал обязанность применения иностранного права на основе международного консенсуса наций. Гертюс прекрасно знал и теорию международной вежливости, и теорию Кокцейна, в простом копировании которой его так часто и несправедливо обвиняли. Его работа изобилует цитатами из Кокцейна, Вута и Губера. Однако **для обоснования применения иностранного права** Гертюс не принял ни одной из этих доктрин, он предпочел собственный путь.

В своей диссертации он «*восстает*» против учения Губера о вежливости как основании применения чужого права⁶⁸. Теорию вежливости Гертюс воспринимает как указание на необязательный характер коллизионных норм (хотя Губер имел в виду совсем не это!). Изучение работы Гертюса в принципе производит впечатление, что немецкий ученый почему-то изначально настроен против всего, что предлагал этот голландский автор. Гертюс достаточно часто ссылается на Губера, но приводит его утверждения только за тем, чтобы оспорить их. Концепция П. Вута не вызывает у Гертюса такого отторжения, но и с его учением об экстерриториальности личного статута в силу *comitas* местной власти Гертюс не согласен. Возможно, его «дисциплинированный немецкий» склад ума не принимал потенциального «хаоса», который может возникнуть, если допустить полностью добровольное применение иностранного права, не обусловленное какой-либо обязанностью. Кроме того, интерлокальные коллизии в рамках одной подвластной территории по определению не должны разрешаться на основе вежливости, — немецкие земли обязаны применять законы других немецких земель.

«Собственный путь» Гертюса — это **естественная справедливость, универсальное право народов, естественное право и концепция суверенитета**. Преемственность царств или правительств должна регулироваться естественной справедливостью и естественным правом (*jus naturale*). Поскольку государства — это верховная власть, постольку они не устанавливают нормы поведения для самих себя и не подчиняются законам, действующим для частных лиц. В своих отношениях суверены **обязаны** использовать естественную справедливость и *universale jus gentium*. Соблюдение «ниспосланного свыше» *jus gentium* «всеми правителями гарантирует повсеместное действие всех законов»⁶⁹. При этом Гертюс понимает *jus gentium* как римское универсальное право народов.

Объяснение обязанности применения иностранного права предписаниями римского права народов придумано не Гертюсом. Такое объяснение характерно для первого периода развития теории статутов, так трактовали основание действия иностранных законов ее основоположники, представители школы постглоссаторов. Гертюс это, естественно, прекрасно знал. В его время римское право еще воспринимается как *jus commune*, но римское понимание *jus gentium* уже уступило место концепции международного права Гуго Гроция, которого сам Гертюс обильно цитирует. Однако для решения конфликтных вопросов он не воспринимает гроцианскую теорию, а прибегает к устаревшей трактовке римского права народов.

⁶⁸ См.: Kegel G. Op. cit.

⁶⁹ Цит по: Meili F. Op. cit.

Трудно сказать, почему у Гертюса сложилась такая точка зрения. Международно-правовое понимание конфликтного права уже предложено в работе Генриха фон Кокцейна; Гертюс принял практически все его построения (основанные, кстати, на статутарной доктрине), но только не самое прогрессивное, что присутствует у Кокцейна, — его концепцию международного консенсуса наций. Может быть, это связано с тем, что в своей диссертации Гертюс вообще не уделяет большого внимания международно-правовой составляющей коллизии законов. По меткому выражению М. Гутцвиллера, международное право у него «выпрыгивает в промежутке»⁷⁰.

Кроме естественной справедливости и *universale jus gentium*, основой применения иностранных законов является естественное право. *Jus naturale* выступает регулятором не только публично-правовых, но и частноправовых отношений. *Jus naturale* представляет собой фундамент правила *locus regit actum*. В частности, действию *jus naturale* подлежит коллизионное регулирование договоров между отсутствующими; для определения формальной действительности завещания совета протестантской миссии, сделанного по месту ее пребывания (однако не по статутам этого места или места ее постоянного нахождения) также нужно руководствоваться *jus naturale*. Естественным правом Гертюс предлагает руководствоваться во всех сомнительных случаях, его *jus naturale* — это неожиданное, «Божественное» спасение⁷¹. Понимание естественного права Гертюс заимствует у Гроция.

Гертюс, однако, хорошо понимал, что универсальное право народов, естественная справедливость и естественное право — это очень неопределенные и недостаточные основания для того, чтобы суверен допустил действие иностранных законов на своей территории. Поэтому истинным основанием применения иностранного права выступает суверенитет, точнее, презумпция суверенитета. Иностранцы, совершающие какие-либо юридические действия, становятся на это время подданными места совершения действия, а потому подчинены законам этой территории. Их личным законом временно становится закон места совершения акта. Экстерриториальность законов о личном статусе для Гертюса безусловна, — люди подчинены верховной власти своего места жительства, правда, «о том, почему это может иметь значение на чужой территории, где тоже есть своя верховная власть, он забыл подумать»⁷².

В этой части своей теории Гертюс полностью оригинален, но его «неожиданная» формулировка напоминает традиционные высказывания всех статутариев — «если статут говорит о лице, этот статут экстерриториален». Вопреки желанию Гертюса, совершенно неожиданно для него самого его теория возвращает нас к объекту закона, так важному в теории статутов — законы о лицах действуют за границей. Гертюс пытается объяснить применение иностранных законов верховной властью издавшего их законодателя, но, в конечном счете, получается все тот же замкнутый круг — скажите, о чем говорит закон, и тем самым будет определен его конфликтный эффект. В результате теория Гертюса, такая подробная и детализированная, внешне очень прагматичная и систематизированная, оказывается шагом назад по сравнению с его голландскими и немецкими современниками, по крайней мере, в части обоснования применения иностранного права. По-видимому, «Гертюс это сам чувствует, поэтому для обоснования своих решений обращается к таким неоднородным элементам, как природа вещей,

⁷⁰ Gutzwiller M. Op. cit.

⁷¹ См.: Ibid.

⁷² Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

практическое неудобство иных подходов или неясно звучащее смешение гроцианского естественного и международного права с римским *jus gentium*»⁷³.

Заключение

Конфликтная теория Гертиуса противоречива, отличается двойственностью, жизненные примеры не хотят вписываться в достаточно жесткие теоретические категории, дефиниции и их описания демонстрируют примитивность этих категорий⁷⁴ — такие оценки являются достаточно объективными, тем более, что они даны в работах немецких авторов, высоко оценивающих вклад их земляка в правовую доктрину. При всей критике теоретических построений Гертиуса необходимо признать его весомую положительную роль в развитии доктрины МЧП. Результаты, полученные немецким ученым, можно вкратце изложить в следующих положениях.

1. Обогастил терминологический аппарат МЧП — термины Гертиуса «коллизии законов», «коллизийное право» восприняты мировой судебной практикой, законодательством и доктриной.

2. Впервые в юридической литературе его диссертация содержит краткий очерк истории науки конфликтного права.

3. Три правила Гертиуса — это, по существу, три варианта иностранного элемента (субъект, объект, факт), которые нужно выявить и оценить с точки зрения выбора компетентного законодательства.

4. Сконструированные им 63 казуса охватывают право лиц, деликты, наследование, имущественные права супругов, контракты, процесс — т.е. все сферы, в которых могут возникнуть конфликты законов. В своей диссертации Гертиус практически исчерпывающим образом отразил все потенциальные коллизийные ситуации.

5. Подтвердил «классическое» понимание смешанных статутов как законов о форме юридических действий.

6. Утверждал обязанность применения иностранного права; указывал на необходимость унификации местных законов для ликвидации интерлокальных коллизий.

Все эти результаты обладают высокой значимостью, они были восприняты последующей практикой и доктриной. Несмотря на то, что в своей теории «Гертиус является жертвой различных, порой несовместимых влияний»⁷⁵, его практический такт помогал ему находить правильные коллизийные решения.



Библиография

Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. М.: Типография Г. Лисснера и Д. Собко, 1915. 105 с. // СПС Гарант.

Брун М.И. Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве. М.: Типография Г. Лисснера и Д. Собко, 1915. 100 с. // СПС Гарант.

Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб.: Бенке, 1900. 283 с. // СПС Консультант

Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев: Таксон, 2006. 356 с.

⁷³ Gutzwiller M. Op. cit.

⁷⁴ См.: Gamillscheg F. Op.cit; Gutzwiller M. Op. cit.

⁷⁵ Gutzwiller M. Op. cit.

- Ancel B. *Histoire du droit international privé*. P.: Universite Pantheon-Assas (Paris II), 2008. 196 p.
- Deutsches Internationales Privatrecht im 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. Christian von Bar u. Peter Dopffel, u. Mitw. v. Hans J. Hilling. 2001. XXVI, 758 S.
- Gamillscheg F. *Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Tübingen: De Gruyter: Mohr, 1955. 268 S.
- Gutzwiller M. *Geschichte des Internationalprivatrechts*. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, 1977. XVIII, 326 S.
- Kegel G. *Internationales Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1995. 297 S.
- Köbler G. *Zielwörterbuch europäischer Rechtsgeschichte*. 2. Aufl. B., 2004. 896 S.
- Laine A. *Introduction au droit international privé*. P.: Librairie Cotillon, 1888. T. I. 437 p.
- Laurent F. *Droit civil international*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 1880. T. I. 684 p. // URL: [http:// books. google. com /](http://books.google.com/) (дата обращения: 05.01.2016)
- Lorenzen E.G. *Huber's de conflictu legume* // *Illinois Law Review*. Vol. 13.1918–1919. P. 199–242.
- Meili F. *Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*. I Band. Zurich: Art. Institut Orell Fussli, 1902. 407 S. // URL: [http:// books. google. com /](http://books.google.com/) (дата обращения: 05.01.2016)
- Wächter K.G. *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten / Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert*. Frankfurt, 1841. 79 S.
-

Science of International Private Law: Johann Nikolaus Hert



Irina V. Get'man-Pavlova

Associate Professor, International Private and Public Law Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Abstract

The subject matter of the paper is the theory of international private law developed in a treatise of the German 17th century scholar Johann Nikolaus Hert. The paper examines the major doctrines, rules of resolving conflicts of laws, their significance and topicality for the modern international private law. The personality of Johann Nikolaus Hert locates the central place in the German statutory theory. The ways of resolving conflicts of the laws belonging to different nations, proposed by this scholar determined the development of German conflict of law doctrines of the 19th and 20th centuries; the practical solutions developed by him are fixed in the modern legislation and case practice. However, Hert's conflict of laws theory is controversial, ambiguous, real examples do not fit the rigid theoretical categories. The paper concludes that with all the criticism of Hert's theory, he contributed significantly to the development of the international private law doctrine. He developed the terminology of international private law and enriched it with terms collisions of laws, conflict of laws embraced by legal practice, legislation and doctrine in the majority of countries. Hert's three rules are in essence three variants of foreign element (subject, object, fact) which are to be found and assessed in terms of the choice of a competent legislation. His 63 cases cover the law of persons, inheritance, property rights of spouses, contracts, process, i.e. all spheres prone to conflict of laws. Hert's dissertation featured completely all the potential conflict of law situations. He confirmed the classical interpretation of mixed statutes as the laws on the form of legal actions; insisted on the obligation to apply foreign law, pointed to the necessity to unify local laws to avoid interlocal collisions. All these results are of high significance and though in his theory «Hert is a victim of different, sometimes incompatible influences», his practical tactfulness always helped him to find proper solutions during conflict of laws.



Keywords

international private law, doctrine, Germany, conflict of laws, statutory theory, legal collisions, international politeness, application of foreign law, Hert.

Citation: Get'man-Pavlova I.V. (2016) Science of International Private Law: Johann Nicholas Hert. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 4–20 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.1.4.20



References

- Ancel B. (2008) *Histoire du droit international privé*. P.: Universite Pantheon-Assas (Paris II), 196 p.
- Brun M.I. (1915) *Ocherki istorii konfliktogo prava* [Essays on the History of Conflict of Laws]. Moscow: Lissner i Sobko, 105 p. (in Russian)
- Brun M.I. (1915) *Pravo — i deesposobnost' fizicheskogo litsa v konfliktnom prave* [Law and Capability of Natural Person in Conflict of Laws]. Moscow: Lissner i Sobko, 100 p. (in Russian)
- Deutsches Internationales Privatrecht. 16. und 17. Jahrhundert. Band 2: Materialien, Übersetzungen, Anmerkungen / Hrsg. v. Christian von Bar u. Peter Dopffel, u. Mitw.v. Hans J. Hilling. 2001. XXVI, 758 S. Available at: URL: <https://books.google.ru/books?id=d3VVKaXcGgUC&pg=PR1&lpq=PR1&dq=Deutsches+Internationales+Privatrecht+im+16.+und+17.+Jahrhundert&source> (accessed: 05.01.2016)
- Gamillscheg F. (1955) *Der Einfluss Dumoulin's auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*. Tübingen: De Gruyter : Mohr, 268 p.
- Gutzwiller M. (1977) *Geschichte des Internationalprivatrechts*. Basel u. Stuttgart: Helbing & Lichtenhahn, XVIII, 326 p.
- Kegel G. (1995) *Internationales Privatrecht*. München: C.H. Beck, 297 p.
- Köbler G. (2004) *Zielwörterbucheuropäischer Rechtsgeschichte*. 2 Aufl. Berlin, 896 p.
- Laine A. (1888) *Introduction au droit international privé*. P.: Cotillon, 437 p.
- Laurent F (1880). *Droit civil international*. Bruxelles: Bruylant-Christophe, 684 p.
- Lorenzen E.G. (1919) Huber's de conflictu legume. *Illinois Law Review*. Vol. 13, pp. 199–242.
- Mandel'shtam A.N. (1900) *Gaagskie konferentsii o kodifikatsii mezhdunarodnogo chastnogo prava* [The Hague Conferences on Codification of International Conflict of Laws]. Saint Petersburg: Benke, 283 p. (in Russian)
- Merezhko A.A. (2006) *Nauka mezhdunarodnogo chastnogo prava: istoriya i sovremennost'* [Science of International Private Law: History and Modernity]. Kiev: Takson, 356 p. (in Russian)
- Meili F. (1902) *Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*. I Band. Zurich: Art. Institut Orell Fussli, 407 p.
- Wächter K.G. (1841) *Über die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten*. Sammelband von Beiträgen aus dem 19. Jahrhundert. Frankfurt, 79 p.