

ИСТОРИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Возникновение международного частного права. Часть 1

*Нефедов Б. И.**

В статье формулируются наиболее значимые условия возникновения международного частного права (МЧП), и с этих позиций дается анализ отдельных вопросов его становления на различных этапах развития человеческого общества, вплоть до возникновения МЧП как крупного самостоятельного структурного элемента права.

Ключевые слова: становление международного частного права; возникновение международного частного права; возникновение науки международного частного права.

История возникновения международного частного права (МЧП) не раз была предметом научных исследований. Есть история МЧП хорошо описанная М. Вольфом¹, есть очерки истории конфликтного права М. Бруна²; есть прекрасная работа А. Мережко³; краткое изложение А. Абдуллина⁴; есть взгляд Ф. Мартенса на этот вопрос, а также фундаментальная докторская диссертация В. Г. Храбскова (в прошлом — доцента кафедры международного права МГИМО) о месте понятия МЧП в международном праве — эти последние работы лежат в основе научной позиции коллектива авторов учебника МГИМО по рассматриваемой теме⁵; есть интересная статья Г. М. Вельяминова по этой теме; словом, всего не перечить. В то же время некоторые положения истории МЧП, в том числе те, что уже нашли определенное признание в нашей науке, на наш взгляд, нуждаются в существенном уточнении.

МЧП призвано регулировать общественные отношения с участием субъектов национального права (физических и юридических лиц),

* Нефедов Борис Иванович — д. ю. н., профессор кафедры международного права МГИМО МИД России. boris-nefedov@mail.ru.

но отягощенные иностранным элементом, в силу чего они выходят за пределы урегулирования одного национального правопорядка, и на их регламентацию одновременно претендуют (могут претендовать) нормы нескольких правовых систем. В силу неоднозначности подходов к их правовой природе, в науке у этих отношений не сложилось единого наименования. У одних авторов это — международные немежгосударственные отношения, у других — транснациональные отношения, у третьих — (внутригосударственные) отношения, осложненные иностранным элементом и т. д. Мы присоединимся к той группе авторов, что используют в соответствующих случаях термин трансграничные отношения, и именно под этим названием будем говорить о них в дальнейшем, используя (в целях настоящей работы) иные наименования как синонимы.

Общим для международных межгосударственных и трансграничных отношений является наличие у них иностранного элемента, хотя его проявление применительно к этим типам общественных отношений различно. Отличаются же они тем, что хотя бы одной стороной трансграничных отношений всегда является физическое или юридическое лицо. Общим для внутригосударственных и трансграничных отношений является как раз субъектный состав и некоторые методы правового регулирования, а отличает их то, что трансграничные отношения всегда отягощены иностранным элементом, который отсутствует у внутригосударственных отношений.

В научных работах часто задаются вопросом: Когда же родилось международное частное право? Чтобы ответить на него первоначально сформулируем те предпосылки и условия, без которых, по нашему мнению, появление МЧП невозможно:

1. Международное частное право-правовое явление и потому может возникнуть только после возникновения права.

Как таковые, трансграничные общественные отношения появляются еще на ранних этапах развития человеческого общества. Так, они существовали уже в эпоху первобытнообщинного строя, как результат межплеменной торговли (мены), института гостеприимства или, скажем, запрета на образование семей в рамках одной родственной группы. Однако, в силу того, что право, в его общепринятом понимании⁶, в то время отсутствовало, эти отношения регулировались обычаями и иными социальными нормами. Поэтому как правовое явление, а тем более как крупный структурный элемент права, МЧП в тот период просто не могло появиться по определению⁷.

2. Трансграничные отношения всегда отягощены иностранным элементом. Следовательно, они могут возникать только при условии

существования иных государств или государственно-подобных образований (имеющих собственное право), которые могли бы восприниматься как иностранные.

3. Основной целью МЧП является решение вопроса о разрешении возникающих правовых коллизий в условиях конкурирующих юрисдикций. Поэтому важно, чтобы такие коллизии между содержанием норм права претендующих на урегулирование данных общественных отношений правовых систем реально существовали.

4. Между государствами (государственно-подобными образованиями) должна существовать возможность постоянного и достаточно стабильного торгового, экономического или, скажем, социального обмена. Поэтому возникновение и существование трансграничных общественных отношений тесно связано с миграционными процессами. Такие отношения не могут появиться в условиях самоизоляции государств, как это, например, имело место в истории Китая или Японии. Причем, такая возможность должна устанавливаться и обеспечиваться правовыми нормами. И речь идет не только о разрешении самой миграции и установлении ее правил, но и, скажем, об обеспечении личной защиты и безопасности иностранных граждан, о предоставлении им, пусть даже ограниченной, но правосубъектности, защиты их личных и имущественных интересов со стороны закона⁸ и т. д.

5. Следует согласиться с общим выводом Доклада глобальной комиссии по международной миграции, представленного в октябре 2005 года Генеральному секретарю ООН, в том, что миграция всегда была свойственна человеческой истории⁹, но дело в том, что миграция миграции рознь¹⁰.

В нашем случае речь не идет, скажем, о вынужденном переселении целых народов¹¹ или колонизации¹². Такого рода миграции обычно приводят к захвату части территории, а иногда и к гибели другого государства, односторонней ассимиляции оставшегося населения, фактической замене в нем одного права другим и прочим аналогичным последствиям. Крайне осторожно следует говорить также об исходе, бегстве или изгнании, вызванном чрезвычайными обстоятельствами — стихийными бедствиями, политическими потрясениями, религиозными гонениями, войнами и революциями, поскольку мигранты при этом часто утрачивают свою устойчивую правовую связь с отечественным государством. Достаточно упомянуть судьбу нашей «белой эмиграции». Нет речи и о такой разновидности миграции как урбанизации, т. е. перемещение населения из деревень в города или в обратном направлении в рамках одного

и того же государства, поскольку она не порождает иностранного элемента, а, значит, и трансграничных общественных отношений.

Когда мы говорим о миграционных процессах, являющихся необходимым условием возникновения трансграничных отношений, а, следовательно, и МЧП то, прежде всего, имеем в виду легальное и добровольное переселение отдельных индивидов на временной или постоянной основе в другие государства. Люди едут в поисках лучшей доли, высоких прибылей в торговле или, скажем, с целью приобщения к достижениям науки, культуры или искусства более развитых народов и цивилизаций. В этих условиях мигранты, с одной стороны — сохраняют устойчивую правовую связь со своим государством (свое гражданство), с другой — не являются для принимающего государства угрозой или непосильной тяготой¹³.

6. Урегулирование на территории государства всех трансграничных отношений исключительно правом этого государства не создает МЧП. Дело в том, что международное частное право как раз и создается для разрешения коллизий между требованиями норм своего права и норм права иных правовых систем, возникающих в ходе регулирования трансграничных отношений. Урегулирование таких отношений исключительно нормами собственного права означает фактическое отрицание существования таких коллизий. При этом разговор о существовании МЧП лишается своего смысла.

7. Для возникновения МЧП необходимо наличие в обществе определенного правосознания, которое должно исходить не только из признания факта существования правовых систем других государств, но и их уважения. Такое уважение должно проявляться в самой возможности применения норм иностранного права для регулирования отношений с иностранным элементом, причем применения как права равного¹⁴.

8. Единичные или разрозненные коллизионные нормы, направленные на регулирование отдельных или эпизодически возникающих трансграничных отношений, не создают той целостной совокупности правовых предписаний, которую можно было бы назвать крупным структурным элементом права, каким является международное частное право. Они могут свидетельствовать только о зарождении МЧП.

9. Вне зависимости от различия в многочисленных подходах к попыткам дать определение МЧП, все авторы сходятся на том, что оно представляет собой крупный обособленный и самостоятельный элемент структуры права. Для того чтобы родилась подобного рода правовая общность, в обязательном порядке должно иметь место первоначальное выделение из общей массы регулируемых правом общественных отношений их соответствующей самостоятельной группы, отличающейся

своеобразием по своему предмету и методам правового регулирования. Так, появление МЧП неизбежно связано с процессом выделения из общей массы частноправовых общественных отношений трансграничных общественных отношений и выработкой специальных методов их правового регулирования, включая коллизионный метод. Иначе МЧП, как соответствующий структурный элемент права, сформироваться просто не может.

10. В основе формирования МЧП всегда лежат нормы собственного национального права. Нормы иных правовых систем (включая нормы реципированных правовых систем или международных договоров), могут выступать в качестве регуляторов трансграничных общественных отношений, но при этом они не могут быть основой, ядром международного частного права данного государства и, в рамках процесса формирования МЧП, всегда носят исключительно вспомогательный характер.

Поскольку романо-германская правовая семья является колыбелью международного частного права, этапы становления МЧП и вопрос о его возникновении мы будем рассматривать на примерах развития частного права именно западноевропейских государств.

По нашему мнению, в становлении МЧП в государствах Западной Европы можно условно выделить несколько исторических этапов (хотя, как и всякая периодизация, такое деление достаточно условно). Переход от одного такого этапа к другому, так же, как и развитие цивилизации, происходил толчками и был тесно связан с эволюцией общественных отношений и изменением уровня потребности общества в их урегулировании¹⁵.

При этом в недрах предшествующего этапа всегда зарождались характеристики этапа последующего, которые, достигнув «критической массы», создавали прорыв в виде изменения подходов к возможностям, видам и формам правового регулирования как общественных отношений вообще, так и трансграничных общественных отношений, в частности.

Первый такой этап, по нашему мнению, относится ко времени существования рабовладельческих государств на территории Западной Европы.

В этот период уже имели место и трансграничные общественные отношения, и право в своей классической форме, направленное на их урегулирование. В то же время никакой градации общественных отношений по их типу еще не существовало и все они (и внутригосударственные отношения, и отношения с иностранным элементом, и международные межгосударственные отношения¹⁶), по существу рассматривались как отношения внутригосударственные.

Трансграничные отношения в этот период не носили массовый характер и были следствием, как правило, торговых связей между гражданами различных государств, а иногда — семейных, политических и даже дружественных отношений между ними. Рабы и варвары не признавались субъектами права, но ограниченная правосубъектность для отдельных категорий иностранцев могла устанавливаться. Так, в Древней Греции она признавалась, прежде всего, за эллинами из других городов — полисов¹⁷ и за отдельными не греками (например, персами) которые, в силу сложившихся реалий, не могли рассматриваться наравне с неподчиненными правовым нормам варварами. Конечно же, «в античном мире существование различных правовых систем было объективным фактом. Но характер производственных отношений, свойственных рабовладельческому обществу, исключал для порожденной ими правовой системы возможность отражения этого обстоятельства»¹⁸. В господствующем правосознании людей этого периода не было места ни равенству между людьми, ни равенству между государствами, ни равенству между их правовыми системами. Отсюда и правовое положение иностранцев обычно определялось исключительно внутренним правом государства пребывания, при этом нормы иных национальных правовых систем как правило, игнорировались¹⁹.

В римском праве преторами²⁰ (*praetor peregrinus*) даже была создана специальная отрасль регулирования — *ius gentium*. Она представляла собой совокупность детально проработанных норм, с помощью которых регулировались частнопроводные отношения с участием иностранцев (перегринов), которые не были ни рабами, ни римскими гражданами. Отношения же собственно граждан — римлян подчинялись римскому праву *jus civile*. При этом римское право как бы следовало за гражданами Рима.

В то же время и *ius gentium*, и *jus civile* являлись частью римского законодательства, а нормы иностранного права не находили своего применения. В результате право Древнего Рима не знало коллизий между требованиями норм разных национальных правовых систем²¹.

Важная роль в регулировании трансграничных отношений в этот период отводилась международным договорам, хотя, как правило, они заключались и поддерживались в связи с текущей потребностью, и потому по срокам своего действия часто носили непродолжительный характер. Тем не менее, в Древней Греции именно в них регламентировались, в частности, права иностранцев на приобретение недвижимости, организацию своих поселений, участие в общественных играх, вступления в брак и др. На основании специальных соглашений между отдельными

городами-полисами даже создавались особые суды, разбиравшие дела не граждан с гражданами²².

Заключались такие договоры и Римской империей и ее последним «осколком» — Византией. Так, в договоре между Римом и Карфагеном (509 г. до н.э.) содержалось обязательство взаимной защиты коммерческих прав²³. Правда, таких договоров было немного. Чем сильнее государство, существующее в рамках рабовладельческой формации, тем меньше оно настроено учитывать какие-либо иные законы, чем свои собственные. И наоборот, чем оно слабее, тем больше ему приходится отступать от своего правосознания и, склоняясь перед другой силой, учитывать «чужие» интересы (в том числе интересы тех, кто при ином раскладе сил мог бы оказаться их рабом), а, следовательно, и учитывать иное регулирование отношений правом (обычаем) другого государства (государственно-подобного образования). В качестве соответствующего примера можно привести положения договоров русских князей Олега (911 г.) и Игоря (944 г.) с Византией. В них уже предусматривается применение для регулирования некоторых отношений с участием русичей на территории Константинополя, и даже для определения статуса русского (Константинополя), русского обычного права²⁴. Дело, конечно же, было не в том, что для византийцев вдруг стала очевидной потребность регулирования отдельных трансграничных отношений с помощью иностранного права. Здесь имело место другое — вынужденная, продиктованная силой необходимостью учитывать в соответствующих ситуациях требования норм иной правовой системы. Поэтому такие договоры долго не существовали. Поскольку их заключение носило вынужденный характер, на правосознании общества это никак не отражалось.

Подводя итог этому периоду становления международного частного права, можно сделать следующие выводы:

1. Встречающиеся в памятниках права древнего мира отдельные нормы, направленные на урегулирование трансграничных отношений, не носили коллизионный характер и свидетельствуют только о начале правового регулирования отношений, осложненных иностранным элементом.

2. В рабовладельческий период развития западноевропейских стран возникновения международного частного права не произошло в силу отсутствия многих предпосылок и условий, необходимых для этого. Нельзя назвать в качестве предтечи МЧП даже наиболее совершенное римское право, поскольку оно не знало коллизий с другими правовыми системами.

В то же время, Древний Рим в вопросе зарождения МЧП подарил миру два удивительных и поучительных феномена. Первый из них заключается в том, что, с одной стороны, Древний Рим, за счет высокого

общего уровня своей юридической науки, бесспорно, внес в вопросы регулирования трансграничных отношений гораздо больший вклад, чем любое современное ему государство²⁵. Но при этом римляне были настолько высокого мнения о своем праве, настолько пренебрежительно относились к другим национальным правовым системам, что в отрицании возможности применения иностранного права ушли значительно дальше тех же греков²⁶, а, значит, оказались по сравнению с ними и дальше в вопросе возникновения МЧП.

Второй парадокс заключается в том, что именно римское право, в принципе отрицающее применение норм иных национальных правовых систем, в дальнейшем, в силу своих все тех же качественных характеристик, становится основой для формулирования основополагающих норм международного частного права и создания МЧП большинства современных европейских государств.

Падение Западной Римской империи ознаменовало начало эпохи средних веков, которая продолжалась с V по XVII века, и включало в себя несколько этапов становления МЧП.

Эта эпоха начинается с так называемых «темных веков» (V–X века). В экономике они характеризовались причудливым переплетением элементов родоплеменного, рабовладельческого и феодального укладов, низким уровнем развития производственных сил, полным господством натурального хозяйства, слабым развитием общественного разделения труда. Отсюда — деградация городов и торговли, резкое снижение миграционной активности населения, глубокий упадок научных знаний, включая забвение греческого языка и т.д. Хотя на территории Европы во множестве появляются новые варварские государства, но право этих государств, по сравнению с римским правом, являлось примитивным, неразработанным и бессистемным. Наиболее распространенным источником права были обычаи, систематизированные в виде судебных книг, представляющих собой многочисленные варварские правды²⁷.

Трансграничные отношения и в этот период (также как и международные межгосударственные отношения) никак не выделяются из внутригосударственных отношений. Право в новых условиях закрепляется за территорией и применяется ко всем проживающим на ней людям по принципу *ius soli* («право почвы»). Поэтому в регулировании трансграничных отношений персональный принцип (как он имел место в Древнем Риме) «уступает место принципу территориальности»²⁸, который и становится основным²⁹.

Для иностранцев это означало то, что их статус определялся только тем правом, что феодал, на земле которого они находились, сам

и устанавливал (или которым он руководствовался). В результате они попадали в полную зависимость от воли такого феодала. Их личная безопасность и имущество не были каким-либо образом обеспечены. Более того, имущество умершего иностранца переходило не к его наследникам, а к этому самому феодалу. Как отмечается в большинстве источников, иностранцы, оказавшиеся в стране без разрешения, могли закрепощаться, а их выезд из страны мог облагаться налогом. В этот период также существовало так называемое «береговое право», в соответствии с которым все имущество, выброшенное на берег в случае кораблекрушения, переходило в собственность феодала. Более того, спасшиеся люди часто им же и закрепощались. Нормы, регулирующие трансграничные отношения, носили разрозненный характер и закреплялись в различных по своему характеру источниках.

Вывод по этому периоду может быть только один: Раннее Средневековье не только не дало ничего нового в области регулирования трансграничных отношений, но для процессов становления МЧП его следует рассматривать не иначе как период регресса.

Однако, начиная с VIII века, в Европе вновь стала медленно развиваться мировая торговля. Западноевропейские страны постепенно вступают в новую эпоху феодализма, которая, по сравнению с предыдущим периодом, характеризовалась общим ростом производительных сил, экономическим подъемом, развитием товарного производства и товарно-денежных отношений. В то же время это был период феодальной раздробленности с преобладанием мелких государств и государственно — подобных образований — княжеств, герцогств, графств и т.п., которые, тем не менее, располагали значительной политической властью над своими подданными и, что особенно для нас важно, часто имели собственное право.

Развивающиеся экономические отношения, потребности зарождающегося в недрах феодализма товарного производства настоятельно требовали урегулирования в новых условиях гражданско-правовых (прежде всего — торговых) отношений вообще и трансграничных отношений, в частности. Хотя к этому времени варварские правды постепенно выходят из правового обихода и постепенно заменяются, в частности, королевским законодательством (ориентированным уже в большей степени на государственный суд), судебными прецедентами, церковными актами и т.д., примитивное, «мозаичное» и консервативное право этого периода с этой задачей справиться не могло.

Выход был найден в рецепции средневековой Европой римского права. Это было совершенно необычное в истории права явление, поскольку

рецепция этого права, в виде его восстановления и распространения непосредственного действия, осуществлялась в условиях, при которых:

— собственное государство не рассматривалось в качестве правопреемника творца права — Римской империи³⁰;

— применяемое римское право к тому времени фактически являлось «мертвым правом», поскольку создавшее это право государство уже перестало существовать;

— как правило, шло заимствование не отдельных норм римского права, а рецепция римского права в целом. Это не касалось лишь единичных норм, которые явно выпадали из новых жизненных условий (например, норм о рабстве). Поскольку собственное право продолжало действовать, часто складывалась ситуация, когда в государстве соседствовали два права (собственное и римское), т. е. фактически одновременно существовало две правовые системы;

— тексты римского права часто привязывались к ситуациям, которые римской жизни, а значит и римскому праву, не были известны. В том числе, это относится к коллизионному праву, которому в римском праве просто не было места;

— происходила рецепция не римского права в его чистом виде, а рецепция римского права в виде комментариев к его нормам, даваемым средневековыми юристами³¹;

— единообразной практики по разрешению коллизий между собственным правом и римским правом так и не сложилось. В разных государствах, а иногда и в рамках одного государства, но в разное время (Германия) или даже в одно время, но в разных частях одного и того же государства (Франция) подход к разрешению этих коллизий мог быть прямо противоположным. Могло устанавливаться как верховенство римского права (собственное право должно было уступать место римскому праву), так и наоборот, могло устанавливаться субсидиарное (дополняющее) значение римского права, при котором оно действовало только в тех пределах, в каких местное законодательство ему это позволяло³²;

— сама рецепция могла осуществляться как в форме непосредственного применения норм римского права в качестве регулятора общественных отношений, так и в форме их трансформации, при которой эти нормы выступали только в качестве основы для правотворческой деятельности государства. Нечто похожее мы видим сегодня, когда говорим о различных формах имплементации международно-правовых норм;

— иногда нормы римского права реципировались одной правовой системой, а затем заимствовались в реципированном виде другой правовой системой;

— реципированное римское право, с одной стороны, в дальнейшем послужило важнейшим первоначальным источником формирования новых национальных систем права в Западной Европе, но при этом имело на них и отрицательное воздействие, поскольку принадлежало в своем первоначальном виде совсем другому обществу и, если угодно, другой цивилизации.

Начало процессу рецепции римского права положили глоссаторы. Так стали называть профессоров итальянских (прежде всего — Болонского) университетов, и их учеников, занимавшихся изучением римского права (в частности Кодекса Юстиниана) и толковавших его путем составления заметок (глосс) на полях соответствующих текстов³³.

На этой основе ими стали создаваться обширные руководства по изучению и применению римского права. Эти сборники приобрели большую известность, и вскоре именно они стали, под видом римского права, применяться в судебной практике многих западноевропейских государств. При этом глоссаторы своими трудами настолько заслонили подлинное классическое римское право, что на неформальном уровне их мнение получило преобладание над самими первоисточниками. Суды даже перестали признавать прямые ссылки на сами римские источники, руководствуясь принципом «чего не знает глосса, того не знает суд». То, что не было в свое время зафиксировано в глоссах, объявлялось несуществующим и недействующим.

Центром возрождения применения римского права стала не только Северная Италия, но и Южная Франция. Во второй половине XII века в Южной Франции были составлены собственные руководства для изучения и применения римского права в духе глоссаторов. Особый свод «Книга правосудия и тяжб» почти на 2/3 состоял из цитат римских источников.

В тот период особую известность приобретает сборник глосс под общим названием *Glossa ordinaria* (1228 г.) итальянского профессора Аккурция. Поскольку от этого сборника некоторыми представителями науки иногда даже отсчитывается рождение МЧП, именно на его примере мы, в первую очередь, и попытаемся дать общую оценку деятельности глоссаторов и их влияния на процесс становления международного частного права.

Здесь следует обратить внимание на следующее:

1. Глоссаторы стремились найти в кодексе Юстиниана ответы на вопросы, касающиеся, прежде всего, правового регулирования частноправовых отношений как таковых, и гражданско-правовых отношений, в частности. Вопросы урегулирования трансграничных отношений, которые они никак не выделяли из общей массы внутривосударственных

отношений частноправового характера, не были их основной целью. Не случайно Glossa ordinaria содержит 96200 глосс, но в рамках истории МЧП всегда упоминают только одну, которую почему-то и называют «глоссой Аккурция».

2. Чтобы понять, кем на самом деле были глоссаторы, рассмотрим «аргументы» этой самой «глоссы Аккурция». Неизвестный глоссатор (а во все не Аккурций, который только собрал глоссы воедино) поставил перед собой по существу коллизионный вопрос: может ли гражданин Болоньи, прибывший в Модену, быть судим по законам Модены? И отвечал: «Нет, не может». В качестве доказательства он сослался на текст первого закона первой книги *Codrus juris civilis*, который содержит положение из Конституции Грациана, Валентиниана и Феодосия (380 г.): «Мы желаем, чтобы все народы, управляемые властью нашей милости, пребывали в той вере, которую божественный апостол Петр передал римлянам». Отсюда, в результате толкования, с которым трудно согласиться, он сделал совершенно не вытекающий из приведенного тезиса вывод о том, что «по мысли императоров, закон обязателен для тех народов, которыми они правят; следовательно, для тех, кто им неподвластен, закон не обязателен. А потому и болонский гражданин не может подлежать действию моденского статута». При этом тот факт, что иностранец обязан соблюдать законы государства пребывания, был проигнорирован.

Следует полностью согласиться с часто приводимым в научных работах выражением М. И. Брауна о том, что глоссаторы обращались с римскими текстами, как с каучуковым платьем, которое растягивали, чтобы одеть в него «чрезвычайно разросшееся тело новой общественной жизни с ее непредусмотренными правоотношениями»³⁴.

Действительно ли глоссаторы осуществляли рецепцию римского права? Из приведенного текста глоссы следует иное. «Точнее было бы сказать, что итальянские юристы вначале находили решение конкретного коллизионного казуса, а уже затем, отдавая формальную дань уважения авторитету римского права, пытались оправдать найденное решение с помощью отсылки на какое-либо положение римского права»³⁵.

При этом, создавая собственные краткие определения и выводы, глоссаторы не гнушались комбинированием разных текстов разных древних авторов и памятников права, т. е. фактически подтасовывали их.

Иными словами, независимо от того, какими мотивами глоссаторы руководствовались, по существу они были не кем иным, как мошенниками. Используя свои знания латыни и римских законов (которых мало кто знал), а также свой авторитет людей ученых, они фактически создавали (и создали!) под видом толкования римского права свое собственное

право, обходясь без участия государства. И нет никаких оснований говорить о том, что они при этом «добросовестно заблуждались».

Ситуация очень напоминает фабулу сказки датского писателя Ханса Христиана Андерсена «Новое платье короля», известной каждому из нас с детства. Напомню, что в ней говорится о том, как два плута, выдав себя за ткачей, взялись соткать королю такую ткань, которую якобы может видеть лишь умный человек, достойный той должности, которую он занимает. Все, включая короля, притворились, что ткань эту видят. Но король-то ходил голый! Многие, говоря о глоссаторах, к сожалению, видят эту «прекрасную материю» и сегодня.

Даже если рассматривать «глоссу Аккурция» как правовую норму, то и тогда нельзя вести речь о возникновении МЧП, поскольку единичная норма (да еще и реципированной правовой системы) не создает международного частного права. Максимум о чем здесь можно вести речь, так это о рождении коллизионной нормы³⁶. Иными словами, допустимо говорить о начале формирования нового метода регулирования трансграничных отношений.

Но глоссаторы «отметились» в отечественной, да и зарубежной науке не только этим. С их именем следует связать, пусть косвенно, еще два подхода к вопросам становления МЧП, которые на наш взгляд, никак нельзя признать верными.

Первый из них связан с тем, что в научных работах история становления международного частного *права* в период средневековья невообразимым образом превратилась в историю *науки* международного частного права этого периода, т. е. в историю становления и развития взглядов ученых (глоссаторов, постглоссаторов, статутариев и др.) на то или иное регулирование трансграничных отношений³⁷.

Причем такая подмена имела (и имеет) место, как в учебной, так и научной литературе, как в отечественных, так и в зарубежных источниках³⁸.

Более того, практически нет работ отечественных авторов, посвященных исследованию не истории европейской науки МЧП, не истории гражданского права государств этого региона, не становлению МЧП в Англии, где соответствующие процессы отличались большим своеобразием, а становлению международного частного права, как в отдельных государствах Европы, так и в целом, в огромный по временной протяженности средневековый период. На этом фоне представляется важным еще одно обстоятельство. Мы очень часто подолгу роемся в многолетних научных «отвалах», пытаясь найти там пропущенную крупницу научной новизны. При этом не замечаем, что рядом с нами имеются, даже не тронутые наукой, целые пласты неисследованной «породы».

The Emergence of International Private Law

Chapter I

(Summary)

*Boris I. Nefedov**

The present article is dedicated to the most significant conditions that led to the creation of international private law (IPL), and in that light covers the analysis of distinct issues of its evolution throughout different stages of society's development up to IPL's emergence as a structural element of law.

Keywords: the evolution of international private law; the emergence of international private law; the emergence of international private law as a science.

¹ Вольф М. Международное частное право: Пер. с англ. — М.: Инстр. лит., 1948. — Глава 3 «История международного частного права».

² Брун М. И. Очерки истории конфликтного права. — Петербург: 1915. — Очерк 1 «История раннего конфликтного права».

³ Мережко А. Наука международного частного права. История и современность. — Киев: Таксон, 2006.

⁴ Абдуллин А. И. Очерки истории науки международного частного права в России (проблема понимания природы международного частного права в трудах отечественных правоведов XIX-начала XX вв.) — Казань: Казанский университет, 2004.

⁵ Международное право. Том 1. Под ред. А. Н. Вылегжанина. 3-е изд. — М.: МГИМО МИД России, 2016. — С. 23.

⁶ Существует точка зрения на то, что право как таковое зарождается еще в рамках первобытно — общинного строя. В любом случае, свое классическое воплощение оно все-таки получает только с переходом к иной — государственной — организации общества, с возникновением правил поведения, устанавливаемых и обеспечиваемых государством.

⁷ Впрочем, некоторые современные исследователи пытаются отыскать первые коллизионные нормы в Евангелии, в Ветхом Завете и даже в принципах сосуществования племен и кланов древнего общества. См. подробнее: Мережко А. Наука международного частного права: история и современность. — Киев, 2006. — С. 17–22.

⁸ По законам Ману чужеземец стоял ниже слонов и лошадей, хотя и выше диких зверей.

⁹ См.: Migration in an Interconnections for Action: Report of the Global Commission on International Migration, Geneva. GCIM, 2005.

¹⁰ Любопытно, что еще в дореволюционной России А. А. Исаев дал одну из первых общих типологий трансисторических миграционных движений. См: Исаев А. А. Переселения в русском народном хозяйстве: монография. — СПб.: Изд. А. Ф. Цинзерлинга, 1891.

¹¹ Таким было, например, великое переселение народов в V–VII вв. См. подробнее: Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада. — М.: ИГ «Прогресс», 1992. — С. 12–28

* Boris I. Nefedov — Doctor of Laws, professor of the Chair of International Law, MGIMO-University MFA Russia. boris-nefedov@mail.ru.

¹² Колонизация — это миграция целых народов или его части в целях освоение пустующих и малонаселенных территорий. Первой великой колонизацией считают древнегреческую, второй — римскую, третьей — европейскую (начало которой положили великие географические открытия XV–XVII вв.)

¹³ В современном мире для таких иностранных граждан, как правило, вводится национальный режим, в рамках которого количество устанавливаемых по сравнению с правовым положением собственных граждан законодательных ограничений постепенно уменьшается в зависимости от разрешенного им срока пребывания (проживания) на территории принимающего государства, вплоть до предоставления им отдельных политических (избирательных) прав.

¹⁴ М. Вольф по этому поводу писал так: «Международное частное право может создаваться только тогда, когда проявляется уважение к иностранному праву, когда существует атмосфера равенства...». См.: Вольф М. Международное частное право. — М. 1948, — С. 35.

¹⁵ Не случайно эти этапы в целом совпадают с этапами смены общественно-экономических формаций.

¹⁶ Договоры между государствами носили характер сделок между властителями, т.е. конкретными лицами и в случае смерти одного из них теряли свое значение.

¹⁷ См. подробнее, например: Скржинецкая М. В. Ольвиополиты и боспоряне в Афинах // Вестник древней истории. — 2002. — №2. — С. 133.; Пероговский В. О началах международного права относительно иностранцев у народов Древнего мира. — Киев, 1859. — С. 3.

¹⁸ Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М. 1984. С. 20.

¹⁹ При этом само существование иностранного права не отрицалось. Так, в Дигестах Юстиниана («Институции» Гая–Дигесты 1.1.9) было даже закреплено положение о том, что «каждый народ устанавливает себе право». См.: Памятники римского права: Законы 12 таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. — М.: Зерцало, 1997.

²⁰ В Древней Греции существовал в чем-то схожий с ними институт проксении. См. подробнее: Митина С. И. Институции проксении и исополитии в системе регулирования межгосударственных отношений эллинизма // История государства и права. — 2007. — № 11.

²¹ При этом римляне, например, часто заимствовали содержание отдельных норм иных национальных правовых систем. См.: Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. — М. 1984. — С. 20–21.

²² См.: Стародубцев. Международно-правовая наука российской эмиграции (1918–1939). — М.: Книга и бизнес., 2000. — С. 111.

²³ См.: Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М.: Статут, 2011. — С. 66.

²⁴ См. подробнее: Кожевников Ф. И. Русское государство и международное право. — М.: 1947; Левин Д. Б. История международного права. — М.: 1962; Аннерс Э. История европейского права. — М.: 1994. — С. 168; Рогов В. А. История государства и права России. — М.: 1995.; Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3 т. — М.: 2000. — Т. 1. — С. 9 и др.

²⁵ См., например: Римское частное право: Учебник / ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. М. ИКД «Зерцало-М». 2012; Омельченко О. А. Римское право: Учебник. Издание второе, исправленное и дополненное. М. Эксмо. 2005.

²⁶ Вот что говорил об этом Цицерон: «Оттого-то знание права и доставит вам радость и удовольствие, что вы увидите, насколько наши предки оказались выше всех народов государственной мудростью; достаточно сравнить наши законы с их Ликургом, Драконтом, Солоном. Нельзя даже поверить, насколько беспорядочно — прямо-таки

до смешного— все право, кроме нашего. Об этом я не устаю твердить каждый день, противопоставляя мудрых наших соотечественников всем прочим людям, и особенно грекам». См.: Марк Туллий Цицерон. Три трактата об ораторском искусстве. Под редакцией М. Л. Гаспарова. — Москва: Наука, 1972. — С. 113.

²⁷ Это: Вестготская правда— конец V века, Бургундская— конец V—начало VI века, Салическая— конец V—начало VI века, Аллеманская— VI—VIII века, Баварская— середина VIII века, Рипуарская— VI—VII века, Лангобардские законы— середина VIII века, Тюрингская— IX века, Саксонская правда— VIII—X века и др.

28 Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М.: Статут, 2011. — С. 67.

²⁹ Основным, но не единственным. Достаточно редко, но применимое право могло определяться по гражданству, месту рождения или домицилию, что, в целом, не меняет общего подхода.

³⁰ Определенное исключение составляла Германия. Так называемая Священная Римская империя считала себя продолжением прежней Римской империи

³¹ Но даже в этом виде в XII в. Фридрих Барбаросса, германский император, называл римское право «всемирным правом», и даже в XVI в. его продолжали считать «писанным разумом» и «юриспруденцией, висящей в воздухе». См.: Графский В. Г. Всеобщая история права и государства: Учебник для вузов. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2007. — С. 325.

³² См.: Виндшейд Б. Учебник пандектного права / Пер. с нем. под ред. С. В. Пахмана. СПб. 1874. Т. I. С. 1–6; Эннексерус Л. Курс германского гражданского права / Пер. с нем. под ред. Д. М. Генкина и И. Б. Новицкого. — М.: 1949. — Т. I, полутом 1. — С. 31–32.

³³ При этом они крайне пренебрежительно отзывались об обычном праве варварского происхождения, называя его ослиным правом (*jus asinogum*). См.: Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М.: Статут, 2011. — С. 71.

³⁴ Брун М. И. Очерки истории конфликтного права. М. 1915. С. 10.

³⁵ Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть / отв. ред. С. Н. Лебедев, Е. В. Кабатова. — М.: Статут, 2011. — С. 71.

³⁶ Хотя, по мнению Л. А. Лунца, впервые коллизийная проблема в области международного частного права была поставлена Магистром Алдриком в конце XII века. В работе А. А. Рубанова приводится краткое высказывание магистра Алдрика: при решении вопроса о праве, подлежащем применению в процессе, где участвуют люди из различных областей, судья должен применить обычай, «который представляется более сильным и более полезным».

³⁷ Ссылкой на то, что средневековая доктрина фактически являлась источником права, подобный подход оправдать не может. Во-первых, «фактически являлась» и «являлась» это вещи разные. Во-вторых, ни в одном государстве доктрина не являлась (и до сих пор не является) единственным источником права.

³⁸ Кроме работ, уже упоминавшихся нами ранее, см., например: М. И. Брун. Введение в международное частное право. — Петроград: Типография В. Ф. Киришбаума, 1915; Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. — М.: Прогресс, 1982; Иссад М. Международное частное право. — М.: Прогресс, 1989; Л. А. Лунц. Курс международного частного права: в 3 т. — М.: Спарк, 2002 и др.